



**Centro Universitário de Brasília – UniCEUB**  
**Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS**

**FRANCIELE PEREIRA COSTA**

**ROMPIMENTO CONTRATUAL DISCRIMINATÓRIO CONTRA O  
EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV**

**Brasília**  
**2013**

**FRANCIELE PEREIRA COSTA**

**ROMPIMENTO CONTRATUAL DISCRIMINATÓRIO CONTRA O  
EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Professor Hélio José de Souza Filho.

**Brasília  
2013**

**COSTA, Franciele Pereira.**

**O rompimento contratual discriminatório contra o  
empregado portador do vírus HIV – Brasília:  
UniCEUB, FAJS, 2013.**

**79 f.**

**1. Monografia Direito do Trabalho. I. Título. II. Costa,  
Franciele Pereira. III. Centro Universitário de Brasília –  
UniCEUB. IV. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais  
Aplicadas.**

A Deus por me conceder o Dom da vida a cada dia.  
Aos professores do UniCEUB, em especial, ao meu orientador, Dr. Hélio José, o meu muito obrigada por todas as orientações, ensinamentos e paciência.  
Aos meus pais, Maria Elza e Francisco, a quem tudo devo, pelo amor incondicional, incentivo, por serem meus exemplos e por cada esforço e dedicação.  
A Flaviane, Flávia e Maria Grazielly, pelo companheirismo e cumplicidade.  
Ao Lucas, por todo amor, apoio e compreensão.

*“A luta contra a AIDS depende de vencer as tentativas de dividir o mundo entre ‘eles’ e ‘nós’ – depende de perceber que a proteção da maioria está intimamente ligada à proteção da minoria.”*

Mann in Daniel e Parker

## RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar uma problemática na proteção de direitos e princípios constitucionais, como a da dignidade da pessoa humana, igualdade e não discriminação, dos portadores de HIV/AIDS, no que se refere à estabilidade no emprego, ou seja, a discussão de reintegração e indenização face à Lei nº 9.029/95 e à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Para tanto, inicia-se com a exposição das principais modalidades de estabilidade atualmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Adiante, adentra-se às questões relativas aos aidéticos, apontados conceito da doença, formas de transmissão e tratamento, e princípios constitucionais pertinentes ao caso, tais como dignidade da pessoa humana, não discriminação, igualdade, continuidade da relação de emprego, função social do contrato e da proteção. Por fim, discorrer-se-á sobre o ônus da prova de modo geral no Direito do Trabalho e posteriormente, do ônus probatório da discriminação do portador de HIV/AIDS, demonstrando alguns meios de prova. Ao final, explorar-se-ão também alguns entendimentos jurisprudenciais, demonstrando-se algumas fragilidades e inseguranças nas atuais legislações protetoras dos portadores de HIV/AIDS.

**Palavras-Chave:** Discriminação. Igualdade. Dignidade da pessoa humana. Estabilidade. Ônus da Prova.

## ABSTRACT

This work presents a problem in the protection of rights and constitutional principles such as the dignity of the human person, equality and non-discrimination, of people with HIV/AIDS in relation to job stability, ie the discussion of reintegration and indemnification against the Law No. 9.029/95 and Precedent 443 of the Superior Labor Court. Therefore, begins with the exposition of the main forms of stability currently prevailing in the Brazilian legal system. Forward, enters to issues relating to AIDS patients, pointed concept of disease transmission and treatment, and constitutional principles relevant to the case, such as human dignity, non-discrimination, equality, continuity of employment, social function of contract and protection. Finally, will discuss about the burden of proof generally in Labour Law and subsequently, the evidential burden of discrimination on people with HIV/AIDS, demonstrating some evidence. Finally, it will explore also some jurisprudential understandings, showing up weaknesses and insecurities of current laws currently protective of HIV/AIDS.

**Keywords:** Discrimination. Equality. Human dignity. Stability. Burden of Proof .

# SUMÁRIO

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 8  |
| <b>1 FORMAS DE GARANTIA DE EMPREGO</b> .....  | 11 |
| 1.1 Conceito de estabilidade.....   | 11 |
| 1.2 Estabilidade por tempo de serviço ou estabilidade decenal .....   | 13 |
| 1.3 Estabilidades provisórias ou estabilidades especiais .....  | 17 |
| 1.3.1 <i>Acidentado</i> .....   | 21 |
| 1.3.2 <i>Gestante</i> .....   | 23 |
| 1.3.3 <i>Representantes da CIPA</i> .....   | 25 |
| 1.3.4 <i>Dirigente sindical</i> .....   | 27 |
| 1.4 Extinção da estabilidade .....  | 30 |
| 1.5 Considerações gerais acerca da estabilidade .....   | 30 |
| <b>2 A AIDS E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO</b> .....   | 32 |
| 2.1 Conceito de AIDS.....   | 32 |
| 2.2 Breve histórico.....  | 34 |
| 2.3 Princípios jurídicos relevantes ao estudo da AIDS no âmbito trabalhista: igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana..... | 36 |
| 2.4 Princípios da continuidade do contrato de trabalho, função social do contrato e da proteção .....                                       | 44 |
| 2.5 Considerações gerais acerca da AIDS e os princípios do Direito do Trabalho .....  | 48 |
| <b>3 O ÔNUS DA DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DO VÍRUS HIV</b> .....   | 52 |
| 3.1 O ônus da prova no Processo do Trabalho .....   | 52 |
| 3.2 O ônus da discriminação do portador do vírus HIV .....  | 55 |
| 3.3 Reintegração e indenização do portador do vírus HIV face à Lei nº 9.029/95 e à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho .....        | 60 |
| 3.4 Entendimentos jurisprudenciais.....   | 64 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 70 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....  | 74 |
| <b>LEGISLAÇÕES</b> .....  | 78 |



## INTRODUÇÃO

Uma das principais preocupações do Direito é regular e harmonizar os conflitos sociais, atuando por meio de normas que permitam a proteção dos direitos de seus titulares, de forma positiva, ou, ainda, de forma negativa aplicando regramentos que impeçam condutas passíveis de danos patrimoniais ou morais dos indivíduos. Dessa forma, entende-se que o Direito é uma ciência essencialmente social e que suas normas devem disciplinar os conflitos para que a igualdade entre os indivíduos seja estabelecida.

Nesse sentido, duas práticas ilícitas merecem atenção especial atualmente, quais sejam a discriminação e o preconceito, as quais causam inúmeros prejuízos, principalmente no âmbito trabalhista e atingem diversos grupos, tais como mulheres, deficientes físicos, portadores de necessidades especiais e, principalmente, portadores de HIV/AIDS, que têm adquirido extrema relevância dado o aumento de casos levados ao Judiciário.

Diante dessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo explorar questões relativas ao tratamento dado aos portadores de HIV/AIDS nas relações de trabalho, mais especificadamente, no que se refere à estabilidade no emprego, levando-se em consideração a violação de princípios constitucionais, como o da igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana, pertinentes ao caso. Explorar-se-ão os entendimentos jurisprudenciais anteriores à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, bem os posteriores, e suas respectivas fundamentações jurídicas.

No que se refere ao primeiro capítulo, tratar-se-á das principais modalidades de estabilidades atualmente previstas no ordenamento jurídico, tais como a estabilidade por tempo de serviço, também chamada de estabilidade decenal, estabilidade do acidentado, gestante, representante da CIPA e dirigente sindical, abordando conceitos, suas principais características, previsões legais e fundamentos sócio-jurídicos, de modo a se verificar como são aplicados aos casos concretos e, ainda, formas de extinção.

O segundo capítulo abordará o conceito de AIDS, de modo a se verificar suas principais formas de transmissão, demonstrando que lágrimas, suor, saliva, por exemplo, não são

passíveis de transmissão, embora diversas pessoas pensem que sim, muitas vezes por falta de informação ou, até mesmo, por mero preconceito. Abordará, ainda, os principais sintomas da doença, tratamentos, e um breve histórico. Far-se-á a análise de princípios jurídicos relevantes ao estudo da AIDS no âmbito trabalhista, tais como igualdade, não discriminação, dignidade da pessoa humana, continuidade da relação de emprego, função social do contrato e da proteção, observando suas respectivas previsões legais.

Faz-se necessária a análise dos princípios acima citados, tendo em vista a relevância jurídica que têm adquirido no ordenamento jurídico brasileiro, pois auxiliam na solução dos conflitos, na aplicação das normas e na formação dos entendimentos dos juízes e aplicadores das normas, e, ainda, no preenchimento de determinadas lacunas na legislação, principalmente no que tange à estabilidade do portador de HIV/AIDS, tendo em vista que a terminologia, por si só, da doença já acarreta preconceitos e discriminações que, embora as inúmeras vedações legais, ainda ocorrem.

No terceiro capítulo tratar-se-á do ônus da prova no Direito do Trabalho, previsto nos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333 do Código de Processo Civil e posteriormente, do ônus probatório da discriminação do portador de HIV/AIDS, bem como a inversão do ônus da prova, haja vista a importância que tal assunto tem no momento do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados e, conseqüente determinação, ou não, da reintegração ao emprego desses trabalhadores. Verifica-se a necessidade da discussão acerca do assunto, tendo em vista que o ônus da prova permite um equilíbrio na relação processual e está diretamente ligado ao princípio do contraditório.

Analisar-se-á, ainda, a reintegração do portador de HIV/AIDS face à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, bem como questões relativas à indenização por danos morais a que os portadores da doença têm direito, disposta no artigo 4º da Lei nº 9.029 de 13 de abril de 1995. Por fim, serão analisados alguns entendimentos jurisprudenciais. Observar-se-á como o ônus da discriminação do portador de HIV/AIDS era tratado, o entendimento acerca da estabilidade e a possibilidade da substituição da reintegração pela indenização por danos morais.

Objetiva-se com o presente trabalho, promover uma crítica, por meio de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, acerca da discriminação e preconceitos sofridos pelo portador de HIV/AIDS, no âmbito do Direito do Trabalho, levantando-se questionamentos acerca da legislação que resguarda o direito à estabilidade dessa classe de trabalhadores, tendo em vista que esta ainda carece de atenção em determinados pontos. Por fim, busca-se apenas fornecer uma visão geral acerca da necessidade de se criar meios efetivos a fim de garantir proteção e igualdade às vítimas de preconceito e discriminação no âmbito trabalhista, tendo em vista que o trabalho se faz necessário na vida do ser humano, proporcionando-lhe dignidade e justiça.

Utilizar-se-á, como metodologia, pesquisas e consultas jurídicas em doutrinas, artigos científicos, revistas jurídicas e demais publicações pertinentes ao tema, bem como decisões e entendimentos jurisprudenciais, e suas principais fundamentações legais, ou seja, legislações aplicadas aos casos concretos, tais como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, entre outras legislações infraconstitucionais, de modo a embasar as questões apresentadas.

## 1 FORMAS DE GARANTIA DE EMPREGO

### 1.1 Conceito de estabilidade

A garantia de emprego é um instituto do Direito do Trabalho, ligado ao contexto do término do contrato de trabalho, que surgiu no Brasil pouco antes de 1930, incorporando-se à Consolidação das Leis do Trabalho apenas em 1943. Tendo em vista as lacunas e fragilidades da legislação que determina a reintegração dos portadores do vírus HIV e a dificuldade destes quanto ao ônus da discriminação, implicando na violação da dignidade desses trabalhadores, objeto deste estudo, buscar-se-á delimitar a forma mais apropriada para a solução desse caso específico. Faz-se necessário, entretanto, abordar alguns conceitos, formas, possibilidades e limitações de estabilidades no emprego como se verá adiante.

Nesse sentido, buscando dar proteção aos interesses ou valores “quando confrontados com o direito de o empregador dispensar, imotivadamente, o seu empregado, a norma trabalhista garante, por vezes, a manutenção, provisória ou definitiva, do vínculo empregatício.”<sup>1</sup> Dá-se ao instituto que permite essa manutenção o nome de estabilidade e pode ser prevista em lei, no contrato de trabalho, no regulamento da empresa ou em norma coletiva.

A estabilidade é considerada uma espécie de garantia de emprego, entendendo alguns doutrinadores não se confundir com a própria garantia de emprego que afirmam ser um instituto mais amplo, ou seja, um gênero que está ligado à política de emprego.<sup>2</sup> É uma forma de proteção do empregado contra a dispensa arbitrária do empregador, proibida no ordenamento jurídico brasileiro, conforme prevê o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho*. 1.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 495.

<sup>2</sup> Para Renato Saraiva: “A estabilidade é espécie do gênero garantia de emprego que se materializa quando o empregador está impedido, temporária ou devidamente, de dispensar sem justo motivo o laborante.” (SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: Método, 2012. p. 382.

Para Sérgio Pinto Martins: “Há que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço.” MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 422.

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

I - A relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”<sup>3</sup>

Para Sérgio Pinto Martins a estabilidade “é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida.”<sup>4</sup> Assim sendo, o empregador não poderá dispensar imotivadamente o empregado, salvo nos casos em que a lei permitir, implicando, assim, na aplicação do princípio da continuidade do contrato de trabalho. Ressalte-se que em alguns casos é permitida a dispensa, não resultando, portanto, em estabilidade desde que devidamente pago o período correspondente a ela, considerado o valor como uma indenização compensatória.

Como já mencionado, há determinados casos em que não é permitido ao empregador dispensar imotivadamente o empregado, garantindo-lhe a estabilidade. Entretanto a estabilidade, de modo geral, não pode ser considerada absoluta, pois há hipóteses em que a lei poderá determinar o término do contrato de trabalho como nos casos de motivo de força maior, de justa causa,<sup>5</sup> extinção da empresa, entre outras causas, independentemente da estabilidade do empregado.

No caso de dispensa sem justa causa, é necessário o cometimento de falta grave, a qual deve ser apurada por meio de inquérito judicial e, somente após a sentença da ação ajuizada na Justiça do Trabalho, poderá a dispensa ser efetivada. “Entretanto, as normas ou decisões sobre a estabilidade, provisória ou transitória, são omissas a respeito do inquérito para apurar a falta grave.”<sup>6</sup> Há casos, porém, como os de empregadas gestantes que dispensam essa apuração, podendo ser dispensadas desde que sejam pagos os valores correspondentes à estabilidade.

<sup>3</sup> BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

<sup>4</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 422.

<sup>5</sup> Para Evaristo de Moraes Filho: “Justa causa é todo ato doloso ou culposamente grave, que faça desaparecer a confiança e a boa fé que devem existir entre empregado e empregador, tornando assim impossível o prosseguimento da relação.” (MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 105.)

<sup>6</sup> NETO, José Salem. *Direito do Trabalho*. 2.ed., Campinas: Copola, 1999. p. 293.

A estabilidade pode ser entendida, também, como uma forma de assegurar ao empregado o direito à manutenção de seu emprego, enquanto cumprir com suas obrigações contratuais. Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que:

“Mediante o regime da estabilidade no emprego o contrato de trabalho só pode ser desfeito por iniciativa do empregador em caso de cometimento, pelo empregado, de falta grave, devidamente prevista em lei e apurada por meio de processo judicial. Já por iniciativa do empregado, pode haver rompimento do contrato de trabalho independentemente de justa causa. Assim porque o regime da estabilidade diz respeito, diretamente, à garantia do emprego de que terá sempre seu emprego, desde que cumpra com suas obrigações.”<sup>7</sup>

Para Carlos F. Zimmermann Neto a estabilidade “também foi estabelecida com o intuito de coibir abusos por parte do empregador, tendo a finalidade de dificultar, desestimular ou retardar a despedida do empregado.”<sup>8</sup> Mas, mesmo diante da estabilidade, nada obsta o empregado de pedir demissão, ocasião em que deverá ter assistência de um sindicato ou de um representante do Ministério Público do Trabalho para que surta os devidos efeitos.

Estabilidade, para Carlos Henrique da Silva Zangrando “é o direito adquirido pelo empregado ao emprego, consubstanciando uma limitação ao poder potestativo patronal de extinguir, unilateralmente, o contrato de trabalho.”<sup>9</sup> Dessa forma, tem-se uma efetiva e contínua relação empregatícia, na qual o poder potestativo de dispensa do empregador se encontra restrito às hipóteses da lei e garantindo uma maior segurança ao empregado.

Portanto, a estabilidade é um instituto jurídico que garante ao empregado a possibilidade de não ser dispensado, imotivadamente, podendo permanecer no emprego, a fim de garantir suas obrigações e subsistência. Cabe ressaltar, que há hipóteses estabelecidas por lei, como a extinção da empresa, motivo de força maior, justa causa, previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), entre outras, que permitem a dispensa, sendo, portanto, a estabilidade considerada como relativa.

## **1.2 Estabilidade por tempo de serviço ou estabilidade decenal**

---

<sup>7</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 167.

<sup>8</sup> ZIMMERMANN NETO, Carlos F. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Paloma, 2002. p. 307.

<sup>9</sup> ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Resumo do Direito do Trabalho*. 6.ed., Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 2003. p. 526.

A estabilidade por tempo de serviço, atualmente chamada de estabilidade decenal, prevista no artigo 492 da Consolidação das Leis do Trabalho, destinava-se aos empregados que completassem dez anos de serviços efetivos na empresa. Conforme dispõe o parágrafo único do referido artigo, entende-se como de serviço, todo o tempo que o empregado estiver à disposição do empregador. Dispõe o artigo 492 da CLT que:

“Art. 492: O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.  
Parágrafo único - Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.”<sup>10</sup>

O empregado, portanto, que completasse dez anos de serviços ininterruptos na empresa, tinha garantido o direito à estabilidade decenal, submetendo-se, assim, ao regime da CLT e não poderia ser dispensado, salvo nos casos em que houvesse cometimento de falta grave, devidamente apurada por meio de inquérito judicial (ressalvados os casos que dispensam o inquérito), denominado de inquérito para apuração de falta grave. O artigo 493 da CLT considera como falta grave a prática reiterada e que acarrete algum prejuízo à relação de trabalho de qualquer ato elencado no artigo 482 da CLT, *in verbis*:

“Art. 482: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

<sup>10</sup> BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 7 mar. 2013.

k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;

l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios contra a segurança nacional.”<sup>11</sup>

Em 1966 foi instituído pela Lei nº. 5.107/66 um regime alternativo ao sistema da CLT, o chamado Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), o qual perdurou como opção aos trabalhadores, podendo estes escolher entre o regime do FGTS ou o sistema da CLT, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando a partir de então passou a ser obrigatório. Renato Saraiva afirma que:

“Com a CF/88, o regime do FGTS passou a ser obrigatório, desaparecendo a indenização fixada nos arts. 477 e 478 da CLT, bem como a figura da estabilidade decenal, sendo assegurado, entretanto, o direito adquirido à estabilidade aos que, na data da promulgação da Carta Magna (5.10.1988), já haviam completado 10 anos de serviço.”<sup>12</sup>

O empregado optante pelo regime do FGTS, ao ser dispensado, fazia jus aos recolhimentos que eram feitos mensalmente no percentual de 8% sobre sua remuneração, depositados em conta vinculada. Poderia sacar os recolhimentos com uma indenização, também, de 10% sobre os valores depositados na conta do FGTS. Com a Constituição Federal de 1988 o percentual passou a ser de 40%.

Em contrapartida, o empregado que optasse pelo sistema da CLT, após completados os dez anos na empresa passava a ter estabilidade no emprego e caso fosse dispensado teria direito a uma indenização de um salário por cada ano trabalhado nos termos dos artigos 477 e 478 da CLT, não fazendo jus, portanto, ao pagamento do FGTS nem a qualquer outra indenização por tempo de serviço. Dispõem os artigos supracitados que:

“Art. 477: É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma

<sup>11</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 7 mar. 2013.

<sup>12</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: Método, 2012. p. 365/366.



indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

[...]

Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

§ 1º - O primeiro ano de duração do contrato por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida.

§ 2º - Se o salário for pago por dia, o cálculo da indenização terá por base 30 (trinta) dias.

§ 3º - Se pago por hora, a indenização apurar-se-á na base de 220 (duzentas e vinte) horas por mês.

§ 4º - Para os empregados que trabalhem à comissão ou que tenham direito a percentagens, a indenização será calculada pela média das comissões ou percentagens percebidas nos últimos 12 (doze) meses de serviço.

§ 5º - Para os empregados que trabalhem por tarefa ou serviço feito, a indenização será calculada na base média do tempo costumeiramente gasto pelo interessado para realização de seu serviço, calculando-se o valor do que seria feito durante 30 (trinta) dias.”<sup>13</sup>

A Lei nº 5.107/66 foi criada com o intuito de por fim à estabilidade no emprego, tendo em vista que muitos empregados eram despedidos por seus empregadores quando estavam próximos de completar os dez anos contínuos na empresa. As demissões ocorriam para que os trabalhadores não adquirissem a referida estabilidade e o empregador se encontrasse limitado às hipóteses legais para exercer seu poder potestativo e romper o contrato de trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus afirma que:

“Até o advento da lei do FGTS, os empregadores que pretendiam impedir seus empregados de alcançarem a estabilidade despediam-nos, sem justa causa, aos nove ou oito anos de serviço. Após inúmeras discussões judiciais, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que a dispensa injusta do empregado aos nove anos de serviço é presumidamente obstativa à estabilidade (Enunciado 26). Assim, em tal caso, faz jus o empregado à indenização em dobro. Não é possível reintegrá-lo ao serviço, pois só aos 10 anos atinge a estabilidade. Tal entendimento, porém, visa penalizar o empregador que pretende impedir que se alcance a estabilidade.”<sup>14</sup>

Com a implementação e obrigatoriedade do FGTS, atualmente regido pela Lei nº 8.036/1990, na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso III, a indenização prevista nos artigos 477 e 478 da CLT passou a não mais vigorar, bem como a estabilidade

<sup>13</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 7 mar. 2013.

<sup>14</sup> MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 167.

decenal, mas àqueles empregados que tivessem sido admitidos antes do regime obrigatório e completado os dez anos de serviço, tinham resguardados seus direitos adquiridos, no que se refere à estabilidade e à indenização, conforme prevê o artigo 14, da Lei nº 8.036/1990:

“Art. 14: Fica ressalvado o direito adquirido dos trabalhadores que, à data da promulgação da Constituição Federal de 1988, já tinham o direito à estabilidade no emprego nos termos do Capítulo V do Título IV da CLT.

1º O tempo do trabalhador não optante do FGTS, anterior a 5 de outubro de 1988, em caso de rescisão sem justa causa pelo empregador, rege-se pelos dispositivos constantes dos arts. 477, 478 e 497 da CLT.

2º O tempo de serviço anterior à atual Constituição poderá ser transacionado entre empregador e empregado, respeitado o limite mínimo de 60 (sessenta) por cento da indenização prevista.

3º É facultado ao empregador desobrigar-se da responsabilidade da indenização relativa ao tempo de serviço anterior à opção, depositando na conta vinculada do trabalhador, até o último dia útil do mês previsto em lei para o pagamento de salário, o valor correspondente à indenização, aplicando-se ao depósito, no que couber, todas as disposições desta lei.

4º Os trabalhadores poderão a qualquer momento optar pelo FGTS com efeito retroativo a 1º de janeiro de 1967 ou à data de sua admissão, quando posterior àquela.”<sup>15</sup>

Portanto, com a tentativa de se evitar as fraudes que eram praticadas contra os empregados próximos a completar os dez anos na empresa, o regime do FGTS passou a ser obrigatório para todos os trabalhadores, sejam urbanos ou rurais, após a promulgação da Constituição de 1988, embora muito criticado.<sup>16</sup> Retirou-se a estabilidade no emprego e foram concedidos outros benefícios aos empregados, como o saque dos recolhimentos mensais que eram realizados em conta vinculada juntamente com a indenização compensatória de 40% sobre o valor dos recolhimentos.

### 1.3 Estabilidades provisórias ou estabilidades especiais

Além da estabilidade decenal, destacam-se outras estabilidades provisórias, as quais podem ser oriundas de convenções ou acordos coletivos de trabalho ou de outras leis.

<sup>15</sup> BRASIL. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm)> Acesso em: 11 mar. 2013.

<sup>16</sup> De acordo com Renato Saraiva: “A instituição do FGTS, como regime obrigatório acabou por enfraquecer e esvaziar, sensivelmente, o princípio da continuidade da relação de emprego, uma vez que o art. 7º, I, da CF/1988 não assegurou a estabilidade plena ao trabalhador, mas, ao contrário, permitiu que a parte patronal dispensasse arbitrária ou imotivadamente o empregado.” (SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: Método, 2012. p. 366.

Amauri Mascaro Nascimento afirma quanto à estabilidade provisória que “a sua duração é limitada, já que persiste enquanto durar a causa jurídica que a justificou.”<sup>17</sup> No entanto, há críticas em relação à denominação de estabilidade provisória tendo em vista que não pode ser estável algo que é provisório.

A estabilidade provisória tem como objetivo a manutenção do emprego do trabalhador. O empregado faz jus à reintegração quando tem direito a estabilidade e por alguma razão é dispensado pelo empregador e em razão da lesão sofrida, determina-se o retorno ao emprego, pelo menos até o término do período de estabilidade. Há casos, porém, em que a dispensa causa prejuízos insuportáveis ao empregado de modo que se torna inviável a reintegração. Assim sendo, pode ser a reintegração substituída por uma indenização compensatória, conforme prevê o artigo 496 da CLT, *in verbis*:

“Art. 496: Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.”<sup>18</sup>

Entretanto, quando o período para requerer a reintegração for ultrapassado só fará jus, o empregado, aos salários referentes ao período da estabilidade. Nesse sentido, tem-se a Súmula 396 do Tribunal Superior do Trabalho:

**“ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO ‘EXTRA PETITA’ (conversão das Orientações Jurisprudenciais n.ºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ n.º 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

<sup>17</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36.ed., São Paulo: LTr, 2011. p. 398.

<sup>18</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

II - Não há nulidade por julgamento “extra petita” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997).”<sup>19</sup>

E também a Orientação Jurisprudencial 399 da SBDI-1 do TST:

**“399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)**

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.”<sup>20</sup>

Dessa forma, diante das considerações acima realizadas, há a necessidade de se abordar algumas estabilidades provisórias atualmente previstas e vigentes no ordenamento jurídico brasileiro para o embasamento do debate sobre a estabilidade do portador de HIV e o ônus da discriminação. Como já citado anteriormente, as estabilidades, como suas respectivas alterações recentes, podem decorrer de outras leis, convenções ou acordos coletivos de trabalho, conforme demonstra o quadro abaixo:

---

<sup>19</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 396*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-396](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-396)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html#TEMA399](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA399)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

**QUADRO 1 - Estabilidades atualmente vigentes no ordenamento jurídico brasileiro**

| <b>TIPOS</b>   | <b>FONTE JURÍDICA</b>  | <b>DESCRIÇÃO</b>   |
|--|--|--|
| <b>Acidentado</b>  | Artigo 118 da Lei nº 8.213/91;   | Concedida aos trabalhadores que se acidentarem no ambiente de trabalho; têm estabilidade de doze meses após a cessação do auxílio doença, podendo ser dispensados por motivos de falta grave, sem necessidade de inquérito judicial;   |
| <b>Gestante</b>  | Artigo 10, II, “b”, do ADCT da CF/88;  | Concedida à gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, podendo ser dispensada, com o devido pagamento de indenização compensatória, sem necessidade de inquérito judicial;   |
| <b>Representantes da CIPA</b>                                  | Artigo 10, II, “a”, do ADCT da CF/88;  | Concedida tanto aos titulares quanto aos suplentes; têm estabilidade desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato, vedada a dispensa arbitrária, salvo nas hipóteses permissivas da parte final do artigo 165 da CLT, sem a necessidade do inquérito judicial; |
| <b>Dirigente sindical</b>                                      | Artigos 543, § 3º, da CLT; 8º, VIII, da CF/88;                                   | Concedida tanto aos representantes sindicais quanto aos suplentes; têm estabilidade desde a candidatura até um ano após o término do mandato, podendo ser dispensados por motivo de falta grave devidamente apurada nos termos da CLT;   |
| <b>Empregado público</b>                                       | Artigo 19 do ADCT, da CF/88;   | Concedida aos servidores públicos civis da União, Estados, DF e municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas; têm estabilidade da data da promulgação da Constituição, em exercício a pelo menos cinco anos e que não tenham prestado concurso público;    |
| <b>Membro do Conselho Curador do FGTS</b>                      | Artigo 3º, § 9º, da Lei nº 8.036/90.   | Concedida tanto aos representantes efetivos quanto aos suplentes; têm estabilidade desde a nomeação até um ano após o término do mandato, podendo ser dispensados por motivos de falta grave, apurada por meio de processo sindical;   |
| <b>Membro do Conselho Nacional de Previdência Social</b>       | Artigo 3º, § 7º, da Lei nº 8.213/91.   | Concedida tanto aos representantes efetivos quanto aos suplentes; têm estabilidade desde a nomeação até um ano após o término do mandato, podendo ser dispensados por motivos de falta grave, apurada por meio de processo judicial;   |
| <b>Reabilitados</b>  | Artigo 93, § 1º, da Lei 8.213/91.  | Empregados reabilitados ou deficientes habilitados; têm estabilidade até a contratação de substituto em condição semelhante; podem ser dispensados somente se a empresa tiver o número previsto no artigo 93 da Lei 8.213/91;  |
| <b>Empregados eleitos diretores de sociedades cooperativas</b> | Artigo 55, da Lei 5.764/71, nos termos do art. 543, CLT; OJ 253, SBDI-1, do TST. | Somente os diretores das cooperativas, não estendendo aos suplentes; têm estabilidade desde o registro da candidatura até um ano após o término do mandato, podendo ser dispensados por falta grave, devidamente apurada nos termos da CLT;  |
| <b>Membro da Comissão de Conciliação Prévia</b>                | Artigo 625-B, § 1º, da CLT.  | Membros representantes da Comissão, titulares e suplentes; têm estabilidade até o término do mandato, podendo ser dispensados por falta grave nos termos da lei.   |

Fonte: Elaboração própria a partir de MARTINS (2011); SARAIVA (2011).

Verificando as fontes jurídicas de cada tipo de estabilidade, assim como algumas de suas particularidades, somente o cipeiro, gestante, dirigente sindical e o servidor público possuem garantia de emprego assegurada pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, como a estabilidade do servidor público atualmente é garantida pela Lei nº 8.112/90, e não se aplica aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, não se torna relevante para este estudo uma análise mais aprofundada além das informações apresentadas anteriormente. Portanto, adiante serão estudadas as demais estabilidades citadas neste parágrafo.

### **1.3.1 Acidentado**

A estabilidade do acidentado era prevista em normas coletivas e posteriormente foi implantada na Lei nº 8.213/91. É destinada aos empregados que se acidentem no trabalho ou adquiram alguma doença em decorrência da atividade exercida, desde que devidamente constatada por meio de laudo pericial. Após afastar-se do trabalho por mais de quinze dias o empregado faz jus ao recebimento de auxílio-doença, sendo este, portanto, um dos requisitos necessários para que se tenha a estabilidade acidentária. Atualmente o artigo 118 da Lei nº 8.213/91, prevê a garantia de emprego dispondo que:

“Art. 118: O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente da percepção de auxílio-acidente.”<sup>21</sup>

A estabilidade só será concedida quando houver o pagamento de auxílio-doença acidentário, que por sua vez, será devido apenas quando o afastamento do empregado se der por mais de quinze dias, conforme mencionado anteriormente. Não há, porém, determinação legal de que para a concessão da estabilidade resulte o acidente em seqüela ou redução da capacidade de exercer suas atividades laborativas, bastando apenas que tenha sofrido o acidente de trabalho, bem como também não há determinação acerca do acidente se deve ser grave ou leve.

A garantia de emprego visa a proteção do empregado acidentado que, nessas condições, encontraria dificuldades em encontrar outro emprego, no caso de ser dispensado. Na

---

<sup>21</sup> BRASIL. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 21 de mar. 2013.

grande maioria dos casos o que ocorre não é a estabilidade e sim uma indenização correspondente ao período de estabilidade, conforme afirma Sérgio Pinto Martins, quanto ao artigo 118 da Lei nº 8.213/91:

“O dispositivo em comentário dificulta a possibilidade da dispensa do operário, pois raramente o trabalhador acidentado encontraria outro emprego nessas condições. O que vai ocorrer na prática é a dispensa do obreiro, preferindo a empresa pagar a indenização do período da estabilidade a reintegrar o acidentado, ficando prejudicado o intuito do legislador, que era o de garantir efetivamente o emprego ao trabalhador acidentado. Preferível teria sido a reintegração do trabalhador no emprego, como ocorre em certas normas coletivas.”<sup>22</sup>

Até meados de setembro de 2012 os empregados contratados por prazo determinado ou que estivessem em período de experiência não faziam jus a estabilidade acidentária, com a justificativa de que desde a contratação as partes estariam cientes do término do contrato e que a dispensa não resultaria de justa causa ou arbitrariedade. No entanto, houve uma mudança significativa em torno da referida garantia de emprego, que passou, portanto, a incluir o empregado por tempo determinado conforme entendimento da Súmula 378 do TST, *in verbis*:

**“ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.”<sup>23</sup>

<sup>22</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 444.

<sup>23</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 378*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-378](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378)>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

No entanto, põe fim ao contrato de trabalho o empregado que pede demissão perdendo, assim, o direito à estabilidade. Sérgio Pinto Martins afirma que “a adesão do empregado a plano de demissão voluntária da empresa também implica a perda do direito à garantia de emprego, pois é incompatível com a reintegração no emprego”.<sup>24</sup> Portanto, o empregado perderá o direito à estabilidade, mas terá direito à indenização compensatória referente ao período de estabilidade conforme já mencionado.

### 1.3.2. Gestante

A gestante tem sua estabilidade garantida no artigo 10, alínea “b”, do inciso II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. É garantido o emprego à gestante como forma de se proteger principalmente o nascituro. Portanto, a obreira tem a referida garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dispõe o artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988:

“Art. 10: Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:  
[...]  
II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa:  
[...]  
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”<sup>25</sup>

A empregada faz jus à estabilidade independentemente do conhecimento ou não do empregador, bem como de sua comprovação, bastando apenas sua confirmação. Nesse sentido, Sérgio Pinto Martins afirma que “confirmação quer dizer o ato ou efeito de confirmar; segurança expressa e nova que torna uma coisa certa. É o ato que de comprovar, demonstrar, certificar.”<sup>26</sup> No entanto, o estado gravídico deve ser comunicado ao empregado na vigência do contrato de trabalho ou do aviso prévio, por meio de atestado médico ou exame laboratorial, para que a partir daí passasse a estar protegida, no entanto, atualmente entende-se que o comunicado pode ocorrer depois.

<sup>24</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 445.

<sup>25</sup> BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

<sup>26</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 438.



Cabe ressaltar que a empregada poderá ser dispensada arbitrariamente ou por justa sem a necessidade do inquérito judicial, bem como poderá ser determinada sua reintegração ao emprego. No entanto, essa reintegração só será possível se requerida durante a estabilidade, caso contrário só receberá os salários correspondentes ao período da referida garantia de emprego.

Ademais, assim como a estabilidade acidentária, a estabilidade da gestante também passou por significativas mudanças. Até setembro de 2012, a empregada admitida em contrato por tempo determinado, incluindo os contratos de experiência, não tinha direito à garantia de emprego. Somente após a sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012, que alterou o inciso III da Súmula 244 do TST, passou então, a gestante contratada por prazo determinado, a fazer jus à estabilidade, nos termos do artigo 10, inciso II, “b” do ADCT. Afirma a Súmula 244 do TST:

**“GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

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

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

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”<sup>27</sup>

Nesse sentido, observa-se que as empregadas domésticas também fazem jus à estabilidade nos termos do artigo 4º-A da Lei nº 5.859/72, segundo o qual “É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.”<sup>28</sup> Em se tratando de adoção, entende-se que não há falar em estabilidade tendo em vista que não há confirmação de gravidez, bem como a mãe adotiva não

<sup>27</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 244*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

<sup>28</sup> BRASIL. *Lei n° 5.859, de 11 de dezembro de 1972*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

necessita de tempo para se recuperar e amamentar o filho. Portanto, a mãe adotiva não tem direito à garantia de emprego.

Desse modo, a gestante tem estabilidade garantida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 e na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, incluindo-se, a partir da alteração de 2012, os contratos por prazo determinado. Poderá haver, ainda, a reintegração desde que requerida no período da estabilidade ou a indenização correspondente.

### **1.3.3 Representantes da CIPA**

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) é composta por representantes do empregador e dos empregados e visa a prevenção de eventuais acidentes e doenças ocasionadas pelo trabalho, de modo a garantir a relação empregatícia.<sup>29</sup> O mandato dos membros eleitos tem duração de um ano, podendo ser reeleitos por igual período, conforme dispõe o item 5.7 da Norma Regulamentadora nº 05, segundo o qual: “O mandato dos membros eleitos da CIPA terá a duração de um ano, permitida uma reeleição.”<sup>30</sup>

Até dezembro de 1977 a CIPA funcionava de forma facultativa e era considerada como uma simples comissão na empresa. Atualmente a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes é obrigatória às empresas públicas e privadas, aos órgãos da administração direta e indireta, às sociedades de economia mista, cooperativas, instituições beneficentes, associações recreativas, entre outras. A obrigatoriedade, bem como a regulamentação, atribuições, composições e funcionamentos, são determinadas pelo artigo 163 da CLT, segundo o qual:

---

<sup>29</sup> “Norma Regulamentadora nº 05: 5.1 A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA - tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.” (BRASIL, Portaria GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr\\_05.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr_05.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

<sup>30</sup>BRASIL. *Portaria GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978.* Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr\\_05.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr_05.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

“Art. 163: Será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA -, de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas.  
Parágrafo único - O Ministério do Trabalho regulamentará as atribuições, a composição e o funcionamento das CIPAs.”<sup>31</sup>

A garantia de emprego do cipeiro é dada desde a sua candidatura até um ano após o término do mandato, sendo vedada sua dispensa arbitrária, mas poderá ser dispensado por questões ligadas à empresa como econômicas e financeiras. Em caso de despedida e posterior ajuizamento de ação trabalhista, caberá ao empregador comprovar o motivo da dispensa conforme determina o artigo 165 da CLT, *in verbis*:

“Art. 165: Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.  
Parágrafo único - Ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.”<sup>32</sup>

A estabilidade do cipeiro está prevista, ainda, no artigo 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988. Pela leitura do artigo supracitado, somente há garantia de emprego ao titular da representação dos empregados, nada é mencionado sobre a estabilidade do suplente, entendendo-se que somente é concedida ao titular. Versa o artigo 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Transitórias que:

“Art. 10: Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:  
[...]  
II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:  
a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato  
[...].”<sup>33</sup>

<sup>31</sup> BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 29 mar. 2013.

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 29 mar. 2013.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm#adct](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

No entanto, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 339, firmou entendimento no sentido de que o suplente também tem direito à garantia de emprego, nos mesmos termos do artigo 10, II, “a”, do ADCT, segundo a qual:

**“CIPA. SUPLENTE. GARANTIA DE EMPREGO. CF/1988 (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 25 e 329 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - O suplente da CIPA goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, "a", do ADCT a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. (ex-Súmula nº 339 - Res. 39/1994, DJ 22.12.1994 - e ex-OJ nº 25 da SBDI-1 - inserida em 29.03.1996)

II - A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estável. (ex-OJ nº 329 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003).”<sup>34</sup>

Desse modo, tanto os titulares quanto os suplentes representantes dos trabalhadores fazem jus à estabilidade, sendo vedada a dispensa arbitrária nos termos do artigo 165 da CLT, salvo as hipóteses permissivas da parte final do referido artigo. Ressalte-se que em caso de dispensa caberá ao empregador o ônus de provar que a dispensa não foi arbitrária, sob pena de reintegração do empregado. Cabe salientar, ainda, que neste caso de estabilidade, também não há a necessidade de inquérito judicial para a apuração da causa da dispensa.

#### **1.3.4 Dirigente sindical**

Ao representante sindical também é conferida estabilidade tendo em vista o desempenho de suas atividades em prol dos empregados. Sérgio Pinto Martins afirma que “O objetivo da garantia de emprego do dirigente sindical é evitar represálias por parte do empregador pelo fato de o dirigente postular direitos para a categoria.”<sup>35</sup> É por meio da categorial sindical que poderão os empregados negociar as condições contratuais de modo a não prejudicarem futuramente suas relações de emprego. A estabilidade do representante sindical tem previsão no artigo 8º, inciso VIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 339*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-339](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-339)>. Acesso em 2 abr. 2013.

<sup>35</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 433.

“Art. 8º: É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.”<sup>36</sup>

Assim como os representantes da CIPA, os representantes sindicais, bem como os suplentes, também têm direito a garantia de emprego desde a candidatura até um ano após o término do mandato (que tem duração de três anos), em caso de eleição, salvo caso haja o cometimento de falta grave, conforme determina, também, o artigo 543, parágrafo 3º, da CLT, segundo o qual:

“Art. 543: O empregado eleito para cargo de administração sindical ou representação profissional, inclusive junto a órgão de deliberação coletiva, não poderá ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido para lugar ou mister que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições sindicais.

[...]

§ 3º - Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.”<sup>37</sup>

No entanto, “a estabilidade prevista no art. 543, § 3º, da CLT, e no art. 8º, VIII, da CF/1988, somente é assegurada aos dirigentes de sindicato, e não aos dirigentes de simples associações.”<sup>38</sup> Assim sendo, a garantia de emprego é assegurada somente aqueles eleitos para cargos de direção ou de representação sindical, não fazendo jus à estabilidade dirigentes de entidades fiscalizadoras no exercício de profissão liberal como CRM, CREA, OAB, CRC, entre outros.

Em setembro de 2012, a Súmula 369 do TST sofreu uma alteração em seu inciso I. Anteriormente à alteração o dirigente sindical deveria comunicar, obrigatoriamente, ao empregador, por escrito, no prazo de 24 (vinte e quatro horas) sua candidatura, bem como em

<sup>36</sup> BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 abr. 2013.

<sup>37</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 2 abr. 2013.

<sup>38</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: Método, 2012. p. 387.

caso de eleição e posse, o dia e a hora do registro da candidatura, para que se obtivesse a estabilidade em caso de dispensa, conforme previsto no artigo 543, § 5º, da CLT. Após a alteração, a estabilidade passou a ser garantida fora do prazo supracitado, desde que haja ciência do empregador na vigência do contrato de trabalho. Prevê a Súmula 369 do TST:

**“DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) -Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I - É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.”<sup>39</sup>

Assim sendo, o dirigente sindical também tem direito à estabilidade provisória nos termos dos artigos 8º, VIII, da Constituição Federal, 543, § 3º da CLT e Súmula 369 do TST. No entanto, não fará jus à garantia de emprego, o representante, caso seja afastado do cargo, pois não mais estaria exercendo atividades de representação sindical na empresa, bem como em caso de extinção da atividade empresarial nos termos do item IV da Súmula 369.

Os membros de conselhos fiscais de sindicato e delegados sindicais, também não têm a garantia de emprego, porquanto não exercem atividades inerentes à defesa de suas categorias, nos termos das Orientações Jurisprudenciais 365 e 369, respectivamente, segundo as quais:

---

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 369*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-369](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-369)>. Acesso em: 3 abr. 2013.

**“365. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DE CONSELHO FISCAL DE SINDICATO. INEXISTÊNCIA (DJ 20, 21 e 23.05.2008)**

Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista nos arts. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/1988, porquanto não representa ou atua na defesa de direitos da categoria respectiva, tendo sua competência limitada à fiscalização da gestão financeira do sindicato (art. 522, § 2º, da CLT).

[...]

**369. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DELEGADO SINDICAL. INAPLICÁVEL. (DEJT divulgado em 03, 04 e 05.12.2008)**

O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988, a qual é dirigida, exclusivamente, àqueles que exercem ou ocupem cargos de direção nos sindicatos, submetidos a processo eletivo.”<sup>40</sup>

Cabe ressaltar, dessa forma, que embora o dirigente sindical tenha direito a estabilidade, quando contratado por tempo determinado, a legislação vigente nada menciona sobre estabilidade aos empregados contratados nessa modalidade, tendo em vista que desde a contratação as partes já estão cientes do término do contrato.

#### **1.4 Extinção da estabilidade**

A estabilidade, seja qual for, se extingue pela morte, aposentadoria espontânea, pedido de demissão, entre outros. No caso de morte, não se estende aos herdeiros, tendo em vista que é um direito personalíssimo. Entende Sérgio Pinto Martins, ainda, que “o empregado, ao se aposentar ou pedir demissão, renuncia ao direito de estabilidade que detinha.”<sup>41</sup>

Ressalte-se que a estabilidade também se extingue caso ultrapassado o período para o seu requerimento, fazendo jus, somente aos salários ou indenização compensatória correspondente ao período da estabilidade, conforme já mencionado, nos termos da Súmula 396 do Tribunal Superior do Trabalho.

#### **1.5 Considerações gerais acerca da estabilidade**

A estabilidade é um instituto jurídico que concede ao empregado a possibilidade de não ser dispensado, imotivadamente, podendo permanecer no emprego, a fim de

<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientações Jurisprudenciais n.º 365 e 369 da SBDI-1*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_361.htm#TEMA365](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm#TEMA365)>. Acesso em: 3 abr. 2013.

<sup>41</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 453.

garantir suas obrigações e subsistência. Cabe ressaltar que há hipóteses estabelecidas por lei, como a extinção da empresa, motivo de força maior, justa causa, previstas no artigo 482 da CLT, entre outras, que permitem a dispensa, considerando-se a estabilidade como um direito relativo, não absoluto.

A estabilidade também passou por consideráveis mudanças ao longo dos tempos. Inicialmente, como já frisado, os empregados que completassem dez anos contínuos na empresa adquiriam a estabilidade decenal, a qual posteriormente foi substituída por outro regime denominado Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, bem como por tem-se outras estabilidades provisórias, cada qual com suas peculiaridades.

Ademais, as estabilidades provisórias, também chamadas de especiais, podem ser decorrentes de contratos de trabalho ou normas coletivas; constitucionais, como por exemplo, a estabilidade do dirigente sindical, gestante, cipeiro; e ainda, legais, quais sejam, a do acidentado, representantes dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia, dirigentes de cooperativas, entre outras, conforme já foi tratado.

Desse modo, os empregados têm direito à manutenção da relação empregatícia, desde que não haja causas que determinem sua dispensa. Em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa, poderá o empregado pleitear a reintegração ao emprego, caso não seja possível, o obreiro fará jus apenas à indenização compensatória correspondente ao período da estabilidade.

No que se refere à estabilidade dos portadores de AIDS, objeto de estudo, esta tem sido bastante debatida em razão do aumento de casos levados ao Judiciário para julgamento e tendo em vista as lacunas na legislação que determina a garantia de emprego, bem como a problemática do ônus probatório, como já mencionado anteriormente. A discussão se desenvolve, em grande parte, acerca de haver possibilidade de dispensa sem que acarrete em discriminação na despedida e a impossibilidade de reintegração, devendo esta ser substituída por indenização. No entanto, o caso será detalhado em momento oportuno.



## 2 A AIDS E PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Este capítulo destina-se ao estudo de pontos principais acerca da AIDS, tendo em vista os preconceitos e discriminações que a doença gera, apesar dos inúmeros esclarecimentos que são fornecidos à sociedade por meio de programas de prevenção e informação. O estudo é necessário para se entender a discussão doutrinária e jurisprudencial que é travada, no âmbito trabalhista, quanto à estabilidade do aidético, no sentido de violação à dignidade e igualdade, bem como a questão do ônus da discriminação, que será discutida em momento oportuno.

Serão abordados conceitos, formas de transmissão, sintomas, as principais infecções desenvolvidas com o avanço da doença, questões básicas atinentes aos tratamentos e um breve histórico, de modo que se possa verificar a importância do trabalho para o portador de AIDS, bem como esta questão tem sido enfrentada, levando em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, não discriminação, continuidade da relação de emprego, função social do contrato e o da proteção.

Afirma Armand Pereira que “de acordo com as estatísticas, das 42 milhões de pessoas infectadas com HIV no mundo, 26 milhões têm entre 15 e 49 anos de idade, isto é, 62% dos portadores de HIV/AIDS fazem parte da força de trabalho legal.”<sup>42</sup> Dessa forma, buscar-se-á analisar questões da doença que possam afetar a relação de emprego, tendo em vista que o ambiente de trabalho também é um local sujeito a possíveis discriminações, principalmente nos casos de dispensas imotivadas.

### 2.1 Conceito de AIDS

Em 1982, efetivamente diagnosticada, a AIDS surgiu apenas como uma nova doença e, posteriormente, com os inúmeros casos que foram identificados, em sua maioria em jovens homossexuais e/ou usuários de drogas, se tornou mais ampla, gerando problemas tanto econômicos quanto sociais.

---

<sup>42</sup> PEREIRA, Armand. “Apresentação”. In: PRADO, Moema (Org.); CUNHA, Maria Beatriz (Coord.). *HIV/Aids no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira*. Brasília: OIT, 2002. p. 9-10.

Embora tenha sido diagnosticada somente em 1982, como já mencionado, estudos e pesquisas apontaram que a doença já existia nas décadas de cinquenta e sessenta. No entanto, as infecções que ocorriam em pequenos grupos de pessoas, na zona rural da África Central, ainda não era denominada como AIDS.

Com o aumento considerável dos casos de AIDS ao longo dos últimos tempos, surgiram também discriminações e preconceitos que acarretam impactos tanto nas relações interpessoais como também nas relações de emprego. A AIDS pode ser entendida como uma doença infectocontagiosa que reduz a capacidade do sistema imunológico de seu portador. Para Marcelo Soares a AIDS, também chamada de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA):

“Tem esse nome em função da deficiência imunológica generalizada que se observa em seus portadores. Por causa dessa deficiência, o organismo do indivíduo não mais é capaz de combater potenciais infecções causadas por patógenos com que se defronta. O indivíduo com AIDS, portanto, é suscetível a quaisquer infecções, mesmo as mais simples, com as quais os indivíduos normais se deparam diariamente, combatendo-as com eficiência.”<sup>43</sup>

Ainda nesse sentido Dani Rudnicki afirma que:

“A SIDA é conhecida popularmente como AIDS (sigla da denominação em língua inglesa), é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: síndrome de conjunto de sintomas ou sinais de doença; imunodeficiência do momento no qual o sistema imunológico de uma pessoa não pode proteger o corpo, o que facilita o desenvolvimento de diversas doenças; e adquirida do fato de que ela não é hereditária, depende de infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH).”<sup>44</sup>

Quanto às formas de transmissão da AIDS, estas podem ocorrer de diversas maneiras, dentre elas pelo sangue, em uma transfusão de sangue, por exemplo; uso de seringas e agulhas contaminadas, utilizadas entre usuários de drogas; relações sexuais, tanto heterossexuais quanto homossexuais; e de mães infectadas para filhos, quando ainda fetos ou recém-nascidos, pelo leite na amamentação. Há transmissão, ainda, pela pele, quando houver um ferimento, fissura ou lesão expostos. Entretanto, lágrimas, suor, saliva, fezes e urina, bem como o convívio

<sup>43</sup> SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 14.

<sup>44</sup> RUDNICKI, Dani. *AIDS e Direito: Papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 18.

familiar ou social, refeições e condições normais de trabalho não implicam na transmissão da doença.

Os primeiros sintomas da AIDS são bastante semelhantes ao de uma doença comum, passando muitas vezes despercebidos e confundindo-se com os sintomas de uma gripe, por exemplo, tendo em vista que inicialmente se tem mal estar e febre. Posteriormente, os sintomas mais comuns são suores noturnos, diarreia, febre e emagrecimento. Com o avanço da doença, os indivíduos portadores desenvolvem doenças mais graves como hepatites virais, tuberculose, alguns tipos de câncer, pneumonia, entre outras.

No que refere ao tratamento, a pessoa diagnosticada com a doença deverá fazer acompanhamentos regulares e usar os medicamentos corretamente que poderão ocasionar em efeitos colaterais. De acordo com o Ministério da Saúde, muitos pacientes encontram dificuldades em seguir corretamente o tratamento, tanto no que diz respeito ao acompanhamento médico quanto na medicação, tendo em vista que interferem diretamente em suas rotinas.

Dessa forma, a AIDS é uma doença causada pelo vírus da imunodeficiência humana (VIH ou HIV), que diminui a capacidade do organismo de se defender contra outras doenças, desde as mais simples às mais complexas, ficando o indivíduo mais suscetível à infecções raras que podem levar à morte. Pode ser transmitida por transfusão de sangue, uso de seringas, relações sexuais, entre outras formas, e não ocasionam em transmissão as relações normais no trabalho e o convívio social e familiar, conforme já mencionado.

## **2.2 Breve histórico**

Inicialmente, como já mencionado, a AIDS, também chamada de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), surgiu apenas como uma nova doença, porém, posteriormente, com o aumento dos casos descobertos e identificados, em sua maioria, em homossexuais masculinos, tornou-se uma doença propensa a diversas discriminações.

Originou-se na África, espalhando-se para a América do Norte e do Sul, após para a Europa. Os primeiros casos foram identificados em americanos com idade entre trinta e

quarenta anos. Dani Rudnicki afirma que “trabalhadores haitianos com passagem pela África, teriam disseminado o vírus para os Estados Unidos através de relacionamento homossexual com norte-americanos.”<sup>45</sup> João Hilário Valentim afirma que:

“Acredita-se que a expansão vírus, a partir de zonas rurais africanas, tenha sido lenta e gradual, porém constante, tendo contribuído para tanto as modificações demográficas e econômico-sociais do estilo de vida, próprios do século XX, tais como a introdução de novas técnicas agrícolas nos campos africanos, pelos europeus, que implicaram a saída do homem rural para os centros urbanos, proporcionando novos contatos sexuais. Soma-se a isso o aumento do contato entre os povos, através de rápidos meios de transportes, como o uso do avião, e o incremento e a popularização das viagens internacionais.”<sup>46</sup>

No Brasil, em 1982, o primeiro caso foi diagnosticado, em São Paulo. Desde então até junho de 2009, o Ministério da Saúde registrou 66.114 (sessenta e seis mil cento e quatorze) casos de AIDS em jovens, de treze a vinte e quatro anos, que representam 11% dos casos notificados no país.<sup>47</sup> Também em 1982 foram descobertos os principais fatores que transmitiam a doença, sendo eles o contato sexual, transfusão de sangue e o uso de drogas. E tendo em vista a alta incidência da doença em homossexuais masculinos, começou a ser denominada de “peste gay” ou “câncer gay”, denominação esta que perdura até os dias atuais.

Ao longo desse período, o governo brasileiro tem desenvolvido programas e projetos de prevenção para reduzir os casos da doença como o projeto Saúde e Prevenção nas Escolas (SPE) criado em 2003. “O projeto destaca a escola como o melhor espaço para a articulação das políticas voltadas para adolescentes e jovens. É lá que se encontram os principais sujeitos desse processo: estudantes, famílias, profissionais da educação e da saúde.”<sup>48</sup>

Outro programa implementado com o intuito de prevenção é o Programa Nacional de DST e AIDS, criado em 1986 pelo então ministro da saúde Roberto Santos. Logo após, em 1987, começou-se a utilizar um medicamento de pacientes com câncer para reduzir a

---

<sup>45</sup> RUDNICKI, Dani. *AIDS e Direito: Papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 20.

<sup>46</sup> VALENTIM, João Hilário. *AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 19.

<sup>47</sup> Disponível em: < <http://www.aids.gov.br/pagina/jovem>>. Acesso em: 01 maio 2013.

<sup>48</sup> Disponível em: < <http://www.aids.gov.br/pagina/jovem>>. Acesso em: 01 maio 2013.

multiplicação do HIV, bem como os Ministérios do Trabalho e da Saúde incluíram as DST e a AIDS na Semana Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho e Saúde.

Em 1988 foram identificados 4.535 casos no Brasil. Neste mesmo ano também foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS) e em 1991 a Organização Mundial da Saúde anunciou dez milhões de pessoas infectadas com AIDS pelo mundo. Em 1992 “a sociedade brasileira indigna-se quando a menina Sheila Cartopassi de Oliveira, de cinco anos, tem a matrícula recusada em uma escola de São Paulo, por ser portadora de HIV.”<sup>49</sup>

No ano de 1996, uma lei fixou o recebimento de medicamentos para o tratamento da doença gratuitamente. Em 2002, duzentos e cinquenta e oito mil casos já tinham sido identificados, aumentando ainda mais ao longo dos tempos, passando este número para quinhentos e noventa e dois mil quinhentos e quatorze, em 2011.

### **2.3 Princípios jurídicos relevantes ao estudo da AIDS no âmbito trabalhista: igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana**

Diante da problemática dos portadores de AIDS em torno das relações sociais, bem como no âmbito trabalhista, se faz necessário o estudo de alguns princípios pertinentes e relevantes à estabilidade do aidético, porque interferem tanto diretamente no trabalho propriamente dito quanto, posteriormente, em uma possível reintegração ao emprego. Dentre eles estão os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, da função social do contrato, da continuidade da relação de emprego e o da proteção.

Os princípios são usados na solução de conflitos quando não há uma norma expressa a ser aplicada a determinado caso concreto ou como uma forma de auxiliar na aplicação da norma jurídica. Kátia Magalhães Arruda afirma que “os princípios possuem normatividade,

---

<sup>49</sup> Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>. Acesso em: 01 maio 2013.

ou seja, as normas jurídicas são o gênero, do qual as regras e princípios são as espécies, com conteúdo expressivo e finalístico, por visarem à realização de um fim juridicamente relevante”.<sup>50</sup>

Maurício Godinho Delgado afirma que os princípios exercem diversas funções no Direito e divide-os em fases, segundo as quais:

“Na frase Pré-jurídica ou Política, os princípios despontam como proposições fundamentais que propiciam uma direção coerente na construção do Direito. São veios iluminadores à elaboração de regras e institutos jurídicos. (...) Nesse momento, os princípios atuam como verdadeiras *fontes materiais do Direito*, na medida em que se postam como fatores que influenciam na produção da ordem jurídica.

[...]

Na fase Jurídica, os princípios desempenham funções diferenciadas e combinadas, classificando-se segundo a função específica assumida. Surgem, nesse caso, em um plano, os *princípios descritivos* (ou *informativos*), que cumprem papel relevante na interpretação do Direito. A seu lado, os *princípios normativos subsidiários*, que cumprem papel destacado no processo de integração jurídica (normas supletivas). Por fim, os *princípios normativos concorrentes*, que atuam com natureza de norma jurídica, independentemente da necessidade de ocorrência da integração jurídica.”<sup>51</sup>

Dessa forma, entende-se que os princípios ao longo dos tempos, têm adquirido relevância no ordenamento jurídico brasileiro e auxiliado na aplicação das normas jurídicas, inclusive em decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, um dos princípios que está diretamente ligado à estabilidade do portador de AIDS, e aplicado às relações trabalhistas, é o princípio da igualdade. Maria Luiza Pinheiro Coutinho afirma que:

“Igualdade indica a semelhança de características, ou de elementos componentes de duas coisas ou pessoas. Isso não significa identidade, visto que as coisas iguais não se confundem. Cada uma, per se, mostra uniforme em relação à outra. Assim, quando se diz que duas pessoas são iguais, isto significa que elas possuem características comuns, ou que são semelhantes sob vários aspectos. Pode-se dizer que os seres humanos só são iguais, ou desiguais, em relação a determinadas características, que necessitam ser especificadas, não fazendo sentido dizer que todos os homens são iguais. O único traço característico

<sup>50</sup> ARRUDA, Kátia Magalhães. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 35-44, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13661>>. Acesso em: 16 maio 2013.

<sup>51</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: LTr, 2006. p. 187/188.

comum a todos os homens é a ‘natureza humana’, isto, porém, resulta em uma tautologia”<sup>52</sup>

No período do liberalismo clássico o princípio da igualdade tinha apenas uma natureza formal. Posteriormente, com a necessidade de desenvolvimento social, os indivíduos desfavorecidos passaram a receber tratamento desigual na tentativa de igualá-los aos mais socialmente privilegiados, surgindo assim, a natureza material do princípio. Maria Luiza Pinheiro Coutinho continua afirmando que:

“O conteúdo formal contém a exigência de igualdade na aplicação da lei, que deverá ser de caráter geral, sem qualquer desigualdade entre pessoas por ela atingidas, conduta esta a ser exigida do aplicador da lei ao caso concreto. Já o conteúdo material, visto que a aplicação igual da lei, em caráter geral, mostrou-se insuficiente para promover a justiça, constitui-se em um comando que limita a norma ‘ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas’. Observando esse comando, o legislador não poderá fazer da lei fonte de privilégios, mas considerá-los como instrumento regulador da vida social que terá de observar a vedação à discriminação.”<sup>53</sup>

Diante disso, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade está previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.<sup>54</sup>

Verifica-se que o princípio busca a igualdade entre os indivíduos, bem como protegê-los de inúmeras discriminações sociais. Nesse sentido, Hans Kelsen afirma que:

“A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. Quando *na lei* se vise a igualdade, a sua

<sup>52</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 13.

<sup>53</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. 1.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 15.

<sup>54</sup> BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 abr. 2013.

garantia apenas pode realizar-se estatuidando a Constituição, com referência a diferenças completamente determinadas, como talvez as diferenças de raça, de religião, de classe ou de patrimônio, que as leis não podem fazer acepção das mesmas, quer dizer: que as leis em que forem feitas tais distinções poderão ser anuladas como inconstitucionais.”<sup>55</sup>

Assim sendo, entende-se que em determinados casos não é possível tratar a todos de forma igualitária. No caso do aidético, a problemática de igualdade se encontra relacionada “à adequação do local de prestação de serviço, com a redução do ritmo do trabalho, mudança de função, alteração de jornada, ausências para consultas e exames médicos”,<sup>56</sup> entre outras razões, que muitas vezes prejudicam o bom relacionamento entre empregador e empregado nas relações trabalhistas.

Nesse mesmo sentido, de proteção do indivíduo, tem-se o princípio da não discriminação. Muitas são as discriminações praticadas e enfrentadas pela sociedade, sejam sociais ou econômicas, em diversas situações. Maria Luiza Pinheiro Coutinho afirma que “discriminar significa separar, distinguir, fazer distinção, estabelecer diferença; não se misturar; tratamento desigual de um indivíduo ou grupo de indivíduos, em razão de alguma característica.”<sup>57</sup>

Dessa forma, a discriminação pode ser dividida em positiva e negativa. Positiva quando, por exemplo, “tem-se a reserva legal de empregos, que mediante o sistema de cotas assegura à pessoa portadora de deficiência, sua inserção nos setores público e privado”.<sup>58</sup> No entanto, o maior problema se encontra na discriminação negativa, que por meio de práticas de tratamento desigual, passam a suprimir ou negar determinados direitos aos indivíduos, de modo que isso lhes causa prejuízos.

O princípio da não discriminação tem previsão tanto em normas internacionais como as Convenções de nº 90, 100, 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 110.

<sup>56</sup> VALENTIM, João Hilário. *AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 321.

<sup>57</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. 1.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 18.

<sup>58</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. 1.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003. p. 21.



serão melhor abordadas em momento oportuno, entre outras, que foram ratificadas pelo Brasil, quanto na Constituição Federal, por incidir em diversos campos do Direito, inclusive, na esfera trabalhista, que na maioria das vezes, ocorre de maneira negativa, principalmente no que diz respeito às mulheres, negros e portadores de deficiência ou doenças graves.

Embora a Organização Internacional do Trabalho tenha o objetivo de proteger um dos direitos naturais do cidadão, qual seja o trabalho, buscando promover igualdade entre os trabalhadores, “as vítimas da discriminação têm encontrado grandes dificuldades na efetiva proteção do direito fundamental violado”.<sup>59</sup> Além da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 7º, também dispõe acerca da não discriminação, afirmando que:

“Artigo VII: 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.”<sup>60</sup>

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), por meio do artigo 24, também versa acerca da discriminação, segundo o qual: “Artigo 24. Igualdade perante a lei: Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.”<sup>61</sup>

Sabe-se que as práticas discriminatórias são vedadas por diversas disposições legais, garantindo a todos direitos iguais. No entanto, a discriminação se manifesta de forma oculta, indireta ou diretamente, geralmente, por meio do preconceito “um juízo desqualificador

---

<sup>59</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 25 maio 2013.

<sup>60</sup> Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013.

<sup>61</sup> OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 25 maio 2013.

que uma pessoa tem em face de uma característica externa ou identificada a um determinado grupo ou seguimento”,<sup>62</sup> fazendo com que a discriminação se prolifere sem controle.

Dessa forma, apesar de todas as convenções, tratados, legislações, entre outros mecanismos que versem sobre o princípio da não discriminação, os indivíduos que sofrem com a violação do princípio, por meio das práticas discriminatórias negativas, sentem-se cada vez mais desprotegidos, prejudicados e excluídos, sejam nas relações interpessoais, sociais e principalmente nas relações trabalhistas.

Ainda, com o intuito de proteger o indivíduo e garantir-lhe igualdade, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, atingindo diretamente as relações trabalhistas, tendo em vista que o emprego é considerado como um direito fundamental do homem, dignificando-o e possibilitando-o viver em igualdade com os demais indivíduos, afastando situações de desemprego, que influenciam em desigualdade e exclusão social. O princípio está previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual:

“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:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]”<sup>63</sup>

O princípio da dignidade humana tem sido aplicado de maneira reiterada, como mecanismo suficiente para as decisões judiciais, sobrepondo-se até mesmo sobre determinadas normas jurídicas. No entanto, com a simples aplicação do princípio verifica-se uma possível insegurança jurídica, tendo-se em vista que muitos casos concretos são discutidos e julgados somente com base no princípio da dignidade da pessoa humana e suas diversas interpretações, ou seja, o julgador adota apenas critérios valorativos para emitir sua decisão. Nesse sentido, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi afirma que:

---

<sup>62</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 25 maio 2013.

<sup>63</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 maio 2013.

“Preocupa-nos a aplicação discricionária do princípio da dignidade da pessoa humana. Por ser um conceito vago, universal, inclusivo e abstrato, tem sido invocado, quer na jurisprudência, quer na doutrina, para os mais diversos propósitos. Essa postura universalista, de raiz basicamente alemã e bem difundida no Brasil, de buscar o sentido universal da norma, válido independentemente do contexto em que se insere, tem prevalecido na interpretação do direito em geral.

A ela contrapõe-se a teoria da integridade, ou imanente, de raiz norte-americana, aqui defendida, à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, até como um contraponto, por valorizar o contexto e a cultura. Consiste em identificar o sentido situado da norma, considerando a história e a cultura do povo que a produziu. O intérprete e aplicador da lei está limitado pelo texto, pela cultura e história política do povo, mas, ao mesmo tempo, deve reconstruir seu conteúdo de acordo com o contexto, como se estivesse em um romance em cadeia. Esse método reduz a arbitrariedade judicial na definição do sentido da norma e garante segurança jurídica.”<sup>64</sup>

Dessa forma, se entende que para a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana nas decisões judiciais, devem ser levados em consideração outros critérios, além do somente valorativo que é utilizado por determinados julgadores, de modo que assim, com observância de outros princípios fundamentais como, por exemplo, o da justiça, equidade e devido processo legal, se possa garantir a efetiva segurança jurídica pretendida, bem como igualdade e respeito das partes.

Quanto às decisões judiciais acerca do aitético, estas estão ocorrendo no sentido de que princípios constitucionalmente garantidos não podem ser violados. Porém, Hans Kelsen afirma que:

“Na verdade, os chamados direitos e liberdades fundamentais podem ser violados não só através das leis (e dos decretos com força de lei), mas também através dos decretos regulamentares, atos administrativos ou decisões judiciais; quer dizer, também outras normas, tal como aquelas que aparecem na forma de leis (ou de decretos com força de lei), podem ter um conteúdo inconstitucional e, por este fundamento, ser anuladas. Mas também quando essas normas, não sendo postas com base em leis inconstitucionais, são, porém, estabelecidas sem qualquer fundamento legal, podem ser anuladas, já mesmo com base nesta razão formal e não somente por o seu conteúdo contrariar a ‘proibição’ material da Constituição, quer dizer, por ser um conteúdo ‘proibido’ pela Constituição.”<sup>65</sup>

<sup>64</sup> PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 36-55, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/6569>>. Acesso em: 25 maio 2013.

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 110.

Portanto, é nessa perspectiva de violação dos princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, que a estabilidade do portador de AIDS vem sendo tratada diante dos casos concretos. Percebe-se que a garantia de ações contra a discriminação do aidético compete não somente ao empregador ou empregado, mas também ao poder público, cabendo a este fomentar a elaboração de normas. Tal responsabilidade é necessária para se evitar contradições sobre discriminações positivas e negativas.

No entanto, a legislação que versa sobre a estabilidade dos portadores de HIV/AIDS ainda encontra algumas lacunas e fragilidades, no momento da determinação de reintegração ao emprego ou até de uma indenização para esses trabalhadores, pois, muitas vezes, entende-se que não há violação dos princípios supracitados, e sim apenas o exercício constitucional de dispensa do empregador, ou seja, o exercício do poder potestativo do empregador. Sérgio Pinto Martins, por exemplo, entende que “o despedimento feito pelo empregador não pode ser sempre presumido, no sentido de que foi realizado de forma obstativa de direitos. Essa condição deve ser provada pelo empregado.”<sup>66</sup>

Dessa forma, em determinados casos, entende-se que, ao garantir estabilidade ao portador de HIV, reintegrando-o ao emprego, como tem se posicionado a jurisprudência, baseando-se na presunção de discriminação e preconceito, e aplicando os princípios, implica em uma visível violação do direito potestativo de dispensa do empregador, causando, assim, uma insegurança jurídica por parte deste, que é punido ao exercer um direito que lhe é assegurado. No entanto, diante desse entendimento, vê-se também uma afronta ao direito de não ser discriminado, bem como aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana do aidético, ou seja, esse entendimento também acarreta insegurança jurídica e prejuízos ao portador de HIV.

Assim sendo, os princípios que baseiam tanto as decisões quanto à estabilidade do aidético são: princípio da igualdade, não discriminação e dignidade da pessoa humana. Todos têm previsão tanto em normas internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção nº 90, 100, 111, entre outras

---

<sup>66</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 448.

que ratificadas pelo Brasil, como também na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 1º, inciso III, e 5º.

Ressalte-se que, tendo em vista a ocorrência de preconceitos e discriminações nas relações sociais, incluindo também as relações trabalhistas, gerados muitas vezes por falta de informação, os princípios têm o objetivo de proteger os indivíduos portadores de AIDS contra essas diversas práticas discriminatórias negativas, na tentativa de promover igualdade e dignidade a todos, como já mencionado. Adiante serão tratados princípios que dizem respeito ao contrato de trabalho destes.

#### **2.4 Princípios da continuidade do contrato de trabalho, função social do contrato e da proteção**

Como já tratado, os princípios são relevantes no ordenamento jurídico de modo que buscam preencher as lacunas da lei. No âmbito trabalhista, podem-se atribuir basicamente duas funções aos princípios: integrativa, na qual são aplicados quando houver ausência de disposições legais ou contratuais que permitam resolver os litígios; e diretiva, na qual se deve observar o interesse público, estando esta implícita na legislação. Essas funções são atribuídas pelo artigo 8º da CLT, segundo o qual:

“Art. 8º: As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”<sup>67</sup>

Cabe ressaltar, ainda, dentre os princípios jurídicos que regem o Direito do Trabalho, mais especificadamente os contratos de trabalho, e que estão diretamente ligados à estabilidade em geral e também à do portador de HIV, o princípio da continuidade da relação de emprego, que está previsto nos artigos 10 e 448 da CLT, o princípio da proteção, também chamado de princípio protetor, bem como o princípio da função social do contrato, previsto no

---

<sup>67</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 5 mar. 2013.

artigo 421 do Código Civil de 2002, segundo o qual “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”<sup>68</sup>

Pelo princípio da continuidade do pacto laboral “presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego.”<sup>69</sup> Esse princípio é favorável ao empregado, de modo que não se permite a rescisão do contrato de trabalho sem um justo motivo ou se evite uma sucessão de contratos por prazo determinado.

O princípio visa à proteção do empregado, também, em casos de venda da empresa, por exemplo, de modo que a alteração jurídica não afete seus direitos adquiridos. Entretanto, os contratos de trabalho por tempo determinado ou os temporários, por exemplo, não admitem essa presunção de continuidade da relação de emprego. A Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho versa sobre o ônus probatório em caso de dispensa do empregado, aplicando o referido princípio, da seguinte forma:

**“DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003**

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.”<sup>70</sup>

Diante dessa perspectiva, há que se tratar do princípio da função social do contrato, previsto no artigo 421 do Código Civil, como já mencionado, pois está ligado aos princípios da continuidade da relação de emprego e da proteção, que será trabalhado adiante, haja vista que o contrato por si só deve ensejar determinada proteção do Estado, no sentido de criar normas para a proteção dos contratantes, abrangendo todas as situações, inclusive as de negociações coletivas.

<sup>68</sup> BRASIL. *Lei n.º. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 8 set. 2013.

<sup>69</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho.* 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 71.

<sup>70</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 212.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-212](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

Enoque Ribeiro dos Santos afirma que “o direito basilar do Direito do Trabalho, o princípio tutelar ou da proteção, traz ínsita a função social do contrato, ao proteger a parte economicamente mais fraca”.<sup>71</sup> Dessa forma entende-se que a função social do contrato tem por objetivo proteger a parte economicamente mais fraca e resguardar, principalmente, relações de trabalho e consumo.

Os contratos em geral, mas principalmente os firmados no âmbito privado, devem obedecer a um fim social, visando os interesses dos contratantes, de modo que estes possam exercer suas vontades com liberdade, porém, de maneira equilibrada, ou seja, o artigo 421 do Código Civil determina que os contratos devem ter uma finalidade, um sentido social. Entretanto, essa determinação é imposta de maneira ampla. Rafael Chagas Mancebo afirma que:

“A função social do contrato tem os mesmos fundamentos imperativos constitucionais da função social da propriedade e da justiça na ordem econômica, vez que normatizam, via de regra, a circulação de bens economicamente apreciáveis, mas que buscam, antes de tudo, a proteção da personalidade humana e da sociedade, pois encontram suas razões nos ideais de justiça e ordem, basilares ideológicos do ordenamento jurídico.”<sup>72</sup>

Observa-se que a função social do contrato traz benefícios para as partes que firmam determinado pacto contratual, tais como contratos mais equilibrados, exercendo, assim, direitos constitucionais garantidos, como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Mas, na verdade, a sociedade também se beneficia, ao passo que a função social dos contratos permite um desenvolvimento social.

Ressalte-se que o princípio da função social, como já mencionado, também está presente, principalmente, nas relações de trabalho, exercendo, inclusive função repressiva, promovendo ajustes quando há alguma situação excessiva, de modo a regularizar as condições contratuais e garantir a função social, ocasião em que, subsidiariamente, poder-se-á utilizar o Código Civil, nos termos do que determina o artigo 769 da CLT, segundo o qual “Nos casos

---

<sup>71</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho: de acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003. p. 18.

<sup>72</sup> MANCEBO, Rafael Chagas. *A função social do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 26-27.

omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”<sup>73</sup>

Ligado à estabilidade em geral e também do aidético, tem-se, ainda, o princípio da proteção, também chamado de princípio protetor, o qual, tendo em vista a posição econômica menos favorável do empregado e junto ao princípio da função social do contrato, busca dar equilíbrio à relação de trabalho, prezando, em caso de dúvida, pela decisão sempre em favor do empregado, protegendo-o, independente de sua vontade, contra possíveis abusos contratuais, sejam diretos ou indiretos.

O princípio da proteção subdivide-se, ainda, em princípios do *in dubio pro operário*; da norma mais favorável e da condição mais benéfica. No princípio do *in dubio pro operario* quando houver dúvida acerca da interpretação de alguma norma, sendo esta dúbia ou havendo mais de uma interpretação, deverá prevalecer a que for mais favorável ao trabalhador. Porém, há quem entenda que o princípio do *in dubio pro operario* não deve ser aplicado diretamente ao Processo do Trabalho, devendo-se verificar quem tem o ônus probatório diante do caso concreto nos termos dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC.

O princípio da norma mais favorável diz respeito às normas que visam melhorias nas condições de trabalho. Quando houver conflitos na aplicação das normas jurídicas acerca do caso concreto, ou seja, quando mais de uma lei dispuser sobre determinada matéria trabalhista, deverá ser aplicada a que melhor favorecer o empregado. Como exemplo desse princípio pode-se citar a incidência do adicional de insalubridade, na qual há divergência se deve ser calculado sobre o salário mínimo ou sobre a remuneração, ocasião em que Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso XXIII, se manifesta sobre a remuneração e a doutrina sobre o salário mínimo, devendo-se, portanto, aplicar o que for mais favorável ao empregado. Mauricio Godinho Delgado afirma que:

“O operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante de elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou *no contexto de*

---

<sup>73</sup> BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 11 set. 2013.



*confronto entre regras concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).<sup>74</sup>

Quanto ao princípio da condição mais benéfica, este diz respeito às condições contratuais firmadas entre empregado e empregador, ou seja, diz respeito à aplicação da norma no tempo, tendo em vista o direito adquirido do empregado. O princípio visa preservar o empregado de eventuais mudanças prejudiciais posteriores que possam afetá-lo, como por exemplo, mudanças nos regulamentos de empresas, ou, em outros casos, as convenções coletivas de trabalho que devem prevalecer sobre os acordos coletivos, por serem mais benéficas. A Súmula 51 do Tribunal Superior do Trabalho expressa esse princípio da seguinte forma:

**“NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005**

I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/1973, DJ 14.06.1973)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)<sup>75</sup>

A estabilidade, de modo geral, conforme já expandido, se reveste, portanto, de importantes princípios do Direito do Trabalho, como o princípio da continuidade da relação de emprego, da função social do contrato e o princípio da proteção, sendo que este último subdivide-se em princípio do *in dubio pro operario*, princípio da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica, os quais devem ser respeitados e aplicados, observando-se os direitos adquiridos dos empregados e as normas mais favoráveis inerentes aos trabalhadores, conforme descrições supracitadas.

## **2.5 Considerações gerais acerca da AIDS e os princípios do Direito do Trabalho**

<sup>74</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: LTr, 2006. p. 199.

<sup>75</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 51*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-51](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51)> Acesso em 5 mar. 2013.

O capítulo inicialmente abordou questões atinentes à AIDS, também conhecida como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Diagnosticada pela primeira vez em 1982, a doença infectocontagiosa consiste na redução da capacidade imunológica de quem a porta. Embora por falta de informações, surjam preconceitos e discriminações de diversas maneiras, as formas mais comuns de transmissão da doença, são pelo sangue, por meio de transfusões, uso de seringas e agulhas contaminadas e relações sexuais. Suor, saliva, convívio social, entre outras, como já mencionado, não transmitem a doença.

Dentre conceitos e formas de transmissão, também foram abordados principais sintomas, formas básicas de tratamento e outras doenças que os portadores de AIDS podem desenvolver como hepatites virais, tuberculose, alguns tipos de câncer, entre outras. Com um breve histórico demonstrou-se o desenvolvimento da doença, originada na África, posteriormente espalhada pela América do Norte e do Sul. Também do seu surgimento no país, na cidade de São Paulo, em 1982 até os dias atuais, bem como os principais programas e projetos de prevenção e informação.

Diante da relevância que os princípios têm adquirido no ordenamento jurídico brasileiro, auxiliando na solução dos conflitos, tratou-se dos mais relevantes ao estudo da AIDS no âmbito trabalhista, principalmente no que tange à estabilidade do aidético, demonstrando a importância e algumas peculiaridades de cada um. São eles: princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da não discriminação. O princípio da igualdade, que no período do liberalismo clássico possuía uma natureza apenas formal, com o desenvolvimento social passou a ter também natureza material e tem previsão no artigo 5º da Constituição Federal da República de 1988.

A partir do princípio supracitado, busca-se igualar os indivíduos e protegê-los de inúmeras discriminações sociais. Entretanto, em determinados casos, não é possível tratar igualmente os indivíduos. No caso dos aidéticos, estes são discriminados, comumente, em razão da redução do ritmo de trabalho, ausências para consultas e até mesmo preconceitos e medo de contágio, por parte dos outros indivíduos, que conseqüentemente, prejudicam o bom relacionamento da relação de emprego, bem como sua continuidade, afetando, assim, os contratos

de trabalho, e ferindo os princípios da continuidade da relação de emprego e o da função social do contrato.

Ainda, no que se refere à estabilidade do aidético e ligado ao princípio da igualdade, tratou-se do princípio da não discriminação. Sabe-se que a AIDS, por si só, acarreta preconceitos e discriminações diversas. A discriminação, como mencionado, pode ser direta ou indireta, positiva ou negativa. A depender da discriminação praticada, esta pode suprimir ou negar determinados direitos aos indivíduos, gerando prejuízos irreparáveis. O princípio possui previsão tanto em normas nacionais, como na Constituição Federal, quanto em normas internacionais como as Convenções nº 90, 100, 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que serão melhor abordadas em momento oportuno, entre outras.

Embora seja vedada, a discriminação ocorre e os indivíduos que sofrem com as práticas discriminatórias se sentem cada vez mais desprotegidos, prejudicados e excluídos, ferindo, dessa forma, outro princípio tratado, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tem sido aplicado de modo reiterado nas decisões judiciais, sobrepondo-se até mesmo sobre determinadas normas jurídicas.

Por fim, o capítulo tratou de princípios que regem os contratos de trabalho, como o princípio da continuidade da relação de emprego, previsto nos artigos 10 e 448 da CLT, que visa à proteção do empregado, quando, porventura, ocorrer a venda da empresa, de modo que, com esse acontecimento, os empregados terão seus direitos adquiridos resguardados.

Abordou, também, o princípio da função social do contrato, disposto no artigo 421 do Código Civil, haja vista, que os contratos de modo geral, mas principalmente os firmados no âmbito privado, devem ter uma proteção do Estado e devem conter uma finalidade social; e, finalmente, o princípio da proteção, também chamado de princípio protetor, o qual, junto ao princípio da função social do contrato, busca proteger o empregado contra possíveis abusos contratuais, sejam diretos ou indiretos, optando-se sempre por decisões favoráveis ao empregado, em razão de ser a parte mais fraca na relação de emprego.

Reitera-se que o estudo dos princípios fez-se necessário, diante da relevância que têm adquirido no ordenamento jurídico brasileiro e no modo com têm auxiliado nas decisões, ou seja, na aplicação das normas, e no preenchimento de determinadas lacunas da lei. Ressalte-se, ainda, a pertinência, tendo em vista que, no que se refere à estabilidade do portador de HIV, são de suma importância, pois, na maioria das vezes, as dispensas dessa classe de trabalhadores, fere a princípios constitucionais garantidos, como já foi abordado.

### 3 O ÔNUS DA DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DO VÍRUS HIV

O capítulo destina-se ao estudo da estabilidade dos portadores do vírus HIV, haja vista as lacunas da legislação que os protege e a violação do princípio a dignidade, bem como a previsão apenas de reintegração ao trabalho sem tratar da possibilidade de substituição da reintegração por uma indenização. Demonstrar-se-á a dificuldade no que se refere ao ônus probatório da discriminação, face à Lei nº 9.929/1995 e a Súmula 443 do TST, a qual diz respeito, especificadamente acerca da estabilidade do aidético.

No entanto, para os estudos acima mencionados, faz-se necessário abordar a questão do ônus probatório no Processo do Trabalho, de modo geral e o ônus específico do portador de HIV, tendo em vista que, como já mencionado, a discriminação não é um fator fácil de ser provado em juízo. Por fim, serão analisados alguns casos concretos a fim de se verificar como os entendimentos nos tribunais acerca do assunto era tratado antes da Súmula 443, bem como após a edição da referida súmula.

#### 3.1 O ônus da prova no Processo do Trabalho

O tema relativo às provas é um dos mais discutidos e importantes no Direito Processual em geral, haja vista que determinados fatos alegados e os motivos que os deram causa ao serem levados ao juízo são desconhecidos pelo juiz ou pelo órgão julgador que, por sua vez, deve aplicar a legislação e decidir o direito. Carlos Alberto Reis de Paula afirma que “a parte que pretende obter uma sentença favorável deve ter especial cuidado na demonstração dos fatos que lhe beneficiam.”<sup>76</sup>

O ônus da prova passa a ter importância no processo, a partir do momento em que há incerteza acerca de determinado fato e o juiz necessita de uma confirmação para proferir sua decisão. Entende-se, portanto, que o ônus probatório surge quando as alegações das partes referentes a determinado fato não são pacíficas, ou seja, existem controvérsias ou quando o juiz

---

<sup>76</sup> PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 16.

não se convence da veracidade de tais alegações, de modo que se impõe a necessidade de produção de provas que auxiliarão no convencimento do julgador.

Pode-se afirmar, ademais, que o ônus da prova está vinculado ao princípio do contraditório previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, pois permite dar equilíbrio à relação processual, no que se refere à liberdade de indicação e produção de provas. Dispõe o artigo supracitado que:

“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:

[...]

LV - 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;

[...]”<sup>77</sup>

É importante ressaltar que as provas, de modo geral, têm por objetivo o convencimento do juiz, diante das alegações das partes, nos termos do artigo 332 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”<sup>78</sup>

Quanto ao ônus probatório no Processo do Trabalho, este tem adquirido relevância, tendo em vista o aumento dos litígios trabalhistas ao longo dos tempos e está previsto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”.<sup>79</sup> Subsidiariamente se aplica, também, o artigo 333 do Código de Processo Civil, no qual afirma que cabe ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu incumbe alegar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, conforme se demonstra a seguir:

<sup>77</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 set. 2013.

<sup>78</sup> BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 17 set. 2013.

<sup>79</sup> BRASIL. Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 28 maio 2013.

“Art. 333: O ônus da prova incumbe:  
 I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
 II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.  
 Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:  
 I - recair sobre direito indisponível da parte;  
 II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”<sup>80</sup>

O ônus de provar é uma condição para que a parte, ao fazer alegações constitutivas de seu direito, obtenha os resultados pretendidos, ou seja, a quem está incumbido o dever de provar, quem deve produzir as provas de modo que possa obter resultados positivos a seu favor. Caso assim não o faça, a parte não será coagida a produzi-las, nem sofrerá qualquer penalidade. As alegações apenas, a princípio, favorecerão a parte contrária, em razão da não produção de provas por quem incumbia. Amauri Mascaro Nascimento afirma que:

“Ônus da prova é a responsabilidade atribuída à parte para produzir uma prova e que, uma vez não desempenhada satisfatoriamente, traz como consequência o não reconhecimento, pelo órgão jurisdicional, da existência do fato que a prova se destina a demonstrar.”<sup>81</sup>

Dessa forma, ônus da prova é o encargo que compete à parte de provar o fato que alegou, a fim de obter resultados positivos a seu favor. No entanto, em determinados casos, o ônus compete diretamente ao empregador, como por exemplo, quando, exercendo seu direito potestativo, dispensa o empregado sem justa causa. Caberá a este comprovar o pagamento das verbas rescisórias, como salários, repousos semanais remunerados, remuneração de férias, entre outras, nos termos da Súmula 212 do Tribunal Superior do Trabalho, como já mencionado em outro momento.

Na Justiça do Trabalho, também se discute a questão da inversão do ônus da prova, tendo em vista que o empregado é parte mais vulnerável na relação trabalhista, levando-se em consideração que o empregador é economicamente mais forte e possui melhores condições e facilidades para provar, principalmente no que diz respeito às documentações. A inversão do

<sup>80</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 28 maio 2013.

<sup>81</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

ônus da prova encontra-se expressamente disposta no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”<sup>82</sup>

Cabe ressaltar que “aos fatos que independem de prova, nenhum ônus recai sobre qualquer das partes. Se não há prova a ser produzida, não pode haver ônus da prova”.<sup>83</sup> Como já mencionado, o ônus se satisfaz com a produção de provas de quem alegar os fatos, mas também pode ser satisfeito pela parte que não tem o encargo. No entanto, em determinados casos, a distribuição geral do ônus da prova, não é suficiente, principalmente no que se refere à discriminação.

Os dois artigos supracitados, quais sejam, 818 da CLT e 333 do CPC, são os mais utilizados quando a discriminação é realizada de forma direta ou indireta. No caso de discriminação oculta, esta é mais difícil de ser provada, pois aparentemente a prática é considerada legítima, lícita. Portanto, para conseguir prová-la, se faz necessário o uso de determinados mecanismos disponibilizados pelo sistema jurídico, como a máxima experiência e a prova *prima facie*, as quais serão tratadas adiante.

### 3.2 O ônus da discriminação do portador do vírus HIV

Discriminar, como já citado, é “diferenciar, distinguir, discernir, estabelecer diferença”.<sup>84</sup> O ato de discriminação ocorre, na maioria das vezes, pelo preconceito, por estereótipos que são impostos pela sociedade, ou até mesmo em razão dos interesses desta. Yara Maria Pereira Gurgel afirma que discriminar “nada mais é do que excluir o indivíduo da

<sup>82</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em 28 maio 2013.

<sup>83</sup> MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 33. ed., São Paulo: LTr, 2005. p. 458.

<sup>84</sup> VALENTIM, João Hilário. *AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 129.



sociedade, do meio do convívio, por puro preconceito”.<sup>85</sup> Assim sendo, entende-se que a discriminação pode causar prejuízos considerados irreparáveis aos indivíduos, em razão das exclusões sociais e tratamentos diferenciados que sofrem.

Devido à incidência em diversos campos do Direito, inclusive no Direito do Trabalho, a discriminação é tratada tanto na Constituição Federal quanto em normas internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, Convenções de nº 90, 100, 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção Americana dos Direitos Humanos, entre outras, como já restou demonstrado ao longo do trabalho. É também tratada no âmbito trabalhista “em razão do grau de sujeição e de subordinação de uma das partes desta relação”,<sup>86</sup> e da violação aos princípios constitucionais da não discriminação e da igualdade.

A discriminação muitas vezes pressupõe a violação do princípio da igualdade, tendo em vista que trata determinados indivíduos com desigualdade, discriminando-os. No caso dos aidéticos, as condutas discriminatórias ocorrem, em sua grande maioria, em razão de fatores como adaptação ao trabalho, licenças, ausências para consultas e exames médicos, e também como “fatores de risco no local de trabalho, relacionados com a infecção pelo HIV, o comportamento das empresas e dos trabalhadores frente a AIDS/HIV”.<sup>87</sup>

No entanto, as práticas discriminatórias nem sempre são fáceis de serem provadas. Dessa forma, “as vítimas da discriminação têm encontrado grandes dificuldades na efetiva proteção do direito fundamental violado”.<sup>88</sup> O Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho, que objetiva promover condições dignas de trabalho e não discriminação aos aidéticos estabelece que “a infecção pelo vírus HIV não

---

<sup>85</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 47.

<sup>86</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 28 maio 2013.

<sup>87</sup> VALENTIM, João Hilário. *AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 159.

<sup>88</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 28 maio 2013.

constitui uma causa justificadora da dispensa”.<sup>89</sup> No entanto, as dispensas imotivadas ocorrem, caracterizando, na maioria casos, discriminação, surgindo, assim, a necessidade de buscar o Judiciário a fim de provar a ocorrência de dispensa por ato discriminatório.

Na maioria das vezes, a vítima tem dificuldades de provar a conduta discriminatória praticada contra si, considerando-se que o agressor oculta o ato. Em contrapartida, há uma “dificuldade do magistrado trabalhista em lidar satisfatoriamente com a questão da discriminação nas relações laborais, diante de sua adstrição à dogmática ditada pela distribuição do ônus probatório, com esteio nos parâmetros do processo civil.”<sup>90</sup> Dessa forma, como já mencionado, a fim de conseguir comprovar a discriminação, o empregado busca determinados mecanismos jurídicos como a máxima experiência e a prova *prima facie*.

A máxima experiência encontra-se disposta no artigo 335 do Código de Processo Civil, segundo o qual “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.”<sup>91</sup> Ou seja, determinado caso concreto poderá ser julgado com base na “experiência comum, que decorre do que normalmente acontece, fazendo parte da cultura normal do juiz”.<sup>92</sup>

É tratada expressamente, ainda, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95), em seu artigo 5º, segundo o qual “o Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”.<sup>93</sup> Pelo artigo acima citado, ao juiz é autorizado levar em consideração as máximas da experiência quando da apreciação das provas produzidas e

<sup>89</sup> OIT. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv\\_aids/pub/repertorio\\_hivaid\\_2010\\_278.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hivaid_2010_278.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2013.

<sup>90</sup> VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/3758>>. Acesso em: 28 maio 2013.

<sup>91</sup> BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 29 maio 2013.

<sup>92</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 355.

<sup>93</sup> BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 30 maio 2013.

juízo do caso. No entanto, comumente, o juiz só poderá utilizá-las quando não houver legislação específica a ser aplicada a determinada situação e estas exercem as seguintes funções:

“a) *apuração* dos fatos, a partir dos indícios; b) *avaliação da prova*, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) *aplicação dos enunciados normativos*, auxiliando no preenchimento o conteúdo dos chamados conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo); d) *limite ao livre convencimento motivado*: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência.”<sup>94</sup>

Há que se ressaltar, porém, que as regras de experiência comuns distinguem-se das regras de experiência técnicas. As comuns são estabelecidas com base na observação de situações cotidianas, como, por exemplo, “em determinado local da cidade, a partir de determinado horário, há engarrafamentos constantes”.<sup>95</sup> Enquanto as técnicas são estabelecidas a partir de conhecimentos técnicos gerais, até mesmo “vulgarizados”, ou seja, todos devem ter o conhecimento, como, por exemplo, “o período de gestação da mulher e a *lei da gravidade*”.<sup>96</sup> Em determinados casos, quando o conhecimento dependa exclusivamente do juiz, torna-se indispensável a utilização da prova pericial.

Quanto à prova *prima facie*, esta é gerada a partir das regras de experiência. Foi construída na Alemanha, no início do século XX, repercutindo na Itália, posteriormente, no Brasil e é também chamada de prova de primeira instância ou prova por verossimilhança. Fredie Didier Jr. afirma que “é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de

<sup>94</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 41.

<sup>95</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 41.

<sup>96</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 41.

um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência”.<sup>97</sup> Moacyr Amaral Santos também afirma que:

“A aparência da verdade, ‘a verossimilhança dos fatos alegados’ se apresenta ao juiz, quando os submete em cotejo com as máximas de experiência, produzindo prova *prima facie*. Pelo que o julgador infere das máximas de experiência, a verossimilhança dos fatos é de tal ordem que os considera *prima facie* provados.”<sup>98</sup>

Pela *prima facie* entende-se, ainda, que determinados fatos, em razão da aparência, possibilitam a inversão do ônus da prova, cabendo à outra parte provar o contrário do alegado. A prova *prima facie* assemelha-se, também, à presunção judicial comum, na qual o juiz parte da existência de um indício, ou seja, de um fato já conhecido, provado, para julgar o caso. Ocorre que nessa modalidade de prova o juiz parte de princípios práticos, ou seja, apenas das regras de experiência para decidir a ocorrência de um fato não provado, desconhecido. Fredie Didier Jr. afirma que:

“É muito utilizada nas ações de indenização em que há grande dificuldade do autor em provar o nexo causal entre evento danoso e culpabilidade do ofensor, malgrado a experiência da vida deixe evidente que esta (a culpa) recai sobre o réu/ofensor.

[...]

A normalidade de alguns acontecimentos (eventos típicos) faz com que a experiência considere irrelevantes as circunstâncias concretas do caso, cabendo à parte unicamente provar a existência desse fato típico, dispensando a prova das peculiaridades da situação específica.”<sup>99</sup>

Dessa forma, a prova *prima facie*, também chamada de prova por verossimilhança ou prova de primeira aparência, gerada a partir das regras de experiência, também pode ser amplamente aplicada ao Processo do Trabalho, ou seja, “estando o juiz do trabalho diante de uma situação em que comumente aparece a discriminação, poderá fazer uso do

<sup>97</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 50.

<sup>98</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 51 apud SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 1995. v. 5, p. 441.

<sup>99</sup> DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2, p. 51.

disposto no art. 335 do CPC, considerando-a provada *prima facie*”,<sup>100</sup> em razão das inúmeras dificuldades que os trabalhadores encontram nos conflitos trabalhistas, haja vista ser parte economicamente mais fraca. Há que se ressaltar que para a constatação de discriminação, o juiz pode utilizar-se, ainda, de outros meios de prova, como o testemunhal, depoimentos pessoais e interrogatórios, confissão ficta ou real, dentre outros, a fim de formar seu convencimento.

### **3.3 Reintegração e indenização do portador do vírus HIV face à Lei nº 9.029/1995 e à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**

Como já restou demonstrado, a AIDS é uma das doenças que mais acarreta preconceitos e discriminações atualmente, principalmente no que diz respeito às relações de trabalho. As consequências sofridas pelos empregados portadores do vírus HIV têm sido bastante prejudiciais, afetando direitos constitucionais garantidos como o da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, busca-se, cada vez com mais frequência, dar proteção a essa classe de trabalhadores.

Nesse sentido, foi ratificada e promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do trabalho (OIT), já mencionada anteriormente, a qual veda a dispensa discriminatória. A convenção também impõe aos países que a ratificaram promover políticas nacionais que permitam “a igualdade de oportunidades e tratamento em matéria de emprego e profissão”.<sup>101</sup> O artigo 1º da referida Convenção afirma que discriminação compreende:

- “a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- 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

<sup>100</sup> CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 31 maio 2013.

<sup>101</sup> MALTA, Elisa Maria Brant de Carvalho; CARLOS, Vera Lúcia. A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS no emprego e seu direito à reintegração. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 11, n. 22, p. 51, set. 2001.

consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.”<sup>102</sup>

Diante disso e, ainda, com o intuito de acesso, proteção e manutenção ao emprego, e também, a fim de erradicar discriminações e preconceitos, foi criada a Lei nº 9.029/95, a qual não visa somente à proteção do trabalhador, no que se refere à conservação de seu emprego, mas também possibilita a reintegração em caso de rescisão contratual pela ocorrência de ato discriminatório. É importante ressaltar que a referida lei atende a direitos constitucionais garantidos, como o direito ao trabalho, a igualdade, a não discriminação, entre outros, os quais já foram tratados anteriormente, no sentido de penalizar a prática discriminatória no âmbito trabalhista.

De acordo com o artigo 4º da Lei nº 9.029/95, o empregado pode optar em romper o contrato de trabalho com direito ao pagamento em dobro da remuneração relativo ao período do afastamento ou pela reintegração ao emprego, também fazendo jus ao pagamento da remuneração atualizada monetariamente, a partir da data do afastamento até a data de seu retorno ao trabalho. Ressalte-se que a liberdade de escolha é direito do empregado e não do empregador. Dispõe o artigo supracitado:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”<sup>103</sup>

Observa-se que a Lei nº 9.029/95 faz menção à readmissão ao emprego, com direito ao pagamento dos salários, corrigidos monetariamente, e, ainda, uma reparação por danos morais. No entanto, com a dispensa, os empregados portadores de HIV/AIDS têm ainda mais dificuldades para obter recursos considerados imprescindíveis ao tratamento da doença, o que prejudica a possibilidade de uma vida digna, visto o fato de estarem desempregados. Diante

<sup>102</sup> Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 30 set. 2013.

<sup>103</sup> BRASIL. *Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm)>. Acesso em: 2 out. 2013.

disso, faz-se necessária, também, uma indenização por danos materiais, haja vista as despesas sofridas com tratamentos, medicamentos, hospitais, consultas, entre outras, as quais muitas vezes não podem ser englobadas pela indenização imposta no referido artigo, pois podem levar mais tempo, cabendo, dessa forma, ao Judiciário estabelecer uma indenização específica para tais despesas.

A reparação por danos materiais deve ser levada em consideração, tendo em vista que a discriminação ou preconceito constituem atos ilícitos não só na esfera trabalhista, mas também na civil. Assim sendo, a reparação por danos materiais tem previsão nos artigos 5º, incisos V e X, da Constituição da República, 950 do Código Civil, entre outros dispositivos. Importante ressaltar que é claramente permitida a cumulação de indenização por danos morais e materiais.

Dessa forma, é cabível a indenização por danos materiais prevista no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.029/95 e, ainda, a reparação pelas despesas, haja vista terem fatos geradores diferentes, cabendo ao Judiciário verificar a necessidade, ou não, de tal cumulação. No entanto, verifica-se, nesse sentido, que os portadores de HIV/AIDS, ficam sob o entendimento do julgador, causando uma determinada insegurança jurídica, e sentindo-se desprotegidos, encontrando-se uma fragilidade na Lei nº 9.029/95.

Reitera-se, ainda, que embora vedada a prática de qualquer ato discriminatório, as dispensas arbitrárias por discriminação e preconceito acontecem. Nesse sentido, o portador de HIV/AIDS, não possuía estabilidade expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, mas poderia ser reintegrado ao emprego quando sua dispensa fosse motivada pela doença. No entanto, devido ao aumento dos casos que eram e são atualmente levados ao Judiciário, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou entendimento, por meio da Súmula 443, de que o portador de doença grave, incluindo o portador de HIV/AIDS, possui o direito de ser reintegrado ao emprego, decretando-se inválido o ato de dispensa. Dispõe a Súmula 443 do TST:

**“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”<sup>104</sup>

Verifica-se, pela súmula supracitada, a preocupação em proteger os portadores de doenças graves e também o portador do vírus HIV, contra as práticas discriminatórias, dentre elas, a dispensa do empregado sem justa causa. No entanto, resta também fragilizada, a referida súmula, tornando-se, inclusive incompleta, haja vista que trata somente da invalidade do ato de dispensa e da reintegração ao emprego, nada menciona sobre qualquer indenização por danos morais ou materiais.

Torna-se questionável o posicionamento, diante de casos em que não há a possibilidade de reintegração do empregado ao trabalho, seja por ter sofrido alguma espécie de humilhação dentro da empresa, seja pela falta de condições de retornar às suas atividades em razão da doença, ou até mesmo questões internas da empresa no sentido de que a vaga anteriormente ocupada pelo empregado já tiver sido preenchida.

Situações como as acima citadas tornam desaconselhável a reintegração do empregado, entendendo-se ser a medida mais viável a substituição da reintegração por uma indenização correspondente, podendo-se utilizar, analogicamente, a indenização prevista nos artigos 496 e 497 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ou, ainda, cabível a indenização substitutiva prevista para a estabilidade decenal, na qual o empregado tem direito a indenização de um salário por cada ano trabalhado, nos termos dos artigos 477 e 478, também da CLT. Dispõe os artigos 496 e 497 supracitados:

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

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.”<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 443*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-443](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443)>. Acesso em 2 out. 2013.



Esclarece-se que o empregado, faz jus à indenização, mas não em dobro. Diante do exposto, reitera-se e verifica-se, por meio da Lei nº 9.029/95, a possibilidade de o empregador que sofreu dispensa discriminatória, optar pela readmissão ao emprego, com o direito ao pagamento da remuneração atualizada monetariamente, da data do afastamento até o retorno ao trabalho ou pela rescisão do pacto contratual, percebendo a remuneração em dobro, no que se refere ao período de afastamento. Entretanto, a Súmula 443 do TST, como já aludido, trata apenas da reintegração ao trabalho, nada menciona sobre indenização, ocorrendo dessa forma, uma fragilidade na proteção do empregado portador de HIV/AIDS.

### 3.4 Entendimentos jurisprudenciais

Adiante serão abordadas algumas decisões, de modo a se verificar como o assunto vem sendo tratado nos tribunais.

No caso abaixo, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu que não houve dispensa discriminatória do empregado, tendo em vista que à época da demissão a Reclamada não tinha ciência do estado de saúde do Reclamante.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA DO EMPREGADOR 1. Inviável presumir-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV se ausente a demonstração de prévia ciência do empregador acerca da doença, mas, ao contrário, resulta provado, segundo o Regional, que a ciência do empregador acerca do estado de saúde do empregado somente ocorreu após a dispensa sem justa causa. 2. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (AIRR - 21200-64.2006.5.01.0078 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 18/09/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 27/09/2013).”<sup>106</sup>

Abaixo, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região entendeu não haver reintegração face ao abandono de emprego pelo Reclamante.

“REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. PORTADORA DO VÍRUS HIV. DANOS MORAIS. Não demonstrado ato discriminatório por parte da

<sup>105</sup> BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 2 out. 2013.

<sup>106</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 2 out. 2013.

empregadora quando da despedida da reclamante, portadora do vírus HIV. Após um ano e meio sem trabalhar, a reclamante não atendeu ao anúncio de abandono de emprego publicado pela empresa, vindo a ajuizar ação trabalhista com pedido de reintegração e reparação por danos morais somente 3 meses depois. Sendo confessa a autora, mantém-se a justa causa aplicada, bem como a improcedência dos pedidos. [...]

(TRT-4 - RO: 2316520105040252 RS 0000231-65.2010.5.04.0252, Relator: RICARDO HOFMEISTER DE ALMEIDA MARTINS COSTA, Data de Julgamento: 24/11/2011, 2ª Vara do Trabalho de Cachoeirinha).<sup>107</sup>

Abaixo, verifica-se que embora a decisão seja anterior à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, já se tinha o entendimento no sentido de que o ônus da prova para demonstrar a dispensa discriminatória é do empregador.

“EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO . 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita . 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968) e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 616009220055040201 61600-92.2005.5.04.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011).<sup>108</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região entendeu que a discriminação não restou caracterizada, tendo em vista que o Reclamante continuou trabalhando quatro anos após a ciência da Reclamada de seu estado de saúde.

“RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO AUTOR. ESTABILIDADE NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO NÃO-CARACTERIZADA. A Lei nº 9.029/1995 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, estabelecendo, no seu art. 4º, que o

<sup>107</sup> Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20817812/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2316520105040252-rs-0000231-6520105040252-trt-4>>. Acesso em: 3 out. 2013.

<sup>108</sup> Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19957937/recurso-de-revista-rr-616009220055040201-61600-9220055040201>>. Acesso em: 3 out. 2013.

rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento. Na hipótese, todavia, a alegação de despedida discriminatória resta afastada pela prova produzida, na qual se demonstra que o empregado continuou trabalhando por mais quatro anos após a empresa ter ciência da doença, não tendo a empregadora divulgado sua condição de saúde no ambiente de trabalho. Recurso a que se dá provimento, neste particular, para absolver a ré do pagamento de salários referentes ao período compreendido entre a despedida do empregado e o fechamento da empresa. (...)

(TRT-4 - RO: 13310620105040333 RS 0001331-06.2010.5.04.0333, Relator: ANA ROSA PEREIRA ZAGO SAGRIO, Data de Julgamento: 14/07/2011, 3ª Vara do Trabalho de São Leopoldo).<sup>109</sup>

No caso abaixo, anterior à edição da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região reformou a sentença para julgar improcedente a Reclamação Trabalhista, haja vista a não comprovação da dispensa discriminatória.

“RECLAMANTE PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO COMPROVADA - No escopo de aferir a incidência ou não de arbitrariedade no ato da dispensa, cabe ao magistrado verificar a existência dos reais motivos da dispensa em que circunstância se deu a ruptura do pacto laboral. Não havendo prova nem mesmo indícios de que a dispensa do obreiro foi motivada em razão de sua doença, reforma-se a sentença para julgar improcedente a reclamação trabalhista que determinou a reintegração do obreiro e condenou o empregador ao pagamento de indenização por dano moral. Recurso conhecido e provido.

(TRT-16, Relator: AMÉRICO BEDÊ FREIRE, Data de Julgamento: 19/01/2010).<sup>110</sup>

Abaixo, entendeu-se que a ciência da Reclamada acerca da condição da Reclamante torna-se indispensável para a caracterização da discriminação, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

“PORTADOR DO VÍRUS HIV. CONDUTA DISCRIMINATÓRIA. A CIÊNCIA DA CONDIÇÃO DA TRABALHADORA É INDISPENSÁVEL. A Constituição Federal assevera que a República Federativa do Brasil tem por princípio a dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CF), entendendo-se por dignidade -respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor- (Dicionário Aurélio). Assim, é conduta altamente reprovável a

<sup>109</sup> Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20073368/recurso-ordinario-trabalhista-ro-13310620105040333-rs-0001331-0620105040333>>. Acesso em: 3 out. 2013.

<sup>110</sup> Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7441433/1488200800116007-ma-01488-2008-001-16-00-7>>. Acesso em: 3 out. 2013.

discriminação ou desrespeito decorrentes da existência de elemento diferenciador ou estranho ao cotidiano de cada um. É condenável, também, o desrespeito aos portadores de deficiências mentais ou físicas, dentre as quais podem ser incluídas doenças diversas, inclusive a AIDS. No entanto, é indubitável que, para que seja configurada a conduta discriminatória é preciso que haja conhecimento do fato. Inexistindo o conhecimento da condição, apontada como discriminada, não é possível concluir pela existência de uma conduta desrespeitosa, eis que só diferencia quem conhece a diferença.

(TRT-18 759200805118002 GO 00759-2008-051-18-00-2, Relator: JÚLIO CÉSAR CARDOSO DE BRITO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 130, de 22.7.2009, pág. 6).”<sup>111</sup>

“INDEFERIMENTO DE LIMINAR EM CAUTELAR INOMINADA. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Não é crível que apenas por exercício do poder potestativo seja dispensado, dentre tantos, aquele considerado um bom empregado, o qual não só atinge as metas de vendas da empresa como, indo além, as supera. Assim, não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado estando ciente de sua condição de soropositivo. Tal procedimento afronta os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho (art. 1º, III e IV) e da isonomia (art. 5º caput), insculpidos na Constituição Federal. De sorte que, *in casu*, a tutela jurisdicional ora combatida vela pela observância dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, da CF/88/). Isto posto, e diante da positivação da teoria do abuso de direito, segundo a qual ‘comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes’ (art. 187 do CC), portanto, diante da vedação imposta pela lei civil, aplicada subsidiariamente na Justiça Laboral, de que o direito seja exercido de forma abusiva, tenho por não caracterizada a fumaça do bom direito que legitimaria a concessão da liminar requerida. Por outro lado, tampouco se verifica a possibilidade de lesão grave e irreparável em razão do pagamento de salários e demais vantagens ao empregado, ao revés, contará a agravante com valiosa força de trabalho de alguém experiente e reconhecidamente bom funcionário. Assim, o pagamento dos salários constituirá, como em todos os demais casos, contraprestação por serviço prestado. Conheço do Agravo para negar-lhe provimento.

(TRT-16 246200900016000 MA 00246-2009-000-16-00-0, Relator: JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS, Data de Julgamento: 21/01/2010, Data de Publicação: 22/02/2010).”<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Disponível em: <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18883055/759200805118002-go-00759-2008-051-18-00-2>>. Acesso em: 3 out. 2013.

No caso abaixo, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região entendeu que a demissão do Reclamante não é nula, tendo em vista que a Reclamada apenas exerceu seu poder potestativo.

“TRT-PR-12-07-2011 TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA - DEMISSÃO - Da análise da prova oral, se conclui que a rescisão contratual sem justa causa por iniciativa da Ré não é nula, pois decorreu do poder potestativo do empregador e não de discriminação, haja vista que o Autor estava faltando com frequência e mostrando-se desmotivado. Frise-se que a testemunha do Autor também foi demitida em seguida, não havendo notícia de que a mesma seja portadora do vírus HIV. Também improcede a alegação de pressão ou assédio de superior hierárquico, pois os depoimentos não apontam nesse sentido. (TRT-9 7053201013909 PR 7053-2010-13-9-0-9, Relator: LUIZ CELSO NAPP, 4A. TURMA, Data de Publicação: 12/07/2011).”<sup>113</sup>

Abaixo, entendeu-se que a conduta da Reclamada não incorreu em dolo ou culpa, não sendo possível a indenização por danos morais em razão da discriminação.

“DANOS MORAIS. DISCRIMINAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. Há dano moral quando a conduta de alguém atinge, propositalmente ou por culpa, os valores ideais e morais de outrem. Caso não se vislumbre na conduta da reclamada qualquer atitude direcionada a ofender a honra do empregado, seja por dolo ou culpa, não há que se falar em indenização por dano moral. (TRT-2 - RECORD: 1354200704202007 SP 01354-2007-042-02-00-7, Relator: ODETTE SILVEIRA MORAES, Data de Julgamento: 05/11/2008, 2ª TURMA, Data de Publicação: 18/11/2008).”<sup>114</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região entendeu que ônus da discriminação é do empregado, negando ao Reclamante a reintegração e tornando válida a dispensa, mesmo após a edição da Súmula 443, a qual presume-se discriminatória a dispensa do portador de HIV/AIDS, invertendo-se o ônus probatório, cabendo ao empregador provar o contrário.

“REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV - ÔNUS DA PROVA. Cabe ao empregado o ônus de provar que o empregador tinha ciência de sua

<sup>112</sup> Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7444399/246200900016000-ma-00246-2009-000-16-00-0>>. Acesso em: 3 out. 2013.

<sup>113</sup> Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20049362/7053201013909-pr-7053-2010-13-9-0-9-trt-9>>. Acesso em: 3 out. 2013.

<sup>114</sup> Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530828/recurso-ordinario-record-1354200704202007-sp-01354-2007-042-02-00-7>>. Acesso em: 3 out. 2013.

condição de portador do vírus HIV, o que, a princípio, gera a presunção de discriminação e a nulidade da dispensa.

(TRT-1- PROCESSO: 0092000-69.2008.5.01.0039 – RTOrd, Relator: Ana Maria Moraes, Data de Julgamento: 07/12/2010, 8ª TURMA, Data de Publicação: 16/12/2012).<sup>115</sup>

Diante dos casos analisados acima, verifica-se que em sua maioria, os Tribunais entendiam que o ônus da discriminação seria do empregado. No entanto, como bem trata a Súmula 443 do TST, entende-se que a simples dispensa arbitrária, presume-se ato discriminatório, surgindo, dessa forma, a inversão do ônus da prova, como já mencionado em momento oportuno, prevista ordenamento jurídico brasileiro por meio do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a qual pode ser utilizada analogicamente no Direito do Trabalho.

---

<sup>115</sup> Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/handle/1001/214363?queryRequest=HIV](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/handle/1001/214363?queryRequest=HIV)>. Acesso em: 3 out. 2013.

## CONCLUSÃO

A AIDS, também conhecida como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), originada na África, posteriormente espalhada pela América do Norte e do Sul, foi diagnosticada pela primeira vez, no Brasil, em 1982, na cidade de São Paulo. A doença infectocontagiosa consiste na redução da capacidade imunológica de quem a porta. Embora por falta de informações, surjam preconceitos e discriminações de diversas maneiras, as formas mais comuns de transmissão da doença, são pelo sangue, por meio de transfusões, uso de seringas e agulhas contaminadas e relações sexuais. Suor, saliva, convívio social, entre outras, como já mencionado, não transmitem a doença.

Os primeiros sintomas são semelhantes ao de uma doença comum e, muitas vezes, passam despercebidos, confundindo-se inclusive como sintomas de gripe, por exemplo, tendo em vista que inicialmente tem-se mal estar e febre. Posteriormente, os sintomas passam a ser suores noturnos, diarreia, febre e emagrecimento. À medida que a doença se desenvolve, os portadores desenvolvem outras doenças graves como hepatites virais, tuberculose, alguns tipos de câncer pneumonia, entre outras. Quanto ao tratamento, a pessoa diagnosticada com a doença, deve fazer acompanhamentos regulares e usar medicamentos que podem ocasionar efeitos colaterais, interferindo, dessa forma, na rotina de seus portadores.

Diante dessa perspectiva, necessário se faz a proteção dos empregados portadores de HIV/AIDS e para tanto, é importante a observância de princípios constitucionais, os quais têm auxiliado na solução dos conflitos, principalmente na determinação à reintegração do aitético, tais como princípio da igualdade, dignidade da pessoa humana, não discriminação, e, ainda, com relação ao contrato de trabalho destes, o princípio da continuidade da relação de emprego, função social do contrato e o da proteção. O princípio da igualdade, que no período do liberalismo clássico possuía uma natureza apenas formal, com o desenvolvimento social passou a ter também natureza material e tem previsão no artigo 5º da Constituição Federal da República de 1988.

Busca-se igualar os indivíduos e protegê-los de inúmeras discriminações sociais. Entretanto, em determinados casos, não é possível tratar igualmente os indivíduos. No

caso dos aidéticos, estes são discriminados, comumente, em razão da redução do ritmo de trabalho, ausências para consultas e até mesmo preconceitos e medo de contágio, por parte dos outros indivíduos, que conseqüentemente, prejudicam o bom relacionamento da relação de emprego, bem como sua continuidade. E, diretamente ligado ao princípio da igualdade e à estabilidade do aidético, se encontra o da não discriminação.

Embora seja vedada, a discriminação ocorre e os indivíduos que sofrem com as práticas discriminatórias se sentem cada vez mais desprotegidos, prejudicados e excluídos, ferindo, dessa forma, outro princípio tratado, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana. Previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, tem sido aplicado de modo reiterado nas decisões judiciais, sobrepondo-se até mesmo sobre determinadas normas jurídicas.

Sabe-se que a AIDS, por si só, acarreta preconceitos e discriminações diversas. A discriminação pode ser direta ou indireta, positiva ou negativa. A depender da discriminação praticada, esta pode suprimir ou negar determinados direitos aos indivíduos, gerando prejuízos irreparáveis. É, portanto, com o intuito de reprimir esses atos ilícitos, que o princípio da não discriminação possui previsão tanto em normas nacionais, como na Constituição Federal, quanto em normas internacionais como as Convenções nº 90, 100, 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), entre outras.

Na maioria dos casos concretos, a reintegração do aidético é determinada com base na presunção de discriminação, observando-se alguns meios de prova mais utilizados no Processo do Trabalho, os quais auxiliam no julgamento do aplicador da norma. Nesse sentido, tem-se o ônus da prova, que consiste na produção de provas da parte que alegou o direito, para que esta tenha resultados positivos a seu favor. O ônus está previsto no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, e afirma que a prova das alegações incumbe a quem alega, bem como também determina, por meio do artigo 333 do Código de Processo Civil que compete ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do fato alegado pelo autor.

Dessa forma, dois meios de prova que podem ser utilizados para a verificação da discriminação do portador de HIV/AIDS são a máxima da experiência que se encontra



disposta no artigo 335 do Código de Processo Civil, também mencionada de forma expressa no artigo 5º da Lei dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/95), e a prova *prima facie*. As regras das experiências podem ser técnicas ou comuns e o juiz pode levá-las em consideração quando apreciar as provas produzidas e no julgamento do caso concreto. No entanto, estas só podem ser utilizadas na falta de legislação específica a ser aplicada a determinada situação.

Quanto à prova *prima facie*, esta é gerada a partir das regras de experiência e é também chamada de prova de primeira instância ou prova por verossimilhança. Por meio destas, é possível também a inversão do ônus da prova em determinados casos. Assemelha-se à presunção judicial comum, no entanto, nesta o juiz, na decisão parte da existência de um indício, ou seja, de um fato já conhecido, provado enquanto na prova *prima facie*, parte-se de princípios práticos, ou seja, apenas das regras de experiência, fatos não provados, desconhecidos. Essas duas modalidades, máxima da experiência e prova *prima facie* podem ser amplamente utilizadas na Justiça do Trabalho.

Assim sendo, entende-se que a simples dispensa arbitrária, presume-se ato discriminatório, surgindo, dessa forma, a inversão do ônus da prova e o direito à reintegração do portador de HIV. Ademais, é por intermédio dos meios de prova mencionados que se poderão ter decisões inequívocas e que não resultem em insegurança jurídica para quaisquer umas das partes. Há que se ressaltar que o trabalho é considerado elemento essencial para a sobrevivência do ser humano, e isso não é diferente para o portador de HIV/AIDS. Esses merecem viver dignamente, sem qualquer discriminação ou preconceito.

Ademais, verifica-se que o artigo 4º da Lei nº 9.029/95 não protege totalmente o empregado, na medida em que trata somente da readmissão, do pagamento dos salários atualizados e de indenização por danos morais, não tratando dos casos em que há a necessidade de reparação por danos materiais referentes aos gastos com hospitais, consultas, medicamentos, entre outros recursos imprescindíveis ao portador de HIV/AIDS, e que muitas vezes não podem ser englobados pela indenização referida no artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.029/95. Dessa forma, nesse quesito, vê-se uma lacuna na legislação. Ressalte-se, ainda, que a terminologia utilizada pelo artigo supracitado de “readmissão” também é equivocada, tendo em vista que, no Direito do

Trabalho, o período de afastamento não é contabilizado para fins de tempo de serviço quando se tratar de readmissão, diferente da reintegração, na qual o período é contabilizado.

Quanto à Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, entende-se que esta também é falha, ao se fazer uma interpretação gramatical do texto da referida súmula, verifica-se que o empregado portador de HIV/AIDS tem direito apenas à reintegração, causando certa insegurança jurídica nos casos em que for desaconselhável a reintegração ao emprego. Diante dos fundamentos expostos, verifica-se a necessidade urgente da implementação de normas mais eficazes e que garantam maior segurança jurídica no âmbito trabalhista, de modo a combater quaisquer práticas discriminatórias, evitando-se contradições e injustiças, impedindo que pessoas nessas condições tenham tratamentos negativos e sofram ainda mais apenas por serem diferentes e promovendo-se mais equidade entre os indivíduos, afinal todos merecem igual respeito.

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Kátia Magalhães. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua força normativa. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 35-44, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/13661>>. Acesso em: 16 mai. 2013.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito Individual do Trabalho*. 1.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CHEHAB, Gustavo Carvalho. O princípio da não discriminação e o ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 52-71, jul./set, 2010. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/18058>>. Acesso em: 28 mai. 2013.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. *Discriminação na relação de trabalho: uma afronta ao princípio da igualdade*. 1.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 13.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: LTr, 2006.
- DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 41.
- DIDIER Jr. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 4.ed., Salvador: Juspodivm, 2007, v. 2, p. 51 apud SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2.ed., São Paulo: Max Limonad, 1995, v. 5, p. 441.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 47.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 33. ed., São Paulo: LTr, 2005.
- MALTA, Elisa Maria Brant de Carvalho; CARLOS, Vera Lúcia. A discriminação do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS no emprego e seu direito à reintegração. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 11, n. 22, set. 2001.
- MANCEBO, Rafael Chagas. A função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26-27.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do Trabalho*. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 27.ed., São Paulo: Atlas, 2011.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *A Justa Causa na Rescisão do Contrato de Trabalho*. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36.ed., São Paulo: LTr, 2011, p. 398.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao processo do trabalho*. 6.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- NETO, José Salem. *Direito do Trabalho*. 2.ed., Campinas: Copola, 1999.
- OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 25 mai. 2013.
- OIT. *Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv\\_aids/pub/repertorio\\_hivaids\\_2010\\_278.pdf](http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hivaids_2010_278.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2013.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001, p. 16.
- PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. O princípio da dignidade da pessoa humana e sua eficácia concreta. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 1, p. 36-55, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/6569>>. Acesso em: 25 mai. 2013.
- PEREIRA, Armand. “Apresentação”. In: PRADO, Moema (Org.); CUNHA, Maria Beatriz (Coord.). *HIV/Aids no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira*. Brasília: OIT, 2002, p. 9-10.
- RUDNICKI, Dani. *AIDS e Direito: Papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *A função social do contrato, a solidariedade e o pilar da modernidade nas relações de trabalho: de acordo com o novo código civil brasileiro*. São Paulo: LTr, 2003.
- SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho*. 5.ed., São Paulo: Método, 2012.
- SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001.

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

VASCONCELOS, Elaine Machado. A discriminação nas relações de trabalho: a possibilidade de inversão do ônus da prova como meio eficaz de atingimento dos princípios constitucionais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 71, n. 2, p. 94-107, maio/ago. 2005. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/handle/1939/3758>>. Acesso em: 28 mai. 2013.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. *Resumo do Direito do Trabalho*. 6.ed., Rio de Janeiro: Ed. Trabalhistas, 2003.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Paloma, 2002.

Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/jovem>>. Acesso em: 01 maio 2013.

Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>. Acesso em: 01 maio 2013.

Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 25 maio 2013.

Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em: 30 set. 2013.

Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/jurisSearch.do>>. Acesso em 2 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20817812/recurso-ordinario-trabalhista-ro-2316520105040252-rs-0000231-6520105040252-trt-4>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19957937/recurso-de-revista-rr-616009220055040201-61600-9220055040201>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20073368/recurso-ordinario-trabalhista-ro-13310620105040333-rs-0001331-0620105040333>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7441433/1488200800116007-ma-01488-2008-001-16-00-7>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18883055/759200805118002-go-00759-2008-051-18-00-2>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-16.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7444399/246200900016000-ma-00246-2009-000-16-00-0>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20049362/7053201013909-pr-7053-2010-13-9-0-9-trt-9>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530828/recurso-ordinario-record-1354200704202007-sp-01354-2007-042-02-00-7>>. Acesso em: 3 out. 2013.

Disponível em: <[http://bd1.trt1.jus.br/xmlui\\_portal/handle/1001/214363?queryRequest=HIV](http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/handle/1001/214363?queryRequest=HIV)>. Acesso em: 3 out. 2013.

## LEGISLAÇÕES

BRASIL. *Decreto Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em 7 mar. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em 17 set. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 5.859, de 11 de dezembro de 1972.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15859.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. *Portaria GM n.º 3.214, de 08 de junho de 1978.* Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr\\_05.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D311909DC0131678641482340/nr_05.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18036consol.htm)> Acesso em: 11 mar. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acesso em: 21 de mar. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm)>. Acesso em 30 mai. 2013.

BRASIL. *Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 8 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientações Jurisprudenciais n.º 365 e 369 da SBDI-1.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_361.htm#TEMA365](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_361.htm#TEMA365)>. Acesso em: 3 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n.º 399 da SBDI-1.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html#TEMA399](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA399)>. Acesso em: 17 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 51.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-51](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51)> Acesso em 5 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n.º 212.* Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-212](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212)>. Acesso em: 5 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 244*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 339*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-339](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-339)>. Acesso em 2 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 369*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-369](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-369)>. Acesso em: 3 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 378*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-378](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378)>. Acesso em: 25 de mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 396*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-396](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-396)>. Acesso em: 11 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n° 443*. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html#SUM-443](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443)>. Acesso em 2 out. 2013.