

A demissão sem justa causa do trabalhador portador do HIV e a presunção de discriminação na súmula 443 do TST

Luana Mussi Guimarães - luanamussi88@hotmail.com
Maria Inês Assis Romanholo - mariainesromanholo@yahoo.com.br

Curso de Direito
Fundação Presidente Antônio Carlos de Ubá – FUPAC
Novembro/2014

Resumo

O referido artigo visa analisar a demissão sem justa causa do trabalhador portador do vírus HIV e a presunção de discriminação na Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Serão analisados os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa que são fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, IV da Constituição Federal. Será abordado, também, o conceito de livre iniciativa, que não é absoluto e não pode ser analisado sozinho, mas sim em conjunto com o valor social do trabalho, como podemos constatar no art. 170 da Constituição Federal, que trata da ordem econômica. Assim, em qualquer atividade econômica terá livre exercício, ou seja, o empregador poderá exercer seu direito potestativo de contratar e demitir quem quiser para cumprir o contrato de trabalho. Contudo, não poderá violar direitos fundamentais, como o descrito no art. 5º da Constituição Federal, que traz em seu texto a proibição de discriminação como manifestação do princípio constitucional da igualdade. A dispensa sem justa causa motivada pela discriminação gerará a reintegração daquele trabalhador portador do vírus HIV, tendo como fundamentos o entendimento sumulado, os princípios constitucionais, a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a legislação que veda qualquer forma de discriminação (Lei 9.029/95) e tipifica como crime a conduta discriminatória (Lei 12.984/2014).

Palavras-Chave: Trabalhador portador vírus HIV. Demissão. Discriminação. Presunção.

Abstract: The aforementioned article strives to analyze the wrongful dismissal of HIV positive workers and the assumption of discrimination in Precedent 443 of the Brazilian Superior Labor Court (TST). The social values of labor and free initiative which are foundations of the Federative Republic of Brazil, according to section 1, IV of the Federal Constitution will be analyzed. We will also address the concept of free initiative, which is not absolute and cannot be regarded alone, but in conjunction with the social value of work, as can be seen in section 170 of the Federal Constitution, which deals with the economic order. Hence, in any economic activity there will be freedom to pursue, in other words the employer may exercise his potestative right to hire and fire anyone he desires to comply with the employment agreement. However, he can not violate fundamental rights as described in section 5 of the Federal Constitution, which brings in its text the prohibition of discrimination as a manifestation of the constitutional principle of equality. The dismissal without cause motivated by discrimination generates the reintegration of that HIV positive worker, with the grounds of precedented understanding, constitutional principles, the Convention 111 of the International Labor Organization (ILO) and the legislation that prohibits any form of discrimination (law 9.029 / 95) and classifies as a crime any discriminatory conduct (law 1.984 / 2014).

Keywords: HIV positive worker. Firing. Discrimination. Assumption

1. Introdução

O presente artigo trata da demissão sem justa causa do trabalhador portador do vírus HIV e a presunção de discriminação na Súmula 443 do TST. Tem como fundamentos a República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa no seu art. 1º, IV, Constituição Federal. O princípio da livre iniciativa é um dos pilares dos poderes empregatícios, o empregador pode exercer o direito potestativo de demitir e contratar quem quiser, sendo que este princípio pode colidir com o princípio da igualdade quando o trabalhador portador do vírus HIV é demitido sem justa causa, sendo assim um ato discriminatório, violando o direito fundamental a igualdade que está descrita no seu art. 5º, da Constituição Federal.

Além de temos os fundamentos, os princípios constitucionais no art. 170 da Constituição Federal, a legislação como a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995 que proíbe qualquer forma de discriminação, a mais nova Lei nº 12.984, de 2 junho de 2014 que tipifica como crime a conduta discriminatória, temos também a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho que veio destacar em seu teor a conduta do empregador quando este, dispensa sem justa causa empregado portador vírus HIV, como ato discriminatório. Ocorrendo assim à reintegração do trabalhador portador da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) no emprego em que estava. Podemos presumir que a dispensa imotivada do portador do HIV é discriminatória?

Diante de todas as legislações, princípios e súmula analisaremos qual princípio irá prevalecer o da livre iniciativa com o direito potestativo ou princípio da igualdade de tratamento? Se ele for dispensado como seria amparado pelo INSS?

O trabalho tem como objetivo analisar o teor da Súmula 443 TST, que presume discriminatória a dispensa sem justa causa do portador do HIV, assim identificando os fundamentos jurídicos que levaram o TST a adotar tal entendimento. Ou seja, a demissão sem justa causa do portador do HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito é mesmo ato discriminatório?

A importância e a relevância do tema vem mostra a sociedade que a discriminação não tem lugar no mundo que vivemos, vem também contribuir nas mudanças do pensamento em relação ao preconceito e a discriminação.

A forma como foi realizada a pesquisa, foi pelo método dedutivo, partindo das teorias e leis já consolidadas para tratar de caso específico, ou seja, partindo da regra geral de proibição de tratamento discriminatório nas relações de trabalho e chegando em uma resposta. Com

relação as técnicas será a pesquisa bibliográfica com análise da doutrina referente ao tema, bem como de decisões judiciais, além de pesquisa à legislação pertinente.

2. Valor Social do Trabalho e da Livre Iniciativa na Ordem Constitucional

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, o valor social do trabalho e da livre iniciativa como está prescrito no art. 1º, IV, Constituição Federal:

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:

(...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Tanto o valor social do trabalho quanto a livre iniciativa também são fundamentos da ordem econômica nacional, na medida em que esta tem como objetivo assegurar a todos existência digna. Independentemente de autorização dos órgãos públicos, qualquer atividade econômica terá livre exercício, como podemos constatar no artigo 170 da Constituição Federal. Podemos observar também no referido artigo os princípios da atividade econômica como a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (incisos I ao IV).

Segundo Alexandre Agra Belmonte (2013, p. 34):

A livre iniciativa compreende a liberdade de empresa, assim entendida a de criar, organizar e definir o objeto da atividade econômica direcionada ao acesso ao mercado, mas também a liberdade de formação de outras entidades destinadas ao atendimento de interesses de outros setores, caso das organizações beneficentes e religiosas. Num caso ou no outro, envolve o trabalho humano e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa na execução desse trabalho.

Nota-se que tanto no respectivo artigo 1º, IV da Constituição Federal, que elege os fundamentos da República, quanto no artigo 170, que trata da ordem econômica, o conceito de livre iniciativa não descarta a valorização da pessoa e do trabalho humano. O sistema econômico do Brasil está fundado no capitalismo, por possuir no artigo mencionado a livre iniciativa. Qualquer pessoa pode empreender, pode fundar sua respectiva empresa sendo um

empreendedor, podendo desenvolver de forma autônoma uma determinada atividade, salvo as hipóteses legais onde se exige a autorização do Estado.

A Constituição Federal de 1988 teve uma preocupação com sustentabilidade da atividade empreendedora, com exercício da livre iniciativa de empreender, podendo uma pessoa ser um empreendedor, a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, mas isso precisa se dar com respeito aos valores sociais do trabalho, não podendo com o objetivo de exercer a livre iniciativa, como por exemplo empreender, desrespeitar direito social dos trabalhadores. A nossa Constituição é sustentável, pois ela não só prega a livre iniciativa, o lucro e o empreendedorismo mas determina que isso seja feito respeitando os valores sociais do trabalho, ou seja, é preciso que a atividade empreendedora retorne benefícios para toda sociedade. A sustentabilidade não é somente a preservação e proteção ao meio ambiente, significa também que é uma necessidade de retorno e inclusão social, respeitando os valores sociais de qualquer atividade e de qualquer trabalho. A partir do momento que tem-se livre iniciativa e valor social do trabalho, na ordem constitucional, conclui-se que a Constituição Federativa do Brasil é sustentável.

A livre iniciativa é um dos pilares da ordem econômica, sendo também um direito fundamental, na medida em que constitui a garantia de empreender, sem interferências abusivas do Estado.

Da análise dos dispositivos constitucionais apresentados, constata-se a existência de princípios importantes na sistemática da ordem constitucional, que podem colidir em situações concretas, que seria o princípio da livre iniciativa e o princípio da igualdade no caso do trabalhador ser demitido sem justa causa, por ser portador do vírus HIV, como ato discriminatório.

É correto dizer que a livre iniciativa é fundamento dos poderes empregatícios. Maurício Godinho Delgado (2011, p. 615) reconhece nos poderes empregatícios “um dos mais importantes efeitos próprios ao contrato de trabalho”, defendendo que “em suas diversas dimensões esse poder concentra um conjunto de prerrogativas de grande relevo socioeconômico, que favorece, regra geral, a figura do empregador, conferindo-lhe enorme influência no âmbito do contrato e da própria sociedade”.

Como ensina o referido doutrinador, “poder empregatício é o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços.” (DELGADO, 2011, p.616)

Assim, o empregador tem poderes no contrato de trabalho, podendo exercer o direito potestativo de demitir e contratar quem quiser para ser seus empregados, não podendo esquecer que a ordem jurídica pode levar a casos de limitação quando a demissão for discriminatória, violando assim o direito fundamental a igualdade de tratamento, com proibição de discriminação, prevista no princípio constitucional da igualdade: “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.”

Qual princípio irá prevalecer o da igualdade de tratamento com proibição de discriminação ou o princípio da livre iniciativa que garante o direito potestativo de demitir?

Se o empregado estiver na sua plena condição física e mental não há de se falar em demissão. Por outro lado, se a reação da doença está impedido o trabalhador de executar suas obrigações contratuais, poderia ser admitida a dispensa ou o emprego deve ser mantido e o empregado segurado ser amparado pelo INSS? Ou seja, o problema é exatamente este: podemos presumir que a dispensa imotivada do portador do HIV é discriminatória? E quando se diz imotivada, logicamente que não se admite como motivação a doença, pois aí a discriminação seria clara e evidente, mas apenas demitir por motivo justo, como cometimento de falta grave, pelo empregado.

O conceito de livre iniciativa não é um conceito absoluto, que possa ser analisado isoladamente, mas tem que estar em conjunto com o valor social do trabalho.

3. Combate à Discriminação na Legislação Ordinária

Além de termos a Constituição como uma forma de proteção ao trabalhador, temos também a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995 que proíbe inúmeras práticas discriminatórias na admissão ou manutenção do emprego por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade na relação de emprego (art. 1º), tipificando como crimes as práticas discriminatórias por parte do empregador, do seu representante legal, do dirigente, diretor ou por delegação (art. 2º). Ocorrendo esse ato discriminatório a dispensa será considerada nula e além do direito à reparação pelo dano moral sofrido o trabalhador tem duas alternativas reparatórias: a readmissão aos quadros do empregador ou a percepção em dobro dos salários do período de afastamento (art. 4º).

Com essa norma o direito tenta proporcionar um amparo legal para aquelas pessoas que estão sofrendo com a discriminação ao penalizar aqueles que estão praticando as condutas discriminatórias, buscando a igualdade de oportunidades.

Para podemos entender melhor lei mencionada acima, convém conceituar o que é discriminação na visão doutrinária. No entender de Maurício Godinho Delgado: (2010, p.108) “Discriminação é a conduta pela qual nega-se a pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.”

Na visão de Luiz Marcelo F. de Góis: (2010, p. 134): “Discriminação como sendo a exclusão (ou tentativa de exclusão) de pessoas de participação de determinado convívio social, político, ou econômico, motivada nos fatores naturais ou culturais que as identificam, caracterizando e diferenciam enquanto seres humanos.” Ou simplesmente como explica Arion Sayão Romita (2014, p. 353): “entende-se por discriminação, em princípio, o ato de tratar diferentemente os iguais”.

Podemos observar nessas três citações que a discriminação representa a exclusão de uma determinada pessoa do grupo de convívio. É ato de tratar o cidadão de maneira diferente por uma determinada escolha ou até mesmo diferenças como a idade, sexo, cor da pele, religião, origem étnica: diferenças estas que diferenciam uma pessoa da outra. O respeito às diferenças é importante para termos um mundo democrático e participativo entre os seres.

Conforme Luiz Marcelo F. de Góis (2010) a causa da discriminação pode ser encontrada no preconceito, baseado em uma opinião pré-concebida que uma determinada pessoa faz da outra, diante da ignorância e de sentimentos como medo, ódio e a intolerância. Além do portador do vírus do HIV sofrer fisicamente quanto psicologicamente por ter essa doença ele é ainda discriminado pelo grupo de convívio, pela sociedade e no ambiente em que trabalha.

A discriminação no ambiente de trabalho, pode ocorrer de duas formas, a primeira é quando decorre da conduta do empregador, aquele que tem o poder sobre o empregado, aquele que lhe deve obediência ou “também pode acontecer de determinado grupo de empregados reunir-se para excluir determinado colega com base em suas características pessoais” como descreve Luiz Marcelo F. de Góis (2010, p. 139).

Muitas das vezes a maneira mais fácil de resolver esse impasse seria isolar o portador do vírus do HIV do convívio que o trabalho proporciona, mas essa não seria a maneira mais certa para resolver as coisas, pois via de regra ele não representa ameaça à saúde aos outros trabalhadores, pois as formas de contaminação seria por secreções e o vírus não se transmite pelo ar. Além do mais, o trabalho é uma forma de concretizar a própria dignidade da pessoa.

Conforme relatório divulgado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), as pessoas doentes que têm um emprego apresentam até 40% mais chances de se recuperar do que as desempregadas.

O relatório também mostra que o desemprego, principalmente nos países de média e baixa renda, promove tanto a redução na saúde quanto no acesso ao tratamento. Além disso, ficou comprovado que pessoas empregadas e portadoras do vírus HIV não revelam seu estado de saúde aos seus colegas de serviço, porque têm medo de ser condenados e com isso perdem acesso à terapia de tratamento e deixam de tomar os medicamentos por medo de que os colegas vejam.

Além disso, somente 34% das mais de 28 milhões de pessoas recebem o tratamento nos países de média e baixa renda, segundo os últimos dados da Organização Mundial da Saúde.

Conforme informado no Relatório, as entidades internacionais (OIT, UNAIDS E VCT@WORD) têm como objetivo de assegurar aos trabalhadores com vírus HIV serviços de tratamento, atenção e apoio, até 2015. Existem também recomendações para melhorar e ajudar na terapia, como por exemplo: “dar prioridade às ações que favorecem a independência econômica das pessoas que vivem com HIV; melhorar os esforços em nível nacional para elaborar novas políticas de luta contra a discriminação e reforçar as leis antidiscriminatórias existentes no local de trabalho e garantir que os sistemas de proteção social respondam às necessidades das pessoas que vivem com HIV e proporcionar-lhes o apoio necessário para que cumpram o tratamento. (OIT, 2014)

Além disso, como defende Luiz Marcelo F. de Góis: (2010, p. 156) “o empregado soropositivo via de regra não representa ameaça à saúde dos demais trabalhadores”. Conclui o autor:

Por esse motivo, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em associação com a OIT, baixou Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho. Dessa declaração se infere que, na grande maioria dos ofícios ou profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado (seção II, § 4º). A Declaração acrescenta que os soropositivos assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro empregado e aqueles que apresentem sintomas ou enfermidades deve-se atribuir a mesmo tratamento dado ao empregado enfermo (seção III, §1º).

Além da proibição às práticas discriminatórias na admissão e manutenção do emprego em função do sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar e idade, analisada na Lei

9.029/95, tem sido objeto de atuação do legislador a proibição a práticas discriminatórias em razão da saúde do empregado.

O tema a respeito da discriminação de trabalhadores em função de seu estado de saúde, em especial as pessoas portadoras da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS), tem ganhado importância e atenção por parte dos legisladores e operadores do direito, prova disso são as normas e jurisprudência sobre o tema.

Para evitar que os doentes sejam tratados de forma diferente por seus colegas de trabalho e empregadores quando sua condição se torna pública, o ordenamento adota políticas de proibição de adoção de práticas discriminatórias, inclusive tratando como crime tal conduta.

No dia 2 de junho de 2014 foi publicada a Lei 12.984 tipificando como crime a discriminação contra os portadores do vírus do HIV e doentes de aids, com pena de reclusão de 1 (um) a 4(quatro) anos e multa.

A mencionada norma considera crime as seguintes condutas, tidas como discriminatórias: “negar emprego ou trabalho, exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego, segregar no ambiente de trabalho ou escolar, divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender lhe a dignidade e recusar ou retardar atendimento de saúde.”

Além da legislação já mencionada acima, cita-se ainda a Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT): sobre o combate à discriminação em matéria de emprego e ocupação, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Lei 62.150, de 19 de janeiro de 1968, que no artigo 1º prescreve:

ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:
 - a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
 - b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.
3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

A Convenção 111 da OIT tem como objetivo principal a proteção de todas as pessoas contra a discriminação instaurada no emprego e na ocupação. A Convenção protege não apenas aqueles que já encontraram emprego ou no exercício de uma profissão, mas também aqueles que estão se preparando para trabalhar ou procurando trabalho.

4. O Entendimento Jurisprudencial Acerca da Presunção da Dispensa Discriminatória Do Trabalhador Portador do Vírus HIV – Súmula 443, TST:

Foi divulgado nos dias 25, 26 e 27 de setembro de 2012, a súmula 443, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que presume-se discriminatória a despedida sem justa causa do empregado portador de doença grave, seja Aids ou de qualquer outra doença grave que cause estigma ou preconceito. No caso de demissão cujo motivo seja a discriminação, este portador deverá ser reintegrado ao trabalho.

Súmula 443 do TST:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A súmula em destaque veio proporcionar a igualdade de oportunidades e tem como objetivo eliminar todo tipo de discriminação em relação ao empregado portador do vírus HIV que foi dispensado sem justa causa pelo empregador.

Outra coisa que podemos observar na Súmula 443 do TST, não haverá indenização nessas circunstâncias, mas sim cancelar a dispensa sem justa causa e reintegrar o empregado portador do vírus HIV no ambiente de trabalho dando, todo amparo em relação aos seus direitos.

Para que o trabalhador portador da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) tenha direito a reintegração ao ambiente de trabalho, basta que haja discriminação e a dispensa injustificada por parte do empregador. A reintegração deverá ser oportuna se comprovada a discriminação.

De acordo com a súmula mencionada acima, podemos analisar vários processos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho que levaram à redação da referida súmula, ou seja, os precedentes. Destacam-se as decisões abaixo transcritas, ambas com relação a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus HIV.

EMENTA: EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS) Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos. (TST, E-RR 217791-22.1995.5.09.555, Seção de Dissídios Individuais I. Relator Ministro Vantuil Abdala. Publicação DJ - 02/06/2000).

RECURSO DE EMBARGOS EM 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 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. 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. Recurso de embargos não conhecido. (TST, E-ED-RR - 76089/2003-900-02-00, Seção de Dissídios Individuais I, Relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Publicação DJ - 30/11/2007).

As decisões por sua vez repudiam o sentimento discriminatório a favor do trabalhador dispensado sem justa causa. Os fundamentos usados pelo TST para justificar o entendimento da referida súmula é violação dos princípios constitucionais do direito, como dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, III e IV, CF), bem como o art. 5º, caput da Constituição Federal, que trata do princípio da igualdade, além do art. 7º, I, também da Constituição Federal, que veda despedida arbitrária. O empregador tem direito potestativo de contratar e demitir quem quiser, mas com limites quando o fato é o ato discriminatório em razão do princípio da função social da propriedade (art.170, III da CF).

Podemos analisar em outro acórdão publicado pelo Tribunal Superior do Trabalho como precedente que deu origem a súmula 443, os mesmos fundamentos usados no acórdão acima a violação do art. 5º da CF, do art. 170, III, CF e do art. 1º, III e IV também da CF. Acrescenta-se que tal conduta do empregador afronta a convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil.

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo

justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3º IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. Recurso de revista conhecido e provido.

Segundo Luiz Marcelo F. de Góis (2010) a dispensa dos portadores de HIV somente poderá ser realizada se na empresa não houver qualquer outra função que possa ser desempenhada pelo trabalhador. Fazendo com que possa facilitar a contaminação aos outros trabalhadores ou em terceiros como fornecedores, prestadores de serviços, clientes com que ele tenha contado. Em contrário a dispensa será considerada discriminatória. Podendo também em algumas situações em que o contrato pode ser rescindido por representar riscos para o empregado, seus colegas e a própria coletividade.

Além disso, se o empregado não estiver em condições de cumprir o contrato de trabalho, devido seu estado de saúde a solução seria o amparo pelo INSS. O trabalhador incapacitado para o serviço será encostado e receberá o benefício do auxílio-doença que é concedido ao segurado impedido de trabalhar por causa de doença ou acidente. A Previdência Social pagará a partir do 16º dia do afastamento da atividade, ou seja, os primeiros 15 dias em que o empregado não tiver condições de trabalhar deve ser remunerado pela empresa em que trabalha, de acordo com o art. 60, caput e §3º da Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. É importante ressaltar que é de responsabilidade do empregador remunerar o trabalhador doente durante os 15 primeiros dias do afastamento.

5. Conclusão

Levando-se em conta toda legislação estudada como a Lei 9.029/95 que proíbe qualquer forma de discriminação, a Lei 12.984/95 que vem tipificando em seu teor a conduta discriminatória como crime, os fundamentos do valor social do trabalho e da livre iniciativa no seu art.1º, IV da Constituição federal, os princípios constitucionais e a Súmula 443 do TST, podemos verificar que os portadores da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) estão protegidos contra atitudes discriminatórias no ambiente de trabalho, tanto pelo colegas que ali se encontram, pela atitude do empregador de dispensar sem junta causa ou até mesmo pela sociedade que tem um preconceito na doença.

Logo, conclui-se que o empregado portador do vírus HIV estando impossibilitado tanto nas condições físicas e metais para cumprir o contrato de trabalho, este deverá ser, amparado pelo INSS com isso receberá o benefício do auxílio-doença, a partir do 16º dia de afastamento da atividade. Nos primeiros 15 dias de afastamento a responsabilidade será do empregador de arcar com o pagamento. Mas se no caso este portador do vírus HIV estiver condições de cumprir o contrato de trabalho não poderá haver dispensa injustificada. Quando o empregado “doente” estiver exercendo uma determinada função na empresa que acarrete fácil contaminação ao seus colegas e em terceiros deverá o empregador colocá-lo em outra atividade que não acarrete risco a ninguém.

Os argumentos usados pelo Tribunal Superior do Trabalho para justificar o entendimento da Súmula 443 são as violações aos princípios e fundamentos constitucionais como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

Poderá ocorrer a dispensa desde que haja motivo justo, mas não a dispensa por motivo de doença, como a síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS).

É necessário que mais informação sobre a doença seja passada para a sociedade, como as formas de transmissão e tratamento, com isso a doença deixará de ser preconceituosa e o trabalhador portador vírus HIV deixará de ser discriminado no ambiente de trabalho.

Portanto, é preciso mais amor e tolerância entre as pessoas, para que as dificuldades sejam vencidas. Quando a pessoa com Aids está diante da doença ela se sente desmotivada e ao mesmo tempo sonhando com uma vida normal e com mais esperança, mas ela só encontra nenhuma compaixão e até mesmo nenhuma solidariedade por parte do próximo.

Referência bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 out. 2014.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em 14 nov. 2014.

BRASIL. **Lei 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm>. Acesso em 31 out. 2014.

BRASIL. **Lei 12.984, de 2 de junho de 2014**. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da insuficiência humana (HIV) e doentes de aids. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm>. Acesso em 20 out. 2014.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

BELMONTE, Alexandre Agra. **A tutela das liberdades nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho. Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão. Disponível em <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em 20 nov. 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI Paula Oliveira (Coord.) **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.108-117.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas Relações de Trabalho. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula (Coord.). **Direitos humanos e direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2010, p.131-165.

OIT: emprego é crucial para o tratamento do HIV, Aids. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-emprego-e-crucial-para-o-tratamento-do-hivaida>> Acesso em 30 out. 2014.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.