

GUSTAVO MAGALHÃES DE PAULA GONÇALVES DOMINGUES

PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA
DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO DA PESSOA
PORTADORA DO HIV E/OU DOENTE DE AIDS

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo –
Departamento de Direito do Trabalho e da
Seguridade Social – para obtenção do título de
Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Professor Doutor Oris de Oliveira

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
São Paulo
2009

GUSTAVO MAGALHÃES DE PAULA GONÇALVES DOMINGUES

PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO CONTRA
DESPEDIMENTO DISCRIMINATÓRIO DA PESSOA
PORTADORA DO HIV E/OU DOENTE DE AIDS

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo –
Departamento de Direito do Trabalho e da
Seguridade Social – para obtenção do título de
Mestre em Direito

Área de Concentração: Direito do Trabalho
Orientador: Professor Doutor Oris de Oliveira

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais Albino e Honória.

À Anne.

Aos meus amigos.

Com profundo afeto e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Otavio Pinto e Silva, meu professor de graduação em Direito do Trabalho, pelo apoio e orientação no momento de ingresso no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Ao Professor Titular Nelson Mannrich e ao Professor Associado Jorge Luiz Souto Maior pelas pertinentes e imprescindíveis críticas e sugestões no momento do Exame de Qualificação.

Ao Professor Doutor Oris de Oliveira, pela firme, constante e ponderada orientação durante o período de elaboração desta dissertação e pelos ensinamentos que me acompanharão ao longo da vida.

Aos Professores e colegas do Curso de Pós-Graduação, pelas aulas, debates e conversas que contribuíram para o aprimoramento do presente trabalho.

Aos funcionários do Serviço de Biblioteca e Documentação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo pelo auxílio nas pesquisas bibliográficas.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela oportunidade de realização do curso de graduação e do presente curso de mestrado.

RESUMO

DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Proteção da relação de emprego contra despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

O presente trabalho tem o escopo de realizar uma análise dogmática da proteção jurídica da relação de emprego contra o despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no direito brasileiro. Inicialmente são expostos conceitos científicos a respeito do HIV/AIDS, seu histórico e suas implicações no contexto do trabalho. Na seqüência são abordadas as questões relativas à força normativa dos princípios constitucionais, dos direitos humanos fundamentais e dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, sempre sob o enfoque de sua incidência e eficácia horizontal no contexto das relações de trabalho no caso do despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS (*Drittwirkung*). São estudados os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), da igualdade – e de sua expressão enquanto direito de não ser discriminado (Preâmbulo, art. 3.º, IV, art. 5.º, *caput* e XLI, CF) –, além da tutela da intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS (art. 5.º, X, CF). Demonstra-se a existência de amplo, consistente e efetivo sistema constitucional anti-discriminatório no ordenamento brasileiro (Preâmbulo, art. 1.º, III, art. 3.º, IV, art. 5.º, *caput* e XLI e art. 7.º, XXX, CF). Sob o aspecto processual, são verificados os mecanismos para a identificação do despedimento discriminatório, abordando-se as questões da inversão do ônus da prova e das presunções judiciais em matéria de discriminação. É abordada a aplicabilidade da Lei n.º 9.029/95 à hipótese de discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e as conseqüências previstas por tal legislação. Finalmente, é ressaltado o caráter inconstitucional do despedimento discriminatório e são enfrentadas as questões relativas às indenizações por dano material/patrimonial (patamar mínimo fixado pelo art. 4.º, I, Lei n.º 9.029/95) e por dano moral/pessoal (art. 5.º, V e X, CF) decorrentes do despedimento discriminatório – independentes e autônomas –, a multa compensatória prevista pelo art. 10.º, I, do ADCT e o direito à reintegração no emprego (art. 7.º, I, CF, Convenção n.º 158 da OIT e art. 4.º, II, Lei n.º 9.029/95).

Palavras-chave: DIREITO DO TRABALHO; DIREITOS HUMANOS; HIV; AIDS;
DISCRIMINAÇÃO; PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; INTIMIDADE;
DESPEDIMENTO; PROTEÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

ABSTRACT

DOMINGUES, Gustavo Magalhães de Paula Gonçalves. Protection of the employment bond against the discriminatory dismissal of the HIV-positive person and/or a person with AIDS. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

This paper has the purpose to provide a dogmatic analysis of the legal protection of the employment bond against the discriminatory dismissal of the HIV-positive person and/or a person with AIDS. First, it exposes the scientific concepts in relation to HIV/AIDS, its history and implications within the labor contexts. Next, this work deals with issues related to the normative force of the constitutional principles, the fundamental human rights and the international treaties related to human rights, with a constant focus on its occurrence and horizontal efficiency within the context of the employment bonds in case of discriminatory dismissal of the HIV-positive person and/or the person with AIDS (*Drittwirkung*). It also studies the principles of the dignity of the human person (art. 1.º, III, CF), equity – and its expression by virtue of the right of not being discriminated (Preamble, art. 3.º, IV, art. 5.º, head and XLI, CF) –, besides the tutorship of the HIV-positive person and/or person with AIDS (art. 5.º, X, CF). This work shows the existence of a broad, consistent and effective anti-discriminatory constitutional system in the Brazilian law (Preamble, art. 1.º, III, art. 3.º, IV, art. 5.º, head and XLI and art. 7.º, XXX, CF). From the procedural standpoint, this work deals with mechanisms to identify the discriminatory dismissal, focusing on the issues of the reversal of the burden of proof and the judicial presumptions related to discrimination. It also discuss the enforceability of the Law no. 9.029/95 in relation to the hypothesis of discrimination of the HIV-positive person and/or person with AIDS and the consequences provided in such law. At last, this work expresses the unconstitutional character of the discriminatory dismissal and deals with the issues related to the indemnities for pecuniary damages (minimum level established by the art. 4.º, I, Law n.º 9.029/95) and mental distress (art. 5.º, V and X, CF) arising from the discriminatory dismissal – independent and autonomous –, the compensatory fine provided in the art. 10.º, I, of the ADCT [Act of Transitory Constitutional Provisions] and the right of being reinstated to work (art. 7.º, I, CF, Convention n.º 158 of the ILO (International Labor Organization) and art. 4, II, Law n.º 9.029/95).

Key-words: LABOR LAW; HUMAN RIGHTS; HIV; AIDS; DISCRIMINATION;
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES; PRIVACY; DISMISSAL; PROTECTION OF THE
EMPLOYMENT BOND.

Sumário

Introdução

1. Justificativa da escolha do tema.....	12
2. Enfoque teórico e metodologia.....	13
3. Problematizações jurídicas.....	14
4. Terminologia adotada.....	15
5. Delimitação metodológica do tema.....	17

Capítulo I – A discriminação no contexto do trabalho em relação à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e a continuidade da relação de emprego.

1.1. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS). Conceitos científicos. Histórico.....	19
1.2. A discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no contexto das relações de trabalho.....	24
1.3. A importância do trabalho para a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.....	30

Capítulo II – Premissas teóricas fundamentais.

2.1. A inserção do tema na lógica dos direitos humanos.....	32
2.2. A nova agenda do Direito do Trabalho – Repersonalização.....	38
2.3. A Constitucionalização do direito privado/direito do trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	41
2.4. Breves considerações sobre a teoria dos princípios. A força normativa dos princípios constitucionais.....	46

2.5. A discriminação e sua expressão jurídica – Conceitos gerais.....	52
---	----

Capítulo III – Os princípios constitucionais e a vedação à discriminação.

3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF).....	57
---	----

3.2. O marco histórico da Constituição Federativa do Brasil de 1988 em matéria de proteção contra a discriminação.....	60
--	----

3.3. A proteção contra a discriminação no texto constitucional brasileiro – A necessária interpretação que preserve a unidade da Constituição (Preâmbulo constitucional e objetivo fundamental da República do art. 3.º, IV, CF).....	61
---	----

3.4. O princípio da igualdade e sua expressão enquanto princípio de proibição da discriminação – O art. 5.º, <i>caput</i> , e inciso XLI, da Constituição Federal.....	65
--	----

3.5. Princípios da igualdade e da não-discriminação sob a perspectiva do Direito do Trabalho – Caminhos de concretização dos princípios da igualdade e da não-discriminação no âmbito das relações de trabalho e a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.....	72
---	----

3.6. A positivação internacional da vedação à discriminação em âmbito laboral – Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 1958.....	80
--	----

3.7. A tutela constitucional e infraconstitucional da intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.....	83
--	----

Capítulo IV – O despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS. Instrumentos judiciais para a identificação e prova da prática discriminatória. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. As conseqüências previstas pela Lei 9.029/95. O dano pessoal resultante do despedimento discriminatório. A tutela constitucional contra a discriminação e sua aplicação ao caso da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

4.1. A questão da prova da discriminação. A tipologia da discriminação (direta, indireta e oculta). O art. 818 da CLT e a concretização do inciso LV do art. 5.º da CF. A inversão do ônus da prova e as presunções judiciais em matéria de discriminação.....	92
4.2. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a presunção judicial de discriminação em relação à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.....	100
4.3. A disciplina prevista pela Lei n.º 9.029/95 e sua aplicação à discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.....	103
4.4. A indenização por dano moral/pessoal resultante da discriminação envolvendo a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e a indenização reparatória dos danos materiais/patrimoniais.....	111
4.5. A tutela constitucional contra o despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e seus efeitos jurídicos. A concretização dos princípios e direitos fundamentais. A nulidade da dispensa discriminatória e o direito à reintegração e à indenização.....	115
Conclusões.....	118
Referências bibliográficas.....	120

INTRODUÇÃO

1. Justificativa da escolha do tema

A infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV, na sigla em inglês) e a manifestação da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS, na sigla em inglês) produzem reflexos intensos e sensíveis no mundo do trabalho.

No Brasil, estatísticas do Ministério da Saúde¹ demonstram que, dos 506.499 casos de AIDS notificados no período de 1980 a junho de 2008 no país, 465.555 – 91,9% do total – concentram-se na faixa etária dos 20 aos 59 anos, ou seja, tal moléstia atinge principalmente a população em idade ativa para o trabalho.²

A Organização Internacional do Trabalho considera esta “uma das mais críticas questões de nosso tempo”³, pois, entre outros reflexos, afeta “os direitos fundamentais no trabalho, especialmente no que diz respeito à discriminação e estigmatização de empregados e das pessoas que vivem com o HIV/AIDS, ou são por ele afetados”.⁴

Nesse diapasão, o “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”, elaborado em 2001, estabelece como um de seus princípios-chave o “Reconhecimento do HIV/Aids como questão relacionada com o local de trabalho”.⁵

Para o Direito do Trabalho a questão do HIV/AIDS reveste-se de caráter especial, por envolver diversos direitos fundamentais do trabalhador, tais quais os direitos à igualdade e a não discriminação, ao trabalho, à vida, à saúde e à intimidade, sempre inspirados pelo valor supremo da dignidade da pessoa humana.

¹ *Boletim Epidemiológico - Aids e DST*, ano V, n.º 01, 27.ª a 52.ª semanas epidemiológicas, julho a dezembro de 2007 e 01.ª a 26.ª semanas epidemiológicas, janeiro a junho de 2008, Ministério da Saúde, Brasília, Brasil, p. 04, disponível em http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7BF880504B-B87C-4155-8C31-EDFE337DB4C6%7D/Boletim2008_jornalistas.pdf, acesso em 27.01.2009.

² Oscar Ermida Uriarte, no início da década de 90 do século passado, já observava a preponderância de incidência da AIDS na população economicamente ativa (PEA). (URIARTE, Oscar Ermida. *Aids e Direito do Trabalho*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 83, setembro de 1993, p. 48/56).

³ Pagina inicial temática sobre HIV/AIDS, no sítio da Organização Internacional do Trabalho, disponível em <http://www.ilo.org/global/Themes/HIVAIDS/lang--en/index.htm>, acesso em 30 de maio de 2009.

⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho*, Tradução de Edilson Alkimin Cunha, 2.ª ed., Brasília, OIT, 2004, p. iv.

⁵ “O HIV/Aids é questão relacionada com o local de trabalho e deveria ser tratado como qualquer outra doença/problema grave no local de trabalho. Isso é necessário não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o local de trabalho, sendo parte da comunidade local, tem papel a desempenhar na grande luta para conter a disseminação e os efeitos da epidemia.” (*Op. cit.*, p. 5).

Observa-se que a discriminação que atinge a pessoa vivendo com HIV/AIDS pode ocorrer antes, durante e ao término do contrato de trabalho.

Neste trabalho, centraliza-se a análise no rompimento do vínculo de emprego, momento em que se avolumam casos concretos de despedimentos da pessoa acometida pelo HIV/AIDS decorrentes de motivações discriminatórias, como atestam inúmeras decisões jurisprudenciais.

O escopo do presente trabalho é, portanto, empreender uma análise dogmática da proteção jurídica da relação de emprego da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS contra o despedimento discriminatório.

2. Enfoque teórico e metodologia

Nosso campo de análise está compreendido dentro da Ciência do Direito e, especialmente, dentro de seu enfoque teórico dogmático.⁶

Na sua explanação acerca da Ciência Dogmática do Direito, FERRAZ JÚNIOR elenca três modelos dentro desse ramo do conhecimento, de acordo com a maneira que cada um encara a questão da *decidibilidade*, ou seja, a tarefa do Direito de solucionar conflitos e gerar paz social.

São eles a dogmática analítica – que encara a Ciência do Direito como teoria da norma, motivo pelo qual sua tarefa precípua concerne à identificação do Direito, utilizando a categoria da validade –, a dogmática hermenêutica – que tem por finalidade a compreensão do sentido jurídico – e a dogmática da decisão ou teoria dogmática da argumentação jurídica – cujo centro de preocupação é o modo como se obtém a decisão prevalecente.⁷

⁶ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, no âmbito da teoria do conhecimento jurídico, estabelece, seguindo a nomenclatura proposta por THEODOR VIEHWIG, uma distinção entre dois enfoques teóricos possíveis, quais sejam, o zetético e o dogmático. Traçando a diferença entre eles, percebemos que o enfoque zetético utiliza a linguagem em seu sentido informativo, ou seja, descreve as coisas como são. Por sua vez, no enfoque dogmático prepondera a função normativa da linguagem, na medida em que se busca direcionar o comportamento de indivíduos em determinado sentido. As teorias que se ocupam do fenômeno jurídico podem possuir caráter principal informativo – caso da zetética – ou diretivo – caso da dogmática (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 40-41).

⁷ *Idem*, p. 91 e 305.

Diante dessa tríplice possibilidade de modelos dogmáticos, nosso estudo partirá da realidade empírica legislativa⁸, e da análise doutrinária e jurisprudencial do direito positivo.

Através da hermenêutica, proporemos o reconhecimento da força normativa e da incidência e eficácia direta no âmbito das relações de trabalho dos princípios constitucionais, dos direitos fundamentais e dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Nosso escopo último é propiciar a atribuição de sentidos às normas jurídicas estudadas consentânea com a *concretização*⁹ dos direitos humanos fundamentais da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

3. Problematizações jurídicas

Para a consecução de tais objetivos, são escolhidas algumas problematizações jurídicas, cujas respostas serão buscadas no decorrer do trabalho.

Inicialmente, visando à correta compreensão do tema, serão expostos conceitos científicos envolvendo o HIV/AIDS, traçando-se um histórico de sua evolução e

⁸ O ponto de partida fundamental da Ciência Dogmática do Direito é o “*princípio da proibição da negação*, isto é, o princípio da não-negação dos pontos de partida de séries argumentativas”, denominado por Niklas Luhmann de *princípio da inegabilidade dos pontos de partida*. (*Ibidem*, p. 48).

⁹ Sobre o conceito de concretização das normas constitucionais – interessando-nos, de modo especial, a dos direitos fundamentais –, PAULO BONAVIDES expõe: “Verificamos, então, o seguinte: há na Constituição normas que se interpretam e normas que se concretizam. A distinção é relevante desde o aparecimento da Nova Hermenêutica, que introduziu o conceito novo de *concretização*, peculiar à interpretação de boa parte da Constituição, nomeadamente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional. Neste são usuais preceitos normativos vazados em fórmulas amplas, vagas e maleáveis, cuja aplicação requer do intérprete uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento. Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; em a Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada” in BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 606). Por seu turno, KONRAD HESSE leciona que “a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não poder ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” in HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 22-23.

ressaltando a importância que o trabalho representa para as pessoas acometidas pelo HIV/AIDS.

Na seqüência, será enfrentada a questão da interpretação e concretização do princípio da igualdade, em sua expressão de princípio da não-discriminação – sempre sob a égide do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana –, no âmbito das relações de trabalho, no caso específico da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Também será analisada a tutela da intimidade da pessoa no contexto da relação de trabalho e os questionamentos pertinentes ao HIV/AIDS.

Finalmente, será discutida a proteção da relação de emprego da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, com a exposição das conseqüências jurídicas advindas do despedimento discriminatório. Neste passo, serão abordados aspectos processuais relacionados à prova da discriminação bem como as questões materiais relacionadas à disciplina prevista pela Lei n.º 9.029/95, ao dano moral/pessoal e material/patrimonial advindo do despedimento discriminatório, à nulidade da dispensa discriminatória e ao direito à reintegração.

A permear toda a discussão, debater-se-á o importante tema da incidência dos direitos fundamentais na órbita privada, entre particulares, especificamente no âmbito das relações de trabalho.

Esperamos com nossa pesquisa contribuir para a efetivação e concretização dos direitos fundamentais da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, neste que constitui importante capítulo da afirmação dos direitos humanos.

4. Terminologia adotada

Antes ainda de adentrar no objeto específico de nossa dissertação, necessário fixar a terminologia a ser adotada no decorrer do trabalho.

AMARI MASCARO NASCIMENTO apresenta a seguinte definição: “*Dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado*”.¹⁰

Em nosso estudo, utilizaremos as expressões *dispensa*, *despedida* e *despedimento* como sinônimas, no sentido supracitado.¹¹

¹⁰ NASCIMENTO, Amari. *Curso de Direito do Trabalho*, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 724.

No ordenamento brasileiro, não há definição do conceito de dispensa discriminatória. Assim, seus contornos são obra de construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Para nosso trabalho, consideramos adequada a conceituação proposta pelos juristas espanhóis MANUEL ALONSO OLEA e MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE, segundo a qual a dispensa discriminatória é aquela caracterizada pela “presencia de motivaciones determinantes de la voluntad de despedir opuestas a principios esenciales del ordenamiento”.¹²

Em seu trabalho, JOÃO HILÁRIO VALENTIM, no item intitulado “O trabalhador portador do vírus: a denominação como forma de dignificação”, demonstra de modo claro e preciso a superlativa importância da utilização de nomenclatura adequada nas referências às pessoas portadoras do HIV e/ou doentes de AIDS.

Nesse sentido, o autor realça ser “preferível usar as expressões ‘pessoas soropositivas’, ‘pessoas HIV positivas’, ‘pessoas com HIV positivo’, ‘portadores assintomáticos’, ‘portador do vírus HIV’, para as pessoas que possuam o vírus em seu organismo, mas que ainda não desenvolveram a doença, e ‘doente de AIDS’, ‘pessoa com AIDS’, para aqueles que têm a doença manifesta. Essas expressões não denotam idéias negativistas, nem fatalistas e propiciam um tratamento mais humano e digno às pessoas acometidas pela infecção”.¹³

Por seu turno, no “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”, elaborado originalmente em 2001, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, são utilizadas as expressões “pessoas que vivem com HIV/Aids”¹⁴, “pessoas portadoras do HIV/Aids”¹⁵, “trabalhadores com HIV/Aids”¹⁶, “pessoas portadoras do HIV”¹⁷ e “pessoas com HIV positivo”¹⁸.

¹¹ DÉLIO MARANHÃO, baseando-se na doutrina de DE PAGE, propõe critério de classificação – com a terminologia respectiva –, do modo pelo quais os contratos se extinguem. Vide SÜSSEKIND, Arnaldo., MARANHÃO, Délio., VIANA, José de Segadas., TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 22ª ed., São Paulo, LTr, 2006, p. 559 e ss.

¹² OLEA, Manuel Alonso, e BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del Trabajo*, Decimoctava Edicion, Revisada, Madrid, España, Civitas, 2000, p. 456. Em tradução livre: “[...] presença de motivações determinantes da vontade de dispensar opostas a princípios essenciais do ordenamento”.

¹³ VALENTIM, João Hilário. *Aids e relações de trabalho subordinado: o efetivo direito ao trabalho*, Rio de Janeiro, Impetus, 2003, p. 91.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO IINTERNACIONAL DO TRABALHO. *op. cit.*, p. 5, 18, 20 e 43.

¹⁵ *Idem*, p. 8.

¹⁶ *Ibidem*, p. 9, 17, 19, 25, 26, 27, 28, 34, 35, 36 e 37.

¹⁷ *Ibidem*, p. 8.

Nesta dissertação serão utilizadas as denominações propostas por tais obras.

5. Delimitação metodológica do tema

Para fins de delimitação metodológica, insta observar que este estudo limitar-se-á ao âmbito do contrato de trabalho e da relação de emprego¹⁹, consoante a definição legal trazida pelo *caput* do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, *in verbis*:

“Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”.

Nesse sentido, adotando o conceito de relação de emprego proposto por AMAURI MASCARO NASCIMENTO, conclui-se que o objeto da presente pesquisa é a “*relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado*”.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁹ Assim, não enfrentaremos a questão dos limites do conceito de *relação de trabalho*, trazido pela nova redação do inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC n.º 45/04. Sobre o tema vide MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45*, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, Ano 1, n. 1, jan./jun. 2006, p. 69 e ss.

²⁰ MASCARO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 10 supra), p. 510. Por oportuno, transcreve-se a observação de Sérgio Torres Teixeira: “É dentro do âmbito das relações de trabalho, por sua vez, que se encontra uma das mais ricas fontes de discriminação. Em virtude da liberdade empresarial desfrutada pelo empregador no exercício do seu poder diretivo empresarial, o respectivo terreno se revela fértil para o surgimento de casos de práticas discriminatórias” (TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Proteção à relação de emprego*, São Paulo, LTr, 1998, p. 396-397).

CAPÍTULO I – A discriminação no contexto do trabalho em relação à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e a continuidade da relação de emprego.

Para o correto tratamento jurídico das situações de discriminação envolvendo as pessoas portadoras do HIV e/ou doentes de AIDS, é necessário, em primeiro lugar, compreender em que consiste tal moléstia, seu histórico, formas de transmissão e seu relacionamento com o mundo do trabalho.

Nesse sentido, fixaremos nesse capítulo, com base em conhecimentos médicos especializados, os contornos fundamentais desta doença que se tornou mundialmente conhecida e discutida, mas sobre a qual ainda persistem grande ignorância e preconceito, com reflexos nocivos no âmbito do trabalho.

Como ensina LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT, “doenças sempre serviram para práticas discriminatórias”.²¹

E, ressalta PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, há “doenças que, em virtude da gravidade ou da ignorância, trazem grande dose de discriminação por parte das pessoas, como ocorreu com a tuberculose, lepra, sífilis e, mais recentemente, com a AIDS”.²²

ALICE MONTEIRO DE BARROS expõe:

“Talvez o temor e a estigmatização social que outrora existiu em relação à lepra seja muito semelhante ao que hoje se tem demonstrado no tocante à AIDS, vista como ‘o mal que discrimina’. A desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa dos preconceitos”.²³

²¹ RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Proteção ao Portador do Vírus HIV e ao Aidético: Enfoque Trabalhista a um Projeto de Lei*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 127.

²² OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, Ano 1, n. 1, jan./jun. 2006, p. 183.

²³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed. revista e ampliada, São Paulo, LTr, 2006, p. 1143.

Todavia, os operadores do Direito não poderão simplesmente reproduzir passivamente distinções e segregações de pessoas que não se baseiem em motivação racional, comprovada cientificamente, e eticamente aceitável.

Procura-se então, no caso específico do HIV/AIDS, demonstrar, com evidências fundamentadas no atual estado da ciência médica, a ausência de razão para o tratamento discriminatório conferido, no contexto do trabalho, às pessoas acometidas por tal enfermidade, com exceção das distinções legítimas fundadas em possibilidade de contágio e transmissão no exercício profissional, cientificamente comprovada.

1.1. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA (AIDS). Conceitos científicos. Histórico.

A sigla AIDS origina-se do inglês *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, que, em vernáculo, significa Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

Tal enfermidade resulta da infecção pelo HIV, cuja sigla também deriva do inglês *Human Immunodeficiency Virus*, ou seja, Vírus da Imunodeficiência Humana.

Na ciência médica, pode-se encontrar a seguinte conceituação da AIDS:

“A síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids) é uma manifestação clínica avançada da infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV-1 e HIV-2). Geralmente a infecção pelo HIV leva a uma imunossupressão progressiva, especialmente da imunidade celular, e a uma desregulação imunitária. Tais desregulações e supressões imunitárias acabam por resultar em infecções oportunistas, neoplasias e/ou manifestações (demência, caquexia, trombocitopenia etc.) que são condições definidoras de Aids, quando em presença da infecção pelo HIV”.²⁴

Importante ressaltar que a infecção pelo HIV não necessariamente significa que a pessoa esteja doente de AIDS. Isso porque, mesmo que no sangue da pessoa sejam

²⁴ Castro KG, Ward JW, Slutsker L et al. 1993 revised classification system for HIV infection and expanded surveillance case definition for Aids among adolescents and adults. *Morbidity and Mortality Weekly Report* 41:1-19,1992. *apud* NADLER, Jeffrey. *Capítulo 8.1 – Etiopatogenia*, in Ricardo Veronesi e Roberto Focaccia (editores), *Veronesi: Tratado de Infectologia*, São Paulo, Editora Atheneu, 2004, p. 83.

identificados anticorpos contra o vírus, pode haver grande período de convívio com o HIV sem o desenvolvimento da AIDS, que é caracterizada pelas deficiências do sistema imunológico e pelo aparecimento das infecções e manifestações oportunistas.²⁵

Historicamente, a “síndrome foi primeiramente descrita nos Estados Unidos, em 1981, em homossexuais do sexo masculino, anteriormente hígidos, que apresentaram pneumonia por *Pneumocystis jiroveci* (antes *P. carinii*) e sarcoma de Kaposi”.²⁶

Desde sua origem, tal enfermidade foi objeto de grande preconceito, estigma e discriminação, que se fez sentir também no Brasil, expressando-se em diversas “incompreensões e manifestações de preconceito”.²⁷

Em 1982, no início da identificação da nova e misteriosa moléstia houve a adoção temporária da denominação “Doença dos 5 H”, uma referência aos grupos sociais em que a infecção pelo HIV se manifestou neste começo de propagação da AIDS, os “Homossexuais, Hemofílicos, Haitianos, Heroinômanos (usuários de heroína injetável), *Hookers* (profissionais do sexo em inglês)”.²⁸

Entretanto, com espantosa velocidade, a epidemia de HIV/AIDS atingiu proporções superlativas, atingindo todas as regiões do globo.

Estimativas da ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, de dezembro de 2007, indicavam que no mundo havia cerca de 33 milhões de pessoas infectadas com o HIV, tendo havido 2,7 milhões de novos casos de infecção pelo HIV e 2 milhões de mortes em decorrência da AIDS apenas no ano de 2007.²⁹

No Brasil, segundo dados do MINISTÉRIO DA SAÚDE, de 1980 a 2008 foram notificados 506.499 casos de AIDS³⁰, o que não corresponde à totalidade das efetivas

²⁵ Fonte: <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISF86565C9PTBRIE.htm>, acesso em 16.12.2008.

²⁶ LIMA, Josué Nazareno de. *et al. Capítulo 409 – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*, in LOPES, Antonio Carlos. (editor), *Tratado de clínica médica, volume 3*, 2.ª ed., São Paulo, Roca, 2009, p. 4193.

²⁷ VALENTIM, João Hilário. *op. cit.*, p. 47.

²⁸ Fonte: <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS232EC481PTBRIE.htm>, acesso em 16.12.2008.

²⁹ *Global summary of the AIDS epidemic*, World Health Organization, UNAIDS, December 2007, disponível em http://www.who.int/hiv/data/2008_global_summary_AIDS_ep.png, acesso em 27.01.2009.

³⁰ *Boletim Epidemiológico - Aids e DST*, ano V, n.º 01, 27.ª a 52.ª semanas epidemiológicas, julho a dezembro de 2007 e 01.ª a 26.ª semanas epidemiológicas, janeiro a junho de 2008, Ministério da Saúde, Brasília, Brasil, p. 04, disponível em http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7BF880504B-B87C-4155-8C31-EDFE337DB4C6%7D/Boletim2008_jornalistas.pdf, acesso em 27.01.2009.

infecções, na medida em que tais números não abrangem os infectados que desconhecem sua sorologia.³¹

O surgimento da epidemia de AIDS também foi acompanhado de reações governamentais coercitivas e atentatórias aos direitos fundamentais dos enfermos, tendentes à segregação e afastamento dos infectados pelo HIV, refutadas pelas entidades científicas, como relata a literatura médica:

“Medidas como confinamento de doentes ou portadores da infecção, impedimento de livre trânsito de portadores de HIV, muitas vezes até mesmo a proibição de entrada de pacientes em determinados países (Japão, Estados Unidos, Rússia), foram e são constantemente combatidas por entidades científicas, pois obviamente carecem de lógica e jamais contribuíram para a redução da propagação da infecção pelo HIV”.³²

Outros fatores contribuíram para o estabelecimento da estigmatização e discriminação das pessoas portadoras do HIV e/ou doentes de AIDS.

Entre eles pode-se citar a adoção do conceito de grupo de risco, ou seja, os grupos de indivíduos que, diante de determinadas características pessoais e condutas particulares, estariam mais propensos ao contágio pelo vírus.

Tal concepção, inicialmente utilizada como instrumento de identificação e controle dos casos de infecção, logo se mostrou mais problemática do que útil no manejo da questão, resultando em efeitos deletérios:

“A noção de grupo de risco foi utilizada com a finalidade de facilitar a compreensão da distribuição dos casos e também auxiliar o monitoramento da nova doença. No entanto, devido ao fato de os

³¹ Estudos estimam em cerca de 600.000 o número de indivíduos, na faixa de 15 a 49 anos, portadores do HIV no Brasil, no ano de 2004, segundo CÉLIA LANDMANN SZWARCOWALD e PAULO ROBERTO BORGES DE SOUZA JÚNIOR, *Estimativa da prevalência de HIV na população brasileira de 15 a 49 anos, 2004*, in *Boletim Epidemiológico - Aids e DST*, ano III, n.º 01, 01.ª a 26ª semanas epidemiológicas, janeiro a junho de 2006, Ministério da Saúde, Brasília, Brasil, p. 11-15, disponível em <http://www.aids.gov.br/data/documents/storedDocuments/%7BB8EF5DAF-23AE-4891-AD36-1903553A3174%7D/%7B6B12D137-92DF-4CF5-A35A-482AED64CBC0%7D/BOLETIM2006internet.pdf>, acesso em 27.01.2009.

³² LEWI, David Salomão. e ACCEITTURI, Conceição Aparecida. *Capítulo 8.9 – Prevenção – Medidas Gerais*, in VERONESI, Ricardo. e FOCACCIA, Roberto. (editores), *Veronesi: Tratado de Infectologia*, São Paulo, Editora Atheneu, 2004, p. 162.

primeiros casos de AIDS descritos no mundo ocidental terem aparecido em grupos caracterizados por práticas tradicionalmente marginalizadas – de relações homossexuais e de uso de drogas –, essa conceituação trouxe mais problemas do que soluções ao intento de controle da epidemia. A utilização do conceito de grupos de risco de AIDS colaborou para o aumento da discriminação a homossexuais e usuários de drogas, e propiciou o surgimento de um pesado estigma para os portadores da AIDS, além de ter contribuído para o mau entendimento dos riscos de transmissão. De fato, em vários países onde se divulgou a noção dos grupos de risco de AIDS, incluído aí o Brasil, a população não identificada com esses grupos tem subestimado seu verdadeiro risco de infectar-se com o HIV”.³³

Nesse sentido, foram afastadas classificações de grupos em que o HIV/AIDS teria mais chance de propagação e predominância, diante da constatação de que a distribuição da doença não permanecia invariável, acometendo diferentes grupos sociais com o passar dos anos³⁴.

A propagação da epidemia não se mostra uniforme nas diversas sociedades, havendo a identificação de grupos sociais mais intensamente atingidos, o que demonstra grande relação com as peculiaridades sociais, econômicas e culturais das populações envolvidas.

Estudos médicos observam que “aspectos culturais relativos à sexualidade, as desigualdades de gênero, o analfabetismo e outras carências educacionais, o desemprego, a pobreza, a exclusão social e a falta de recursos públicos formam o verdadeiro pano de fundo que define os grupos mais vulneráveis à AIDS em todo o mundo”.³⁵

Diante disso, atualmente o enfrentamento do HIV/AIDS abrange não apenas fatores biológicos, mas sim estruturas sociais e comportamentais que contribuam para o efetivo combate da proliferação da moléstia.

³³ RIBEIRO, Ana Freitas. *et al. Capítulo 8.2 – Epidemiologia*, in FOCACCIA, Roberto. (editor científico), *Veronesi: tratado de infectologia*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Atheneu, 2005, p. 119.

³⁴ *Idem*, p. 119.

³⁵ FARMER, P.; CONNORS, M.; SIMMONS, J. *Women, Poverty and AIDS. Sex, Drugs and Structural Violence*, Monroe: Common Courage, 1996 *apud* SEGURADO, Aluísio Augusto Cotrim. *Capítulo 410 – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: Desafio ao Conhecimento, ao Ensino e à Prática Médica*, in LOPES, Antonio Carlos (organizador). *Tratado de clínica médica, volume 3*, São Paulo, Roca, 2009, p. 4233.

Hoje em dia, nota-se uma clara tendência à universalização da presença do HIV/AIDS, que não mais se restringe a grupos pretensamente determináveis, movimento verificado no Brasil:

“Mudanças marcantes no perfil epidemiológico da epidemia de AIDS vêm ocorrendo no Brasil a partir da década de 1990. Na década anterior, a doença acometia principalmente homossexuais e bissexuais do sexo masculino, de classe média ou alta, habitantes de grandes metrópoles. Atualmente, a epidemia de AIDS vem ocorrendo predominantemente em heterossexuais de ambos os sexos, jovens, de todas as classes sociais. Heterossexualização, feminilização, interiorização e pauperização da epidemia são condições que vêm caracterizando a epidemia no Brasil nos últimos anos”.³⁶

Todas as iniciativas que busquem a superação desse grave problema social e de saúde devem passar pela pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e pela garantia de um contexto de respeito aos direitos humanos.

O impacto da AIDS se estende pelos diversos aspectos da vida social, reconhecendo-se que “a AIDS deixou de ser uma questão de interesse restrito ao setor da saúde para se constituir hoje em dilema global, que somente poderá ser enfrentado de forma efetiva a partir de ações multissetoriais coordenadas”.³⁷

Nesse passo, o Direito mostra-se importante instrumento de salvaguarda e promoção de um ambiente de respeito e proteção à dignidade e aos direitos fundamentais da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, especialmente o de não ser discriminado³⁸.

³⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Vigilância do HIV no Brasil: novas diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002^a. (Série Referência, 2) e MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Situação da Prevenção e Controle das Doenças Transmissíveis no Brasil*. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002e. *apud* LIMA, Josué Nazareno de. *et al. op. cit.*, p. 4195.

³⁷ SEGURADO, Aluísio Augusto Cotrim. *op. cit.*, p. 4233.

³⁸ Interessante notar que a própria literatura médica identifica como nota distintiva da iniciativa brasileira de combate à epidemia de AIDS tanto “o firme alicerce constitucional que garantia a saúde como direito do cidadão e um dever do Estado” bem como “a inclusão da perspectiva de respeito e promoção dos direitos humanos para as pessoas que vivem com o HIV, com salvaguarda legal para apoio e combate a eventuais violações” dos direitos dos soropositivos. (*Idem*, p. 4234).

1.2. A discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no contexto das relações de trabalho.

Toda a carga de preconceito e ignorância envolvendo a infecção pelo HIV e a manifestação da AIDS não tardou a se fazer presente no mundo do trabalho.

Muitas vezes mascarando o puro preconceito e ignorância, práticas discriminatórias direcionadas aos trabalhadores soropositivos baseavam-se no suposto perigo de contágio e transmissão representado pelo convívio com os infectados pelo HIV.

Para a discussão deste ponto, importante trazer à colação estudos médicos que enfrentam a questão da transmissibilidade do HIV.

DAVID SALOMÃO LEWI e CONCEIÇÃO APARECIDA ACCEITTURI ressaltam:

“Em termos epidemiológicos, as três únicas formas de potencial transmissibilidade da infecção são via contato sexual, contato com o sangue ou hemoderivados, ou a chamada transmissão perinatal, a partir da mãe infectada para seu concepto ou recém-nascido. Obviamente é sobre essas formas de transmissão que se voltam os esforços profiláticos. [...] Por outro lado, a possibilidade de transmissão da infecção através de vetores alados, contato social com pacientes, fômites (sem, obviamente, lesões decorrentes de acidentes com materiais contaminados), já foram exaustivamente analisadas, descartando-se peremptoriamente estas possibilidades”.³⁹

Por seu turno, JOSUÉ NAZARENO DE LIMA *et al.* asseveram:

“O HIV pode ser transmitido pelo sangue, sêmen, secreção vaginal e leite materno, havendo portanto três vias primárias de transmissão do vírus: sexual, parenteral (sangue) e perinatal. Para fins de vigilância epidemiológica, no Brasil, são consideradas quatro categorias de exposição ao HIV, subdivididas em diferentes tipos de exposição: exposição sexual (dos tipos: homossexual, bissexual e heterossexual),

³⁹ LEWI, David Salomão. e ACCEITTURI, Conceição Aparecida. *op. cit.*, p. 162.

exposição sanguínea (dos tipos: usuário de droga injetável, hemofílico e transfusão), exposição perinatal e exposição em acidente de trabalho”.⁴⁰

Em consonância com tais pressupostos, o “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”, de 2001, preconiza que os programas educacionais elaborados para a prevenção e informação sobre o HIV/AIDS no ambiente de trabalho devem “ênfatizar que não se contrai o HIV por contato casual e que pessoas com HIV positivo não precisam ser evitadas ou estigmatizadas mas, pelo contrário, deveriam ser apoiadas e ajustadas no local de trabalho”.⁴¹

Desse modo, o respeito ao tratamento isonômico aos trabalhadores portadores do HIV e/ou doentes de AIDS constitui medida de garantia dos direitos fundamentais do trabalhador, no que tange à sua dignidade, intimidade e proteção contra a discriminação.

Sob esse enfoque, a OIT, em sua “Declaração Consensual sobre AIDS e Local de Trabalho”, de 1988, preleciona:

“A proteção da dignidade e dos direitos humanos das pessoas infectadas pelo HIV, incluídas as que padecem de AIDS, é essencial para prevenir ou combater a infecção. Os trabalhadores infectados pelo HIV que se encontram saudáveis devem ser tratados exatamente igual à qualquer outro trabalhador. Os que tenham uma enfermidade relacionada com o HIV, incluindo a AIDS, deverão ser tratados como qualquer outro trabalhador enfermo”.⁴²

Ressalte-se que o precitado “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”, de 2001, estabelece como um de seus “Princípios-chave” a “Não-discriminação”, com os seguintes fundamentos:

“No espírito de trabalho decente e em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa infectada ou afetada pelo HIV/Aids, não deveria haver discriminação de trabalhadores com base em situação real ou presumida de HIV. A discriminação e a estigmatização das

⁴⁰ LIMA, Josué Nazareno de. *et al. op. cit.*, p. 4195-4196.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *op. cit.*, p. 22.

⁴² Em tradução livre do espanhol do texto integral disponível em VALENTIM, João Hilário. *op. cit.*, p. 346 e 347.

peças que vivem com HIV/Aids inibem os esforços para a promoção da prevenção contra HIV/Aids”.⁴³

Outro dos “Princípios-chave” deste documento internacional é a “Continuidade da relação de emprego”, na medida em que, *in verbis*:

“A infecção pelo HIV não é motivo para término de contrato. Como acontece com outros tantos problemas de saúde, as pessoas com doenças relacionadas ao HIV deveriam poder trabalhar enquanto estivessem clinicamente em condições de prestar trabalho viável e adequado”.⁴⁴

Assim é que ao tratar da assistência e apoio no âmbito do local de trabalho, este mesmo Relatório da OIT estipula as seguintes diretrizes:

“(a) Infecções por HIV e Aids clínica não deveriam ser tratadas no local de trabalho de forma menos favorável que qualquer doença ou problema grave de saúde.

(b) Trabalhadores com HIV/Aids não deveriam ser tratados de forma menos favorável do que trabalhadores com outras doenças graves no que diz respeito a benefícios, compensação e ajustes razoáveis no trabalho.

(c) Todos os trabalhadores em condições clínicas para determinado emprego deveriam desfrutar de estabilidade no trabalho e de oportunidades normais de transferência e promoção”.⁴⁵

No Brasil, nesse mesmo diapasão está a Portaria Interministerial (Ministro da Saúde e Ministro do Trabalho e Administração) n.º 869/1992, que proíbe o exame de detecção para o vírus da imunodeficiência humana no âmbito do serviço público federal brasileiro e consigna em seus “Considerandos” tanto “que a sorologia positiva para o vírus da imunodeficiência adquirida (HIV) em si não acarreta prejuízo da capacidade laborativa

⁴³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ *Idem*, p. 7.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

de seu portador” quanto “que os convívios social e profissional com portadores do vírus não configuram situações de risco”.

Desse modo, observamos que a ciência médica não inclui o mero contato social entre as formas de potencial transmissibilidade do HIV, o que leva à conclusão inafastável de que não é razoável nem proporcional o isolamento, o afastamento ou, em última instância, a dispensa do trabalhador portador do HIV e/ou doente de AIDS em virtude de seu estado de saúde, salvo naquelas específicas atividades profissionais em que seja comprovada cientificamente a possibilidade de transmissão do vírus a terceiros.

A corroborar tal entendimento, R. LIMONGI FRANÇA, ao se debruçar sobre este importante tema, preleciona:

“Não pode assim o afetado ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia não haja possibilidade técnica de impedir o risco de contágio.

Do mesmo modo não pode a AIDS ser considerada causa jurídica de despedida do emprego”.⁴⁶

Ressalva-se assim a eventual hipótese, e desde que cientificamente comprovada, da possibilidade de transmissão do HIV a terceiros no exercício profissional, tal qual aventada por ALICE MONTEIRO DE BARROS:

“Quando estiver comprovado cientificamente o risco de transmissão do vírus HIV no local de trabalho, torna-se necessário proteger os clientes e demais empregados de uma possível infecção, adotando critérios que permitam determinar quando é indicado recorrer a provas de investigação do vírus. Essas provas deverão limitar-se aos ocupantes de cargos que os exponham ao perigo de transmitir o vírus ou de ser infectados por ele”.⁴⁷

⁴⁶ FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*, in *Revista dos Tribunais*, ano 79, novembro de 1990, vol. 661, p. 19-20. Veja-se também o posicionamento de RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *op. cit.*, p. 129-130.

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1154.

Sobre este tema, JOSÉ JOÃO ABRANTES preleciona que a "tutela específica de proibição de averiguar e de levar em conta o estado de saúde do trabalhador depende muito das normas sobre deontologia profissional dos médicos e outros profissionais de saúde" e observa que nesta questão o "que obviamente está [...] sempre em causa é o conflito entre a reserva da vida privada e o direito à saúde de terceiros".⁴⁸

É de ressaltar que eventuais testes de detecção do HIV devem ser previamente informados ao empregado e contar com seu consentimento expresso, além da obrigatória manutenção do sigilo médico quanto aos seus resultados em relação a terceiros, em respeito ao seu direito fundamental à intimidade e resguardando-se assim sua dignidade, consoante exposto em pormenor no item 3.7 deste trabalho.

Além disso, nos casos em que haja o risco de infecção pelo HIV no exercício profissional⁴⁹, surge a obrigação do empregador de efetivar no ambiente de trabalho medidas de prevenção e segurança, consoante expõe a autora precitada:

⁴⁸ ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 165-166, texto contido na nota 339 da referida obra, em que o autor faz menção à legislação e jurisprudência italianas. A análise da casuística envolvendo as específicas ocupações em que haveria o risco de transmissão do HIV pelo trabalhador a terceiros durante o exercício profissional extrapola os limites do presente estudo jurídico. Para uma abordagem aprofundada das questões éticas médicas e bioéticas envolvendo o exercício profissional da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS em ocupações específicas vejam-se, entre outros, os seguintes estudos: SEGRE, Marco. *Questões Suscitadas pela AIDS em Saúde Ocupacional* (p. 61-65); PASTERNAK, Jacyr., MARCHI, Maria Mathilde., AMATO, Valdir Sabbuga. e AMATO NETO, Vicente. *Implicações éticas da triagem sorológica para o vírus da imunodeficiência humana* (p. 23-37); GRECO, Dirceu B. e NEVES, Mosar de Castro. *O Profissional de Saúde Infectado pelo HIV - Direitos e Deveres* (p. 39-47); ALMEIDA, Marcos de. e MUNOZ, Daniel Romero. *Relação Médico - Paciente e Paciente - Instituição na AIDS: O Direito à Informação e à Confidência; a Discriminação, o Abandono e a Coerção* (p. 49-53), todos encontrados na *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, nº 1, 1993, e também disponíveis em <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v1.htm>, acesso em 28.09.2009; CAMPOS, M. A. *O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética*, in *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol. 45, nº 2, abril/junho, 1999, p. 163-168; ALVES, Elaine Gomes dos Reis. *Bioética e convivência humanizada de profissionais da área de saúde com médicos, dentistas e enfermeiros portadores de HIV/AIDS*, in *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 28, v. 28, n.3, julho/setembro de 2004, p. 300-303; ALVES, Elaine Gomes dos Reis. e RAMOS, Dalton Luiz de Paula. *Reflexões bioéticas e psicológicas sobre profissionais de saúde portadores de HIV/Aids*, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 12, nº 1, 2004, p. 75-86; BRANDÃO, Luiz Sávio Salgado. *Admissibilidade e funcionalidade do militar portador assintomático do vírus HIV*, in *Revista CEJ*, Brasília, Ano X, n. 35, out./dez. 2006, p. 4-7 e SARMENTO, Daniel. e NASCIMENTO, Rogério Soares do. *Portadores de HIV – Reforma compulsória e testagem obrigatória nas forças armadas – Violação aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao trabalho e à intimidade*, petição inicial de Ação Civil Pública transcrita no *Boletim dos Procuradores da República*, ano III, nº 32, dezembro de 2000, p. 7-17. Por exemplo, estudiosos de medicina indicam: “As recomendações para profissionais de saúde soropositivos são evitar procedimentos invasivos em que haja risco de sangramento do profissional e manter um comportamento responsável.”, conforme RIBEIRO, Ana Freitas. *et al. Capítulo 8.2 – Epidemiologia*, in FOCACCIA, Roberto. (editor científico), *Veronesi: tratado de infectologia*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Atheneu, 2005, p. 136.

⁴⁹ “Considera-se população vulnerável à infecção ocupacional pelo HIV, os profissionais cujas atividades envolvam contato com pacientes ou espécimes biológicos potencialmente infectados nas diversas

“Em alguns casos, são necessárias precauções especiais, devendo conceder-se roupas e equipamentos de proteção especial, sem qualquer ônus para o empregado, informando-o sobre os riscos, por meio de dados científicos, e ministrando-lhe formação profissional adequada. Quando não for possível tomar as precauções especiais, o empregado poderá abster-se de realizar suas atividades no setor, aguardando as medidas cabíveis, ou postular a rescisão indireta do contrato, porque sujeito a perigo manifesto de mal considerável (art. 483 da CLT)”.⁵⁰

Esta é uma decorrência do inciso XXII do art. 7.º da CF, que preceitua como direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Nesse sentido está um dos “Princípios-chave” do “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”, de 2001, denominado “Ambiente de trabalho saudável”, nos seguintes termos:

“O ambiente de trabalho deveria ser o mais possível saudável e seguro, para todas as partes envolvidas, para evitar a transmissão do HIV, conforme dispõe a Convenção nº 155, de 1981, sobre Saúde e Segurança no Trabalho.

Um ambiente de trabalho saudável facilita a ótima saúde física e mental em relação ao trabalho e a adaptação do trabalho às capacidades do trabalhador do ponto de vista de seu estado de saúde física e mental”.⁵¹

OSCAR ERMIDA URIARTE, sopesando os princípios fundamentais envolvidos nesta questão, conclui que “ante lo que aparentemente sería una falsa oposición entre el derecho al trabajo, a la libertad e a la dignidad del trabajador infectado, por un lado, e el

modalidades de atendimento: hospitalar, ambulatorial, domiciliar, pré-hospitalar (bombeiros, policiais, equipes de resgate), coleta de resíduos e agentes funerários, dentre outros. Atividades de maior risco incluem: cirurgias, necropsias, procedimentos de emergência e venopunções. Este último procedimento representa 13% a 62% dos casos de acidente ocupacional, com risco biológico, e tem sido relacionado a 39% dos casos de transmissão ocupacional pelo HIV.” (RESENDE, Mariângela Ribeiro., GARCIA, Márcia Teixeira., ANGERAMI, Rodrigo Nogueira. e AOKI, Francisco Hideo. *Capítulo 8.10 – Medidas Gerais de Prevenção*, in FOCACCIA, Roberto. (editor científico), *Veronesi: tratado de infectologia*, 3.ª ed., São Paulo, Editora Atheneu, 2005).

⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1162.

⁵¹ *Op. cit.* p. 6.

derecho de la comunidad a la salud, por otro, parecería imponerse, como criterio rector, el principio de no discriminación”⁵², a demonstrar que eventuais exceções confirmam a regra principal da não-discriminação do trabalhador portador do HIV e/ou doente de AIDS no contexto das relações de trabalho.

JOÃO HILÁRIO VALENTIM propõe diretrizes para um ambiente de trabalho saudável e seguro e que resguarde a dignidade e os direitos humanos da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS:

“[...] promover o conhecimento e a proteção de todos, trabalhadores e empregadores, através da implementação de um programa permanente de prevenção e combate da epidemia no local de trabalho, articulado com outros mecanismos de proteção, promoção da saúde e melhoria das condições de trabalho. Tal programa deve, necessariamente, tratar da AIDS contextualizada no ambiente de trabalho, porém sem deixar de abordar as questões gerais da enfermidade, priorizando uma política de educação, informação e sensibilização para os problemas dela decorrentes, em especial os relacionados à pessoa do portador do vírus HIV/AIDS, de modo a despertar a solidariedade e propiciar um ambiente livre de preconceito e discriminação; deve, ainda, promover o conhecimento das normas universais de biossegurança, assim como o treinamento teórico e prático sobre procedimentos gerais de primeiros socorros”⁵³.

1.3. A importância do trabalho para a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Além de direito fundamental da pessoa, intimamente relacionado ao próprio direito à vida, e enunciado pelo Art. XXIII.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e pelos arts. 5.º, XIII⁵⁴ e 6.º⁵⁵ da Constituição Federal, o trabalho

⁵² URIARTE, Oscar Ermida. *op. cit.*, p. 49. No vernáculo: “[...] ante o que aparentemente seria uma falsa oposição entre o direito ao trabalho, à liberdade e à dignidade do trabalhador contaminado, por um lado, e o direito da comunidade à saúde, por outro, pareceria impor-se, como critério prioritário, o princípio da não discriminação.” in “Aids e Direito do Trabalho” (*Aids y Derecho Laboral*) (Resumo de artigo in RDT n. 83/93), Traduzido e resumido por Márcia Pereira da Silva in *Revista Synthesis*, n. 18/94, p. 24.

⁵³ VALENTIM, João Hilário. *op. cit.*, p. 343.

⁵⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

desempenha papel de relevante importância na vida da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Ressalte-se que a manutenção de um ambiente em que sejam respeitadas a dignidade e a intimidade, além dos direitos sociais fundamentais, da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, prestam inestimável contributo para a saúde, física e mental, deste trabalhador.

É o que expõe MARIANA RIBEIRO SANTIAGO:

“A integração social do portador de HIV, o seu convívio num ambiente de trabalho sadio, onde se sinta produtivo, útil, amado e respeitado, onde não se sinta discriminado ou humilhado, são fatores de grande relevância no tratamento da AIDS, pois contribuem para a manutenção da auto-estima da pessoa, fundamental para o equilíbrio psicológico”.⁵⁶

No mesmo diapasão, JOÃO HILÁRIO VALENTIM preleciona, ao destacar a importância da continuidade da relação de emprego na situação em comento:

“Para o trabalhador soropositivo ou doente de AIDS, a manutenção da relação de trabalho é uma necessidade. O trabalho tem função terapêutica, contribuindo para o desenvolvimento de um sentimento de utilidade, de integração social do trabalhador, propiciando-lhe não só a estabilidade econômica, quando não a fonte de renda, e a tranquilidade psíquica e mental para enfrentar a doença”.⁵⁷

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁵⁵ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)”.

⁵⁶SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A Aids e o direito fundamental ao trabalho*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 112, ano 29: outubro-dezembro de 2003, p. 217/218.

⁵⁷VALENTIM, João Hilário. *op. cit.*, p. 144.

CAPÍTULO II – Premissas teóricas fundamentais.

2.1. A inserção do tema na lógica dos direitos humanos.

O estudo das dispensas discriminatórias das pessoas portadoras do HIV e/ou doente de AIDS possui raízes insertas no espectro da teoria dos direitos humanos.

Verifica-se que a constante preocupação com a igualdade entre os indivíduos e, por via de consequência, o combate às diversas formas de discriminação injustificada sempre pautou o longo, e muitas vezes difícil, caminho de afirmação dos direitos humanos.

Atesta essa afirmação a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948.

Na lição de FLÁVIA PIOVESAN:

“A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea dos direitos humanos, na medida em que consagra a idéia de que os direitos humanos são universais, inerentes à condição de pessoa e não relativos às peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade, incluindo em seu elenco não só direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais. Afirma, assim, ineditamente, a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos”.⁵⁸

Tal Declaração enuncia em seu Art. I:

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Em seguida, assegura, no Art. II.1, que:

“Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. *O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados*, in *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira* (Coordenadores Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 28.

espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”.

Nota-se, no Art. I, a menção à dignidade da pessoa humana, núcleo fundamental de irradiação dos direitos humanos, tema que será tratado com maior profundidade no item 3.1 deste trabalho.

Ademais, estão insculpidos, nos Arts. I e II.1, abrindo o basilar documento do sistema global de proteção internacional dos direitos humanos, o princípio de igualdade perante a lei e o seu “corolário lógico”⁵⁹, o princípio de não-discriminação.

CELSO LAFER destaca que “René Cassin, um dos grandes inspiradores e redatores da Declaração Universal, entendia que o seu art. 1º, assim como o seu art. 2º, constituem o pórtico do templo dos direitos humanos”.⁶⁰

Mais adiante, o art. VII, do mesmo documento internacional, preceitua:

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Então, quaisquer questões envolvendo o direito de igualdade e a vedação à discriminação encontram-se intrinsecamente na província dos direitos humanos.

Avançando na história de positivação internacional dos direitos humanos, verifica-se que os direitos à igualdade e de não ser discriminado são expressamente previstos tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consoante seu art.

⁵⁹ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Manole, Barueri, 2005, p. 37.

⁶⁰ *Idem*, p. 37.

26⁶¹ como também no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a teor de seu art. 2.º.2⁶².

Como ensina FLÁVIA PIOVESAN, o objetivo primordial dos dois Pactos mencionados “foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes”⁶³, e a presença, em fórmulas parecidas – excepcionando-se o fato de que o primeiro dos Pactos estabelece direitos aos indivíduos e o segundo deveres aos Estados⁶⁴ –, do reconhecimento da igualdade entre os indivíduos e da vedação à discriminação demonstra que sua garantia e aplicação são condições primordiais de exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

No estudo específico das dispensas discriminatórias da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, ademais, inoxidável a questão da manutenção do contrato de trabalho e a vedação à sua rescisão discriminatória, dentro do capítulo dos direitos sociais, especialmente do direito ao trabalho, que encontra enunciação no Art. XXIII.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, nos seguintes termos:

“Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”.

É de ressaltar, sempre sob a perspectiva dos direitos humanos, que a proteção da relação de emprego guarda íntima relação com o denominado direito ao trabalho, considerado há tempos uma garantia fundamental do ser humano, e condição para o exercício de outros direitos humanos fundamentais, como a liberdade, a igualdade e a própria existência.⁶⁵

⁶¹ “Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outras natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”.

⁶² “Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação”

⁶³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7.^a ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 168.

⁶⁴ *Idem*, p. 168.

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*, v. 47, 3.^a ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972, p. 79-80 e CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*, v. 2, 3.^a ed., Livraria Freitas Bastos S. A., 1953, p. 131.

Outro aspecto de inoxidável importância em matéria de discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS diz respeito à proteção de sua intimidade, no contexto do trabalho, em relação ao seu estado de saúde.

E neste ponto já se encontra fundamento para tal garantia no enunciado do art. XII da Declaração de 1948, *in verbis*:

“Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Observa-se, portanto, que a questão em análise situa-se no entroncamento entre a primeira e a segunda gerações dos direitos humanos.

Vale recordar que, enquanto os direitos humanos de primeira geração constituem-se em garantias negativas contra as intervenções arbitrárias do Estado na esfera individual, os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado no sentido de garantir de modo efetivo as liberdades enunciadas pelos direitos humanos de primeira geração.

Tais gerações possuem um vínculo complementar, e a segunda geração direciona-se no sentido de implementar as condições primordiais de efetividade dos direitos humanos da primeira geração.⁶⁶

Hodiernamente, a doutrina reconhece a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos.

Desse modo, reconhece-se que tais direitos estendem-se a toda humanidade, na medida em que a própria condição humana confere à pessoa, independentemente de suas particularidades, a titularidade desses direitos, estando tutelada internacionalmente sua proteção.

Assim sendo, as idéias de indivisibilidade, de interdependência ou inter-relacionamento demonstram que cada “geração” de direitos humanos reconhecidos desfruta da mesma importância das demais, constituindo-se assim uma necessária unidade.

⁶⁶ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 127.

A atual doutrina dos Direitos Humanos afasta de maneira nítida a idéia de que os direitos civis e políticos – a chamada primeira geração – gozavam de maior importância que os direitos econômicos e sociais – a segunda geração.

Desse modo, é reconhecido que “sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica”.⁶⁷

Atualmente, a indivisibilidade e a interdependência da totalidade dos direitos humanos encontram expressa positivação internacional no § 3.º da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, documento que reafirmou com grau superlativo de consenso os termos da Declaração Universal de 1948⁶⁸, *in verbis*:

“Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Nesse contexto, a lógica de interpretação e aplicação dos direitos sociais deve trilhar “a lógica dos Direitos Humanos”, que “é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”.⁶⁹

Ademais, verificamos o pioneirismo da Organização Internacional do Trabalho no estabelecimento de diretrizes para o combate à discriminação em âmbito laboral.

Nesse sentido, foi celebrada, já em 1958, a Convenção n.º 111, que versa sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, promulgada no Brasil em 19.01.1968 através do Decreto n.º 62.150, e que permanece vigente em âmbito nacional.⁷⁰

É importante mencionar que no ano de 1998 foi firmada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O intuito de sua celebração foi promover uma “reafirmação universal do compromisso dos Estados

⁶⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*, in LEITE, George Salomão. (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 183.

⁶⁸ *Idem*, p. 187.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁰ Fonte: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm> e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm, acesso em 24.09.09.

Membros e da comunidade internacional em geral de respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho, que são reconhecidamente fundamentais para os trabalhadores”.⁷¹

Nesse documento internacional foi fixado o compromisso dos países membros da OIT de protegerem, em âmbito interno, os princípios relativos aos direitos fundamentais do trabalhador, que são enunciados em uma série de oito Convenções consideradas fundamentais.⁷²

Segundo o item 2.d da aludida Declaração, um desses direitos fundamentais dos trabalhadores em âmbito mundial é a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação”.

MAURICIO GODINHO DELGADO expõe de modo sintético e expressivo as relações estreitas entre o Direito do Trabalho e os Direitos Humanos:

“O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam”.⁷³

Por todo o exposto, concluímos que a análise dogmática jurídica das despedidas discriminatórias da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS possui premissas metodológicas inseridas no espectro maior dos Direitos Humanos, tanto pelo aspecto do direito de igualdade e de não ser discriminado, bem como pela tutela da intimidade, quanto pela proteção da relação de emprego contra dispensas discriminatórias, enquadrando-se assim na linha de pesquisa "Direitos sociais no contexto dos direitos humanos" e no projeto acadêmico “A eficácia dos institutos, normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional do trabalho e a eficácia dos direitos humanos”, adotados pelo Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁷¹ <http://www.oitbrasil.org.br/normas.php>, acesso em 23.07.08.

⁷² São as Convenções de números 29, 87, 98, 100, 105, 111, 138, 182 da OIT.

⁷³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 8.ª ed., São Paulo, LTr, 2009, p. 77.

2.2. A nova agenda do Direito do Trabalho – Repersonalização.

Uma moderna tendência verificada no Direito Civil é a denominada repersonalização, ou seja, o abandono da tradição meramente patrimonialista que inspirou os Códigos até o passado recente, para que se restitua a pessoa como centro de interesse da disciplina civilista, de acordo com o postulado de dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1.º, III, da Constituição Federal.

PAULO LUIZ NETTO LÔBO descreve o fenômeno:

“A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”.⁷⁴

SIMITIS DI SPIROS, discorrendo sobre o que denominou “redescoberta do indivíduo” no universo das relações de trabalho, destaca a importância de o trabalhador se apropriar de sua condição de sujeito de direitos, com todas as implicações, reconhecimentos e proteções daí advindos. Daí a necessidade de ‘princípios normativos que enfatizam a autodeterminação do trabalhador individual e a sua realização como pessoa, que prevejam preceitos não mais modelados apenas sobre um potencial “trabalhador coletivo social”, mas que exerçam a função de princípio diretivo para as necessidades do trabalhador individual como sujeito’.⁷⁵

O referido processo de repersonalização apenas tardiamente se fez sentir em âmbito trabalhista. Até o fim dos anos 80 e início da década de 90 eram pouco discutidos – do ponto de vista legislativo, doutrinário ou jurisprudencial – temas como o dano moral decorrente da relação de trabalho e os direitos da personalidade do trabalhador, entre outros.

Assim, faz parte do que se pode chamar de nova agenda do Direito do Trabalho o reconhecimento dos direitos do trabalhador não apenas em sua estrita contraposição com o

⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

⁷⁵ DI SPIROS, Simitis. *O Direito do Trabalho e a Redescoberta do Indivíduo* (“*Il Diritto Del Lavoro e La Riscoperta dell’individuo*”) (Resumo de artigo publ. In *Giornale di Diritto Del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 45, 1990), Traduzido e resumido por Francesco Edmondo De Ruggero, in *Revista Synthesis*, n. 14/92, p. 17.

empregador – com a tradicional prevalência apenas dos aspectos pecuniários – mas sim como cidadão do “mundo do trabalho”, com direito a ter respeitada sua individualidade, ou seja, sua personalidade.

Por exemplo, o reconhecimento de direitos da personalidade do trabalhador, afora previsões esparsas da legislação trabalhista⁷⁶ – como a ofensa à honra e boa fama como hipótese de justa causa para rescisão do contrato de trabalho prevista nos arts. 482, “j” e 483, “e”, e a vedação às revistas íntimas prevista pelo art. 373-A, IV, da CLT –, se deve à aplicação subsidiária do Código Civil de 2002, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho.⁷⁷

ESTÊVÃO MALLETT, analisando tal fenômeno, expõe:

“A lacuna, própria da época em que editada a CLT, decorre da visão reducionista do legislador, que tratou da relação de emprego como se nela as obrigações das partes se restringissem à prestação de trabalho pelo empregado, de um lado, e ao pagamento da remuneração pelo empregador, de outro lado. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial, o que se mostra tanto mais injustificável quanto é certo que, sendo o empregado, sempre e necessariamente, pessoa física (art. 3º da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho”.⁷⁸

Nesse sentido, passa-se paulatinamente a abandonar tal visão estritamente patrimonial da relação de trabalho, reconhecendo-se que, na realidade, “a proteção à força de trabalho é a proteção ao homem-trabalhador e vice-versa”.⁷⁹

⁷⁶ A observação é de ESTÊVÃO MALLETT em *Direitos de personalidade e Direito do Trabalho*, in *Revista do Advogado*, ano XXIV, AASP, junho de 2004, p. 12-13.

⁷⁷ Devemos destacar que, em âmbito civil, apenas com o Novo Código Civil de 2002 houve disciplina específica dos direitos da personalidade (*Idem*, p. 12). O reconhecimento de tal classe de direitos, até então, era obra doutrinária e jurisprudencial.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁷⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *O Princípio da Igualdade como técnica de efetivação dos Direitos Sociais. Destaque para os Direitos do Trabalho e Previdenciário*, in *Revista do Advogado*, ano XXVIII, AASP, maio de 2008, p. 137. Todavia, como reconhece o mesmo autor, ainda é longo o caminho a ser percorrido em virtude das correntes “soluções simplistas” que implicam apenas o pagamento da mercadoria – como demonstra o paradigmático caso do pagamento de adicional de insalubridade – “sem se lembrar do homem que esta oculta” (*Idem*, p. 137).

Tal mudança de enfoque acompanha diretriz proposta há tempos pela Organização Internacional do Trabalho, que possui como um de seus princípios fundamentais a afirmação de que “o trabalho não é uma mercadoria”.⁸⁰

Analisando a evolução da proteção ao trabalhador contra a discriminação percebemos que, inicialmente, a preocupação era estritamente patrimonial, referindo-se apenas à questão remuneratória, na célebre fórmula “mesmo salário para mesmo trabalho”, que obteve positividade nos art. 5.^o⁸¹ e 461⁸² da CLT.

O próprio inciso XXX do art. 7.^o da Constituição Federal, norma específica de combate à discriminação no rol dos direitos sociais, inicia-se com a “proibição de diferenças de salários”, seguindo a tradição de proteção patrimonial e pecuniária ao trabalhador.

Obviamente tais dispositivos não são desnecessários. Sua reiterada previsão decorre do fato que, historicamente, o pagamento de remuneração desigual aos trabalhadores que prestavam serviços idênticos foi prática constante, bastando lembrar a nítida ausência de equiparação em relação às mulheres e crianças nos primórdios da Era Industrial.

Todavia, a história demonstrou que muitos podem ser os fatores de discriminação em âmbito laboral, com reflexos não apenas de ordem econômica e sim com a agressão aos valores personalíssimos da pessoa do trabalhador, motivo pelo qual surge a necessidade de revisão dos paradigmas que nortearam a matéria.

Por isso, atualmente o tema da discriminação no contexto da relação de emprego insere-se em um contexto maior, verificado também em âmbito civil, de protagonismo da pessoa, com todos os reflexos decorrentes do reconhecimento de sua dignidade, alçada a fundamento da República, nos termos do inciso III do art. 1.^o da Lei Magna.

E tal reconhecimento da pessoa como centro de incidência de direitos fundamentais traz expressivas conseqüências no âmbito do contrato de trabalho.

Na expressiva lição de JOSÉ JOÃO ABRANTES:

⁸⁰ Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho – Declaração de Filadélfia – 1944, disponível em http://www.oitbrasil.org.br/info/download/constituicao_oit.pdf, acesso em 26.12.2008.

⁸¹ “Art. 5.^o A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

⁸² “Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade”.

“Se para os operários do século XIX e da primeira metade do século XX o problema não fazia praticamente sentido, igualmente se apresenta hoje como evidente uma revalorização desse contrato à luz dos preceitos constitucionais, que leva à necessidade de acentuação da sua ligação íntima com a pessoa e os seus direitos.

Os direitos fundamentais são agora encarados (também) como componentes estruturais básicas do mesmo contrato, tendo em conta as características especiais em que a *pessoa* do trabalhador está inserida numa organização alheia e submetida a uma autoridade dotada de poder social”.⁸³

2.3. A Constitucionalização do direito privado/direito do trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

PAULO BONAVIDES expõe de modo nítido as “inovações constitucionais” que resultaram do reconhecimento da hierarquia superior e da “dimensão jurídico-objetiva”, dotada de efetiva força normativa, dos direitos fundamentais, das quais destacamos três delas que de perto dizem respeito à matéria em estudo neste trabalho:

“a) a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda a esfera do Direito Privado; em rigor, a todas as províncias do Direito, sejam jusprivatistas, sejam juspublicísticas;

b) a elevação de tais direitos à categoria de *princípios*, de tal sorte que se convertem no mais importante pólo de eficácia normativa da Constituição;

[...]

f) o desenvolvimento da eficácia *inter privatos*, ou seja, em relação a terceiros (*Drittwirkung*), com atuação no campo dos poderes sociais, fora, portanto, da órbita propriamente dita do Poder Público ou do Estado, dissolvendo, assim, a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; confronto do qual, nessa qualificação, os direitos fundamentais se desataram”.⁸⁴

⁸³ ABRANTES, José João. *op. cit.*, p. 14.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo, *op. cit.*, p. 603.

De fato, a questão da proteção da relação de emprego contra despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, perpassa necessariamente a questão da constitucionalização do Direito do Trabalho, com os direitos fundamentais, normas basilares do ordenamento jurídico, atuando como limites à liberdade particular no âmbito da relação de emprego, em expressiva manifestação da eficácia direta dos direitos fundamentais na órbita privada.

O fenômeno de constitucionalização do direito privado envolve a “questão de saber sob que pressupostos um comportamento lesivo da esfera jurídica de uma pessoa pode ser apreciado segundo os padrões normativos dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados”.⁸⁵

Sobre a incidência dos direitos fundamentais entre particulares, leciona JOSÉ JOÃO ABRANTES:

“A *Drittwirkung* corresponde hoje, sob essa ou outra designação e/ou formulação, a uma concepção generalizadamente aceite, por ter representado precisamente uma resposta à necessidade de assegurar a coerência interna do ordenamento, em torno da dignidade humana e dos direitos fundamentais, e de proteger a liberdade individual da presença, na sociedade civil, de fortes poderes econômicos e sociais, que são, por vezes, mesmo mais perigosos do que o próprio Estado, até porque actuam a coberto do anonimato das relações”.⁸⁶

Todavia, a despeito do grande interesse contemporâneo da doutrina, bem como das acirradas controvérsias envolvendo o tema, deve-se destacar que tal problemática não é nova.

De fato, o próprio constitucionalismo oitocentista já buscava estabelecer um regramento aplicável à relação entre particulares, o que se torna muito claro ao analisarmos o *status* de que se reveste o princípio da igualdade desde os primórdios do movimento constitucionalista.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno*, in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 109.

⁸⁶ ABRANTES, José João. *op. cit.*, p. 204.

Como demonstra CANOTILHO, “a afirmação da igualdade de todos os indivíduos, a supressão da hereditariedade dos cargos públicos e, sobretudo, a proibição da escravatura podem considerar-se como exemplos radicais da eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada”.⁸⁷

No âmbito específico do contrato de trabalho encontra-se um dos campos mais férteis para a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Seguindo o magistério de JOSÉ JOÃO ABRANTES:

“No contrato de trabalho, a aplicação directa desses direitos é consequência natural da sua própria estrutura, surgindo, aliás, na linha lógica do desenvolvimento deste ramo do direito. O desequilíbrio económico, social e jurídico que nele existe impõe a vinculação do empregador aos direitos fundamentais, dado a empresa não ser um mundo à parte, onde os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, centrados na dignidade da pessoa humana, pudessem ser impunemente afastados – sendo, por isso, que, desde sempre e por toda a parte, tal contrato começou por ser o âmbito natural para a *Drittwirkung*, com a necessidade de responder à questão de saber se – e até que ponto – os interesses subjacentes àquele desequilíbrio exigem e justificam restrições à liberdade civil do trabalhador”.⁸⁸

Em nosso trabalho, dedicado à investigação dogmática da terminação do contrato de trabalho em razão de práticas discriminatórias direcionadas à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, há hipótese específica de incidência horizontal dos direitos fundamentais – direito de não ser discriminado, direito à intimidade e direito ao trabalho e à proteção da relação de emprego.

Observamos com bastante frequência interpretações produzidas na seara laboral que contrariam os pressupostos constitucionais de proteção e valorização do trabalho, bem como o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit.* (nota 85 supra), p. 110. José João Abrantes demonstra que os primórdios do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho podem ser identificados na Constituição mexicana de Querétaro de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919, constitucionalização essa que assumiu uma perspectiva complementar a partir do reconhecimento do trabalhador enquanto cidadão. (ABRANTES, José João. *op. cit.*, p. 13-14).

⁸⁸ ABRANTES, José João. *op. cit.*, p. 205-206.

Nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO “é preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível”.⁸⁹

Já é tempo de os estudiosos do Direito do Trabalho abandonarem cânones privatistas clássicos e promoverem uma efetiva constitucionalização do Direito do Trabalho⁹⁰, como forma de respeitar os pressupostos teóricos que devem nortear este ramo especializado da Ciência do Direito.

Na expressiva exposição de JOSÉ JOÃO ABRANTES:

“Hoje, quando o Direito do Trabalho se encontra cada vez mais ameaçado nos seus princípios tradicionais, com a pressão cada vez maior das necessidades ligadas à flexibilização do mercado de trabalho, a afirmação da plena validade dos direitos fundamentais da pessoa humana (também) a nível da empresa é o meio que deve orientar a procura de uma melhor qualidade de vida e de realização pessoal do trabalhador, permitindo assim àquele ramo do direito – que, no quadro actual se transforma, sem, contudo, perder a sua natureza própria – recuperar o seu pleno papel de garantia de uma plena autodeterminação do trabalhador, como pessoa e como cidadão, ao fim e ao cabo, seu tema fundamental de sempre.

O Direito Constitucional dá-lhe, pois, uma nova dimensão e exige dele novas tomadas de posição, acabando assim por lhe devolver parte de seu tradicional papel de vanguarda do direito privado”.⁹¹

Diante do exposto, não mais se considera que o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais restringe-se ao relacionamento entre o Estado e os indivíduos submetidos ao seu império, devendo respeito aos direitos fundamentais os particulares nas relações caracterizadas por desequilíbrio de poder entre as partes – caso típico da relação de

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

⁹⁰ “Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional” (BARROSO, Luís Roberto. *idem*).

⁹¹ ABRANTES, José João. *op. cit.*, p. 19-20.

trabalho –, como fica patente na hipótese de extinção do contrato de trabalho baseada em razões discriminatórias proscritas pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3.^a Região – Minas Gerais:

“AIDS - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV
DISPENSA – DISCRIMINAÇÃO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL E
CONVENÇÃO N. 111 DA OIT - PROVA INDICIÁRIA.
REINTEGRAÇÃO O MAIS-ALÉM DO TEXTO DA LEI: O DIREITO
E A JUSTIÇA - O contrato individual de trabalho caracteriza-se como
importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e
direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art.
1º, o caput e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o caput do art. 170 e
193, da Constituição Federal. [...]” (TRT 3ª Região – MG, Quarta Turma,
00864-2007-072-03-00-3 RO, Rel.: Desembargador Luiz Otávio Linhares
Renault, DJMG 12/04/2008, p.20).

Verificamos em matéria de despedimentos discriminatórios, pois, um típico caso de “eficácia horizontal” dos direitos humanos, ou seja, “a incidência dos direitos humanos no âmbito das relações sociais, vale dizer, entre os próprios particulares”⁹², teoria que tem merecido importante acolhida de nossa Corte Constitucional, consoante claramente enunciado na seguinte decisão:

"Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a

⁹² TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na Perspectiva Constitucional*, in LEITE, George Salomão. (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 47.

possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." (STF, RE 201.819, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-05, DJ de 27-10-06).⁹³

Tais considerações preliminares são necessárias para justificar o ponto de partida adotado no estudo das hipóteses de dispensas discriminatórias de pessoas portadoras do HIV e/ou doentes de AIDS. Assim, ao lado dos tradicionais dispositivos da legislação trabalhista, da legislação infraconstitucional de combate à discriminação aprovada após a Constituição de 1988 e dos documentos internacionais que combatem a discriminação no trabalho, os princípios constitucionais e direitos fundamentais aplicáveis à matéria serão as bases de toda a interpretação que se buscará produzir acerca deste especial tema.

2.4. Breves considerações sobre a teoria dos princípios. A força normativa dos princípios constitucionais.

Contemporaneamente, a análise dos mais variados temas do Direito faz com que o estudioso se depare, em maior ou menor medida, com a teoria dos princípios. Tal

⁹³ Outrossim, no TST já há o reconhecimento expresso da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Veja-se, por exemplo, o **Processo:** RR - 2195/1999-009-05-00.6, **Data de Julgamento:** 09/06/2004, **Relator Ministro:** João Oreste Dalazen, 1ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 09/07/2004, bem como o **Processo:** RE-ED-AIRR - 429/2006-011-03-40.2, **Relator Ministro:** João Oreste Dalazen, **Data de Publicação:** DEJT 11/05/2009.

problemática se mostra ainda mais presente nos casos em que inexiste legislação disciplinando especificamente determinada matéria, como ocorre nos casos de despedidas discriminatórias baseadas em fatores não expressamente previstos na lei, em que os princípios servem de base para a interpretação e decisão das questões concretas que se apresentam ao jurista.

Antes de ingressarmos em uma discussão propriamente jurídica, cabe consignar que, em sentido comum, os princípios possuem o significado de “elementos, rudimentos, regras fundamentais e gerais de qualquer ciência ou arte”.⁹⁴

Para o âmbito de nosso estudo dogmático não nos interessa tal idéia geral⁹⁵, e sim a conceituação de princípios dentro do sistema do direito.

Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.⁹⁶

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, ainda que considerando os princípios como reminiscências do direito natural e não os reconhecendo como normas, na medida em que não fazem parte do *repertório* do sistema e sim de suas *regras estruturais*, demonstra que eles funcionam como “regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo”.⁹⁷

A definição da natureza jurídica dos princípios bem como de suas funções originou verdadeiro embate teórico, que nos dias atuais ainda parece longe de cessar.⁹⁸

PAULO BONAVIDES⁹⁹, de modo muito didático, identifica três momentos diversos no que tange à maneira pela qual os princípios foram encarados e incorporados no sistema jurídico.

⁹⁴ Dicionário Caudas Aulete, v. IV, 5.^a ed., Rio de Janeiro, Delta S. A., 1968, p. 3266.

⁹⁵ Para uma definição geral de princípios, em sua acepção lógica, vide REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 2.^a ed., São Paulo, Bushatsky, 1974, p. 337.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 817-818.

⁹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op. cit.*, p. 244.

⁹⁸ Para uma visão crítica dos princípios veja-se WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*, v. II – *A epistemologia jurídica da Modernidade*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 18 e MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 159.

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 255 e seguintes.

O primeiro deles é o conhecido jusnaturalismo, em que os princípios faziam parte daquelas verdades naturais, de inspiração metafísica, que deviam inspirar todo o Direito positivo que, caso estivessem em desacordo com elas, deveria ser desconsiderado.

No momento seguinte, caracterizado pela supremacia do positivismo jurídico, os princípios foram sendo paulatinamente incorporados aos códigos legais, atuando como mecanismo de integração e preenchimento de lacunas do Direito, considerados então fontes secundárias do Direito.

Sob tal viés é que são encarados os princípios no texto do art. 8.º da CLT¹⁰⁰.

Todavia, muito embora o referido dispositivo consolidado refira-se aos “princípios gerais de direito” como uma fonte supletiva do Direito do Trabalho, a ser utilizada “na falta de disposições legais ou contratuais”, não se deve conferir apenas uma interpretação literal, na medida em que em desacordo com os atuais cânones constitucionais nos quais os princípios, amplamente positivados constitucionalmente, representam o ápice normativo que informa todo o ordenamento brasileiro.

Podemos destacar como momentos consolidados da evolução da teoria dos princípios a sua passagem do âmbito metafísico e jusnaturalista para a positivação legal – embora a princípio com poucos resultados em termos de força normativa –, a sua previsão saindo do âmbito estritamente privado para ingressar nos textos constitucionais e, finalmente, o reconhecimento de que, “em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”¹⁰¹, na expressiva lição de Paulo Bonavides.

A esse último momento, corresponde a atual fase pós-positivista, em que os princípios, a par do crescente reconhecimento de sua importância e do seu caráter fundamental para todo o ordenamento jurídico, foram amplamente recepcionados pelos textos constitucionais.

Esse reconhecimento na lei fundamental do Estado alça os princípios a uma posição de supremacia diante das demais normas em dois sentidos, quais sejam, “pela sua

¹⁰⁰ “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 do 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”.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 288.

maior relevância normativa (critério hierárquico) e pela, já agora, eventual relevância axiológica (critério valorativo)”.¹⁰²

Diante do exposto, o traço mais destacado da atual teoria dos princípios, que traz importantes conseqüências jurídicas, diz respeito ao reconhecimento de sua normatividade.¹⁰³

Nesse sentido é que PAULO DE BARROS CARVALHO encara os “Princípios” enquanto “normas jurídicas que introduzem valores de grande importância para o ordenamento” asseverando, de modo consistente, não se poder admitir a “coalescência entre ‘normas’ e ‘princípios’, como se fossem entidades diferentes, convivendo pacificamente no sistema das proposições prescritivas do Direito”, na medida em que os “princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar”.¹⁰⁴

O intenso manejo dos princípios na integração, interpretação e aplicação do Direito é nota característica da corrente doutrinária pós-positivista, que os considera expressar “os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete”.¹⁰⁵

A aplicação e o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais aos casos concretos e, em especial, sua eficácia horizontal vinculante dos particulares, vem se tornando cada vez mais freqüente, como atesta recente jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em julgado versando sobre despedida discriminatória de pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS:

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na *voluntas* que precede o ato

¹⁰² TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 26. Jürgen Habermas também identifica o duplo caráter dos princípios no direito moderno, asseverando que “muitos destes princípios são, simultaneamente, de natureza jurídica e moral, tal como se consegue facilmente deduzir no direito constitucional. Os princípios morais do direito natural tornaram-se em direito positivo no estado constitucional moderno” em *Direito e Moral* (trad. Sandra Lippert), Lisboa, Instituto Piaget, p. 33.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.* (nota 89 supra).

¹⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Tributo e Segurança Jurídica*, in LEITE, George Salomão. (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 351-352.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* (nota 89 supra).

da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. [...]” (TST, **Processo:** RR - 943/2006-005-24-00.7 **Data de Julgamento:** 18/02/2009, **Relatora Ministra:** Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 27/03/2009).

Noutros julgados, mais antigos, o mesmo TST enfrentou a questão recorrendo aos princípios constitucionais:

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.

2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. [...]” (TST, **Processo:** E-RR - 439041/1998.5 **Data de Julgamento:** 05/05/2003, **Relator Ministro:** João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DJ 23/05/2003).

“REINTEGRAÇÃO - PORTADOR DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A dispensa do empregado, porque portador do vírus HIV, é discriminatória e, por conseguinte, afronta os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição Federal de 1988. [...]” (TST, **Processo:** RR - 625567/2000.1 **Data de Julgamento:** 11/12/2003,

Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 06/02/2004).

Afastando quaisquer pretensões de indicar qual a solução para a problemática em torno da sistematização científica dos princípios jurídicos – o que superaria os limites deste estudo –, entendemos necessária essa breve exposição acerca da teoria dos princípios, de importância primordial para a sustentação do ordenamento jurídico, na medida em que “são os princípios que possibilitam assegurar decisões consistentes com o sistema e ao mesmo tempo a possibilidade decisória infinita de casos únicos e irrepetíveis (*a proibição do non liquet*) sem que se afete o fundamento de validade racional e universal das normas”.¹⁰⁶

Desse modo, os princípios constitucionais prevalecem sobre os dispositivos legais, não restando mais espaço na ciência dogmática do direito para soluções que simplesmente os desconsiderem, devendo o intérprete e aplicador do direito do trabalho atentar para a necessária constitucionalização deste ramo especializado, do mesmo modo ocorrido com os demais ramos do direito privado, sob pena de oferecer soluções completamente superadas e mesmo inconstitucionais.

A positivação constitucional de tais princípios afasta, pois, quaisquer questionamentos quanto às suas normatividade e imperatividade.

Na análise das dispensas discriminatórias ganham destaque o princípio da igualdade, e sua expressão enquanto princípio de não-discriminação (art. 5.º, *caput* e XLI, CF), o objetivo fundamental da República consubstanciado no inciso IV do art. 3.º da CF no sentido da promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, além do direito fundamental à intimidade (art. 5.º, X, CF), sempre norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), motivo pelo qual no Capítulo III realizar-se-á a exposição de cada um deles com maior detalhamento.

¹⁰⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*, São Paulo, LTr, 2004, p. 224.

2.5. A discriminação e sua expressão jurídica – Conceitos gerais.

A proibição da discriminação está intimamente ligada ao princípio da igualdade, motivo pelo qual pode ser considerada seu “corolário lógico”.¹⁰⁷

Nas palavras de ALICE MONTEIRO DE BARROS, "a não-discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto".¹⁰⁸

Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, um dos corolários decorrentes da isonomia “é a proibição do tratamento diferenciado *prejudicial* ao ser humano – tratamento discriminatório propriamente dito – em razão de suas características de gênero, raça, cor, profissão, etc. Tal diferenciação não se justifica objetivamente, ao invés, traduz preconceitos irracionais”.¹⁰⁹

Segundo o Dicionário Houaiss¹¹⁰, etimologicamente o vocábulo discriminação tem origem no latim *discriminatio, onis*, do verbo *discriminare* (separar, distinguir).

No sentido comum, a discriminação significa:

“ato ou efeito de discriminar 1 faculdade de discriminar, distinguir; discernimento 2 ação ou efeito de separar, segregar, pôr à parte 3 *p. ext.* tratamento pior ou injusto dado a alguém por causa de características pessoais; intolerância, preconceito 4 JUR ato que quebra o princípio da igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas”.¹¹¹

A mencionada variedade de significados atribuídos à palavra discriminação já é capaz de nos fornecer um caminho para o entendimento desse fenômeno. Assim,

¹⁰⁷ Vide nota 59 supra.

¹⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1082.

¹⁰⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas*, Revista do TST, Brasília, vol. 69, n.º 2, jul./dez. 2003, disponível em http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_69/Rev%2069_2/tst_69-2%20dt%205.pdf, acesso em 26.12.2008, p. 73.

¹¹⁰ HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 1053.

¹¹¹ *Idem*, p. 1053.

percebemos que é uma separação ou segregação, baseada em preconceito ou intolerância com relação a uma ou mais características pessoais ou de determinado grupo, maculando assim o princípio da igualdade.

Para fins jurídicos a conceituação de discriminação pode advir de previsão legal, construção doutrinária ou jurisprudencial.

Segundo o art. 1.º da Convenção n.º 111 da OIT, a discriminação engloba qualquer "distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão".

Tal definição normativa mostra-se muito útil na medida em que direcionada à aplicação prática de medidas jurídicas aptas a afastarem da licitude práticas discriminatórias, delimitando-se um espectro especificamente aplicável em matéria trabalhista.

Nas palavras de ESTÊVÃO MALLET, “o que é a discriminação senão a desigualdade arbitrária, inaceitável e injustificável? [...] Não qualquer desigualdade, mas a desigualdade ilegítima, intolerável diante das circunstâncias e dos padrões então vigentes”.¹¹²

MAURICIO GODINHO DELGADO conceitua discriminação como “*a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada*”.¹¹³

O conceito trazido, embora dotado de maior generalidade do que o art. 1.º da Convenção n.º 111, mostra-se interessante, pois ressalta o descompasso entre o tratamento dispensado e o padrão jurídico vivido concretamente pela pessoa.

Para AMAURI MASCARO NASCIMENTO, “a discriminação caracteriza-se pela presença de um elemento subjetivo, a intenção de discriminar, e de um elemento objetivo, a preferência efetiva por alguém em detrimento de outro sem causa justificada, em especial

¹¹² MALLET, Estêvão. *Algumas notas sobre o tema da discriminação no Direito do Trabalho*, in *Revista do Advogado*, n.º 97, ano XXVIII, AASP, maio de 2008, p. 51.

¹¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Proteções contra Discriminação na Relação de Emprego*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 97.

por motivo evidenciado revelando uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, compleição física ou outros fatores importantes”.¹¹⁴

O sítio na *internet* da Procuradoria do Trabalho da 2.^a Região apresenta adequado conceito, nos termos seguintes:

“A discriminação é caracterizada pela adoção de regras ou comportamentos que, direta ou indiretamente, estabeleçam distinções baseadas em critérios proibidos por nossa legislação, como, por exemplo, cor, raça, gênero, idade, origem, estado civil, crença religiosa ou convicção política ou filosófica, situação familiar, condição e saúde física, sensorial e mental ou por orientação sexual”.¹¹⁵

Verificamos, portanto, que as definições acima referidas não se excluem e sim se completam, auxiliando o intérprete e aplicador do Direito a identificar, no caso concreto, a existência ou não de discriminação.

Um traço que reputamos merecedor de destaque nos conceitos transcritos, e que será tratado em pormenor no Capítulo 3.^º deste trabalho, diz respeito a não limitação dos fatores de discriminação que deverão ser afastados pela sua ilicitude. Assim, demonstra-se a possibilidade de que em cada situação concreta, ainda que a hipótese não esteja expressamente positivada, sejam identificadas práticas discriminatórias injustificadas.

O fenômeno da discriminação é complexo e pode ser identificada uma série de fatores que contribuem para seu surgimento ou intensificação.

MAURICIO GODINHO DELGADO identifica como causa comum de discriminação “o cru *preconceito*, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.)”.¹¹⁶

Verificamos que não apenas características externas do indivíduo são utilizadas como fator de discriminação, reconhecendo o autor que “pode também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico”.¹¹⁷

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 10 supra), p. 459.

¹¹⁵ Disponível em: <http://www.prt2.mpt.gov.br/codin/discriminacao.php>, acesso em 28.10.2008.

¹¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.* (nota 113 supra), p. 97.

¹¹⁷ *Idem*, p. 97.

Essa consideração é coerente com a constatação de que as práticas discriminatórias são variadas e se encontram em constante mutação, daí a necessidade do intérprete não olvidar do caráter exemplificativo das hipóteses legais de discriminação, sendo necessário avaliar no caso concreto se determinado fator de distinção pode ou não ser idoneamente utilizado.

Como regra geral, podemos concluir que a falta de objetividade, de razoabilidade, de proporcionalidade ou de justificativa na eleição de determinado fator de distinção pode ser um substantivo indício de ocorrência de tratamento discriminatório.

ALICE MONTEIRO DE BARROS conclui que “a **discriminação funda-se em fatores** de cunho **psicossocial, educacional ou econômico**, daí a dificuldade de eliminá-la”.¹¹⁸

Desse modo, seria ingênuo imaginar que o Direito, por si só, seja capaz de eliminar da realidade social essa odiosa prática.

Como ressalta a autora precitada:

“Não basta, entretanto, promulgar leis contra os atos discriminatórios, é necessário, principalmente, combater as causas. Seu combate exige educação, informação e sensibilização. O fato de a discriminação ser uma injustiça já é uma razão suficiente para condená-la”.¹¹⁹

Nesse sentido, o Direito poderá contribuir amplamente para a construção de um ambiente cultural e social em que as práticas discriminatórias sejam cada vez mais afastadas do convívio humano.

Referindo-se de modo específico à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, conclui MARIANA RIBEIRO SANTIAGO:

“Do ponto de vista ético e social, não há solução a curto prazo para a discriminação, pois isso depende da conscientização da sociedade, por campanhas baseadas na informação, inclusive. Mas do ponto de vista jurídico, os profissionais do direito têm o poder de impedir que esse tipo

¹¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), 1085.

¹¹⁹ *Idem*, p. 1086.

de prejuízo ocorra para o doente, pela sua flagrante injustiça e pelo afrontamento do sistema jurídico pátrio”.¹²⁰

¹²⁰ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *op. cit.*, p. 212-213.

CAPÍTULO III – Os princípios constitucionais e a vedação à discriminação.

3.1. O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF).

A vedação às condutas discriminatórias que atingem determinado indivíduo ou grupo de indivíduos guarda íntima relação com o princípio de preservação da dignidade da pessoa humana.

Isso porque não se compatibiliza com tal postulado fundamental a existência de distinções arbitrárias e injustificadas contra uma pessoa, em virtude de peculiares características escolhidas como fator de discriminação.

ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹²¹ leciona que as origens do pensamento em torno do conceito de dignidade podem ser encontradas em KANT, que opunha as idéias de “preço”, relacionada a tudo aquilo que serve de meio, e “dignidade”, própria daquilo que é um fim em si mesmo, caso do ser humano.

Por outro lado, no sentido jurídico do termo, o autor mencionado observa a presença do conceito de dignidade no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945.¹²²

Assim, muito embora a dignidade fosse objeto de importantes indagações filosóficas e éticas, por muito tempo este valor esteve presente no Direito de maneira pré-positiva.

Paradigmática de sua inserção em textos positivos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo “Considerando” inaugural estabelece “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (destaques nossos).

¹²¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume 97, 2002, p. 107.

¹²² “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, **na dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla” (destaques nossos). Texto disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php, acesso em 10.10.2008.

Na história constitucional brasileira, a Constituição de 1988 inovou ao enunciar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito em que esta se constitui, conforme seu inciso III do art. 1.º.¹²³

Essa previsão expressa no texto constitucional, muito embora não contrarie o caráter valorativo e ético da dignidade, que deve ser sempre reafirmado, demonstra que esta se apresenta em nosso ordenamento também como uma "norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto - tal como sinalou Benda -, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade", sendo caracterizado, inclusive, "como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)".¹²⁴

Nesse sentido, esse princípio deve nortear todo o trabalho interpretativo e de aplicação do direito brasileiro em suas diversas esferas, além de guiar os indivíduos em suas relações particulares intersubjetivas.¹²⁵

Mais uma vez temos uma clara expressão da eficácia horizontal dos princípios constitucionais estabelecendo limitações à liberdade individual que resulte em qualquer natureza de constrangimento do postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.¹²⁶

A concretização jurídica deste princípio tem sido obra de inúmeros julgados e elaborações doutrinárias que, cada vez mais, propiciam contornos práticos e aplicáveis da dignidade em diversas províncias do Direito, produzindo a necessária densificação jurídica deste princípio, cuja necessidade foi destacada por LUÍS ROBERTO BARROSO.¹²⁷

¹²³ "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III – a dignidade da pessoa humana”.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira*, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 217-218.

¹²⁵ Para Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana deve ser encarada em sua duas concepções: "Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 129).

¹²⁶ Exemplo dessa eficácia em âmbito privado é o já célebre julgado do Conselho de Estado Francês que considerou a ilegalidade da prática conhecida como 'lancer de nain' (arremesso de anão), por seu caráter atentatório à dignidade da pessoa humana, ainda que os particulares envolvidos posicionassem-se pela continuidade da prática. (BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* nota 89 supra).

¹²⁷ "A dignidade da pessoa humana – ainda vive, no Brasil e no mundo, um momento de elaboração doutrinária e de busca de maior densidade jurídica. Procura-se estabelecer os contornos de uma objetividade

A definição conceitual da dignidade da pessoa humana é tarefa de mais alta complexidade e importância.

INGO WOLFGANG SARLET, em estudo específico sobre este princípio fundamental na ordem constitucional brasileira, propõe:

“[...] por ‘dignidade da pessoa humana’ a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo ato degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁴⁴, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”¹²⁸ [itálico no original].

Analisando o princípio da dignidade da pessoa humana em sua relação com o Direito do Trabalho, MAURICIO GODINHO DELGADO expõe:

“A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e a afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural –, o que se faz, de maneira geral, considerando o universo mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho”.¹²⁹

possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais.”, BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.* (nota 89 supra).

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 213-214 [Na nota de rodapé 44 do trecho citado o autor preleciona: “Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social – parâmetro, este, que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados”].

¹²⁹ DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.* (nota 73 supra), p. 77.

Em nosso tema de análise, percebemos que o resguardo do valor fundamental da dignidade da pessoa humana perpassa grande parte das considerações doutrinárias e decisões jurisprudenciais envolvendo as despedidas discriminatórias.¹³⁰

Dessa forma, cada vez mais, os pretórios laborais utilizam-se do postulado fundamental de dignidade da pessoa humana para a solução de específicas situações concretas, utilizando-o como "critério hermenêutico [...], interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana".¹³¹

3.2. O marco histórico da Constituição Federativa do Brasil de 1988 em matéria de proteção contra a discriminação.

A história constitucional brasileira em matéria de proteção contra a discriminação pode ser dividida em dois períodos nitidamente delimitados, separados pela promulgação de Constituição de 5 de outubro de 1988.

Tradicionalmente, os textos constitucionais pátrios preocuparam-se em estabelecer, nas respectivas declarações de direitos, o princípio da igualdade, além de prever algumas hipóteses expressas de fatores de discriminação proscritos pelo ordenamento.

Como bem destaca MAURICIO GODINHO DELGADO, os mecanismos anti-discriminatórios “tendem obviamente a se ampliar na medida em que se ampliam as franquias democráticas no conjunto da sociedade política e civil, projetando reflexos na relação de emprego”.¹³²

¹³⁰ “REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. A especificidade da matéria debatida requer um exame mais complexo dos princípios que regem o ordenamento jurídico, expressamente previstos no artigo 1º da Constituição Federal, em especial no seu inciso III. Deve-se ter em mente que o respeito à dignidade da pessoa humana constitui princípio basilar da República Federativa do Brasil, cuja observância impõe-se obrigatória, sob pena de se negar validade ao próprio texto constitucional. A alegação defensiva no sentido de que a dispensa não teria sido arbitrária ou discriminatória porque a reclamada tinha conhecimento da moléstia de que é portador o empregado antes mesmo deste ter sido submetido a exame médico, demonstra, de maneira clara, a violação ao preceito legal da isonomia previsto no art. 5º da Carta Magna. Decreto de reintegração que se mantém” (TRT 2.ª Reg., Acórdão n.º: 20040038348, Processo n.º: 02025-2002-033-02-00-8, Ano: 2003, Rel. (a): Rovirso Aparecido Boldo, 8.ª T., Julg.: 02.02.2004, Publ.: 17.02.2004).

¹³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 224. Vejam-se também as análises de SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 105; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 166 e CANOTILHO, J. J. e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º edição brasileira, 4.ª edição portuguesa revista, Coimbra e São Paulo, Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007, p. 198-200.

¹³² DELGADO, Mauricio Godinho. *op. cit.* (vide nota 113 supra), p. 99.

Nesse passo, soergue-se a Lei Magna de 1988 “como o documento juspolítico mais significativo já elaborado na história do país acerca de mecanismos vedatórios a discriminações no contexto da relação de emprego”.¹³³

Através de normas gerais de igualdade e não-discriminação plenamente aplicáveis em âmbito laboral, bem como de tutelas anti-discriminatórias específicas trabalhistas, a atual Constituição “se distingue pelo surgimento de um largo e consistente *sistema* de proteções jurídicas contra discriminações empregatícias”.¹³⁴

De fato, a existência de verdadeiro *sistema* de igualdade e não-discriminação no texto constitucional brasileiro é fundamental na identificação dos casos concretos de discriminação, ainda que não expressamente previstos positivamente, caso da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Por isso, nos itens seguintes passamos a examinar o preâmbulo constitucional, o objetivo fundamental da República de promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3.º, IV, CF), o princípio constitucional da igualdade e sua expressão enquanto princípio de não-discriminação (art. 5.º, *caput* e inciso XLI, CF), dentro do *sistema* constitucional brasileiro de 1988.

3.3. A proteção contra a discriminação no texto constitucional brasileiro – A necessária interpretação que preserve a unidade da Constituição (Preâmbulo constitucional e objetivo fundamental da República do art. 3.º, IV, CF).

PAULO BONAVIDES, em seu estudo a respeito da interpretação dos direitos fundamentais, realça, a partir da doutrina de KLAUS STERN, o “princípio da unidade da Constituição”, eis que este:

“É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma

¹³³ *Idem*, p.99.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 99.

determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema”.¹³⁵

Nesse diapasão, para o estudo do sistema constitucional de vedação à discriminação e a sua aplicação aos casos concretos, imprescindível que sejam levados em consideração, mediante a interpretação sistemática do texto constitucional, outros enunciados que complementam o sentido do princípio geral de igualdade previsto no *caput* do art. 5.º da Constituição Federal.

Em nossa análise, delimitada aos casos em que a dispensa do empregado se dá em virtude de injustificada discriminação contra a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e, portanto, vedada pelo nosso ordenamento, podemos identificar na Lei Magna alguns postulados que deverão orientar a interpretação e aplicação das normas atinentes à discriminação no momento de cessação do contrato de trabalho.

E o primeiro dos enunciados constitucionais a levar em consideração no estudo da proteção contra a discriminação é o preâmbulo constitucional. De fato, devemos destacar que já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 a igualdade é considerada um dos "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceitos**" (destaques nossos).¹³⁶

De fato, é discutível o caráter normativo do preâmbulo constitucional, havendo dissenso doutrinário em torno da questão.¹³⁷ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela inexistência de caráter normativo no preâmbulo, na medida em que este "não constitui norma central", sendo desnecessária sua reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais.¹³⁸

Todavia, embora ausente seu caráter normativo, o que impedirá o confronto direto contra normas constitucionais expressas, "o preâmbulo não é juridicamente irrelevante", na

¹³⁵ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 610.

¹³⁶ O texto integral do Preâmbulo tem a seguinte redação: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

¹³⁷ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 120.

¹³⁸ No caso concreto, uma ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo PSL - Partido Social Liberal em face da Assembléia Legislativa do Acre, questionava a não reprodução, na Constituição Estadual, da expressão "sob a proteção de Deus" contida no preâmbulo da Constituição Federal (ADIn n.º: 2076/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, Julg.: 15.08.2002, DJ: 08.08.2003, p. 86).

medida em que, "por traçar as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da Constituição, será uma de suas linhas mestras interpretativas", como destaca ALEXANDRE DE MORAES.¹³⁹

Nessa mesma direção é o posicionamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA que situa o preâmbulo da Constituição entre os seus “*elementos formais de aplicabilidade*”, ou seja, “os que se acham consubstanciados nas normas que estatuem regras de aplicações das constituições”.¹⁴⁰

A destacada função interpretativa que o preâmbulo constitucional assume na interpretação de todas as demais normas da Constituição Federal bem como da legislação infraconstitucional se fez sentir em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal¹⁴¹, corroborando a tese segundo a qual o preâmbulo deve sim servir de norte interpretativo do ordenamento jurídico brasileiro.

Como demonstram inúmeros exemplos jurisprudenciais, muitas das dispensas discriminatórias de trabalhadores portadores do HIV e/ou doentes de AIDS advém de verdadeiros preconceitos infundados, que não guardam razoabilidade nem proporcionalidade com a realidade factual e a situação jurídica vivida pelos indivíduos tolhidos pela discriminação.

Desse modo, nos parece evidente que tais práticas estão em desacordo com a idéia de sociedade *sem preconceitos* insculpida pelo preâmbulo constitucional.

Se é certo que o texto do preâmbulo constitucional não poderá ser utilizado diretamente, eis que não possui o mesmo status normativo das demais normas constitucionais, não menos correto é que os enunciados contidos em seu bojo deverão auxiliar o intérprete na verificação de situações concretas de preconceito e discriminação.

¹³⁹ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 45.

¹⁴¹ “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da **sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988**. 4. Recurso ordinário provido”. (destacamos) (STF, RMS 26071/DF, Rel.: Min. Carlos Britto, Julg.: 13/11/2007, DJe: 01.02.2008).

Sem essa visão abrangente da mensagem transmitida pela Constituição, incluído aí seu preâmbulo, cuja relevância jurídica é destacada pela doutrina e, inclusive, pela jurisprudência de nossa Corte Constitucional, o intérprete e aplicador do Direito poderá esbarrar em interpretações e aplicações muitas vezes inadequadas das normas versando sobre igualdade e vedação à discriminação.

Ademais, o constituinte de 1988 elegeu como um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”¹⁴², a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3.º, IV, CF).

CELSO RIBEIRO BASTOS expõe que tais objetivos fundamentais “consistem em algo exterior a ser perseguido”, ou seja, são expressões da “meta irrecusável” a ser buscada pela República Federativa do Brasil.¹⁴³

É importante destacar que os objetivos definidos pelo art. 3.º da Constituição possuem destacada função interpretativa, norteando o legislador, o aplicador e o intérprete do Direito em suas diversas esferas de atuação.

Na lição de ALEXANDRE DE MORAES, “ao legislador ordinário e ao intérprete, em especial às autoridades públicas dos poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, esses objetivos fundamentais deverão servir como vetores de interpretação, seja na edição de leis ou atos normativos, seja em suas aplicações”.¹⁴⁴

Destacamos que, no Brasil, há importante atuação no combate à discriminação no trabalho, tanto no âmbito executivo do Ministério do Trabalho e do Emprego¹⁴⁵ quanto nas iniciativas promovidas pelo Ministério Público do Trabalho.¹⁴⁶

¹⁴² Interessante notar, a partir da lição de José Afonso da Silva, que o estabelecimento de tais objetivos fundamentais da República é uma inovação na história constitucional pátria (*op. cit.* nota 131 supra), p. 105-106).

¹⁴³ BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁵ Fonte: <http://www.mte.gov.br/discriminacao/default.asp>, acesso em 29.06.2009.

¹⁴⁶ Veja-se, por exemplo, o combate a discriminação promovido no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 2.ª Região <http://www.prt2.mpt.gov.br/codin/discriminacao.php>, acesso em 28.10.2008. Para uma visão geral dos mecanismos utilizados pelo Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação no trabalho, indica-se o artigo de LUTIANA NACUR LORENTZ, *A luta do direito contra a discriminação no trabalho*, in *Revista Síntese Trabalhista*, ano XIII, n.º 146, agosto de 2001, p. 39-52, bem como, para o caso da discriminação do trabalhador portador do HIV e/ou doente de AIDS, o livro de JOÃO HILÁRIO VALENTIM, *op. cit.*, especialmente o item 6.5, intitulado *Ministério Público do Trabalho e AIDS*, p. 282-305.

Assim, a previsão do inciso IV do art. 3.º da CF corrobora a importância que o combate à discriminação representa em nosso ordenamento constitucional, atuando como norte interpretativo e valorativo a guiar o operador do Direito.

3.4. O princípio da igualdade e sua expressão enquanto princípio de proibição da discriminação – O art. 5.º, *caput*, e inciso XLI, da Constituição Federal.

Antes de adentrarmos especificamente na abordagem do princípio da proibição da discriminação, enquanto expressão do princípio da igualdade, bem como de seus reflexos no âmbito das relações de trabalho, necessário traçar breve notícia das acepções pelas quais tal postulado pode ser encarado.

É encontrada na doutrina jurídica a distinção entre os sentidos *formal* e *material* da igualdade.

A teoria da igualdade em sentido formal corresponde à concepção de igualdade propagada pela Revolução Francesa de 1789, no sentido do afastamento de privilégios e arbitrariedades característicos do absolutismo monárquico e da aplicação isonômica da lei “para todos que se enquadrem na situação pela mesma descrita”.¹⁴⁷

CELSONO RIBEIRO BASTOS entende a igualdade formal como “o direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento constitucional”.¹⁴⁸

Por seu turno, seguindo a observação de AMAURI MASCARO NASCIMENTO, a igualdade em seu sentido material tem por origens principais o igualitarismo marxista, consubstanciado na conhecida máxima de KARL MARX: “De cada um segundo suas capacidades, a cada um segundo suas necessidades”¹⁴⁹ e a doutrina alemã ligada à Constituição de Weimar de 1919, no sentido do estabelecimento de um princípio mais amplo de igualdade, para o oferecimento de “condições de vida, de igualdade econômica”, da promoção de “melhor distribuição de rendas entre as pessoas” e, pois, do

¹⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade*, in *LTr: Legislação do Trabalho*, Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano 68, n.º 07, julho de 2004, São Paulo, p. 777.

¹⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *op. cit.*, p. 187.

¹⁴⁹ *Critica al programma di Gotha*, apud BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, organizado por Michelangelo Bovero, tradução de Daniela Beccaccia Versisni, Campus, Rio de Janeiro, 2000. Destaque-se que Bobbio, às fls. 297-306, empreende análise aprofundada sobre “Igualdade e Igualitarismo”.

reconhecimento de “um princípio de proteção que se projete nas relações entre particulares, quando a fragilidade de uma das partes a deixa em absoluta situação de inferioridade perante outra parte de uma relação jurídica de direito privado”.¹⁵⁰

E o mesmo autor observa que, em época mais recente, a concretização do princípio da igualdade direcionou-se à proibição da discriminação, cuja origem histórica pode ser encontrada na já citada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁵¹, expressão esta da igualdade que mais de perto interessa ao nosso estudo.

A atestar a importância do princípio de proibição da discriminação, está a lição de JORGE MIRANDA, ao enquadrá-lo dentre os “*princípios axiológicos fundamentais*”, “correspondentes aos limites transcendentais do poder constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo (e que, no essencial, coincidem com os princípios axiológicos-jurídicos de CASTANHEIRA NEVES)”.¹⁵²

Passando à análise dogmática do direito constitucional positivo, observa-se que, na Constituição de 1988, o *caput* do art. 5.º, que inaugura o capítulo constitucional destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, inicia-se com o princípio de que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*.

Da leitura de tal dispositivo exsurge em primeira leitura o sentido formal de igualdade, garantindo-se assim a elaboração e a aplicação das leis igualmente, ou seja, sem considerar características pessoais ou sociais particulares ao indivíduo submetido ao império legal.

Todavia, a interpretação de tal dispositivo não deve ser limitada a este sentido de isonomia formal, na medida em que o cotejo com outros dispositivos constitucionais, especialmente no capítulo dos direitos sociais e na disciplina da Ordem Econômica e

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 147 supra), p. 778.

¹⁵¹ *Idem*, p. 781.

¹⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Introdução à Teoria da Constituição*, 2.ª edição, revista (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 202. Do mesmo autor, veja-se esta expressiva lição: “Os direitos fundamentais não podem ser estudados à margem da idéia de igualdade. Eles postulam uma atribuição não apenas universal como também igual. Existe uma tensão insuprimível entre liberdade e igualdade (conforme, de resto, já salientamos): assim como a liberdade *radical* de certo individualismo, levada às últimas conseqüências ignora a igualdade (pelo menos, a igualdade de exercício de direitos), a igualdade *igualitária* conduz à destruição da liberdade (pelo menos, da liberdade política). E torna-se recorrente nas sociedades pluralistas contemporâneas a procura de um equilíbrio tanto entre igualdade e aquilo a que se vem chamando direito à diferença como entre bem comum e interesses de grupo” (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, p. 227).

Financeira e da Ordem Social, demonstrará a complementação entre os sentidos formal e material do direito de igualdade.¹⁵³

Por seu turno, a expressão "igualdade perante a lei" poderia, em um primeiro momento, causar dificuldades na aferição de sua abrangência na medida em que há, na doutrina estrangeira, uma distinção entre a "igualdade perante a lei" e a "igualdade na lei". A primeira, direcionada ao aplicador da lei geral ao caso concreto e a segunda, tanto ao legislador quanto ao aplicador, evitando-se tanto a criação quanto a aplicação de normas jurídicas que criem distinções não autorizadas constitucionalmente.¹⁵⁴

Todavia, para o ordenamento constitucional brasileiro tal teoria mostra-se despicienda, na medida em que se firmou jurisprudencial e doutrinariamente que o princípio da igualdade "*tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei*".¹⁵⁵

E no último sentido proposto para a igualdade, enquanto vedação à discriminação, além do já mencionado Preâmbulo constitucional e do objetivo fundamental estabelecido no inciso IV do art. 3.º da CF, está o *caput* do art. 5.º e o comando de seu inciso XLI que preceitua, *in verbis*: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".

Um ponto de imprescindível destaque – e basilar para o estudo da discriminação contra as pessoas acometidas pelo HIV/AIDS – no texto constitucional de 1988 diz respeito à expressão "sem distinção de qualquer natureza", trazida pela parte final do *caput* de seu art. 5.º, que consiste em inovação no comparativo com os enunciados que tratavam da igualdade nos textos constitucionais pretéritos¹⁵⁶, e que representa importante aspecto da concretização do princípio da igualdade enquanto vedação à discriminação.

Nesse diapasão, JOSÉ AFONSO DA SILVA assevera, ao iniciar seu comentário a respeito das hipóteses de discriminação expressamente vedadas pelo texto constitucional, que a "Constituição vigente é mais veemente e mais abrangente na condenação nas desigualdades entre as pessoas. Confere a igualdade perante a lei, *sem distinções de*

¹⁵³ Nas palavras de Alexandre de Moraes, "os poderes públicos devem buscar os meios e instrumentos para promover condições de igualdade real e efetiva e não somente contentar-se com a igualdade formal, em respeito a um dos objetivos fundamentais da República: construção de uma sociedade justa" (*op. cit.*, p. 146).

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 215.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 215.

¹⁵⁶ Para corroborar tal posicionamento, basta realizar uma leitura atenta do § 1.º do art. 153 da anterior Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional n.º 01/1969, *in verbis*: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça". Esse dispositivo segue a redação do § 1.º do art. 150 da Constituição de 1967.

qualquer natureza, de sorte que as hipóteses que indicaremos a seguir são meramente exemplificativas, quanto o são na própria Constituição".¹⁵⁷

Os fatores de discriminação elencados expressamente pelo texto constitucional são paradigmas de discriminações proscritas pelo ordenamento jurídico, porém, não estão estabelecidos de modo taxativo no texto constitucional. Seguindo o raciocínio de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o constituinte “recolheu na realidade social elementos que reputou serem possíveis fontes de desequiparações odiosas e explicitou a impossibilidade de virem a ser destarte utilizados”, motivo pelo qual foram postos “em saliência alguns fatores, ficando os demais absorvidos na generalidade da regra”.¹⁵⁸

Desse modo, vem realçado no enunciado do *caput* do art. 5.º da Constituição o princípio amplo de vedação à discriminação. Portanto, para a identificação de um concreto fator de discriminação proibido, desnecessária a existência de expressa proscrição no texto constitucional.

Tal interpretação é a que se amolda ao sistema constitucional pátrio de vedação à discriminação, consubstanciado no preâmbulo constitucional, no objetivo fundamental da República estabelecido no inciso IV do art. 3.º e no princípio da igualdade, expresso em vedação à discriminação, extraído do art. 5.º, *caput*, da CF.

A Constituição de 1988 seguiu, portanto, o modelo inaugurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu art. II.1, ao lado da enumeração de certos fatores de discriminação proscritos, utilizou também a expressão “sem distinção de qualquer espécie”, a demonstrar o caráter exemplificativo que as hipóteses de *discrimen* expressamente mencionadas possuem.¹⁵⁹

Ao lado do *caput* do art. 5.º, também o já citado inciso IV do art. 3.º da CF, consignou ser objetivo fundamental da República, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, demonstrando em sua parte final ainda uma vez o caráter exemplificativo dos fatores de discriminação previstos constitucionalmente.

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 223.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3.ª ed. (14.ª tir.), São Paulo, Malheiros, 2006, p. 18.

¹⁵⁹ “Art. II.1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas estabelecidos nesta Declaração, **sem distinção de qualquer espécie**, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.” (destaques nossos).

A solução adotada pelo atual texto constitucional brasileiro tem amplitude tal que permite ao intérprete a identificação no caso concreto de fatores de discriminação não expressamente previstos, diante do princípio da não-discriminação expresso no *caput* do art. 5.º da CF, e reforçado pelo objetivo fundamental da República no sentido da não discriminação pelo inciso IV do art. 3.º da CF, e cuja importância já vem exposta no Preâmbulo constitucional.

Mostra-se salutar a não restrição das hipóteses de discrimén proscritas pelo ordenamento jurídico, eis que mutáveis os fatores escolhidos para discriminações.¹⁶⁰

Um texto constitucional que se pretende duradouro tem que possuir normas dotadas de amplitude tal que possibilite ao intérprete e aplicador do Direito manejá-las de acordo com o contexto vivido em determinada época. E essa perenidade constitucional tem de ser buscada especialmente em matéria de direitos fundamentais basilares, verdadeiras condições para o exercício de direitos, tais quais o direito à igualdade e a não-discriminação.

Comparativamente com a fórmula adotada pela Constituição Federal de 1988, podemos verificar a vigente Constituição da República Portuguesa de 1976, que em seu art. 13.º positiva o princípio da igualdade nos termos seguintes:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual”.

¹⁶⁰ Como demonstram as reflexões de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que acompanhou de perto os debates que precederam a promulgação da CF de 1988: “A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fora conceder igualdade, sem discriminação de *orientação sexual*, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores, que têm servido de base para desigualdades e preconceitos” (*op. cit.* nota 131 supra, p. 224).

Verificamos que o texto constitucional português, no cotejo com o texto constitucional brasileiro, estabelece um rol maior de fatores de discriminação expressamente vedados. Outra diferença é a não adoção da fórmula “sem distinção de qualquer natureza” ou “quaisquer outras formas de discriminação” enunciadas, respectivamente pelo art. 5.º, *caput*, e art. 3.º, IV, da Constituição brasileira.

Todavia, como atesta a doutrina lusa, mesmo com um mais extenso rol de hipóteses vedadas de discriminação, o dispositivo constitucional não possui a pretensão de abarcar todos os tipos possíveis de discriminação, permanecendo com seu caráter exemplificativo.

Nesse sentido, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, ao comentar o transcrito dispositivo constitucional lusitano, comentam:

“A Constituição indica, ela mesma, um conjunto de *factores de discriminação ilegítimos* (nº 2). Aí se contam os mais frequentes e historicamente os mais significativos dos elementos fundadores de diferenças de tratamento jurídico. Mas esse elenco não tem obviamente carácter exaustivo, sendo puramente enunciativo, como hoje (nos termos da LC nº 1/97) resulta claramente do art. 26º-1, *in fine*, em que se consagra como direito pessoal a <<protecção legal contra quaisquer formas de discriminação>>. São igualmente ilícitas as diferenciações de tratamentos fundadas em outros motivos (ex.: idade), sempre que eles se apresentem como contrários à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático, ou simplesmente arbitrários ou impertinentes”.¹⁶¹

Fixamos aqui, pois, uma das premissas fundamentais a ser seguida no estudo das dispensas discriminatórias, qual seja, a de que as hipóteses de discriminação expressamente vedadas na legislação constitucional e infra-constitucional são exemplificativas, de modo a possibilitar ao intérprete e aplicador do direito a verificação no caso concreto dos fatores de discriminação arbitrários, não-razoáveis e injustificados, a serem afastados da licitude e da constitucionalidade.

¹⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. e MOREIRA, Vital. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 340.

A realidade demonstra que fatores de discriminação até então não evidentes vão aparecendo de acordo com o determinado momento histórico, social e cultural, de modo que o caráter exemplificativo das hipóteses de *discrímén* mostra-se de importância superlativa, na medida em que novas formas de distinções arbitrárias se multiplicam no decorrer do tempo, merecendo análise sob a ótica do princípio da não-discriminação.

Esclarecedora lição a respeito do caráter exemplificativo dos fatores de discriminação vedados expressamente pela Constituição é encontrada em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que assevera: “É certo que *fator objetivo algum pode ser escolhido aleatoriamente, isto é, sem pertinência lógica com a diferenciação procedida*”.¹⁶²

Nesse sentido, nosso estudo debruça-se sobre a discriminação em virtude do estado de saúde e, mais especificamente, direcionada à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, de modo a demonstrar a ausência de substrato lógico ou material para a discriminação deste grupo de indivíduos.

A doutrina e jurisprudência pátrias já há algum tempo vem adotando soluções interpretativas de modo a afastar quaisquer tipos de discriminação que se desenvolvem conforme o momento histórico e social, com destaque especial para certos tipos de moléstias alvos de intensos estigma e discriminação, entre as quais o HIV/AIDS pode ser considerado exemplo paradigmático.

Neste diapasão veja-se julgado proferido pelo TST, do qual transcrevemos o trecho seguinte:

“[...] Urge observar, ainda, que aos padrões tradicionais de discriminação, como os baseados no sexo, na raça ou na religião, práticas ainda disseminadas apesar de há muito conhecidas e combatidas, vieram a se somar novas formas de discriminação, emergidas das profundas transformações das relações sociais ocorridas nos últimos anos, e que se voltam contra portadores do HIV, pessoas com predisposição genética para desenvolver determinadas moléstias, homossexuais e, até mesmo, indivíduos que adotam estilos de vida considerados pouco saudáveis. Essas formas de tratamento diferenciado injusto começam a ser identificadas, à medida em que se alastram, e representam desafios

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* (nota 158 supra), p. 18.

emergentes a demandar esforços com vistas à sua contenção. [...]” (TST, **Processo:** E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00.9 **Data de Julgamento:** 06/08/2007, **Relatora Ministra:** Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DJ 30/11/2007).

Ademais, veja-se, por oportuno, o comentário de ALICE MONTEIRO DE BARROS ao multicitado art. 3.º, IV, da Constituição Federal e sua fórmula ampla de vedação à discriminação aplicada ao caso específico da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS: “Entre essas ‘outras formas de discriminação’, pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio pelo vírus HIV, não há razão que justifique a resilição do pacto laboral”¹⁶³ [destaques no original].

3.5. Princípios da igualdade e da não-discriminação sob a perspectiva do Direito do Trabalho – Caminhos de concretização dos princípios da igualdade e da não-discriminação no âmbito das relações de trabalho e a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Nesse passo, importante trazer à colação, o entendimento doutrinário trabalhista a respeito da inserção, expressão e aplicação dos princípios da igualdade e da não-discriminação no Direito do Trabalho, a fim de demonstrar as especificidades com que tais postulados fundamentais são encarados dentro de nossa seara de estudo.

A igualdade, em seu sentido formal, segue no Direito do Trabalho a mesma concepção e função estabelecida no Direito de forma geral, ou seja, “todos são iguais perante a lei no sentido de que o Juiz, ao aplicar a lei, deve fazê-lo igualmente para todos que se encontrarem na mesma situação”.¹⁶⁴

Todavia, alerta AMAURI MASCARO NASCIMENTO:

“Seria grave equívoco supor que a igualdade de todos perante a lei no Direito do Trabalho signifique que as partes do contrato de trabalho

¹⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1158.

¹⁶⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 147 supra), p. 778.

são iguais. Não o são. Desnecessárias são considerações para dizer que as partes, neste contrato, são desniveladas; de um lado o empregado-subordinado, de outro o empregador-subordinante. Este dá ordens e paga salários para aquele que está, por contrato, submetido a esse quadro, a essa situação de desigualdade de forças”.¹⁶⁵

Daí a importância que a igualdade, em seu sentido material, adquire para o Direito do Trabalho.

Na doutrina clássica do Direito do Trabalho brasileiro, CESARINO JÚNIOR destaca a “finalidade *imediate* das leis sociais: *a proteção do economicamente fraco*”, demonstrando a seguir que tal premissa do direito social não ofende ao princípio da igualdade perante a lei, na medida em que este deve ser entendido em seu sentido aristotélico de igualdade proporcional.¹⁶⁶

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, seguindo tal tradição, considera o princípio da igualdade imprescindível para a manutenção da vocação existencial do Direito do Trabalho:

“Assim, por mais que o princípio protetor esteja em debate profundo, diante da equivocada discussão a respeito da flexibilização, é da essência deste ramo do Direito o tratamento jurídico diferenciado em favor do empregado. Logo, o Postulado da Igualdade no seu sentido material já constitui, *a priori*, a técnica na qual do Direito do Trabalho assenta as suas premissas para existir como entidade jurídica autônoma e própria”.¹⁶⁷

Interessante ao objeto do presente estudo é a manifestação da igualdade enquanto princípio da não-discriminação que, como vimos, adquire gradual relevância a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 778.

¹⁶⁶ CESARINO JÚNIOR, A. F. *op. cit.*, p. 131. Vale colacionar neste ponto a clássica lição de Aristóteles, em que a igualdade é analisada sob o prisma da justiça: “Pensa-se, por exemplo, que a justiça é igualdade – e de fato é, embora não o seja para todos, mas somente para aqueles que são iguais entre si; também se pensa que a desigualdade pode ser justa, e de fato pode, embora não para todos, mas somente para aqueles que são desiguais entre si [...]” (Aristóteles. *Política* – Livro III, Capítulo V, 1280a, 3.^a ed., Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury, Brasília, Editora UnB, 1997, p. 92).

¹⁶⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *op. cit.*, p. 29-31.

Considerado corolário do princípio da igualdade, o princípio da não-discriminação, que no Direito do Trabalho expressa-se na forma de tutela anti-discriminatória dentro da relação de trabalho, tem recebido crescente atenção dos estudiosos nos últimos tempos.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO preleciona que “o direito de não ser discriminado é um dos principais direitos fundamentais do trabalhador”.¹⁶⁸

AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, em sua clássica obra dedicada aos princípios do Direito do Trabalho, estabelece interessante exposição sobre a evolução e a aplicação dos princípios da igualdade e da não-discriminação na seara laboral.¹⁶⁹

O autor uruguaio reconhece inicialmente sua própria resistência em incluir o princípio da igualdade entre os princípios próprios da disciplina trabalhista.

Isso porque, prossegue o estudioso, são características fundamentais da realidade laboral a variedade e a multiplicidade de cada específica situação concreta de trabalho.

Corroborando tais ensinamentos, exemplificando com a legislação brasileira, podemos notar as distintas regulamentações dos mesmos temas trabalhistas de acordo com características específicas do trabalho prestado.¹⁷⁰

Nessa linha de raciocínio, mais problemas do que soluções acarretaria, *prima facie*, a aplicação irrestrita do princípio da igualdade no Direito do Trabalho. Diferenciações não são necessariamente ilegítimas, muitas vezes são até mesmo desejáveis. Em nome de uma igualdade abstrata não se pode sustentar uma equiparação de condições entre trabalhadores dotados de características peculiares ou cuja atividade revista-se de especificidades.

No Direito do Trabalho, muitas vezes de forma mais intensa que em outros ramos do Direito, percebe-se o relativismo da igualdade, consubstanciado na célebre fórmula de

¹⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *op. cit.* (nota 10 supra), p. 457.

¹⁶⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3.^a ed. atualizada, tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio e tradução das atualizações para esta edição de Edilson Alkmim Cunha, São Paulo, LTr, 2000, p. 440-452.

¹⁷⁰ Podemos verificar que a legislação trabalhista em relação a um mesmo tema traz soluções diferenciadas de acordo com características do trabalhador, com a maneira pela qual os serviços são prestados ou mesmo pelos benefícios obtidos por determinadas categorias profissionais. A título exemplificativo, observe-se que a duração diária do trabalho é de oito horas, segundo a regra geral do art. 7º, XIII, da Constituição. Para os bancários, a jornada diária é de seis horas (art. 224 da CLT), entre outras múltiplas regulamentações específicas.

tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais “na medida em que se desiguam”, contida na expressiva lição de RUI BARBOSA em sua *Oração aos Moços*.¹⁷¹

O jurista uruguaio conclui então que “não se proibem todas as diferenças, mas só as diferenças injustificadas, que costumam ser identificadas pela palavra discriminação”.¹⁷²

A partir de tal constatação, surge uma questão fundamental para nosso estudo, concernente à delimitação entre os princípios da igualdade e o da não discriminação.

O autor supracitado preleciona que a proibição da discriminação não afasta da licitude quaisquer diferenças entre indivíduos em situações concretas também diversas e sim proscreve aquelas diferenciações que não se fundamentam em nenhum critério razoável a justificar tratamento diverso para indivíduos em situações semelhantes.¹⁷³

Por seu turno, o juslaboralista argentino ALFREDO J. RUPRECHT, em sua obra dedicada aos princípios do Direito do Trabalho¹⁷⁴, também inclui o princípio da não-discriminação na relação dos princípios específicos do Direito do Trabalho.

Todavia, ressalva RUPRECHT, a igualdade em âmbito trabalhista não deve ser aplicada ilimitadamente, sob pena do cometimento de flagrantes injustiças. Isso porque as relações de trabalho são marcadas pelas especificidades de cada setor profissional, ou mesmo dentro de um mesmo setor, não sendo razoável o tratamento igual de indivíduos em situações concretas diversas.

¹⁷¹ “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. (BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Organização de Marcelo Módulo. Introdução de Pedro Luso, São Paulo, Hedra, 2009, p. 46).

¹⁷² RODRIGUEZ, Américo Plá. *op. cit.*, p. 442.

¹⁷³ Exemplo de tratamento diferenciado que não merece reparos é o referente à maior dedicação de determinado trabalhador, sua constante atualização e estudo, entre outros fatores. Por outro lado, um tratamento desigual entre trabalhadores em semelhantes condições, com dedicação e qualificação semelhantes, apenas por mero capricho do empregador ou por características outras externas ao pacto laboral, como, exemplificativamente, atividade sindical, convicções políticas ou religiosas, devem ser proscritas do Direito, por revestirem-se de nítido caráter arbitrário, ilegítimo e discriminatório.

¹⁷⁴ O autor inicia sua exposição afirmando que os mencionados princípios, mais do que apenas fornecerem soluções de interpretação para as normas trabalhistas, representam na verdade o conjunto de diretrizes fundamentais para a aplicação deste ramo específico do Direito, possuindo portando caráter jurídico-positivo, motivo pelo qual prefere denominá-los de “princípios normativos do Direito do Trabalho” (RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995, p. 5). E, prossegue, demonstrando que a função de tais princípios reveste-se de importância ainda maior no campo do Direito do Trabalho, uma vez que esse ramo jurídico específico possui grande mutabilidade, com a legislação muitas vezes acompanhando a sazonalidade das relações econômicas e sociais. Portanto, a presença de princípios gerais próprios da seara trabalhista confere unidade ao ordenamento jurídico, concatenando os institutos jurídicos esparsos e, em alguns casos, até mesmo contraditórios.

Desse modo, o entendimento do autor argentino em relação à aplicação dos princípios da igualdade e da não-discriminação na seara trabalhista aproxima-se muito das conclusões de AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ.

RUPRECHT afirma expressamente o caráter relativo do princípio da igualdade nos seguintes termos: “[...] por esse princípio se estabelece que todo benefício deve ser concedido aos que se encontram em igualdade de condições, mas não aos que não se encontram nessa situação. [...] Não se trata de medir a todos com o mesmo metro, mas apenas os que estão nas mesmas condições”.¹⁷⁵

Nesse sentido, podemos afirmar que os autores mencionados compartilham o entendimento de que a igualdade e, por via de consequência, a vedação à discriminação, não deve ser entendida de maneira absoluta. O que se busca é afastar do Direito as discriminações *arbitrárias*, ou seja, que não encontram suporte em nenhuma justificativa razoável.

Como demonstramos, a afirmação do princípio da igualdade passou por diversos momentos históricos e, por via de consequência, por diferentes enfoques. Fato é que nos textos constitucionais modernos, e também nos documentos normativos internacionais, percebemos uma adesão quase unânime aos princípios da igualdade e não-discriminação, postulados fundamentais a inspirar todo o ordenamento jurídico e, por via de consequência, o Direito do Trabalho.

Tais princípios, como vimos, vêm consagrados no texto constitucional brasileiro, a teor dos enunciados do preâmbulo, do art. 3.º, IV, e do art. 5.º, *caput* e inciso XLI, da Constituição Federal.

No entanto, embora a idéia e a força normativa dos princípios de igualdade e de vedação à discriminação sejam globalmente difundidas, verificamos que suas interpretação e aplicação não são das tarefas mais simples, na medida em que o postulado geral de igualdade pode não se mostrar suficiente para aclarar a problemática que surge de específicas situações concretas.

Isso porque a aplicação ilimitada do princípio da igualdade é capaz de gerar injustiça, na medida em que muitas vezes situações específicas dos indivíduos demandam uma mitigação da igualdade ou até mesmo um tratamento desigual dos indivíduos a fim de equalizar suas posições perante o Direito.

¹⁷⁵ RUPRECHT, Alfredo J. *op. cit.*, p. 103.

Por isso, AMAURI MASCARO NASCIMENTO, ao estudar o Direito do Trabalho sob os auspícios do princípio da igualdade, destaca ser “importante, para fundamentar o Direito do Trabalho e seus princípios básicos, a idéia de *igualdade como as desigualdades justificáveis* cujas origens remotas estão na conhecida afirmação da igualdade como desigualdade de situações desiguais ou na idéia de igualdade proporcional”.¹⁷⁶

Nesse diapasão, se mostra muito pertinente, especialmente na seara do Direito do Trabalho, a delimitação entre os conceitos de discriminação – que encontra vedação pelo ordenamento jurídico –, e de diferenciação – que é permitida e até mesmo promovida diante de determinadas situações concretas.

ESTÊVÃO MALLET, ao se debruçar sobre tal questão, leciona:

“O que se proíbe, o que todos os dispositivos legais citados vedam, o que a evolução da sociedade proscreeve é a discriminação desarrazoada ou descabida.

[...]

Em resumo, diante da conotação que a palavra já adquiriu, pode-se afirmar que proibida é, tão-somente, a discriminação e não a mera diferenciação, que é algo diverso e que se pode admitir”.¹⁷⁷

Na doutrina brasileira, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em clássica monografia¹⁷⁸, empreende análise profunda sobre o sentido e alcance do princípio da igualdade bem como em relação aos fatores legítimos de diferenciação e ilegítimos de discriminação, oferecendo importantes critérios dogmáticos para a aferição da licitude de distinções efetuadas.

Este estudioso conclui “que as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*”.¹⁷⁹

¹⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 147 supra), p. 779.

¹⁷⁷ MALLET, Estêvão. *op. cit.* (nota 112 supra), p. 57.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* (nota 158 supra).

¹⁷⁹ *Idem*, p. 17.

Desse modo, não havendo comprovação científica de possibilidade de contágio pelo HIV no âmbito de determinada atividade profissional, a discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS mostra-se infringente ao princípio da igualdade.

ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO vislumbra a operacionalidade do princípio da igualdade no Direito do Trabalho e, em especial, no momento do acesso ao emprego, a partir de determinadas concretizações, quais sejam: (i) “a *igualdade de direitos*: todos têm, por igual, acesso às potencialidades abertas pela Ordem Jurídica, nos precisos termos em que se acham prescritos [...]”; (ii) “a *proibição da discriminação*: ninguém pode ser prejudicado por força de qualquer dos factores exemplificados no artigo 13.º da Constituição [...]” e (iii) “a *igualdade de tratamento*: todas as diferenciações que se estabeleçam entre pessoas devem fundar-se em razões materiais atendíveis, prevenindo-se posturas puramente arbitrárias”.¹⁸⁰

Cotejando a situação concreta vivida pela pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no âmbito das relações de trabalho, verifica-se que as três concretizações do princípio da igualdade referidas pelo autor português têm plena aplicabilidade.

Assim, não se deverá privar a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS de nenhuma potencial oportunidade de acesso ao emprego, de eventual promoção ou qualquer outro benefício em virtude exclusivamente de seu estado de saúde, na medida em que este fator de distinção não é apto a produzir efeitos jurídicos, por contrariedade ao postulado de igualdade de direitos.

A pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS não poderá ser privada do exercício de legítimos direitos, nem de alguma forma ser prejudicada em razão de sua moléstia, por consequência do princípio de proibição da discriminação, com o que se afasta a possibilidade das dispensas motivadas na condição de saúde do trabalhador com HIV/AIDS.

No âmbito das relações de trabalho, o trabalhador com HIV/AIDS não deverá receber tratamento diferenciado dos demais empregados, a menos que haja razões materiais justificáveis de diferenciação que sua específica condição de saúde recomende, preservando-se assim o preceito de igualdade de tratamento.

¹⁸⁰ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, Portugal, Almedina, 1991, p. 581-582.

Exceção ocorre nas situações em que haja, de modo cientificamente comprovado, risco de contágio e transmissão do HIV no exercício profissional, caso em que deverão ser tomadas as medidas adequadas de prevenção e redução de riscos, consoante exposto no precedente item 1.2, bem como no item 3.7 a seguir.

Para fins de comparação com a realidade legislativa pátria, bem como de inspiração ao legislador em matéria trabalhista, observa-se que o novo Código do Trabalho de Portugal de 2009 oferece interessantes critérios para a observação da licitude ou ilicitude de distinções em situações concretas, especialmente no número 2 de seu art. 25.º, dispositivo que trata justamente da vedação à discriminação, *in verbis*:

“Artigo 25.º

Proibição de discriminação

[...]

2 — Não constitui discriminação o comportamento baseado em factor de discriminação que constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, em virtude da natureza da actividade em causa ou do contexto da sua execução, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional”.

A exegese de tal dispositivo oferece importante subsídio para a aferição da existência de discriminação no caso concreto, na medida em que o fator de discrimén escolhido deve ser “um requisito justificável e determinante” para o exercício da profissão, diante da “natureza” da específica atividade profissional ou “do contexto de sua execução”.

Além disso, a lei exige que o objetivo a ser alcançado com a distinção efetuada seja “legítimo” e o “requisito” para o exercício profissional seja “proporcional”, o que demonstra de modo claro a importância que o princípio da proporcionalidade¹⁸¹ pode desempenhar no estudo da igualdade, das desigualdades justificáveis e da discriminação.

¹⁸¹ DANIEL SARMENTO e ROGÉRIO SOARES DO NASCIMENTO expõem de modo nítido a aplicação prática do princípio da proporcionalidade em caso concreto envolvendo pessoas portadoras do HIV (*Op. cit.*, p. 7-17).

3.6. A positivação internacional da vedação à discriminação em âmbito laboral – Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 1958.

Além do texto constitucional, que consagra em sua principiologia um efetivo sistema de vedação à discriminação, não se pode olvidar que a Convenção n.º 111 da OIT constitui um documento normativo de superior importância na disciplina da matéria.

De fato, tal tratado internacional foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.1964 e promulgado através do Decreto n.º 62.150, de 19.1.1968, consignando, portanto, o compromisso do Estado brasileiro com o cumprimento de seus princípios e diretrizes, reconhecido pelo TST em julgado do qual transcrevemos o trecho seguinte:

“[...] Ademais, ao adotar a Convenção 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação [...] o Estado Brasileiro se comprometeu perante a comunidade internacional a promover medidas adequadas à promoção da igualdade de oportunidade em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de erradicar todas as formas de tratamento discriminatório nas relações de trabalho. E, quando um Estado se compromete internacionalmente, a diretriz insculpida no tratado há de orientar a atuação de todos os Poderes que o constituem. [...]” (TST, **Processo:** E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00.9 **Data de Julgamento:** 06/08/2007, **Relatora Ministra:** Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DJ 30/11/2007).

Veja-se igualmente este exemplo jurisprudencial de manejo da Convenção n.º 111 da OIT como instrumento de vedação à discriminação no ordenamento jurídico brasileiro:

“[...] No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui

violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção injustificada provoca a exclusão, que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego, a mais importante forma de subsistência do ser humano. [...]” (TRT 3ª Região – MG, Quarta Turma, 00864-2007-072-03-00-3 RO, Rel.: Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG 12/04/2008, p.20).

Todavia, questionamentos surgem na identificação do posicionamento dos tratados internacionais na hierarquia normativa interna.

Inicialmente, necessário destacar que a referida Convenção n.º 111 da OIT, ao estabelecer um sistema de proteção contra a discriminação em matéria laboral, insere-se dentre os tratados internacionais de direitos humanos vez que, como demonstramos, a doutrina reconhece hodiernamente que os direitos sociais, ou direitos humanos de segunda geração, possuem a mesma natureza e desfrutam de igual importância que os demais direitos humanos reconhecidos.

Ademais, devemos destacar que a vedação à discriminação, enquanto expressão da igualdade, posiciona-se, seja nas relações laborais ou nas demais relações sociais, em estreita intimidade com a efetivação da dignidade da pessoa humana, ao coibir que haja distinções desarrazoadas em razão de características pessoais do indivíduo ou de grupos de indivíduos.

Há dissenso doutrinário quanto à natureza dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos incorporadas ao direito interno, podendo-se destacar quatro correntes acerca da hierarquia normativa destes tratados, quais sejam, (i) supraconstitucional, (ii) constitucional, (iii) infraconstitucional mas supralegal e (iv) paridade com lei federal¹⁸².

Posicionamo-nos, acompanhando o entendimento de Flávia Piovesan¹⁸³, no sentido da hierarquia constitucional dos tratados de proteção aos direitos humanos, a teor do que dispõe o § 2.º do art. 5.º da Constituição, no sentido de que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

¹⁸² PIOVESAN, Flávia. *op. cit.* (nota 63 supra), p. 71.

¹⁸³ *Idem*, p. 71-80.

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Destacamos que o novel § 3.º do art. 5.º da Constituição, ao afirmar que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, não interfere na hierarquia *materialmente constitucional* dos tratados de proteção aos direitos humanos, vez que apenas abre a possibilidade de que os tratados *materialmente constitucionais* por força do citado § 2.º também sejam *formalmente constitucionais*, se respeitado o procedimento de aprovação estabelecido pelo § 3.º, como sustenta FLÁVIA PIOVESAN.¹⁸⁴

MIRON TAFURI QUEIROZ, abordando especificamente a hierarquia normativa das Convenções Internacionais da OIT no ordenamento jurídico brasileiro, conclui que “as convenções internacionais do trabalho sobre direitos humanos integradas ao sistema jurídico brasileiro gozam da estatura de normas materialmente constitucionais”.¹⁸⁵

Diante do exposto, entendemos que os preceitos contidos na Convenção n.º 111 da OIT são materialmente constitucionais, devendo ser utilizados pelo intérprete e aplicador do Direito ao lado das normas inseridas no texto da Constituição¹⁸⁶ na solução dos casos concretos de discriminação em âmbito laboral.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 71-74.

¹⁸⁵ QUEIROZ, Miron Tafuri. *A integração das Convenções da Organização Internacional do Trabalho à ordem jurídica brasileira*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 188.

¹⁸⁶ Destaque-se, por oportuno, o entendimento do STF, no julgamento dos REs 349703, 466343 e HC 87585, no sentido do *status* supralegal dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário. Todavia, a maioria dos ministros considerou que tais normas internacionais só possuirão *status* constitucional caso submetidos ao quórum de aprovação definido no § 3.º do art. 5.º da CF, inserido pela EC n.º 45/2004 (Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258&caixaBusca=N>, acesso em 31.03.2009). O julgamento foi definido por estreita maioria, com a corrente minoritária defendendo o caráter constitucional das normas dos referidos tratados e convenções, o que nos leva a crer ainda ser possível a jurisprudência da Corte Constitucional inclinar-se no sentido da tese por nós esposada.

3.7. A tutela constitucional e infraconstitucional da intimidade da pessoa portadora do HIV/AIDS.

O inciso X do art. 5.º da Constituição Federal estabelece 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”.

Trata-se de direito individual de superlativa importância, a ponto de JOSÉ AFONSO DA SILVA considerá-lo um “direito conexo ao da vida”.¹⁸⁷

Em âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, proclama em seu art. XII que “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.¹⁸⁸

Na construção conceitual do direito de privacidade, historicamente se destaca paradigmática decisão da Corte Suprema dos Estados Unidos, relatada por PIERRE KAYSER: “*Le right of privacy comprend [...] le droit de toute personne de prendre seule des décisions dans la sphère de sa vie privée*”.¹⁸⁹

A delimitação precisa entre os conceitos de vida privada e intimidade nem sempre se mostra clara.

Muito útil, pois, a adoção da “teoria das três esferas”, segundo a qual, na descrição de LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, há de se:

“[...] distinguir, no direito à intimidade da vida privada entre: a) uma *esfera íntima*, abrangendo a vida familiar, saúde, comportamentos sexuais e convicções políticas e religiosas, cuja protecção é, em princípio, absoluta; b) uma *esfera privada*, cuja protecção é relativa, podendo ceder em caso de conflito com direitos e interesses superiores; c) uma *esfera*

¹⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 206.

¹⁸⁸ No mesmo diapasão é o art. 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

¹⁸⁹ Em tradução livre: “O direito à privacidade compreende [...] o direito de toda pessoa de tomar sozinha decisões na esfera de sua vida privada”. (KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée - Protection du secret de la vie privée*, Paris e Aix-en-Provence, Economica e Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 1984, p. 49).

pública, relativa às situações que são objeto de conhecimento público e que, por isso, podem ser livremente divulgadas”.¹⁹⁰

Portanto, a esfera íntima constitui o núcleo intangível da pessoa, resguardado de quaisquer interferências, seja do Estado, seja dos demais particulares. Existe mesmo uma proteção legal conferida à pessoa de afastar toda intromissão neste campo de sua vida.

Nesse sentido é que RENÉ ARIEL DOTTI¹⁹¹ expõe a conclusão de JEAN CARBONNIER segundo a qual a intimidade é “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”.

No âmbito do contrato de trabalho, o empregador estará obrigado a respeitar a privacidade – compreendidas aí a vida privada e a intimidade – do trabalhador, na medida em que, como ressalta ALICE MONTEIRO DE BARROS, o contrato de trabalho, embora imponha ao empregado o dever de subordinação jurídica ao empregador, não pode “constituir *um título legitimador de recortes no exercício dos direitos fundamentais assegurados ao empregado como cidadão*”.¹⁹²

Desse modo, a proteção da vida privada e da intimidade do trabalhador frente à ingerências indevidas ou mesmo ilícitas do empregador constitui mais um reflexo da eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais, vinculando as partes do contrato de trabalho.

No caso da pessoa que trabalha e é portadora do HIV e/ou doente de AIDS a preservação do sigilo quanto à sua sorologia ou enfermidade mostra-se imperativa, no ingresso, transcorrer e ao término do vínculo de emprego, a fim de que seja resguardada de eventuais tratamentos discriminatórios por parte de colegas e do empregador, sendo exigíveis testes de detecção do HIV apenas nas hipóteses em que haja comprovação científica da possibilidade de contágio ou transmissão do vírus no exercício profissional, como destacado no Capítulo 1.º.

Observe-se que, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho, o “Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho”

¹⁹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 164.

¹⁹¹ Retirado de URABAYEN, Miguel. *Vida privada e información: um conflicto permanente*, Pamplona 1977, *apud* DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, RT, 1980, p. 69.

¹⁹² BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*, LTr, São Paulo, 1997, p. 33, *apud* VALENTIM, João Hilário. *op. cit.*, p. 139.

de 2001 considera um de seus “Princípios-chave” a “Confidencialidade”, nos termos seguintes:

“Nada justifica que se peça a candidatos a emprego ou a trabalhadores que dêem informações pessoais relativas ao HIV/Aids; tampouco deveriam colegas de trabalho serem obrigados a revelar essa informação pessoal sobre outros colegas. O acesso a dados pessoais relativos à situação de HIV de um trabalhador deveria ser sujeito às regras de confidencialidade constantes no repertório de práticas da OIT de 1997, sobre a proteção de dados pessoais de trabalhadores”.¹⁹³

As informações relativas ao estado de saúde do empregado estão inseridas, portanto, na *esfera íntima* de sua existência, resguardada de qualquer intromissão alheia.

Segundo ALICE MONTEIRO DE BARROS: “Fatos relativos às enfermidades e ao respectivo tratamento pertencem à esfera do íntimo, devendo ser preservados dos sentidos dos outros”.¹⁹⁴

Tais informações relativas ao estado de saúde incluem-se entre os denominados “*dados sensíveis* da personalidade” (destacado no original), como demonstra CLÁUDIO LEMBO com suporte na doutrina italiana.¹⁹⁵

O estudo da proteção da intimidade em relação aos dados de saúde do trabalhador perpassa a questão dos exames médicos obrigatórios ocorridos no início, no curso e no término do contrato de trabalho, consoante a previsão expressa do art. 168 da CLT¹⁹⁶, e do

¹⁹³ *Op. cit.*, p. 7.

¹⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1148.

¹⁹⁵ BIN, Roberto. *Diritto costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1979 *apud* LEMBO, Cláudio. *A pessoa: seus direitos*, Barueri, Manole, 2007, p. 181.

¹⁹⁶ “Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

I - a admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

II - na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

III - periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames: (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

a) por ocasião da demissão; (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

b) complementares. (Incluída pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

sigilo envolvendo a obtenção de informações íntimas da pessoa por ocasião de sua realização.

Ressalte-se que a realização destes exames médicos e a manipulação dos dados neles obtidos pautam-se estritamente pelos ditames da ética médica, consoante prevê o precitado § 5.º do art. 168 da CLT e pela garantia de sigilo profissional.

Nesse contexto, necessária a preservação do sigilo profissional, que “obriga a quem exerce uma profissão regulamentada, em razão da qual há de tomar conhecimento do segredo de outra pessoa, a guardá-lo com fidelidade”.¹⁹⁷

O Código de Ética Médica considera o sigilo médico princípio fundamental, consoante seu art. 11.º, *in verbis*:

“Art. 11º - O médico deve manter sigilo quanto às informações confidenciais de que tiver conhecimento no desempenho de suas funções. O mesmo se aplica ao trabalho em empresas, exceto nos casos em que seu silêncio prejudique ou ponha em risco a saúde do trabalhador ou da comunidade”.

Após, o Capítulo IX disciplina o Segredo Médico, do qual se destacam os seguintes dispositivos:

“É vedado ao médico:

Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

[...]

Art. 105 - Revelar informações confidenciais obtidas quando do exame médico de trabalhadores, inclusive por exigência dos dirigentes de empresas ou instituições, salvo se o silêncio puser em risco a saúde dos empregados ou da comunidade.

§ 3º - O Ministério do Trabalho estabelecerá, de acordo com o risco da atividade e o tempo de exposição, a periodicidade dos exames médicos. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 4º - O empregador manterá, no estabelecimento, o material necessário à prestação de primeiros socorros médicos, de acordo com o risco da atividade. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

§ 5º - O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)”.

¹⁹⁷ Eduardo Novoa Monreal, *Derecho a la vida privada y libertad de información*, 2ª ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 1981, p. 80 *apud* SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 207-208.

[...]

Art. 107 - Deixar de orientar seus auxiliares e de zelar para que respeitem o segredo profissional a que estão obrigados por lei.

Art. 108 - Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso”.

No específico campo deste estudo, a Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM n.º 1.665/2003, que “Dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos”, preceitua de forma nítida em seus arts. 9.º e 10, *in verbis*:

“**Art. 9º** - O sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, nos termos da lei, e notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos.

Parágrafo único - O médico não poderá transmitir informações sobre a condição do portador do vírus da SIDA (AIDS), mesmo quando submetido a normas de trabalho em serviço público ou privado, salvo nos casos previstos em lei, especialmente quando disto resultar a proibição da internação, a interrupção ou limitação do tratamento ou a transferência dos custos para o paciente ou sua família.

Art. 10 - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS), salvo nos casos determinados por lei, por justa causa ou por autorização expressa do paciente”.

Diante do quadro exposto, pode-se concluir, acompanhando a lição de PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, que “após realizado o exame (seja ele admissional, periódico demissional ou outro, dentro da empresa), o médico não poderá revelar a ninguém (inclusive empregador, departamento pessoal, etc.), o resultado dos mesmos,

limitando-se a afirmar se o candidato ou empregado está ou não apto para a função a que se destina”¹⁹⁸.

Sobre a extensão da garantia de sigilo quanto a informações de estado de saúde do trabalhador, destaque-se que, “além de uma obrigação legal contida no código penal e no código de ética profissional, é dever de todos os profissionais da área de saúde e também do empregador”¹⁹⁹.

Importante ressaltar que a violação deste segredo profissional apresenta reflexos na seara penal, pois poderá atrair a sanção penal tipificada no art. 154 do Código Penal²⁰⁰.

Nesta matéria de testes e exames médicos realizados no âmbito da relação de trabalho, em Portugal, preleciona LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO:

“Efectivamente, os dados relativos à saúde física ou psíquica das pessoas fazem parte da sua esfera íntima, sendo que o seu acesso ou divulgação viola não apenas o direito à privacidade, mas também a integridade moral ou física do trabalhador”²⁰¹.

E, para o caso específico da pessoa portadora do HIV/AIDS:

“Não é assim lícito, na admissão ao contrato de trabalho ou durante a sua vigência, estabelecer testes destinados a verificar, quer a situação de alcoolismo ou toxicodependência, quer outras doenças, como a seropositividade, quer inclusive as características genéticas do trabalhador”²⁰².

Nesse diapasão, interessante trazer à colação a solução legislativa adotada pelo novo Código do Trabalho de Portugal de 2009, tanto em relação ao direito fundamental de intimidade de modo amplo, no art. 16.º, quanto na disciplina dos testes e exames médicos, consubstanciada no art. 19.º:

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *op. cit.*, p. 181.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 182.

²⁰⁰ “**Violação do segredo profissional**

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

²⁰¹ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, p. 171.

²⁰² *Idem*, p. 172.

“Artigo 16.º

Reserva da intimidade da vida privada

1 — O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 — O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

[...]

Artigo 19.º

Testes e exames médicos

1 — Para além das situações previstas em legislação relativa a segurança e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação.

2 — O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir a candidata a emprego ou a trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

3 — O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade.

4 — Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.ºs 1 ou 2”.

Os dispositivos de direito comparado transcritos consistem, à luz do que dispõe o art. 8.º, *caput*, da CLT, importante forma de integração do Direito, no sentido da adequada

concretização no âmbito das relações de trabalho do direito fundamental insculpido no inciso X do art. 5.º da Constituição Federal.

Por oportuno, destaque-se que, no âmbito do Governo Federal brasileiro, já em 1992, foi editada a Portaria Interministerial n.º 869, dos Ministérios da Saúde e do então Ministério do Trabalho e Administração, que proíbe “no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência adquirida, tanto nos exames pré-admissionais quanto nos exames periódicos de saúde”, representando assim um modo de concretização da tutela constitucional da intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

Ressalve-se, por oportuno, a eventual hipótese, e desde que cientificamente comprovada, da possibilidade de contágio e transmissão pelo HIV no exercício de determinada função profissional, situação em que exames médicos de detecção do vírus poderão ser considerados justificados, sendo imprescindíveis o conhecimento e informação prévios bem como o consentimento expresso do empregado, consoante preleciona Alice Monteiro de Barros²⁰³, além, por óbvio, da obrigatória manutenção do sigilo médico quanto aos seus resultados em relação a terceiros, em respeito ao direito fundamental à intimidade e resguardando-se assim a dignidade do trabalhador, consoante já exposto no item 1.2 deste trabalho.

A invasão indevida, pelo empregador, à intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS dá ensejo à indenização por dano material ou moral decorrente desta conduta ilícita, consoante o art. 5.º, X, *in fine*, da Constituição Federal.²⁰⁴

²⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1148.

²⁰⁴ Por oportuno, destacamos que, também em âmbito processual, mostra-se adequada a preservação da intimidade do trabalhador portador do HIV e/ou doente de AIDS, consoante a pertinente observação de SÉRGIO PINTO MARTINS: “Nos casos em que se discute a condição de trabalho do doente de AIDS, o juiz deveria decretar sigilo de justiça no processo, mediante requerimento para esse fim, visando que o empregado não fosse prejudicado ainda mais pelo fato de estar doente, tendo divulgada a sua condição perante a sociedade. Em cidades pequenas, a decretação do sigilo de Justiça acaba sendo imprescindível, diante da repercussão negativa que isso gera na localidade. Talvez fosse o caso de mudar a redação da lei para estabelecer que nas hipóteses em que a pessoa pudesse sofrer uma condição vexatória, caso o processo fosse público, deveria haver sigilo de justiça, como no caso do doente de AIDS. Do contrário, ficaria ao livre arbítrio do juiz determinar ou não o sigilo de justiça e a parte não teria nenhum recurso contra tal decisão” (*Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, 27.ª ed., São Paulo, Atlas, 2007, p. 149). Nesse diapasão está o princípio previsto pelo art. 93, inciso IX, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

O TST já se pronunciou sobre esta questão, seja em relação à exigência pelo empregador de exames médicos de detecção do HIV, seja por sua divulgação, conforme demonstram os seguintes julgados:

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. TESTES SANGUÍNEOS PARA DETECÇÃO DE HIV. EXAMES PERIÓDICOS. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO EMPREGADO. A Corte **a quo** buscou preservar direito inerente à pessoa humana, confirmando a r. sentença que reconheceu o dano moral decorrente de ato ilícito da empresa que procedeu à realização de testes sanguíneos visando detectar o uso de drogas e contaminação pelo vírus HIV, sem autorização do empregado. A ausência de prova de que os exames foram realizados a pedido ou com autorização do reclamante inviabiliza a reforma da v. decisão recorrida, em face do óbice da Súmula 126 do C. TST. Recurso de revista não conhecido.” **(Processo: RR - 617/2001-007-17-00.6 Data de Julgamento: 30/08/2006, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/11/2006).**

“[...] DANOS MORAIS – EMPREGADO PORTADOR DE HIV – DIVULGAÇÃO PELA RECLAMADA

O Tribunal Regional, soberano no exame de fatos e provas, assinalou que a Reclamada divulgou ser o Autor portador de HIV. Essa situação demonstra de forma inequívoca o dano moral alegado, não havendo falar em violação aos dispositivos apontados como violados. Entendimento diverso demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula nº 126/TST. [...]” **(Processo: RR - 795/2002-341-01-00.0 Data de Julgamento: 11/04/2007, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 04/05/2007).**

Sobre a autonomia e independência entre as indenizações por dano pessoal/moral e por dano material, bem como a interpretação proposta para o art. 4.º da Lei n.º 9.029/95, veja-se o item 4.4 deste trabalho.

CAPÍTULO IV – O despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS. Instrumentos judiciais para a identificação e prova da prática discriminatória. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. As conseqüências previstas pela Lei 9.029/95. O dano pessoal resultante do despedimento discriminatório. A tutela constitucional contra a discriminação e sua aplicação ao caso da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

4.1. A questão da prova da discriminação. A tipologia da discriminação (direta, indireta e oculta). O art. 818 da CLT e a concretização do inciso LV do art. 5.º da CF. A inversão do ônus da prova e as presunções judiciais em matéria de discriminação.

A insuficiência da garantia de igualdade formal aos indivíduos em situação fática desigual, brevemente desenvolvida no capítulo II, ganha relevo também na seara processual.

No processo do trabalho, em que os litigantes nitidamente se encontram em disparidade de meios para a lide, necessária a mitigação da igualdade formal entre as partes, na medida em que "ausente essa efetiva paridade prática, a consagração, no processo, da igualdade apenas formal de tratamento das partes somente agrava a desigualdade real existente entre elas, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida".²⁰⁵

Questão inoidável que se apresenta para o estudioso do fenômeno jurídico das dispensas discriminatórias é a tangente à *prova* da discriminação.

Neste item, analisa-se, em primeiro momento, a disciplina estabelecida pela Consolidação das Leis do Trabalho, para após ser discutida a prova na hipótese de despedimento fundado em motivação discriminatória.

A CLT, em sua redação original, inaugura a disciplina das provas no processo do trabalho enunciando, na sintética redação do art. 818, que "a prova das alegações incumbe à parte que as fizer".

²⁰⁵ MALLETT, Estêvão. *Discriminação e Processo do Trabalho*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, LTr, São Paulo, 2000, p. 161.

A aplicação literal de tal dispositivo poderia acarretar – e, de fato, acarretou²⁰⁶ – distorções em matéria de prova processual, diante da dificuldade e, até, da impossibilidade de o empregado demonstrar em juízo fatos cujos meios de prova são acessíveis apenas ao empregador.

Desse modo, merece atenção especial o tratamento a ser conferido às partes em litígio nos casos de discussão judicial de despedidas discriminatórias, especialmente na tormentosa questão da prova da discriminação.

Para o deslinde desta questão, insta trazer à baila, inicialmente, alguns conceitos em matéria de condutas discriminatórias, muito úteis para o enfrentamento dos aspectos processuais relacionados.

ALICE MONTEIRO DE BARROS estabelece uma tipologia da discriminação, de acordo com a forma pela qual a conduta discriminatória se manifesta nas situações concretas. São elas a discriminação *direta*, a *indireta* e a *oculta*. Tais formas de discriminar estão presentes também no contexto de trabalho.²⁰⁷

A discriminação *direta* caracteriza-se pelo intencional tratamento desigual e prejudicial conferido à determinada pessoa ou grupo de pessoas baseado em fatores proibidos de discriminação. Como o próprio nome indica, a conduta discriminatória se dá em afronta direta às normas jurídicas que vedam o tratamento discriminatório.²⁰⁸

O novel Código do Trabalho de Portugal de 2009, em seu art. 23.º, que estabelece conceitos em matéria de igualdade e não discriminação, traz a seguinte definição:

“Discriminação directa, sempre que, em razão de um factor de discriminação, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (art. 23.º, n.º 1, a).

²⁰⁶ “Vale-transporte. Requerimento por escrito. Condição para recebimento. Nos termos do art. 7.º do Decreto n. 95.2477, de 17.11.87, a concessão do vale-transporte depende de requerimento escrito do empregado ao empregador, de vez que importe em desconto salarial (decreto, art. 9.º, inciso I) ...Não sendo lícita ao empregador a concessão espontânea do vale-transporte, nos termos legais e regulamentares, também não será possível a sua condenação ao pagamento do valor equivalente, quando o empregado não provar que requereu, adequadamente, a prestação. Precedentes do col. TST e do eg. TRT da 10.ª Região. Recurso parcialmente provido” (TRT – 10.ª R – 2.ª T – RO n. 2532/97 – Rel. Juiz Alberto Luiz Pereira – DJDF 15.8.97 – pág. 18098), *apud* MALLETT, Estêvão. *op. cit.* (nota 205 supra), p. 161.

²⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1086.

²⁰⁸ *Idem*, p. 1086.

Desse modo, a identificação e o combate à discriminação direta mostram-se facilitados em razão da adoção de uma atitude clara e intencional de discriminar, o que atrai a tutela jurídica de vedação à discriminação.

Justamente por isso, na prática será difícil encontrar políticas explícitas de discriminação por razões legalmente proibidas, motivo pelo qual ganham relevância os outros dois tipos de discriminação, cuja aferição prática demonstra-se mais problemática.

Por seu turno, a discriminação *indireta* “traduz um tratamento formalmente igual, mas que produzirá efeito diverso sobre determinados grupos”.²⁰⁹

O mesmo diploma legal português supramencionado estabelece o seguinte conceito:

“Discriminação indirecta, sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutro seja susceptível de colocar uma pessoa, por motivo de um factor de discriminação, numa posição de desvantagem comparativamente com outras, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários” (art. 23.º, n.º 1, b)).

Tal espécie de discriminação se caracteriza pela eleição de determinados fatores de distinção não expressamente proscritos, mas que acabam por engendrar a exclusão de grupos maiores ou menores de indivíduos, sem que haja justificativa plausível para tanto.

Finalmente, a discriminação *oculta* é caracterizada pela intenção de discriminar que, todavia, ocorre de maneira encoberta. Desse modo, o empregador elege um terceiro motivo como justificativa para determinada distinção, mascarando sua verdadeira intenção de distinguir em razão de fatores discriminatórios proscritos²¹⁰.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO demonstra que a “consolidação do conceito de *discriminação indireta*” – e aqui estendemos suas considerações para a discriminação oculta – tem íntima relação com a regra de inversão do ônus da prova e a fixação de presunções legais relativas²¹¹, que contribuem para efetivar a proteção judicial do empregado contra a discriminação.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 1086.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 1086.

²¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 10 supra), p. 363.

É notória a dificuldade enfrentada pelo empregado vítima de discriminação para comprovar a conduta de seu empregador, mormente nos casos de discriminação indireta ou oculta.

Na observação de ESTÊVÃO MALLET:

“[...] é ainda muito difícil discutir judicialmente o problema da discriminação. Por quê? Ora, por um motivo muito simples: a discriminação normalmente não se dá de modo ostensivo, declarado, manifesto. Ela é quase sempre dissimulada, disfarçada”.²¹²

Contribui para o mascaramento da despedida discriminatória o regime, considerado pela doutrina e jurisprudência majoritárias²¹³, de direito de o empregador extinguir imotivadamente o contrato de trabalho.

É o que preleciona o mencionado autor:

“A dispensa, por exemplo, não precisa, como regra geral, ser motivada. Não está o empregador obrigado a declinar o motivo para a rescisão do contrato de trabalho. Pretende-se dispensar por motivo discriminatório, simplesmente silenciosa”.²¹⁴

Então, na grande maioria dos casos, ao empregado discriminado e injustamente despedido não restará outra via senão a judicial para discutir e ver reconhecido o eventual ato ilícito do empregador.

Todavia, é inegável que o empregador está em situação privilegiada na discussão da despedida. Não havendo provas documentais que indiquem o intuito discriminatório do ato patronal, a comprovação deste deverá ser obtida fundamentalmente por meio da prova testemunhal.

É de conhecimento geral que, mesmo que tenha havido um explícito comportamento discriminatório durante a relação de trabalho, culminando com a despedida do empregado, muito dificilmente os demais empregados que presenciaram tal situação

²¹² MALLET, Estêvão. *op. cit.* (nota 112 supra), p. 62.

²¹³ É de destacar que formamos com os que entendem plenamente aplicável a proteção da relação de emprego no ordenamento brasileiro, conforme demonstrado no item 4.5.

²¹⁴ MALLET, Estêvão. *op. cit.* (nota 112 supra), p. 62.

dispor-se-ão a comparecer em juízo como testemunhas, diante da real possibilidade de eles mesmos também serem injusta e imotivadamente dispensados.

Certamente não se deve admitir que a parte seja alijada de seu direito por não ter tido a oportunidade de provar adequadamente os fatos reveladores de seu direito material.

Por isso, o ônus de provar a própria alegação, estabelecido na letra da lei do art. 818 da CLT, tem de se adequar ao princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpido no inciso LV do art. 5.^o²¹⁵ da Constituição Federal.

Nesse sentido é que MÁRCIO TÚLIO VIANA assevera que, em matéria de discriminação, “a prova indiciária assume um peso maior. Em outras palavras, o juiz terá de valorizá-la bem mais do que nas situações comuns, sob pena de trair por linhas tortas, o comando constitucional que garante o *acesso à justiça*”.²¹⁶

Como reconhece a doutrina processualista, o direito de produzir provas é o corolário do direito ao contraditório²¹⁷, aplicando-se essa conclusão à hipótese de discriminação como causa do término do contrato de trabalho.

Outro argumento substancial que conduz à modulação da interpretação literal do art. 818 da CLT é encontrado no próprio CPC, que veda expressamente a convenção referente ao ônus da prova que torne “excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (art. 333, parágrafo único, § 2.^o).

Desse modo, para a comprovação dos atos discriminatórios praticados pelo empregador tem incidência “o princípio da *aptidão para a prova*, que transfere para o mais apto dos litigantes o encargo de convencer o juiz”.²¹⁸

A dificuldade da produção de prova experimentada por uma das partes do litígio já foi objeto de preocupação do legislador, resultando em expressa atuação legislativa.

Veja-se a propósito, que o Código de Defesa do Consumidor, no elenco dos direitos básicos do consumidor, inclui “a facilitação da defesa de seus direitos inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a

²¹⁵ “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²¹⁶ VIANA, Márcio Túlio. *A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95)*, in VIANA, Márcio Túlio e RENAULT, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 360.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2008.

²¹⁸ VIANA, Márcio Túlio. *op. cit.*, p. 362.

alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”, consoante o inciso VIII de seu art. 6.º.

Muito embora não conste da legislação trabalhista dispositivo semelhante, a necessidade de inversão do ônus da prova tem sido verificada em diversas hipóteses, recebendo grande acolhida jurisprudencial, como atestam exemplificativamente as Súmulas 212²¹⁹ e 338²²⁰ do TST.

Através desses mecanismos, na síntese de ESTÊVÃO MALLET, “as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade”.²²¹

Nesse diapasão, AMAURI MASCARO NASCIMENTO preleciona: “Outro meio destinado a dar maior positividade ao princípio legal da igualdade dá-se no processo judicial com a *inversão do ônus da prova*”.²²²

No âmbito da União Européia, há a Diretiva 97/80/CE, de 15 de dezembro de 1997, que disciplina o ônus da prova da discriminação baseada no sexo.

Tal documento normativo, em seu 17.ª “Considerando”, explicita de maneira adequada e sintética a necessidade da inversão do ônus da prova em contextos de discriminação, na medida em que “as partes demandantes poderiam ficar privadas de qualquer meio eficaz de fazerem respeitar o princípio da igualdade de tratamento perante os órgãos jurisdicionais nacionais se o facto de apresentarem provas de uma discriminação aparente não tivesse por efeito impor à parte demandada o ônus de demonstrar que a sua prática não é, na realidade, discriminatória”.

²¹⁹ “**212. Despedimento. Ônus da prova.** O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado”.

²²⁰ “**338. Jornada de trabalho. Registro. Ônus da Prova.** (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 234 e 306 da SDI-1).

I – É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2.º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula 338 – Res. 121, DJ 21-11-2003)

II – A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ 234 – inserida em 20-6-2001)

III – Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ 306 – DJ 11-8-2003)

** Redação determinada pela Resolução n.º 129, de 5 de abril de 2005.

²²¹ MALLET, Estêvão Mallet, *op. cit.* (nota 205 supra), p. 162.

²²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 10 supra), p. 362.

Nesse sentido, é estabelecido em seu art. 4.º, número 1, *in verbis*:

“Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias, em conformidade com os respectivos sistemas jurídicos, para assegurar que quando uma pessoa que se considere lesada pela não aplicação, no que lhe diz respeito, do princípio da igualdade de tratamento apresentar, perante um tribunal ou outra instância competente, elementos de facto constitutivos da presunção de discriminação directa ou indirecta, incumba à parte demandada provar que não houve violação ao princípio da igualdade de tratamento”.

Mais recente é a Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que fixa “um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na actividade profissional”, e reproduz em seu art. 10.º a regra acima transcrita.

Por seu turno, o art. 25.º do Código do Trabalho de Portugal de 2009, ao versar sobre a proibição da discriminação estipula em seus n.º 5 e n.º 6, *in verbis*:

“[...]”

5 — Cabe a quem alega discriminação indicar o trabalhador ou trabalhadores em relação a quem se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação.

6 — O disposto no número anterior é designadamente aplicável em caso de invocação de qualquer prática discriminatória no acesso ao trabalho ou à formação profissional ou nas condições de trabalho, nomeadamente por motivo de dispensa para consulta pré-natal, protecção da segurança e saúde de trabalhadora grávida, puérpera ou lactante, licenças por parentalidade ou faltas para assistência a menores”.

Assim, o discriminado “deverá apresentar fatos que permitam deduzir ‘indícios racionais’ de discriminação”, cabendo ao empregador impugnar a presunção firmada com a apresentação de “motivo capaz de justificar o tratamento desigual”²²³.

²²³ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.* (nota 23 supra), p. 1087.

ALFREDO MONTOYA MELGAR descreve as soluções jurisprudenciais espanholas nesta questão:

“Además, y para liberar al trabajador de la difícil prueba de la discriminación, la doctrina del TC desvía la carga de la prueba, de tal modo que será el empresario quien deba demostrar que el despido obedeció a <<motivos razonables>> (expresión más elástica que la de causas de despido procedente), aunque el trabajador há de probar previamente, al menos, la concurrencia de <<indicios racionales>> de discriminación (TC 34/1984, de 9.3, y 114/1989, de 22.6), como puede ser la existencia de um <<ambiente hostil>> em la empresa (TS/SOC 16.1.1991)”.²²⁴

Assim, para a parte que alega ser vítima de discriminação no contexto do trabalho “basta, apenas, deduzir em juízo os elementos de fato baseados nos quais se possa presumir tenha havido uma discriminação. Fornecidas tais indicações, competirá à parte contrária provar a inexistência de violação do princípio de paridade de tratamento.”²²⁵

O adequado manejo pelo julgador do *onus probandi* nos casos de discriminação é fundamental, pois, caso contrário, seria extremamente difícil para o trabalhador discriminado desincumbir-se da prova da situação concreta de discriminação.

A propósito veja-se trecho de julgado em caso específico de prova envolvendo discriminação direcionada à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS:

“[...] Muito embora a empregadora não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a

²²⁴ MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*, decimonovena edición, Tecnos, Madrid, 1998, p. 474-475. Em tradução livre: ‘Ademais, e para liberar o trabalhador da difícil prova da discriminação, a doutrina do Tribunal Constitucional transfere o ônus da prova, de modo que será o empregador que deverá demonstrar que a dispensa obedeceu a “motivos razoáveis”, expressão mais elástica que a de causas de dispensa procedente, embora o trabalhador tenha que provar previamente, ao menos, la ocorrência de “indícios racionais” de discriminação (TC 34/1984, de 9.3, y 114/1989, de 22.6), como pode ser a existência de um “ambiente hostil” na empresa (TS/SOC 16.1.1991).’ Abreviaturas: TC - Sentencia del Tribunal Constitucional e TS/SOC - Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

²²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* (nota 10 supra), p. 363.

cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. [...]” (TRT 3ª Região – MG, Quarta Turma, 00864-2007-072-03-00-3 RO, Rel.: Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault, DJMG 12/04/2008, p.20).

Além do adequado manejo da inversão do ônus da prova, necessária a atuação participativa do juiz no momento da produção das provas caracterizadoras da suposta prática discriminatória, nos termos do art. 130²²⁶ do Código de Processo Civil, a fim de descortinar nos autos a veracidade das alegações discutidas que, em muitos casos, é de difícil comprovação.

4.2. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e a presunção judicial de discriminação em relação à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

A notável discriminação direcionada às pessoas portadoras do HIV e/ou doentes de AIDS no contexto do trabalho fez com que OSCAR ERMIDA URIARTE cunhasse a expressão “grupo de riesgo laboral”, a demonstrar que tais trabalhadores estão “particularmente expuestos a la discriminación y persecución em el empleo, incluido el despido”²²⁷.

No Brasil, a submissão à apreciação jurisdicional de reiterados casos de discriminação envolvendo tal grupo de pessoas resultou na fixação, pelo Tribunal Superior

²²⁶ “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

²²⁷ URIARTE, Oscar Ermida. *op. cit.*, p. 51-52.

do Trabalho, de presunção judicial – espécie de presunção relativa, *iuris tantum*²²⁸ – de tal conduta discriminatória.

Na lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

“São presunções judiciais (*hominis*) as ilações que o *juiz* extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, com eficácia restrita a cada caso que julga. Essas ilações são fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriormente fixadas em casos precedentes pelos tribunais, com a constância suficiente para caracterizar determinadas *linhas jurisprudenciais*”.²²⁹

No sistema processual civil brasileiro o instituto das presunções judiciais, baseado nas máximas de experiência, encontra expressão e fundamento legal no enunciado do art. 335 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Nesse diapasão, firmou-se presunção judicial, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual, tomando o empregador conhecimento do estado de saúde do empregado portador do HIV e/ou doente de AIDS, a inexistência de motivação idônea para a dispensa subsequente faz presumir-se o móvel discriminatório da conduta patronal.

Esse é o reiterado entendimento do TST, observado nestes julgados:

²²⁸ No conceito proposto por Cândido Rangel Dinamarco: “São presunções relativas aquelas que, dispensando embora a prova do fato relevante para o julgamento (*factum probandum*)³, podem ser desfeitas pela chamada *prova em contrário* – daí serem chamadas presunções *iuris tantum* e não *iuris et de iure*. Como toda presunção, elas partem de um fato conhecido (fato-base, indício) e, porque ordinariamente o fato relevante para a causa costuma acontecer sempre que ele aconteça, o legislador ou o juiz facilita a prova do fato relevante ao mandar que se presuma e, conseqüentemente, dispensa-o de prova (CPC, art. 334, inc. IV)” [Na nota de rodapé 3 do trecho citado o autor expõe a tradução da expressão latina utilizada, que significa “Fato a ser provado”] (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2005, p. 119).

²²⁹ *Idem*, p. 121.

“RECURSO DE REVISTA. 1. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente a reclamada da doença, presume-se a ocorrência de discriminação. Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. [...]” (TST, **Processo:** RR - 458/2002-056-02-00.2 **Data de Julgamento:** 13/05/2009, **Relator Ministro:** Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 05/06/2009).

“[...] A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. [...]” (TST, **Processo:** RR - 943/2006-005-24-00.7 **Data de Julgamento:** 18/02/2009, **Relatora Ministra:** Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 27/03/2009).

Frise-se que, sendo a presunção judicial espécie de presunção relativa, ínsita à sua natureza é a possibilidade de prova em contrário que resulta no afastamento da presunção.

No caso em estudo, se o empregador comprovar que não tinha conhecimento do estado de saúde do empregado ou que a rescisão do contrato de trabalho ocorreu por motivação não-discriminatória, afasta-se a presunção judicial firmada, consoante demonstrado pelo julgado transcrito:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Tendo a decisão recorrida, com amparo nos elementos dos autos, fixado no sentido de que restou comprovado que a reclamada não tinha ciência do estado de saúde do reclamante, não há como acolher a alegação de que o ato de dispensa foi discriminatório e de nulidade dessa dispensa. Violações legais e constitucionais não configuradas. [...]” (**Processo:** AIRR - 2216/2004-015-02-40.4 **Data de Julgamento:** 29/10/2008, **Relatora Ministra:** Dora Maria da Costa, 8ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 31/10/2008).

A fixação de presunções judiciais nas hipóteses em que verificada na realidade social a ocorrência reiterada de dispensas discriminatórias contra determinadas pessoas ou grupos de pessoas representa um importante modo de concretização do princípio da igualdade, motivo pelo qual entendemos necessária a extensão de tais presunções judiciais em relação aos demais grupos de pessoas cuja experiência demonstre serem igualmente vítimas de constante discriminação, a fim de que se obtenha a maximização da proteção constitucional contra a discriminação.

4.3. A disciplina prevista pela Lei n.º 9.029/95 e sua aplicação à discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

No ordenamento infraconstitucional, a lei ordinária n.º 9.029, de 13 de abril de 1995, constitui importante instrumento normativo de efetivação da tutela constitucional anti-discriminatória no âmbito das relações de trabalho.

Controvérsia doutrinária e jurisprudencial surgiu na interpretação e aplicação de tal diploma legal.

Isso porque, fazendo esta lei referência, em seu art. 1.º, à proibição de “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”, questionamentos surgiram no que tange ao caráter taxativo ou exemplificativo dos fatores de discriminação aí expressamente previstos.

SÉRGIO PINTO MARTINS posiciona-se no sentido da impossibilidade de aplicação ampliada da proteção estabelecida na Lei n.º 9.029/95 aos doentes de AIDS na medida em que esta:

“[...] refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2º, I e II, *a*), o estado de gravidez (art. 2º, I) ou a controle de natalidade (art. 2º, II, *b*), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade

(art. 1º). Isso mostra que a lei é dirigida principalmente à proteção das mulheres e não a doentes”.²³⁰

Respeitando o raciocínio demonstrado, entendemos que tal matéria merece análise mais detida, especialmente diante do arcabouço constitucional de proteção contra a discriminação.

Assim, a interpretação de toda lei infraconstitucional deve obediência aos princípios constitucionalmente positivados de igualdade e de vedação à discriminação, tendo sempre em conta a supremacia da Constituição, que se expressa com especial vigor nesta matéria basilar do edifício dos direitos humanos.

Como destacamos no Capítulo III deste trabalho, a Constituição Federal de 1988 adotou fórmula ampla e abrangente de proteção contra a discriminação, trazendo em seu bojo consistente sistema de vedação à discriminação (Preâmbulo, art. 1º, III, art. 3º, IV, art. 5º, *caput*, e XLI e art. 7º), consentâneo com a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. II.1), com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 26), com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º.2) e com a definição de discriminação contida no art. 1º da Convenção n.º 111 da OIT.

Imprescindível, pois, fixar e reafirmar que eventuais menções expressas a fatores de discriminação, em determinado dispositivo legal, não afastam de maneira alguma o *caráter geral* da proibição à discriminação, consubstanciado no vigente texto constitucional.

Nesse sentido é que ESTÊVÃO MALLET preleciona:

“Sem embargo das hipóteses mencionadas, o certo é que esse artigo 7º, inciso XXX, da Constituição traça apenas parâmetros exemplificativos. A Constituição – pode-se claramente inferir isso do seu sistema e, especialmente, da parte final do seu artigo 3º, inciso IV – proíbe genericamente qualquer forma de discriminação”.²³¹

²³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*, 24.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 416.

²³¹ MALLET, Estêvão. *op. cit.* (nota 112 supra), p. 56.

Ora, se mesmo o rol de fatores de discriminação previsto no texto da Constituição (art. 7.º, XXX) não possui caráter taxativo, quaisquer limitações por legislação infraconstitucional de fatores de discriminação não encontrará suporte constitucional.

A corroborar tal entendimento, lançando o olhar sobre as soluções adotadas no direito comparado, é de ressaltar que, muito embora o Código do Trabalho de Portugal de 2009 estabeleça de forma minudente um rol numeroso de fatores de discriminação expressamente proscritos em seu art. e 24.º, n.º 1²³², a doutrina lusa não hesitou em reafirmar seu caráter “meramente exemplificativo”²³³.

Outrossim, na Espanha, em que o Estatuto de los Trabajadores fixa um elenco expreso de hipóteses de discriminação em seus arts. 4.2²³⁴, 16.2²³⁵ e 17.1²³⁶, a doutrina²³⁷ destaca o caráter exemplificativo de tais fatores de discriminação.

²³² “O trabalhador ou candidato a emprego tem direito a igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, não podendo ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, situação económica, instrução, origem ou condição social, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica ou raça, território de origem, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical, devendo o Estado promover a igualdade de acesso a tais direitos.”

²³³ “Trata-se, em todo caso de um elenco que não é taxativo, mas sim meramente exemplificativo, circunstância que decorre expressamente da utilização do vocábulo ‘nomeadamente’ no citado art. 24.º, n.º 1.” Anotação de GUILHERME DRAY in MARTINEZ, Pedro Romano. *et al.*, *Código do Trabalho (Revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro) Anotado*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 170.

²³⁴ “Artículo 4. Derechos laborales.

[...]

2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

[...]

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.

Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

²³⁵ “Artículo 16. Ingreso al trabajo.

[...]

2. [...] Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.”

²³⁶ “Artículo 17. No discriminación en las relaciones laborales.

1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.

Tais conclusões no sentido do caráter exemplificativo dos fatores de discriminação expressamente previstos legalmente encontram conforto diante do princípio constitucional da igualdade e de seu corolário, a proibição de discriminação.

Partindo da premissa fundamental da vedação constitucional a “quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3.º, IV, CF) e da fórmula ampla assentada nos documentos internacionais de direitos humanos acima referidos, forçoso será constatar a inadequação e a incompatibilidade da limitação à *numerus clausus* dos fatores de discriminação pela legislação comum.

Nesse diapasão, é importante destacar entendimento, que acompanhamos, no sentido da aplicação das disposições trabalhistas da Lei n.º 9.029/95²³⁸ ao caso específico da discriminação contra a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, diante do sistema constitucional de proteção contra a discriminação, analisado no Capítulo III deste trabalho.

Nesse sentido vejam-se os comentários de JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO a respeito da abrangência da Lei n.º 9.029/95:

“O outro problema decorre do fato de que a Lei n. 9.029/95 não trata, nas hipóteses em que deve ser reprimida a discriminação, especificamente do trabalhador portador do vírus HIV, mencionando

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”

²³⁷ Esse é o entendimento firmado pela doutrina espanhola, ao concluir que a “lista de causas, entretanto, não deve entender-se fechada e sim exemplificativa pois a realidade demonstra que podem aparecer novas causas de discriminação, como já ocorreu anteriormente em algumas hipóteses concretas não expressamente previstas pelo ordenamento espanhol ainda que sim pela Directiva 2000/78 CE de 27 de novembro, como a **orientação sexual** do trabalhador” [no original, “listado de causas, pese a todo, no debe entenderse cerrado sino ejemplificativo pues la realidad demuestra que pueden aparecer nuevas causas de discriminación, como ya con ocurrió con anterioridad em algunos supuestos concretos no expresamente previstos pro la normativa española aunque si por la Directiva 2000/78 de 27 de noviembre, como la **orientación sexual** del trabajador”] (MONTESINOS, Ignacio Albiol. RUIZ, Luis Miguel Camps. GANDÍA, Juan López. e FRANCO, Tomás Sala. *Derecho Del Trabajo (II)*, 7.ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, p. 475).

²³⁸ Frise-se, por oportuno, que a interpretação ampliativa proposta, baseada no sistema constitucional de proibição da discriminação, refere-se às normas trabalhistas contidas na Lei n.º 9.029/95 e não às normas penais, eis que estas últimas não admitem interpretação ampliativa nem analogia, como esclarece Márcio Túlio Viana ao comentar a abrangência da lei em análise:

“Onde a lei nada dispõe, a Constituição pode e deve ser aplicada diretamente. Assim é, por exemplo, que se dois empregados, com o mesmo grau de culpa e iguais antecedentes, se envolverem na prática de furto, não poderá o empregador despedir *apenas um deles* por justa causa. Se o fizer, a dispensa será tida como injusta.

Note-se, também, que a lei aumenta a eficácia da norma constitucional, nos casos que especifica, posto que os criminaliza. Mas não se pode aplicá-la às hipóteses não previstas (como a do exemplo), pois o Direito Penal não admite analogia” (VIANA, Márcio Túlio. *op. cit.*, p. 356-357).

como motivos: sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Isso, porém, se em matéria penal seria questão difícil de transpor, em matéria trabalhista pode ser superado, pois basta que a finalidade da lei seja atrelada ao artigo 3º, IV, da Constituição Federal para que se entenda que a proteção cabe em toda e qualquer forma de discriminação e não apenas nas que são expressamente mencionadas”.²³⁹

Lastreado na interpretação constitucional da Lei n.º 9.029/95, SÉRGIO TORRES TEIXEIRA expõe:

“Sendo uma norma trabalhista, destinada a proteger o empregado hipossuficiente e, ainda, o Estado e a própria sociedade, a Lei n. 9.029 deve ser interpretada à luz dos princípios maiores estabelecidos na Constituição Federal. Como o texto constitucional veda qualquer espécie de distinção ilegítima (art. 3º, IV; Art. 5º, *caput* e inciso XLI), a abrangência da norma regulamentadora deve ser compreendida como sendo a mais ampla possível, englobando todas as espécies de motivos discriminatórios hostilizados explícita ou implicitamente pelo legislador constituinte, alcançando não apenas aquelas modalidades previstas expressamente nas letras do texto constitucional, mas igualmente as demais formas odiosas de discriminação, extraídas do seu espírito. Sendo ilegítima nos moldes da legislação pátria, proibida está sua efetivação”.²⁴⁰

Outrossim, as conclusões de ELISA MARIA BRANDT DE CARVALHO MALTA e VERA LÚCIA CARLOS estendem a abrangência da tutela trabalhista anti-discriminatória da lei em comento a quaisquer formas de discriminação:

“De outra parte, pode-se considerar que as regras tuitivas da Lei 9.029/95 também podem ser aplicadas, analogicamente, a outras situações nas quais se evidenciam formas de discriminação não

²³⁹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Proteção contra a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/Aids: análise a partir de um caso concreto*, in *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XIV, n.º 27, março de 2004, p. 76. Mariana Ribeiro Santiago também considera aplicável a Lei n.º 9.029/95 à hipótese de despedida discriminatória da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS (*op. cit.*, p. 216.)

²⁴⁰ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *op. cit.*, p. 396-397.

tipificadas na literalidade da referida lei, mas proibidas explícita ou implicitamente em outras normas legais, nos planos constitucional e infraconstitucional, ou até mesmo porque as hipóteses ali contempladas são de ordem meramente exemplificativas e, portanto, não exaurem a ocorrência de outras situações”.²⁴¹

No Tribunal Superior do Trabalho, a jurisprudência caminhou e consolidou-se no sentido do reconhecimento da extensão da proteção trabalhista anti-discriminatória prevista na lei em análise à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, consoante reiterados julgados, dos quais destacamos o seguinte trecho de decisão que enfrenta essa específica questão:

“[...] A alegação da embargante, no sentido de que o direito positivo vigente não ampara a proteção do empregado soropositivo contra despedida discriminatória, não resiste a uma análise percuente e cuidadosa da legislação, a começar pelo art. 3º, IV, da Carta Magna, que situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o combate a todas as formas de discriminação.

Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não-discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral.

O art. 1º da Lei 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção. Não obstante o dispositivo enumerar certas modalidades de práticas discriminatórias, quais sejam, em razão de sexo, origem, raça, cor, estado-civil, situação familiar ou idade, esse rol não pode ser considerado *numerus clausus*, cabendo a integração pelo intérprete, ao se defrontar com a emergência de novas formas de discriminação, impossíveis de serem antevistas pelo legislador” (TST, **Processo:** E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00.9 **Data de Julgamento:** 06/08/2007, **Relatora Ministra:** Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Subseção I

²⁴¹ MALTA, Elisa Maria Brandt de Carvalho e CARLOS, Vera Lúcia. *A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/Aids no emprego e seu direito à reintegração*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 104, ano 27: outubro-dezembro de 2001, p. 80.

Especializada em Dissídios Individuais, **Data de Publicação:** DJ 30/11/2007).

Desse modo, tem se efetivado a proteção da relação de emprego contra sua rescisão em virtude de motivações baseadas em fatores de discriminação não expressamente previstos, em consonância com o amplo sistema constitucional de vedação à discriminação (Preâmbulo e arts. 1.º, III, 3.º, IV, 5.º, *caput* e XLI, 7.º, XXX, da CF).

É de se observar, por oportuno, que além do caso da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, aresto recente do TST reconheceu a aplicação das disposições do art. 4.º da lei n.º 9.029/95 a hipótese na qual se verificou que a rescisão do contrato de trabalho decorreu de discriminação direcionada a trabalhador acometido por de moléstia diversa, reforçando-se, portanto, o caráter exemplificativo dos fatores de discriminação expressamente estabelecidos:

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA IMOTIVADA. ATO DISCRIMINATÓRIO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. Diante do teor do decisum regional, que manteve a decisão que determinou a reintegração da empregada no emprego, não só pela necessidade de motivação do ato de dispensa, como também em face da prova de que a demissão se deu por ato discriminatório, não há como viabilizar o conhecimento do recurso de revista por contrariedade com a Orientação Jurisprudencial 247 da C. SDI, destacando-se que a reintegração se deu também pela nulidade de dispensa da autora, em face do estado debilitado de saúde, aplicando por analogia o art. 4º, inciso I, da Lei 9029/95, remetendo a v. decisão que a autora trabalhava desde 1986 e que anteriormente aos problemas de saúde não conta que tivesse qualquer tipo de problema que justificasse sua despedida. Decisão em sentido contrário implica reexame do conjunto fático-probatório, impossível nesta instância recursal, a teor da Súmula nº 126 do C. TST. Recurso de revista não conhecido.” (TST, **Processo:** RR - 1570/2001-018-12-00, **Data de Julgamento:** 17/09/2008, **Relator Ministro:** Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, **Publicação:** DJ - 26/09/2008).

E a disciplina específica da Lei n.º 9.029/1995 comina duas conseqüências jurídicas, alternativamente, para a hipótese de despedimento discriminatório, consoante estabelece seu art. 4.º, *in verbis*:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, 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”.

Verifica-se que a escolha entre a “readmissão” – cuja denominação técnica corresponde à “reintegração” –, prevista pelo inciso I do dispositivo legal em comento, e a indenização em dobro do período do afastamento, estipulada pelo seu inciso II, caberá ao empregado, na medida em que a lei estabelece a faculdade de o empregado optar entre as alternativas previstas.

MÁRCIO TÚLIO VIANA comenta a norma do art. 4.º da Lei 9.029/95 e as duas hipóteses previstas por seus incisos I e II:

“Se optar pelo primeiro caminho, o empregado, na verdade, será *reintegrado*, como se fosse estável. Receberá, portanto, tudo a que teria direito se tivesse trabalhado no período, inclusive eventuais promoções por antigüidade e aumentos gerais concedidos à categoria. Não perderá sequer os adicionais (de horas-extras, de insalubridade, etc.) que habitualmente recebia. Se preferir a segunda solução, estará trocando o emprego pelo pagamento dobrado das mesmas parcelas”.²⁴²

No que tange ao período em que a indenização do inciso II do art. 4.º da Lei em comento é devida, frise-se que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho fixou-o

²⁴² VIANA, Márcio Túlio. *op. cit.*, p. 366.

no lapso temporal compreendido entre o momento do afastamento discriminatório do trabalhador até a data da primeira decisão concessiva do pagamento da indenização.²⁴³

Importante destacar que a indenização tarifada prevista pelo inciso II do art. 4.º da Lei n.º 9.029/1995 é independente da multa compensatória prevista pelo art. 10.º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.²⁴⁴

Isso porque enquanto a primeira indenização corresponde ao dano material decorrente do ato resilitório do empregador com motivação discriminatória, a segunda multa origina-se de fato diverso, qual seja, a compensação pecuniária pela rescisão do contrato de trabalho por iniciativa unilateral do empregador.

Desse modo, havendo a extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador e por razões discriminatórias, e optando o trabalhador pela solução prevista no supracitado inciso II do art. 4.º da Lei 9.029/95, serão cumulativas a indenização tarifada por danos patrimoniais/materiais, a multa prevista pelo art. 10.º, I, do ADCT, bem como eventual indenização por dano moral, não submetida à tarifação legal, consoante exposto no item seguinte.

4.4. A indenização por dano moral/pessoal resultante da discriminação envolvendo a pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e a indenização reparatória dos danos materiais/patrimoniais.

Outra importante repercussão relacionada à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no contexto de trabalho diz respeito ao dano moral/pessoal²⁴⁵ decorrente da

²⁴³ “[...]”

2 – INDENIZAÇÃO DO ART. 4.º DA LEI 9.029/95 – CÁLCULO - TERMO FINAL

A data do ajuizamento da ação não serve como marco final para o cálculo da indenização em debate nos autos. Existindo necessidade de vir a juízo para se postular o direito à indenização em dobro correspondente ao período de afastamento, e não havendo acordo entre as partes a esse respeito, somente com a primeira decisão concessiva do pedido haverá a obrigação de pagar e, por conseguinte, a data dessa decisão será o marco final para o cálculo da indenização.

Nesse sentido a Súmula 28 do TST, aplicável ao caso dos autos, prescreve que ‘no caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão.’” (**Processo:** RR - 3957/2002-036-12-00.2 **Data de Julgamento:** 22/10/2008, **Relator Ministro:** Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 21/11/2008.)

²⁴⁴ “Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 [...]”.

²⁴⁵ Cuja apreciação judicial insere-se na competência da Justiça do Trabalho, nos termos da Emenda Constitucional n.º 45/2004, consoante preceitua o art. 114, IV, da CF, *in verbis*:

divulgação indevida de seu estado de saúde ou mesmo oriundo da dispensa discriminatória de que este trabalhador seja vítima.

MAURO CESAR MARTINS DE SOUZA apresenta a seguinte conceituação:

“Dano moral é aquele de natureza não material que atinge a personalidade, a esfera íntima, afetiva e valorativa do lesado (ou herdeiros, sucessores), abalando o sentimento e ocasionando dor emocional, saudade, depressão, mágoa, tristeza, angústia, sofrimento – *pretium doloris*, preço da dor”.²⁴⁶

O despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS apresenta amplas possibilidades de ocorrência desta espécie de dano no contexto, eis que envolvidos direitos fundamentais da pessoa humana, em especial aqueles tangentes à ofensa à dignidade, à violação da intimidade e à discriminação.

Nesse sentido, R. LIMONGI FRANÇA, ao se debruçar sobre esta questão específica preleciona que o “dano indenizável é tanto o material como o moral”.²⁴⁷

E, ao se referir especificamente à compensação por dano moral, o mesmo autor preleciona:

“Ora, se essa recomposição do equilíbrio sócio-jurídico, mediante o pagamento do prejuízo, se faz mister em relação aos danos materiais em geral – com especial razão isso se impõe no caso da AIDS, tal a gravidade da moléstia e o alcance da dor espiritual que acarreta”.²⁴⁸

Desse modo, a conduta ilícita do empregador, seja ao violar a intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, seja ao dispensar este trabalhador de modo discriminatório, gera indenização por danos pessoais/morais em razão da ofensa à personalidade do empregado.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

[...]

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

²⁴⁶ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *O dano moral no direito do trabalho brasileiro e a AIDS (HIV)*, in *Repertório de jurisprudência IOB* – 1.ª quinzena de agosto de 2003 – nº 15/2003, volume II, p. 395.

²⁴⁷ FRANÇA, R. Limongi. op. cit, p. 20.

²⁴⁸ *Idem*, p. 20.

Tais danos podem ocorrer no momento da admissão, no curso ou no término do contrato de trabalho.

Como assevera MAURO CESAR MARTINS DE SOUZA:

“Enfim, os valores inerentes à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem podem ser atingidos por uma atitude discriminatória que o empresário adote em relação àquele que pede trabalho, àquele que já está trabalhando e àquele que já saiu da empresa. Em tais situações temporais é possível que atitudes do empregador direto, ou de seus prepostos, provoquem lesões de tal ordem que ensejem o pedido de reparação por dano moral”.²⁴⁹

Insta realçar que esta indenização por dano moral/pessoal é independente da indenização por danos materiais decorrentes do ato discriminatório do empregador, submetendo-se a um modo de quantificação diverso da tarificação prevista pelo art. 4.º, II, da Lei n.º 9.029/1995.

Como já destacava PAULO EDUARDO VIEIRA DE OLIVEIRA, as indenizações por dano material e por dano pessoal – decorrentes da violação à privacidade ou da dispensa discriminatória –, são autônomas e submetem-se a diferente critério de cálculo do *quantum* indenizatório.²⁵⁰

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgado relatado pelo Ministro CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA, enfrentou tal questão e firmou entendimento no mesmo diapasão exposto, ao consignar, *in verbis*:

“1 - DANO MORAL – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A INDENIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 4.º DA LEI 9.029/95. A indenização prevista no art. 4.º da Lei 9.029/95 remunera apenas o dano material decorrente da despedida discriminatória, não tendo o condão de compensar o dano moral sofrido. Tendo o Tribunal afirmado que a indenização da Lei 9.029/95 já ressarcir o dano moral, mostra-se vulnerado não apenas esse diploma legal - uma vez que aplicado a hipótese por ele não abrangida - como a própria

²⁴⁹ SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *op. cit.*, p. 390.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *op. cit.*, p. 186.

Constituição Federal, em seu art. 5.º, inciso V e X, que impõe a compensação do dano moral na extensão e profundidade do sofrimento infligido à vítima. [...]”. (**Processo:** RR - 3957/2002-036-12-00.2 **Data de Julgamento:** 22/10/2008, **Relator Ministro:** Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 21/11/2008).

Seguindo o mesmo raciocínio, caso o trabalhador opte pela reintegração no emprego prevista pelo art. 4.º, I, da Lei n.º 9.029/95, continuará fazendo jus à indenização por dano moral, eis que esta última é independente e autônoma em relação às sanções previstas pela norma infraconstitucional citada.

Estando assentes a independência e a autonomia da indenização por dano pessoal/moral em relação à indenização por dano material decorrente do despedimento discriminatório, importante realizar uma análise crítica da tarifação legal estipulada pelo art. 4.º, II, da Lei n.º 9.029/95.

Consoante destaca MARCO FÁBIO MORSELLO:

“Ademais, diante do *élargissement* dos direitos da personalidade, como bem ressalta Capelo de Souza, [*nota de rodapé n.º 154, no original*] e do princípio fundante da dignidade da pessoa humana, repugna ao direito a fixação de limitações consideradas abusivas”²⁵¹ (*observações nossas*).

Desse modo, entendemos que os limites fixados pelo dispositivo legal em comento devem ser considerados parâmetros mínimos indenizatórios dos eventuais danos materiais oriundos do despedimento discriminatório.

A busca da efetiva reparação integral dos danos sofridos pelo trabalhador discriminado, tanto de ordem pessoal/moral como de ordem patrimonial/material, deve ser o escopo a ser alcançado para a concretização dos postulados fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), do valor social do trabalho (art. 1.º, IV, CF²⁵²) e da

²⁵¹ MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 43. Consoante indicação do autor citado, a nota entre parênteses corresponde à obra de Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, *O direito geral de personalidade*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995.

²⁵² “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

necessária valorização do labor humano (art. 170, *caput*, CF²⁵³), diretriz basilar da Ordem Econômica e Financeira do Estado brasileiro.

4.5. A tutela constitucional contra o despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS e seus efeitos jurídicos. A concretização dos princípios e direitos fundamentais. A nulidade da dispensa discriminatória e o direito à reintegração e à indenização.

Por todo o exposto, insta realçar que o *despedimento discriminatório é inconstitucional*.²⁵⁴

Consoante preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, trazem em si o vício de inconstitucionalidade todas as discriminações “não autorizadas pela Constituição”, de que resulta a clara constatação segundo a qual o “ato discriminatório é inconstitucional”.²⁵⁵

E para alcançar o afastamento do mundo jurídico deste ato discriminatório inconstitucional, prossegue o mencionado autor, “a solução está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário”.²⁵⁶

O delineamento constitucional desta questão é aplicável, outrossim, no âmbito do contrato de trabalho, pois, como anteriormente ressaltado, os princípios constitucionais e direitos fundamentais da pessoa humana incidem nas relações privadas, impondo balizamento à conduta dos particulares.

Esse o caso da dissolução do contrato de trabalho por iniciativa unilateral do empregador e baseada em móvel discriminatório concernente ao estado de saúde da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

²⁵³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”.

²⁵⁴ Consideram a dispensa discriminatória uma modalidade de dispensa abusiva os autores SÉRGIO TORRES TEIXEIRA (*op. cit.*, p. 420), MARIANA RIBEIRO SANTIAGO (*op. cit.*, p. 215), LEONARDO VIEIRA WANDELLI (*op. cit.*, p. 367) e MÁRCIO TÚLIO VIANA (*op. cit.*, p. 358-359). Em nosso estudo destacamos o caráter *inconstitucional* da dispensa discriminatória, o que destaca a força normativa dos princípios constitucionais e a incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho.

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *op. cit.* (nota 131 supra), p. 227.

²⁵⁶ *Idem*, p. 229.

Tal conduta discriminatória do empregador encontra óbice constitucional (Preâmbulo e arts. 1.º, III, 3.º, IV, 5.º, *caput* e XLI, 7.º, XXX, da CF), e não pode produzir efeitos regulares.

Nesse sentido, no que tange aos seus efeitos jurídicos, uma vez reconhecido o caráter discriminatório da dispensa, forçoso será reconhecer sua nulidade, conforme leciona NELSON MANNRICH:

“A dispensa será nula quando vedada pela Constituição, lei ou outro instrumento normativo. Incluem-se nesta classificação as dispensas retaliativas e discriminatórias”.²⁵⁷

Especificamente em relação à dispensa da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, OSCAR ERMIDA URIARTE considera-a injustificada, o que gera, de acordo com o sistema jurídico específico, a nulidade do ato resilitório patronal.²⁵⁸

No direito brasileiro, a declaração da nulidade da dispensa discriminatória trará como consequência principal e natural a reintegração no emprego.

Este é o entendimento de DÉLIO MARANHÃO, que pode ser adequadamente transposto ao tratamento da dispensa discriminatória da pessoa portadora do HIV/AIDS, segundo o qual “A consequência da nulidade da dispensa quando a lei não permite é a reintegração do empregado [...]”.²⁵⁹

No mesmo diapasão, JORGE LUIZ SOUTO MAIOR leciona que “constitui preceito da teoria geral do direito que a declaração de nulidade do ato deve reconstituir as coisas no estado em que se encontravam antes da realização do ato anulado. Ora, se a dispensa do empregado estava proibida, a declaração de sua nulidade motiva, consequentemente, a determinação de reintegração, como forma de se retomar o *status quo*”.²⁶⁰

Por oportuno destaque-se que a reintegração é consentânea com o sistema constitucional brasileiro de proteção da relação de emprego, consubstanciado no art. 7.º,

²⁵⁷ MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*, São Paulo, LTr, 2000, p. 549. No direito espanhol, também é considerada dispensa nula aquela fundada em motivação discriminatória, conforme Alfredo Montoya Melgar, *op. cit.*, p. 474.

²⁵⁸ URIARTE, Oscar Ermida, *op. cit.*, p. 52.

²⁵⁹ SÜSSEKIND, Arnaldo., MARANHÃO, Délio., VIANA, José de Segadas., TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *op. cit.* (nota 11 supra), p. 568.

²⁶⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção n. 158 da OIT*, in *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, v. 3, n. 11, Rio de Janeiro, jul./set. 2004, p. 115.

inciso I, da Constituição Federal, comando constitucional que entendemos plenamente eficaz, acompanhando o raciocínio de Jorge Luiz Souto Maior²⁶¹, e com a disciplina estabelecida pela Convenção n.º 158 da OIT, que entendemos vigente no ordenamento brasileiro.²⁶²

Destaque-se que AMAURI MASCARO NASCIMENTO considera que o estabelecimento legal de nulidade de dispensas constitui forma de concretização do princípio da igualdade.²⁶³

De acordo com a faculdade de opção do empregado (art. 4.º da Lei n.º 9.029/95), comentada no item 4.3, poderá haver a substituição da reintegração pelo pagamento de indenização compensatória correspondente, além, por óbvio, da indenização pertinente ao dano moral/pessoal oriundo da conduta discriminatória do empregador.

Em síntese, verifica-se, no âmbito do contrato de trabalho, que o vício de inconstitucionalidade da dispensa discriminatória, ao cominar sua nulidade, gera conseqüências jurídicas de três espécies, quais sejam, o direito à reintegração no emprego, e às indenizações pelos danos materiais e morais/pessoais, independentes entre si, decorrentes do ilícito cometido pelo empregador.

Encontra-se neste caso específico da proteção da relação de emprego contra despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, pois, uma clara manifestação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, caminho de afirmação e concretização dos direitos humanos nas relações de trabalho.

²⁶¹ *Idem*, p. 113. Sobre a aplicabilidade desta norma constitucional vejam-se também as análises de JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, 4.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 189 e LUÍS ROBERTO BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 108-109.

²⁶² Vejam-se sobre este tema as conclusões de JORGE LUIZ SOUTO MAIOR (*op. cit.*, p. 117 e ss.), de CÁSSIO DE MESQUITA BARROS JÚNIOR, *A Convenção n. 158 - Proteção contra a dispensa injustificada*, in *Revista Legislação do Trabalho*, v. 60, n. 7, Ltr, São Paulo, jul. 1996, p. 891, de MÁRCIO TÚLIO VIANA, *op. cit.*, p. 354 e o parecer de ARNALDO SÜSSEKIND na ADI 1.625, que questiona a constitucionalidade da denúncia da Convenção n.º 158 da OIT pelo governo brasileiro, atualmente em julgamento no STF (informações obtidas em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1625&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, acesso em 15.09.2009).

²⁶³ *Op. cit.*, p. 364.

CONCLUSÕES

1. O HIV/AIDS deve ser encarado como uma questão relacionada ao local de trabalho, conforme afirma a OIT, e as soluções oferecidas devem necessariamente passar pelo estabelecimento de um ambiente de trabalho sadio e seguro para todos, com informação ampla e promoção da solidariedade e respeito à pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS.

2. A proteção da relação de emprego contra despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS é questão inserida no universo dos Direitos Humanos e representa hipótese de demonstração de força normativa dos princípios constitucionais e de incidência e eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre os particulares, no caso, no âmbito das relações de trabalho.

3. O ordenamento constitucional brasileiro contém amplo, consistente e efetivo sistema anti-discriminatório (Preâmbulo, art. 1.º, III, art. 3.º, IV, art. 5.º, *caput* e XLI e art. 7.º, XXX, CF) que veda as distinções arbitrárias, impertinentes, desproporcionais e atentatórias ao ordenamento jurídico, ainda que não expressamente positivadas.

4. O elenco de fatores de discriminação proibidos não se esgota nas previsões expressas dos textos normativos, na medida em que a discriminação é um fenômeno histórico e social, que assume variadas características de acordo com o contexto temporal analisado.

5. A intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS, no que tange às informações relativas a seu estado de saúde, é tutelada constitucionalmente (art. 5.º, X, CF), penalmente (art. 154, CP) e por preceitos de ética médica (Código de Ética Médica e Resolução n.º 1.665/2003 do CFM).

6. Nas hipóteses em que seja cientificamente comprovada a necessidade de exames médicos prévios, pelo risco de contágio e transmissão do HIV no exercício profissional, deve haver informação anterior e prévio consentimento da pessoa para sua realização, além da obrigatória manutenção do sigilo médico dos resultados em relação a terceiros.

7. A violação à intimidade da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS dá origem à indenização por dano pessoal/moral (art. 5.º, X, CF).

8. A Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, de 1958, tratado internacional de direitos humanos, deve ser considerada integrada ao ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia materialmente constitucional, a teor do que dispõe o art. 5.º, § 2.º, da CF.

9. O adequado manejo do ônus da prova e a fixação de presunções judiciais são fundamentais para a identificação e comprovação, no âmbito do processo, das práticas discriminatórias, o que efetiva os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, CF) e representa modo de concretização do princípio da igualdade.

10. O despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS é ato inconstitucional e, portanto, nulo, em incidência horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações de trabalho.

11. A disciplina da Lei 9.029/95 é aplicável à hipótese de discriminação da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS no contexto do trabalho.

12. São conseqüências do despedimento discriminatório da pessoa portadora do HIV e/ou doente de AIDS:

(i) A reintegração no emprego (art. 7.º, I, CF, Convenção n.º 158 da OIT e art. 4.º, I, Lei n.º 9.029/95) ou a indenização reparatória, cujo patamar mínimo vem fixado pelo art. 4.º, II, Lei 9.029/95, à opção do empregado (art. 4.º, *caput*, Lei 9.029/95);

(ii) A indenização por dano pessoal/moral decorrente da violação ao art. 5.º, V e X da CF;

(iii) No caso de não haver a opção pela reintegração no emprego, a indenização compensatória prevista pelo art. 10.º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

ALMEIDA, Marcos de. e MUNOZ, Daniel Romero. *Relação Médico - Paciente e Paciente - Instituição na AIDS: O Direito à Informação e à Confidência; a Discriminação, o Abandono e a Coerção*, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, nº 1, 1993, p. 49-53 e também disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista/ind1v1.htm>, acesso em 28.09.2009.

ALVES, Elaine Gomes dos Reis. *Bioética e convivência humanizada de profissionais da área de saúde com médicos, dentistas e enfermeiros portadores de HIV/AIDS*, *O Mundo da Saúde*, São Paulo, ano 28, v. 28, n.3, julho/setembro de 2004, p. 300-303.

ALVES, Elaine Gomes dos Reis. e RAMOS, Dalton Luiz de Paula. *Reflexões bioéticas e psicológicas sobre profissionais de saúde portadores de HIV/Aids*, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 12, nº 1, 2004, p. 75-86.

ARISTÓTELES. *Política*, 3.^a ed., Tradução, introdução e notas de Mário da Gama Kury, Brasília, Editora UnB, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, volume 97, 2002, p. 107-125.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 22.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, (Organização de Marcelo Módulo. Introdução de Pedro Luso), São Paulo, Hedra, 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*, 2.^a ed., São Paulo, LTr, 2006.

BARROS JÚNIOR, Cássio de Mesquita. *A Convenção n. 158 - Proteção contra a dispensa injustificada*, in *Revista Legislação do Trabalho*, v. 60, n. 7, Ltr, São Paulo, jul. 1996, p. 886-891.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro*, **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

BRANDÃO, Luiz Sávio Salgado. *Admissibilidade e funcionalidade do militar portador assintomático do vírus HIV*, in *Revista CEJ*, Brasília, Ano X, n. 35, out./dez. 2006, p. 4-7.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Proteção contra a discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/Aids: análise a partir de um caso concreto*, in *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XIV, n.º 27, março de 2004, p. 67-78.

BUFFULIN, Delvio. *A Garantia de Emprego e o Trabalhador Aidético* (Transcrição de art. inserido na Internet através do “Consultor Jurídico”, canal do Universo Online: <http://www.uol.com.br/consultor>. Cópia arquivada na Bibl. do TRT/SP), in *Revista Synthesis*, n. 26/98, p. 130-131.

CAMPOS, M. A. *O trabalhador da saúde portador do HIV: lições para biossegurança e ética*, in *Revista da Associação Médica Brasileira*, vol. 45, n.º 2, abril/junho, 1999, p. 163-168.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? – A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do Direito pós-moderno*, in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 108-115.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1.º edição brasileira, 4.ª edição portuguesa revista, Coimbra e São Paulo, Coimbra Editora e Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Tributo e Segurança Jurídica*, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Princiopológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 342-366.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*, v. 2, 3ª ed., Livraria Freitas Bastos S. A., 1953.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *O Princípio da Igualdade como técnica de efetivação dos Direitos Sociais. Destaque para os Direitos do Trabalho e Previdenciário*, in *Revista do Advogado*, ano XXVIII, AASP, maio de 2008, p. 135-148.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 8.ª ed., São Paulo, LTr, 2009.

_____. *Proteções contra Discriminação na Relação de Emprego*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000.

DICIONÁRIO CAUDAS AULETE, v. IV, 5.ª ed., Rio de Janeiro, Delta S. A., 1968.

DIDIER JR., Fredie. *Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 de dezembro de 2008.

DI SPIROS, Simitis. *O Direito do Trabalho e a Redescoberta do Indivíduo* (“*Il Diritto Del Lavoro e La Riscoperta dell’individuo*”) (Resumo de artigo publ. In *Giornale di Diritto Del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 45, 1990), Traduzido e resumido por Francesco Edmondo De Ruggero, in *Revista Synthesis*, n. 14/92, São Paulo, RT, Brasil, p. 15-18.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, São Paulo, RT, 1980.

DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no Direito do Trabalho – Sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Coimbra, Almedina, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos Jurídicos das Ações Afirmativas*, Revista do TST, Brasília, vol. 69, n.º 2, jul./dez. 2003, disponível em http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_69/Rev%2069_2/tst_69-2%20dt%205.pdf, acesso em 26.12.2008, p. 72-79.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 28.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*, in *Revista dos Tribunais*, ano 79, novembro de 1990, vol. 661, p. 14-21.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, 12.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991.

GRECO, Dirceu B. e NEVES, Mosar de Castro. *O Profissional de Saúde Infectado pelo HIV - Direitos e Deveres*, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, n.º 1, 1993, p. 39-47 e também disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v1.htm>, acesso em 28.09.2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral* (trad. Sandra Lippert), Lisboa, Instituto Piaget, 1992.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.

KAYSER, Pierre. *La protection de la vie privée - Protection du secret de la vie privée*, Paris e Aix-en-Provence, Economica e Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1984.

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

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*, Barueri, Manole, 2005.

_____. *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, 2008.

LEWI, David Salomão. e ACCEITTURI, Conceição Aparecida. *Capítulo 8.9 – Prevenção – Medidas Gerais*, in VERONESI, Ricardo. e FOCACCIA, Roberto. (editores), *Veronesi: Tratado de Infectologia*, São Paulo, Editora Atheneu, 2004, p. 162-164.

LIMA, Josué Nazareno de., ARAKAKI-SANCHEZ, Denise., TANURI, Amilcar., ARRUDA, Érico Antonio Gomes de., PIRES NETO, Roberto da Justa., *Capítulo 409 – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*, in LOPES, Antonio Carlos. (editor), *Tratado de clínica médica, volume 3, 2.ª ed.*, São Paulo, Roca, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 24 jul. 2008.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A luta do direito contra a discriminação no trabalho*, in *Revista Síntese Trabalhista*, ano XIII, n.º 146, agosto de 2001, p. 39-52.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*, São Paulo, LTr, 2000.

_____. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção n. 158 da OIT*, in *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, v. 3, n. 11, Rio de Janeiro, jul./set. 2004, p. 111-127.

MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 45*, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, Ano 1, n. 1, jan./jun. 2006.

_____. *Direitos de personalidade e Direito do Trabalho*, in *Revista do Advogado*, ano XXIV, AASP, junho de 2004, p. 12-20.

_____. *O Processo do Trabalho e as Recentes Modificações do Código de Processo Civil*, in *Revista do TST*, vol. 72, n.º 2, Brasília, maio/ago 2006, disponível em http://www.tst.gov.br/Ssedoc/PaginadaBiblioteca/revistadotst/Rev_72/Rev72_2/tst_72-2_dout_8.pdf, acesso em 13.01.2009, p. 72-86.

_____. *Algumas notas sobre o tema da discriminação no Direito do Trabalho*, in *Revista do Advogado*, n.º 97, ano XXVIII, AASP, maio de 2008, p. 50-64.

_____. *Discriminação e Processo do Trabalho*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 156-168.

MALTA, Elisa Maria Brandt de Carvalho e CARLOS, Vera Lúcia. *A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/Aids no emprego e seu direito à reintegração*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 104, ano 27: outubro-dezembro de 2001, p. 75-87.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa Coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*, São Paulo, LTr, 2000.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos)*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2002.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

MARQUES, Christiani. *O contrato de trabalho e a discriminação estética*, São Paulo, LTr, 2002.

MARTINEZ, Pedro Romano., MONTEIRO, Luís Miguel., VASCONCELOS, Joana., BRITO, Pedro Madeira de., DRAY, Guilherme e SILVA, Luís Gonçalves da., *Código do Trabalho (Revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro) Anotado*, 7.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*, 24.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

_____. *Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, 27.ª ed., São Paulo, Atlas, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del Trabajo*, decimonovena edición, Madrid, Tecnos, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 15.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3.ª ed. (14.ª tir.), São Paulo, Malheiros, 2006.

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, v. 47, 3ª ed., Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II – Introdução à Teoria da Constituição*, 2.^a edição, revista (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

_____. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV – Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988.

MONTESINOS, Ignacio Albiol. RUIZ, Luis Miguel Camps. GANDÍA, Juan López. e FRANCO, Tomás Sala. *Derecho Del Trabajo (II)*, 7.^a edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 3.^a ed., São Paulo, Atlas, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, São Paulo, Atlas, 2006.

NADLER, Jeffrey. *Capítulo 8.1 – Etiopatogenia*, in VERONESI, Ricardo. e FOCACCIA, Roberto. (editores), *Veronesi: Tratado de Infectologia*, São Paulo, Editora Atheneu, 2004, p. 83-86.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*, 2.^a ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

_____. *O Direito do Trabalho analisado sob a perspectiva do princípio da igualdade*, in *LTr: Legislação do Trabalho*, Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano 68, n.º 07, julho de 2004, São Paulo, p. 777/787.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*, 20.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho*, Tradução de Edilson Alkimin Cunha, 2.^a ed., Brasília, OIT, 2004.

OLEA, Manuel Alonso, e BAAMONDE, Maria Emilia Casas. *Derecho del Trabajo*, Decimoctava Edicion, Revisada, Madrid, España, Civitas, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos Enunciados do TST*, 3.^a ed. (rev. e atual.), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho*, in *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP*, Ano 1, n. 1, jan./jun. 2006.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*, Lisboa, Edições 70.

PASTERNAK, Jacyr., MARCHI, Maria Mathilde., AMATO, Valdir Sabbuga. e AMATO NETO, Vicente. *Implicações éticas da triagem sorológica para o vírus da*

imunodeficiência humana, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, nº 1, 1993, p. 23-37 e também disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/ind1v1.htm>, acesso em 28.09.2009.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini. *Direitos trabalhistas e previdenciários do portador de HIV/AIDS*, Revista LTr, vol. 64, nº 11, novembro de 2000, p. 1376-1383.

PIOVESAN, Flávia. *O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados*, in *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira* (Coordenadores Nadia de Araujo e Guilherme Assis de Almeida), Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 27-64.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 7.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana*, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 180-197.

QUEIROZ, Miron Tafuri. *A integração das Convenções da Organização Internacional do Trabalho à ordem jurídica brasileira*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 2.^a ed., São Paulo, Bushatsky, 1974.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Proteção ao Portador do Vírus HIV e ao Aidético: Enfoque Trabalhista a um Projeto de Lei*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 127-138.

RESENDE, Mariângela Ribeiro., GARCIA, Márcia Teixeira., ANGERAMI, Rodrigo Nogueira. e AOKI, Francisco Hideo. *Capítulo 8.10 – Medidas Gerais de Prevenção*, in FOCACCIA, Roberto. (editor científico), *Veronesi: tratado de infectologia*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Atheneu, 2005, p. 264-268.

RIBEIRO, Ana Freitas., MADALOSSO, Geraldine., VERAS, Maria Amélia de Souza Mascena., GUERRA, Maria Aparecida Telles. e LEMOS, Regina Rocha Gomes de. *Capítulo 8.2 – Epidemiologia*, in FOCACCIA, Roberto. (editor científico), *Veronesi: tratado de infectologia*, 3.^a ed., São Paulo, Editora Atheneu, 2005, p. 118-137.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Parte Geral*, v. 1, 32.^a ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, 3.^a ed. atualizada, tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio e tradução das atualizações para esta edição de Edilson Alkmim Cunha, São Paulo, LTr, 2000.

RUPRECHT, Alfredo J. *Os Princípios do Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional*

brasileira, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 198-236.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *A Aids e o direito fundamental ao trabalho*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 112, ano 29: outubro-dezembro de 2003, p. 211-219.

SARMENTO, Daniel e NASCIMENTO, Rogério Soares do. *Portadores de HIV – Reforma compulsória e testagem obrigatória nas forças armadas – Violação aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, do direito fundamental ao trabalho e à intimidade*, petição inicial de Ação Civil Pública transcrita no *Boletim dos Procuradores da República*, ano III, nº 32, dezembro de 2000, p. 7-17.

SEGRE, Marco. *Questões Suscitadas pela AIDS em Saúde Ocupacional*, in *Revista Bioética*, Brasília, v. 1, nº 1, 1993, p. 61-65 e também disponível em <http://www.portalmédico.org.br/revista/ind1v1.htm>, acesso em 28.09.2009.

SEGURADO, Aluísio Augusto Cotrim. *Capítulo 410 – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: Desafio ao Conhecimento, ao Ensino e à Prática Médica*, in LOPES, Antonio Carlos (organizador). *Tratado de clínica médica, volume 3*, São Paulo, Roca, 2009, p. 4230-4237.

SICHES, Luis Recaséns. *Experiência jurídica, natureza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, UNAM, 1971.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 30.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*, 4.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

SOUZA, Mauro Cesar Martins de. *O dano moral no direito do trabalho brasileiro e a AIDS (HIV)*, in *Repertório de jurisprudência IOB – 1.^a quinzena de agosto de 2003 – nº 15/2003*, volume II, p. 390-395.

SÜSSEKIND, Arnaldo., MARANHÃO, Délio., VIANA, José de Segadas., TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*, v. 1, 22.^a ed., São Paulo, LTr, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Elementos para uma Teoria Geral dos Princípios na Perspectiva Constitucional*, in George Salomão Leite (org.), *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 21-51.

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

URIARTE, Oscar Ermida. *Aids e Direito do Trabalho*, in *Revista de Direito do Trabalho*, n.º 83, setembro de 1993, p. 48/56.

_____. *Aids e Direito do Trabalho (Aids y Derecho Laboral)* (Resumo de artigo in RDT n. 83/93), Traduzido e resumido por Márcia Pereira da Silva, in *Revista Synthesis*, n. 18/94.

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

VIANA, Márcio Túlio. *A Proteção Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei n. 9.029/95)*, in Viana, Márcio Túlio e Renault, Luiz Otávio Linhares (coord.), *Discriminação*, São Paulo, LTr, 2000, p. 354-367.

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

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito, v. II – A epistemologia jurídica da Modernidade*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.