



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

THALITA DAMASCENO BARBOSA

**AIDS E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO**

BRASÍLIA

2015

THALITA DAMASCENO BARBOSA

**AIDS E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito do Centro Universitário de Brasília,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira
Garcia

BRASÍLIA

2015

THALITA DAMASCENO BARBOSA

**AIDS E A APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO
TRABALHO**

Monografia apresentada ao curso de graduação
em Direito do Centro Universitário de Brasília,
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira
Garcia

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Msc. Luiz Emilio Pereira Garcia

EXAMINADOR (A)

EXAMINADOR (A)

RESUMO

No presente trabalho há a apresentação de uma problemática que envolve a aplicação da Súmula 443 do TST, pois sua aplicação não coexiste harmonicamente com o princípio da continuidade da empresa. Antes de adentrar a essa questão, merece ser destacado a conceituação da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, mais conhecida popularmente como AIDS, pois é uma síndrome que ataca o sistema imunológico do corpo humano, sendo assim, o indivíduo está vulnerável a potenciais infecções, que podem ocasionar sua morte, ou seja, o soropositivo não morre pela doença AIDS em si, mas sim pelas doenças às quais seu organismo fica vulnerável. Além dessa questão, é importante destacar a diferença entre soropositivos assintomáticos e sintomáticos, os assintomáticos são aqueles portadores que possuem o vírus, mas que não sofrem com os efeitos típicos da doença, portanto, são aqueles que “convivem” com a doença; pelo contrário, os sintomáticos (aidéticos) são aqueles que vivem com a AIDS em sua latência, com todos os sintomas típicos da doença, o que leva a tratamentos intensivos e desgastantes à sua saúde. Nesse sentido, adentra-se na evolução do direito do trabalho, observando o reconhecimento dos direitos sociais e do trabalho, adiante, destacam-se os direitos e os princípios do Direito do Trabalho, principalmente os princípios: da proteção (regra in dubio, pro operário/ regra da norma mais favorável/ regra da condição mais benéfica), princípio da livre iniciativa e da preservação da empresa. Por fim, discorrer-se-á sobre a AIDS e os principais direitos fundamentais do trabalhador soropositivo, como: direito à igualdade, direito à intimidade, direito ao trabalho, ensejando, também, a análise da aplicação efetiva da Súmula 443 do TST nos presentes casos, e as consequências da reintegração e da inversão do ônus da prova para ambas as partes da relação trabalhista (empregado e empregador). Ao final, haverá a observância de alguns posicionamentos jurisprudenciais da corte que demonstram a aplicação genérica da supracitada Súmula, o que inviabiliza o direito de defesa do empregador no caso concreto.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Súmula 443 do TST. Reintegração. Inversão do ônus da prova. AIDS. HIV.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA	9
1.1 BREVE HISTÓRICO DA DESCOBERTA DA AIDS.....	11
1.2 DE ONDE VEM O VÍRUS DA AIDS?	12
1.3 MEIOS DE TRANSMISSÃO	13
1.4 ASPECTOS SOCIAIS E MÉDICOS DA DOENÇA.....	14
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO	16
2.1 CENÁRIO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL	16
2.2 RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO DO TRABALHO	22
2.3 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	24
2.4 OS DIREITOS E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO	27
2.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO.....	31
2.5.1 Regra in dúbio, pro operário	34
2.5.2 Regra da norma mais favorável	36
2.5.3 Regra da condição mais benéfica	38
2.5.4 Princípio da livre iniciativa.....	40
2.5.5 Princípio da preservação da empresa.....	41
3 A AIDS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	42
3.1 A AIDS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.....	42
3.1.1 Direito à igualdade.....	44
3.1.2 Direito ao trabalho	45
3.1.3 O respeito ao direito à intimidade do trabalhador, diante da investigação do HIV no momento da contratação ou no decorrer do contrato.	46
3.1.4 Quando o teste é exigível para o exercício de função que tem grande possibilidade de haver transmissão.	48
3.1.5 Informação e educação	49
3.1.6 Justa causa ou motivo justificado: a infecção pelo HIV	49
3.2 O SURGIMENTO DA SÚMULA 443 DO TST	50
3.3 ANÁLISE DOS CASOS JURISPRUDÊNCIAIS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	52
3.4 CRÍTICA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TST	56
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Atualmente, as pessoas portadoras do vírus HIV/ AIDS têm maior expectativa de vida e melhor qualidade, esse fato decorre dos avançados estudos médicos sobre a doença, o que permitiu alcançar uma evolução farmacológica significativa com seus variados tipos de remédios.

No entanto, esse empenho e avanço na área da saúde não foram acompanhados, diretamente, pelo contexto social, por essa razão, a palavra AIDS ainda traz uma conotação carregada de preconceito e discriminação. Logo, se faz necessária a análise das relações sociais e jurídicas, nas quais o portador do vírus está inserido, tendo como base a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

A mencionada Súmula trata dos casos de ruptura contratual discriminatória realizada pelo empregador, onde pode ser destacada a segregação realizada em desfavor dos empregados soropositivos. É nesse contexto, que o Estado intervém para garantir a manutenção da vida digna, da integridade física, intelectual e moral, ressaltando que através da presunção de discriminação surge o direito ao mencionado empregado de ser reintegrado.

Importante destacar, que a supracitada Súmula não é uma previsão legal sobre a estabilidade, mas sim uma *forma singular* de garantia ao empregado, pois há a inversão do ônus da prova para proteger o empregado e dar continuidade à relação de emprego. O fato da maioria dos portadores se encontrarem na faixa etária economicamente ativa, entre 20 a 49 anos, e o aumento da doença ocorrer de forma significativa, o que demonstra ser um problema social atual, se faz necessário a realização de um estudo sobre o tema.

Nesse cenário, mesmo diante de diferenças, os cidadãos devem ser tratados de forma igualitária e justa, independentemente do tipo de relação social, pois o homem deve ser valorizado enquanto pessoa, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Após décadas de convivência com essa doença, no contexto social brasileiro, a discriminação ainda está presente nas relações de trabalho, seja de forma expressa ou não, o que acarreta consequências de ordem econômica à empresa. Segundo o posicionamento pro-empregador, a Súmula 443 do TST não traz previsão legal sobre a estabilidade, o que não permitiria a interpretação da presunção de discriminação como uma “estabilidade provisória” garantida

em todos os casos, logo essa lacuna não teria forças para afastar o poder potestativo do empregador.

Além disso, o mencionado posicionamento fundamenta que a Súmula viola o princípio da legalidade, pois obriga os empregadores a manterem um contrato de trabalho por tempo indeterminado com um empregado doente, mesmo não sendo sua vontade. Nesse sentido, interpretam o disposto na Súmula como uma forma de penalização.

Assim, o objetivo do presente trabalho se resume em verificar a abordagem histórica da relação empregatícia, principalmente, no que diz respeito ao princípio da proteção do empregado; avaliar a importância da continuidade da empresa, pois é através do poder potestativo do empregador que ocorre a movimentação da economia e a criação de oportunidades empregatícias; observar formas de estimular a aplicação da Súmula 443 do TST de forma que haja uma consonância entre o princípio da proteção do empregado e a continuidade da empresa.

A Súmula 443 do TST protege o empregado, no entanto, não resolve todos os problemas sociais, econômicos, trabalhistas, que o empregado soropositivo enfrenta. Sendo assim, como se consegue harmonizar a aplicação da Súmula com o princípio da continuidade da empresa? No contexto apresentado pela Súmula, o que fazer para conseguir dar efetividade à valorização do trabalho humano e a livre iniciativa?

A solução seria relativizar o ônus que o empregador arca sozinho, ou seja, que o Estado oferecesse mecanismos para que o empregador continuasse mantendo o empregado soropositivo, mas em contra partida, houvesse algum tipo de benefício, como a redução nos valores relativos às contribuições, e assim por diante. Salieta-se que mesmo o empregador sendo a parte mais forte na relação de emprego, o ônus de manter um empregado soropositivo que não permite haver um avanço na produção de capital, pode gerar efeitos na economia e na gestão da empresa.

No primeiro capítulo, irei tratar sobre a doença AIDS/HIV (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, em inglês Human Immunodeficiency Virus), assim, primeiramente irei conceituá-la, trazendo as principais diferenças entre o portador do vírus HIV (convive com o vírus sem que haja algum tipo de manifestação sintomática) e o aids (aquele que sofre com a latência da doença, ou seja, que convive com os vários sintomas da doença, e com os efeitos colaterais dos remédios); no segundo momento, irei abordar o breve histórico da descoberta da doença; no terceiro momento, tratarei da origem do vírus; no quarto

momento, serão analisados os meios de transmissão; e no quinto e último momento, serão observados os aspectos médicos e sociais da mencionada doença.

No segundo capítulo, tratarei da evolução do Direito do Trabalho, observando o cenário da Revolução Industrial, os principais princípios do Direito do Trabalho, o reconhecimento de Direitos Sociais e o Direito do Trabalho no Brasil.

Já no terceiro capítulo, será analisado a AIDS e os Direitos Fundamentais do Trabalhador, além de serem observados casos jurisprudências e a inversão do ônus da prova.

Para percorrer esses capítulos, pode ser destacada a importância da pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, para análise e compreensão da doença e seus reflexos na sociedade atual. Além disso, na busca de uma análise mais profunda e atualizada, é importante que haja o estudo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), das Súmulas, das orientações jurisprudenciais, das revistas jurídicas, artigos científicos e decisões jurisprudenciais que tratem sobre o tema.

1 A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA

A AIDS/ HIV (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, em inglês Human Immunodeficiency Virus), gera no organismo de seus portadores uma deficiência imunológica generalizada, o que acarreta uma vulnerabilidade às diversas infecções, desde as mais simples até as mais graves, pois o sistema imunológico deixa de responder de maneira eficiente a perigos expostos. Portanto, o sistema torna-se debilitado, o que pode acarretar a morte do doente de AIDS ¹.

O vírus que causa a doença infecciosa AIDS, se chama HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana), assim como outros vírus, não possui a capacidade de gerar todos os elementos necessários para garantir a sua sobrevivência, logo, criaram meios para se aproveitar de outros organismos. Para o HIV, o objeto de interesse são alguns tipos celulares dos seres humanos, principalmente os relacionados com a defesa do organismo, por essa razão, ele começa a gerenciar a produção de substâncias orgânicas da célula que hospeda, esse fato decorre da capacidade surpreendente que o HIV possui de inserir sua própria informação genética no DNA das células hospedeiras ².

Nesse cenário deixado pelo vírus HIV, o sistema imunológico humano não consegue se defender o que acaba acarretando a proliferação de micróbios e células cancerosas, pois diante de um sistema praticamente demolido, os anticorpos não conseguem realizar a marcação necessária para garantir uma defesa eficaz. Logo, merece ser destacado, que o sistema imune é formado por um conjunto de células e moléculas especiais que realizam a defesa do organismo (CD4+, macrófagos, linfócitos) ³.

Uma das características principais da AIDS/HIV é o surgimento de infecções que são tidas como raras em indivíduos normais e, por esse motivo, são chamadas de doenças oportunistas, pois podem levar o portador a morte, diante da diminuição da resistência ⁴.

Diante desse fato, a célula hospedeira começa a fabricar proteínas virais como se fosse necessidade do organismo humano. Além disso, o HIV começa a orientar a síntese de seus próprios produtos de forma preferencial, mesmo sendo tóxicos para o

¹ REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-7.

² SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 16.

³ AQUINO, Ulisses Mota de. *AIDS- Toda a verdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1986. p. 15.

⁴ NETO, Amato. *AIDS: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. São Paulo: Almed, 1980. p. 10-11.

organismo, o vírus destrói os linfócitos do tipo T CD4+ ⁵. A infecção se generaliza, pois a toxina liberada rompe e mata as células hospedeiras, sendo assim, o vírus acaba procurando outras células vivas não infectadas; esse cenário recebe o nome de integração, o que acaba sendo um enorme obstáculo para que o sistema imunitário do organismo humano infectado se defenda, pois ao passo que o organismo pensa em reagir contra o vírus também destrói as células imunitárias que foram infectadas ⁶.

O organismo na tentativa de combater o vírus libera mais células imunitárias saudáveis, no entanto, como essas células são o alvo principal do vírus, acaba gerando um ciclo vicioso, pois sempre haverá “alimento” para ele.

Além dessa questão, outra dificuldade encontrada para o controle da doença é o fato de alguns portadores serem assintomáticos (são indivíduos que convivem naturalmente com o HIV, são portadores do vírus, no entanto, nunca manifestaram sintomas), nesses casos, há um prazo de seis a oito anos do momento da infecção até o aparecimento dos primeiros sintomas próprios da doença AIDS. Nesses casos, não há manifestação de eventos clínicos, por essa razão, os portadores nem desconfiam que estejam infectados, assim sendo, diante da ignorância do seu estado clínico acaba infectando muitos outros indivíduos.

Além da fase assintomática, também há a fase sintomática (são aqueles indivíduos que vivem com a AIDS), onde as manifestações da sorologia são ocorrentes e estão mais propícias as infecções oportunistas, ou seja, são características de indivíduos que sofrem da imunodeficiência na sua fase inicial ⁷.

Merece ser destacado que possuir HIV não significa ter a doença da AIDS, portanto, essa distinção se faz necessária para compreendermos se na relação de trabalho houve discriminação ou não.

A manifestação das doenças oportunistas, em um cenário de imunodeficiência adquirida, como o sarcoma de Kaposi ou alguns tipos de câncer, foi um dos grandes meios que propiciaram a descoberta do HIV ⁸.

⁵ “Linfócitos T CD4+ são glóbulos brancos que defendem o organismo diante dos possíveis agressores; esses linfócitos possuem a capacidade de reconhecer, destruir e memorizar os micro-organismos estranhos, que podem causar doenças, quando dentro do corpo humano.” (DEPARTAMENTO DE DST, AIDS E HEPATITES VIRAIS. *O que é sistema imunológico?* Disponível em: < <http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-sistema-imunologico>>. Acesso em: 18 set. 2015).

⁶ SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001.p.17.

⁷ RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. *Manual de HIV/AIDS*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2005. p.11.

⁸ RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. *Manual de HIV/AIDS*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2005. p. 19.

1.1 BREVE HISTÓRICOS DA DESCOBERTA DA AIDS

Em 1981, quando observavam a doença do sarcoma de Kaposi (modalidade rara de câncer) e a pneumonia por *Pneumocystis carinii*, em alguns jovens homossexuais, os médicos americanos Dr. Michael Gottlieb e Dr. Alvin Friedman-Kien, perceberam a debilidade do sistema imune de seus pacientes, sem que houvesse nenhum tipo de motivo aparente. O que se destacou foi o fato dessas doenças serem raras, e terem sido observadas apenas em crianças e idosos debilitados (grupo de risco, suscetível a um maior número de infecções) e não em jovens adultos. Logo, perceberam que esse grupo de jovens homossexuais tinham uma particular deficiência na imunidade, diferente das causas já conhecidas (uso de drogas para tratar o câncer, irradiação e o uso de corticóides) ⁹.

Um ano depois, diante dos mais de dois mil casos apresentados nos Estados Unidos, principalmente em jovens homossexuais e usuários de drogas intravenosas, foi declarada a epidemia pelo Centro de Controle de Doenças (CDC). Diante desse fato, perceberam que a transmissão da doença ocorria por meio do contato sexual ou pelo sangue contaminado, pois acreditavam que algum tipo de micro-organismo fosse o agente responsável, ou seja, havia a suspeita da síndrome ser de origem infecciosa devido às várias infecções múltiplas ¹⁰.

Em 1983, ao analisar uma biopsia de um linfonodo de um paciente, a equipe de laboratório do Dr. Luc. Montagnier, no Instituto Pasteur de Paris, encontraram um vírus que foi chamado de Vírus da Imunodeficiência Humana. Após três anos, foi identificado um segundo vírus de imunodeficiência, sua identificação foi feita a partir de alguns portadores vindos da Guiné-Bissau (África Ocidental), sendo assim, são chamados de HIV-1 e HIV-2 ¹¹.

Ressalta-se que ambos geram uma imunodeficiência em seus portadores, no entanto, o HIV-1 é muito mais agressivo que o HIV-2. Assim sendo, o HIV-1 é o grande responsável pela pandemia que se alastrou no mundo, enquanto o HIV -2 é mais restrito a algumas áreas da África Ocidental (Guiné-Bissau, Costa do Marfim, Senegal e Libéria), da Europa ibérica e da França. As infecções oportunistas mais comuns e frequentes decorrentes do

⁹ NETO, Amato. *AIDS: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. São Paulo: Almed, 1980. p. 10 .

¹⁰ NETO, Amato. *AIDS: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. São Paulo: Almed, 1980. p. 10.

¹¹ SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 18

vírus HIV, em geral, são: a monilíase bucal (famosos sapinhos) e do esôfago; também há quadros pulmonares e neurológicos, quadros mais graves da doença ¹².

1.2 DE ONDE VEM O VÍRUS DA AIDS?

Quando foi descrito o HTLV (vírus da leucemia de células T humano, primeiro retrovírus detectado que infectava o homem), em 1980, Dr. Robert Gallo já conhecia um vírus muito similar que infectava os macacos, o STLV. Assim, houve a busca de vírus correlatos ao do HIV (em inglês Human Immunodeficiency Virus) em espécies de primatas do Velho Mundo, na África, onde o HIV teria se manifestado pela primeira vez, segundo um estudo retrospectivo de amostras sangüíneas. “Sendo assim, a teoria mais aceita pelos estudiosos da AIDS, seria que a AIDS é uma doença humana originada pela transmissão de um patógeno oriundo de uma espécie animal” ¹³.

Duas espécies de primatas, que possuem uma relevante taxa de soroprevalência, são o grupo dos macacos-verdes-africanos e os macacos-mangabey-fuligentos, no entanto, mesmo possuindo cargas virais altíssimas durante toda a fase crônica da infecção, não há queda de linfócitos CD4+, o que não permite que haja abatimento pelas doenças oportunistas ¹⁴.

A origem do HIV -1 é diferente da do HIV-2, acredita-se que o HIV-1 tenha se originado do chimpanzé, enquanto o HIV-2 tem uma relação mais direta com o vírus de mangabeys-fuligentos. Os mangabeys-fuligentos são mantidos como animais de estimação pelos indivíduos de áreas mais pobres da África ocidental, assim, o vírus acaba sendo transmitido facilmente por meio de arranhões ou mordidas, também deve ser destacado a utilização da carne desses macacos como alimentos. Logo, a transmissão ocorre durante a caça e o preparo da carne desses animais, o que não é diferente da transmissão do HIV -1.

Importante destacar, que a carne do chimpanzé é tida como uma iguaria em algumas localidades africanas, sendo assim, esse tipo de comércio gera uma grande rentabilidade, pois são vendidas a altos valores. Apesar de ser uma prática antiga nas

¹² SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 11.

¹³ SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 20.

¹⁴ SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 29.

populações rurais africanas, há oitenta anos, seja pelo isolamento geográfico ou pela incapacidade do vírus, a mencionada infecção não obteve um nível epidêmico relevante.

Nesse sentido, acreditam que os fatores socioeconômicos da metade do século 20 (migrações e urbanizações), tenha sido o grande propulsor do HIV-1. Além disso, pode ser destacada a exploração do sexo como um comércio e a utilização de drogas intravenosas como meios que contribuíram significativamente na disseminação de novas infecções virais.

1.3 MEIOS DE TRANSMISSÃO

A AIDS foi introduzida na população humana através do contato com o sangue de macacos, principalmente em regiões da África. Uma vez dentro do organismo hospedeiro, o vírus é facilmente passado de um indivíduo para outro da mesma espécie, logo, a pessoa que tem o vírus se torna para sempre um transmissor em potencial.

Por essa razão, se faz necessário conhecer as formas pelas quais há a transmissão de indivíduo para indivíduo, destaca-se duas vias de transmissão predominante: a horizontal (uma pessoa infectada pelo vírus infecta outro indivíduo na mesma geração) e vertical (quando a mãe acaba transmitindo o vírus para os seus filhos, através da gravidez).

A transmissão horizontal entre dois indivíduos requer o contato direto com determinados fluídos corporais do transmissor, como o sangue, esperma e secreção vaginal. Assim sendo, as principais formas de contaminação ocorrem pelo intercuro sexual (vaginal, oral ou anal), transfusão de sangue e a utilização de drogas intravenosas (pois nesses casos é comum haver o compartilhamento de uma mesma seringa contaminada entre os grupos de viciados)¹⁵.

Importante destacar, que nas relações sexuais, as mulheres tem aproximadamente três vezes mais probabilidade de se contaminarem com parceiros infectados, do que os homens, isso se deve ao fato das mulheres permanecerem expostas a quantidade de fluído infectado por um período maior que os homens. Outro fator que propicia

¹⁵ AQUINO, Ulisses Mota de. *AIDS- Toda a verdade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1986. p. 51

um aumento nas taxas de transmissão sexual é o elevado número de parceiros sexuais. A capacidade de transmissão pelo ato sexual é diretamente proporcional à imunodeficiência do indivíduo ¹⁶.

Atualmente, a vida do portador do vírus da AIDS consegue ser mais longa, pois no mercado farmacológico há inúmeras drogas anti-HIV que objetivam impedir que haja a replicação viral, ou seja, acaba havendo uma diminuição no avanço do crescimento e da carga do vírus dentro do organismo infectado. No entanto, não há medicamento que permita a cura da doença, pois há sempre alguma variação do HIV que o torna resistente a substância contida na droga.

A descoberta da doença quanto mais cedo, mais benéfica será para o paciente, pois assim o tratamento antiviral, permite que não haja a destruição das estruturas do sistema imune (as funções do sistema são mantidas, assim o próprio organismo combate com mais eficácia a infecção).

Merece ser destacado que no Brasil, o tratamento anti-retroviral é gratuito, segundo a determinação disposta no decreto nº 9313 de 13 de novembro de 1996, logo, o tratamento dos indivíduos portadores do vírus tornou-se uma prioridade nacional ¹⁷.

1.4 ASPECTOS SOCIAIS E MÉDICOS DA DOENÇA

Até o final dos anos 70, a doença não era conhecida, no entanto, poucos anos depois, se espalhou de tal forma que gerou malefícios na saúde pública tanto em países desenvolvidos como nos que não são. Logo, com o avanço e disseminação da doença, é claro que atenção foi inevitável.

No início, quando do conhecimento da doença, acreditavam que a AIDS era uma doença pertencente exclusivamente ao grupo homossexual masculino. No entanto, com o passar do tempo perceberam que também acometia bissexuais, indivíduos que receberam doação de sangue, viciados em drogas intravenosas, ou seja, que não era exclusivo aos homossexuais, pois a doença não rotula idade, sexo, ou etnia.

¹⁶ AQUINO, Ulisses Mota de. *AIDS- Toda a verdade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1986. p. 53.

¹⁷ AQUINO, Ulisses Mota de. *AIDS- Toda a verdade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1986. p. 77.

“Como a AIDS foi inicialmente identificada entre a comunidade homossexual norte-americana (no final da década de 70 e início da de 80), acreditou-se que se tratava de uma doença típica de ‘gays’. Os heterossexuais estavam a salvo! Ledo engano! Hoje se sabe que a AIDS já existia na África e basicamente entre os heterossexuais. Nos prédios anos da epidemia já se descobriu que a AIDS, ao contrário de alguns seres humanos, não discrimina sexo, cor, idade, nacionalidade ou cultura”¹⁸.

No Brasil, o primeiro caso de AIDS foi conhecido em 1982, após seis anos aproximadamente cinco mil casos estavam confirmados, principalmente no Estado de São Paulo. Diante desse caso, torna-se evidente a obrigatoriedade de adotar condutas preventivas eficientes¹⁹.

Quando do início da epidemia, a transmissão do HIV ocorria principalmente pelo sangue e pelos hemoderivados, esse fator começou a diminuir quando começaram a desenvolver testes para efetuar a triagem de bancos de sangue, em 1985, no entanto, a transmissão sanguínea entre os usuários de drogas ainda era de difícil constatação no Brasil²⁰.

Desde 1996, há uma quantificação das partículas virais no plasma como ferramenta fundamental para acompanhar os pacientes contaminados pelo HIV, a carga viral tem a capacidade de informar, pois quanto mais elevada for a carga viral, maior será a possibilidade de haver progressão em um determinado período. Desta maneira, a terapia antirretroviral permite obter uma redução significativa na carga.

Nesse sentido, o uso do termo “aidético” traz em seu âmago a conotação preconceituosa, pejorativa. Portanto, deve-se perceber que a doença em si já traz uma consequência muito danosa tanto para o psicológico do portador como para sua vida social, pois não é fácil lidar com o resultado positivo carregado de discriminação social, por esse motivo, deve haver solidariedade, respeito, sensibilidade para com eles²¹.

¹⁸BRASIL, Ministério da Saúde. *HIV nos Tribunais: Coordenação Nacional de DST e AIDS*. 2.ed. Brasília: 1998. p. 14-15 apud REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 5

¹⁹SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001. p. 25.

²⁰RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. *Manual de HIV/AIDS*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revinter. p. 20.

²¹REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 8.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 CENÁRIO DA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

O ser humano, ao passo que, começou a viver em sociedade, percebeu a necessidade de haver a criação do Direito como forma de harmonizar suas relações sociais inerentes do convívio, pois, diante de vários direitos contrapostos, uma regulação permitiria atingir o interesse da sociedade em primeiro lugar. Esse cenário não foi diferente do encontrado no período da Revolução Industrial, o que repercutiu na criação do Direito do Trabalho.

Dessa forma, o sistema de normas jurídicas de Direito do Trabalho surgiu com a sociedade industrial e o trabalho assalariado, mas isso não significa que na sociedade pré-industrial não havia alguns tipos de relações de trabalho, pelo contrário, existiam a escravidão, as corporações de ofício da Idade Média e a locação²².

A escravidão foi a relação de trabalho que mais predominou na sociedade pré-industrial, pois o escravo era “coisa” e não sujeito de direito, dessa forma, não havia necessidade de ser discutido direitos trabalhistas, visto que os escravos se empenhavam na realização de atividades vis, manuais; as questões que envolviam atividades intelectuais eram realizadas somente pelos homens livres. Desta maneira, na Antiguidade Clássica, no mundo greco-romano, o trabalho possuía um caráter material, sendo importante, destacar que o trabalho escravo começou a declinar tanto no período feudal, século V a século XI, como no período urbano do século XI ao XV²³.

As condições econômicas e a falta de um conceito autêntico de liberdade justificaram a existência da escravidão²⁴. A locação, outra espécie de relação de trabalho, era uma obrigação destinada aos escravos e as pessoas pobres de classe baixa, sendo assim, no Direito Romano antigo, havia três espécies de *locatio conductio: rei, operis e operarum*.

Na primeira, uma das partes da relação se obriga a entregar à outra o uso e o gozo de uma coisa em troca de certa retribuição (remuneração). Na *locatio operis faciendi*, a

²²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 43-44

²³BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 45

²⁴BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 30. Trad.: Luis Washington Vita e Antônio D' Elia apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 44

finalidade era alcançar um resultado de determinada obra que o *conductor* se comprometia a prestar para o locador, mediante determinado preço e assumindo os riscos inerentes dessa atividade. Agora, na *locatio conductio operarum*, uma pessoa prestava serviços e sua remuneração era fixada com base no tempo gasto para realizá-la; a obtenção do resultado não era importante para essa finalidade, além disso, os riscos inerentes da atividade eram arcados pelo credor do trabalho, ou seja, pelo *conductor* ²⁵.

Na Idade Média, após a queda do Império romano (a queda do Império Romano ocorreu em 410 D.C.) ²⁶, houve uma significativa transformação nas relações, pois as corporações de ofício permitiram uma maior liberdade aos trabalhadores, por meio de seus estatutos próprios, porém, as condições de trabalho manifestadas não refletiam as vontades dos trabalhadores. Salienta-se que essa liberdade ainda não podia ser considerada como Direito do Trabalho, pois as corporações buscavam realizar os seus próprios interesses. O auge dessas corporações se deu no século XIII e sua decadência começou a partir do século XV ²⁷.

Apresentado esse panorama histórico relativo às relações de trabalho existentes na sociedade pré-industrial, é importante analisar o cenário da Revolução Industrial e entender a sua relevância para a criação do Direito do Trabalho, pelo fato de ter ocorrido a união de alguns fatores que permitiram uma modificação de uma relação heterônoma de trabalho para à autônoma do regime liberal. A extinção definitiva das corporações foi atingida pelo artigo 7º da lei Chapelier de 1791, o que foi muito determinante para a época, e sua redação trazia

“a partir de 1º de abril, todo homem é livre para dedicar-se ao trabalho, profissão, arte ou ofício que achar conveniente, porém estará obrigado a prover-se de uma licença, a pagar os impostos de acordo com as tarifas seguintes e a conformar-se com os regulamentos da polícia que existam ou que se expeçam no futuro” ²⁸.

Esse período de transição foi fundamental para obter uma liberdade nas relações de trabalho, entretanto, foi vedada a criação de associações, dessa forma, a relação do indivíduo com o Estado se realizava de forma direta. Nesse mesmo contexto, não demorou que a busca do aumento de produção e da economia refletissem na substituição da ferramenta

²⁵BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 46

²⁶CASELLI, Giovanni. *O império Romano e a Idade Média*. São Paulo: Melhoramentos, 1981. p. 20. Trad.: Alida Christina Sauer

²⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 43

²⁸BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 47

manual pela máquina (ao passo que a indústria e o comércio cresciam, foi ocorrendo substituição paulatinamente do trabalho servil, escravo e corporativo), portanto, foi através dessa inovação tecnológica que se designou a Revolução Industrial do século XVIII ²⁹.

Pode ser ressaltado o entendimento da Alice Monteiro de Barros, onde “é conhecido que não há sociedade que consegue se manter sob o domínio de instituições que não se justificam mais em face dos seus progressos naturais” ³⁰.

Como destaca Alonso Garcia, o liberalismo e o individualismo foram estruturas basilares para que houvesse o desenvolvimento das relações jurídicos-laborais antes da ocorrência do intervencionismo ³¹.

Assim sendo, como mencionado anteriormente, a Revolução Industrial transformou as relações sociais de forma significativa, no entanto, a liberdade econômica tão sonhada nas relações trabalhistas anteriores, agora estava precisando da intervenção do Estado para ser limitada, para que fosse protegida a parte mais fraca na relação empregatícia, os operários (ressalta-se que foi uma época onde havia uma liberdade sem limites, o que oprimia). Nesse sentido, diante da ausência da intervenção veemente do Estado na regulação da dignidade do trabalhador nas relações contratuais empregatícias, o Direito do Trabalho nasce juntamente com sua razão de ser, ou seja, com o princípio da proteção do trabalhador.

Diante das abusividades (resultantes da liberdade contratual e intervenção mínima do Estado, assim como, da inobservância do status econômico diferenciado das partes envolvidas) presentes nos contratos de trabalho, o Direito do Trabalho, trazendo em sua essência o princípio da proteção, foi a fórmula utilizada para diminuir e impedir que continuassem a vigorar esses abusos. Por conseguinte, pode se concluir que o Direito do Trabalho procurou obter uma igualdade real entre as partes envolvidas, mostrando-se insuficiente a mera garantia da igualdade de direito, pois o amparo da parte mais desfavorecida na relação deve sempre existir. Assim sendo, o princípio mencionado acaba sendo a orientação fundamental que irá definir e delimitar a finalidade principal do direito do trabalho ³².

A Revolução Industrial, além de ser marcada pela intervenção mínima do Estado, também foi marcada pelas grandes inovações dos instrumentos e meios de trabalho,

²⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 47

³⁰BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 49

³¹ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. p. 101 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 50

³²PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 1978. p. 30-33

como as máquinas a vapor, as máquinas de fiar, e principalmente, a energia elétrica. Desse modo, essas novas tecnologias proporcionaram um aumento significativo no capital do empregador ³³ (empresa individual ou coletiva que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço), e como consequência, inversamente proporcional, a diminuição da necessidade de mão de obra.

Portanto, é nesse momento que se verificou a necessidade de otimização do trabalho, para obtenção dos lucros, pois havia a prevalência da lei da oferta e da procura (salientando-se que a atividade humana era mera mercadoria a ser adquirida por determinado preço). Alice Monteiro de Barros afirma “a Revolução Industrial gerou mudanças no setor produtivo e fez surgir a classe operária, o que transformou as relações sociais” ³⁴.

O modo de produzir do capitalismo aumentou de forma expressiva a produção (a automação expandiu os mercados e desenvolveu os sistemas de comércio), então, como consequência lógica, foi necessário um aumento no número de contratações de funcionários para dar conta da demanda de produtos industrializados. Nesse novo contexto social e histórico, os salários dos trabalhadores eram muito baixos, pelo fato da utilização das máquinas para produzir em séries.

Nesse caso, se faz pertinente o entendimento de Joaquim Donizeti Crepaldi “A proliferação do trabalho assalariado e a Revolução Industrial do século XVIII permitiram que houvesse a completa libertação dos trabalhadores, no entanto, agora, o tinha que lutar contra o patrão, representante do capital amparado pelo Estado.” ³⁵.

É perceptível que o trabalhador, no contexto da fase primitiva da Revolução Industrial, era peça de pouca importância na engrenagem capitalista que movia a economia da época, por esse motivo, era comum a sujeição desses trabalhadores às condições degradantes (salários ínfimos, condições de higiene degradantes e jornadas desumanas) que afetavam diretamente a sua dignidade humana. Nesse cenário, eram os empregados que tinham que se enquadrarem e garantir um bom funcionamento das máquinas, na busca de garantir mais capital ao empregador, não importando a segurança ou a qualidade de trabalho. Por isso, nas

³³GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário compacto jurídico*. 15.ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 113.

³⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 51

³⁵CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

relações privadas entre empregado e empregador, não havia razoabilidade nas relações, pois os juízos de valores tinham sido invertidos ou esquecidos ³⁶.

Pérez Leñero afirma que o caráter internacional dos movimentos dos obreiros é um fator presente na evolução histórica do intervencionismo, pelo fato de haver predomínio de normas dispositivas (teoria da autonomia da vontade), diante de uma doutrina individualista clássica. Pode ser destacado “o intervencionismo estatal de tendência política tem sido o maior inimigo do caráter científico da ciência Direito do Trabalho” ³⁷.

Ressalta-se que o Estado sempre esteve presente para regular as relações contratuais, no entanto, dependendo da época, sua intensidade sofreu algumas variações ³⁸.

O mundo europeu do Século XIX, criador do Direito do Trabalho, foi um período marcado pela desigualdade econômica e social, pois havia a concentração de poder político e econômico nas mãos da burguesia; o Estado tinha o dever de interferir nas relações trabalhistas por meio da imperatividade da legislação, o que garantiria uma vedação da renúncia pelas partes envolvidas na questão. Assim sendo, houve uma redução na autonomia da vontade das partes envolvidas. Tinha a necessidade de interferir através de uma legislação imperativa, não suscetível de renúncia pelas partes, assim, houve uma redução na autonomia da vontade das partes envolvidas ³⁹.

Nesse cenário que considerava o trabalho como mera mercadoria, cujo preço era ditado pela concorrência (capitalismo), Marx desenvolveu o princípio da depauperação progressiva do proletariado, ou seja, acreditava que deveria haver a extinção da propriedade privada, e como consequência dessa medida, os meios de produção voltariam a ser geridos pelo Estado, e não mais pelo capitalismo ⁴⁰.

Isso se deve ao fato de procurar uma forma sustentável nas relações de trabalho, pois o desenvolvimento econômico não estava atrelado somente com a obtenção de lucros, mas também com a garantia de um desenvolvimento socioambiental (onde o homem é

³⁶HOFFMANN, Fernando. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003. p. 23

³⁷O direito do trabalho, segundo o Pérez Leñero, “[...] tem crescido fragmentado e envolvido em paixões e lutas, muitas vezes sem um mínimo de justiça, inimiga sempre de represálias e de ódios, base indispensável para se criar um direito. Ainda hoje, vemos que se pedem com gritos e com rancores coisas que, por serem devidas por justiça, deveriam ser objeto de reclamações serenas e frias, como todas as que se baseiam em estrita justiça [...]” apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 53

³⁸FERNANDES, Milton. *Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*. (Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG). Belo Horizonte, 196. p. 13

³⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 51

⁴⁰CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 14

início e fim do sistema capitalista, logo, não pode ser excluído do capital). Em vista disso, as condições de vida e de trabalho deveriam ser melhoradas e igualadas, pois não deve refletir apenas dominação e exclusão social ⁴¹.

Sendo assim, ele foi responsável por imbuir na classe operária a consciência coletiva da sua importância social, pois trouxe em questão um paradoxo da racionalidade moderna (em um quadro social onde é perceptível a exclusão de uma classe social, não se pode falar em razão, logo, se fez necessário uma reflexão filosófica a respeito do tema), portanto, o direito se torna o mecanismo de harmonização, de neutralização entre o social e o individual. Deve ser destacado, diante do individualismo, o marxismo nos lança para um cenário que se pode observar a realidade, pois a política, o Estado, o Direito e a Sociedade não são mais observados somente pela perspectiva individualista, mas sobre uma perspectiva de classes ⁴².

Marx acreditava que o homem deveria ter a consciência de si mesmo como um ser social, para que conseguisse de forma conjunta, ser objeto e sujeito da história social onde estava inserido ⁴³. Dessa forma, se fez necessário a exclusão da propriedade privada (vigorava o capitalismo), objetivando atingir meios de produção geridos pelo Estado.

Por esse motivo, e juntamente com a doutrina social da Igreja, através da Encíclica Rerum Novarum (1891), de Leão XIII, as organizações de trabalhadores pressionaram o Poder Público para obter uma resposta diante da exclusão de classes vivida pela parte mais fraca da relação trabalhista. A igreja acreditava, assim como Marx, que o Estado não deveria ser mero espectador, diante de contratos trabalhistas abusivos, pelo contrário, ele deveria intervir para evitar os excessos capitalistas, comunistas e socialistas que desvirtuavam os seus fiéis, ou seja, deveria criar e editar regras de conduta a serem observadas pelo empregador ⁴⁴.

Por esse motivo, a igreja percebia o trabalho como algo atrelado a dignidade do homem como ser em si, logo, o salário deveria ser algo suficiente para que ele se afirmasse

⁴¹BELLO, Enzo. *Direito e Marxismo*, 2014. Disponível em:

<<http://www.uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570617439/pages/-2>>. Acesso em: 22 de maio de 2015. p. 48-49.

⁴²BELLO, Enzo. *Direito e Marxismo*, 2014. Disponível em:

<<http://www.uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570617439/pages/-2>>. Acesso em: 22 de maio de 2015bidem, p. 17-25.

⁴³BELLO, Enzo. *Direito e Marxismo*, 2014. Disponível em:

<<http://www.uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570617439/pages/-2>>. Acesso em: 22 de maio de 2015 LUKACS, Gyorgy.

⁴⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 51-52

perante a sociedade e conseguisse garantir sua subsistência e a de sua família, com o mínimo de decoro. Também destacava que o trabalhador deveria ter um dia para que pudesse descansar (repor suas forças, energias) e cumprir com seus compromissos e obrigações religiosas, além disso, afirmava que as mulheres e crianças não deveriam ser exploradas nas atividades trabalhistas ⁴⁵.

O Estado interferindo de forma direta nas relações de trabalho, fez com que houvesse uma garantia efetiva da dignidade e da humanidade das partes tuteladas pelo Direito do Trabalho, logo, começou a ter prioridade a parte mais desfavorecida economicamente, ou seja, o trabalhador. Ao passo que de fato o empregador e o trabalhador estão em patamares financeiros e economicamente diferenciados, há uma subordinação do empregado às ordens do empregador, sendo assim, surge uma necessidade de harmonizar essa relação, pois o empregador tem o direito de exercer seu poder de gestão através da mencionada subordinação.

Destaca-se que o desenvolvimento tecnológico permitiu certa globalização da economia, o que influenciou de forma direta no Direito do Trabalho, pois começou a haver uma busca incessante pela dominação dos mercados por parte dos países que adotam uma ideologia neoliberalista (pregava o enfraquecimento dos sindicatos, a criação de uma massa de trabalhadores disponíveis para que pudesse haver uma desvalorização dos salários) ⁴⁶.

2.2 RECONHECIMENTO DE DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO DO TRABALHO

Com a evolução da sociedade verificou-se cada vez mais a necessidade de haver uma proteção maior à figura do empregado, o que reflete de forma direta na transformação do Direito do Trabalho, pois surge a necessidade das constituições dos países protegerem de forma eficaz os direitos fundamentais e de personalidade do trabalhador. A defesa da dignidade, da vida, da integridade física e da saúde do trabalhador, deve ter a

⁴⁵ ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1960. p. 122 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. – 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 52

⁴⁶ CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr 2003. p. 14

mesma relevância que os direitos econômicos, o que permite atingir um desenvolvimento socioambiental ⁴⁷.

Seguindo esse contexto, merece ser destacado que a primeira Constituição que designou os direitos trabalhistas como direitos fundamentais, foi a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, no dia 05 de fevereiro de 1917; logo, o artigo 5º e 123 “a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos” ⁴⁸. Além dela, como resposta à revolução industrial e ao capitalismo, a Constituição de Weimar de 1919 criou o chamado Estado da Democracia Social, onde o Estado intervia nas relações sociais para diminuir as desigualdades sociais ⁴⁹.

É importante também salientar os direitos humanos que surgiram como resposta à segunda guerra mundial, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos, é a noção de universalidade (ser pessoa é o único requisito exigido para que seja titular de direitos e tenha sua dignidade garantida) e a indivisibilidade (garantir os direitos políticos e civis são condições *sine qua non* para que haja a observância dos direitos culturais, econômicos e ao analisar os meios que garantiriam efetivamente a liberdade, os direitos civis e os políticos, era necessário o surgimento de direitos sociais que assegurassem condições dignas de vida ao ser humano, portanto, segundo Ana Paula de Barcellos deveria ser garantido um mínimo existencial (saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à Justiça) ⁵⁰.

A segurança jurídica é algo que deve ser assegurado ao cidadão de direito, assim sendo, o retrocesso dos direitos sociais por parte do legislador são vedados, pois o grau de concretização atingido por esse direito não pode ser prejudicado. Não obstante, o Poder Judiciário deve observar essa questão quando for aplicar esses direitos que asseguram uma

⁴⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 125-128.

⁴⁸BRASIL, Âmbito Jurídico. *A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417 >. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁴⁹BRASIL, Âmbito Jurídico. *A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417 >. Acesso em: 20 ago. 2015.

⁵⁰BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75. Idem. ibidem. pp. 277-333 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: *Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso*; Subtítulo: *os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988*; Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura > Acesso em: 22 maio 2015.

dignidade mínima ⁵¹.

2.3 DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

A primeira relação de trabalho predominante no Brasil foi o trabalho escravo, nessa relação, o escravo era equiparado à coisa, a um objeto, não era sujeito de direito, sendo assim, só possuía deveres, era totalmente subordinado a vontade ditadas pelo seu dono ⁵².

Por esse motivo, era comum haver a venda e disposição dos integrantes da família do escravo (filhos, marido e mulher), sem que houvesse um mínimo de respeito à dignidade, o que de fato importava era atingir o interesse do senhor ⁵³.

Diante das grandes influências dos países europeus na cultura brasileira, houve a criação de algumas leis que começaram a observar a necessidade de garantir certa dignidade à pessoa do escravo. Assim sendo, foram criados mecanismos como a Lei do Ventre Livre (Lei nº 2040 de 1871) e a Lei dos Sexagenários (Lei nº 3270 de 1885), que conferiram o Direito à liberdade, até então inacessível. No entanto, o Brasil foi o último país da América Latina a abolir, definitivamente, a escravatura, em 1888, com a Lei Áurea (Argentina-1813/ Colômbia- 1821/ México- 1829).

A alforria representou a liberdade do escravo, mas ao mesmo tempo o marginalizou, pois ao serem alforriados, os negros foram expulsos das fazendas e substituídos pelos trabalhadores assalariados que possuíam qualificações profissionais (influência da imigração externa). Nesse contexto, a preocupação do Estado era, exclusivamente, evitar qualquer tipo de diminuição na liberdade contratual (adotava-se a ideologia liberal com

⁵¹DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2a tiragem. R.J.: Lúmen Juris Editora, 2010. p. 367 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: *Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso*; Subtítulo: *os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988*; Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura > Acesso em: 22 de maio de 2015

⁵³CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. Crepaldi. São Paulo: LTr 2003. p. 14

princípios visivelmente individuais e privados), os trabalhadores assalariados não tinha apoio do Estado.

No Brasil, do período de 1500 a 1943, houve uma grande evolução normativa destinada à proteção do trabalho. Sendo assim, do ano de 1500 até 1888, destaca-se três momentos: 1830, com uma lei que se destinava a regular o contrato de prestação de serviços (tanto para brasileiros, quanto para estrangeiros); a prestação de serviços entre colonos que dispunha sobre justa causa, que foi regulada no ano de 1837; no ano de 1850 com o Código Comercial, surgiram registros relativos a preceitos alusivos ao aviso-prévio.

No período entre 1888 à Revolução de 1930, o qual é considerado pela doutrina o marco do aparecimento do Direito do Trabalho no Brasil pode ser citado a lei de sindicalização dos profissionais da agricultura (1903), dos trabalhadores urbanos (1907); Código Civil, trouxe a locação de serviços, regulamentando a prestação de serviços de trabalhadores (1916); lei sobre acidente do trabalho (1919); a figura da estabilidade foi apresentada pela Lei Elói Chaves, em 1923 (que conferia estabilidade aos ferroviários que tivessem dez anos ou mais de serviços juntamente com o mesmo empregador, esse preceito foi estendido à demais categorias posteriormente); o Ministério do Trabalho foi criado em 1930⁵⁴.

Percebe-se que nesse período o legislador começou a buscar a intervenção estatal para diminuir as injustiças sociais e respeitar os meios de produção, o que permitiu que houvesse o desenvolvimento econômico adequado, proporcional da nação brasileira (início do Estado de bem-estar social).

O ápice no Direito do Trabalho se deu no período do governo de Getúlio Vargas, pois ele adotava uma política trabalhista com a intervenção do Estado, e instaurou no Brasil um Estado Corporativista (que tem como fundamento a colaboração entre as classes para o desenvolvimento do Estado, logo os sindicatos⁵⁵ são tratados como órgãos do Estado que tratam da regulação das condições trabalhistas); no dia 1º de maio de 1941, foi instituída a Justiça do Trabalho no Brasil, além disso, começou a ter uma valorização da nacionalização do trabalho com medidas protetivas ao trabalhador nacional (a mais importante foi a Lei dos Dois Terços). Salienta-se que a “Carta del Lavoro” do regime fascista (criada na Itália por

⁵⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 56.

⁵⁵Sindicatos são associações de trabalhadores que tem como origem mais remota as antigas corporações de ofício da Idade Média (para evitar concorrência ou exploração, os artesãos que desenvolviam o mesmo ofício se uniam para delimitar o exercício da profissão), conceito extraído do livro BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 56.

Mussolini) foi usada como paradigma para que houvesse a concessão de um poder normativo à Justiça do Trabalho ⁵⁶.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi criada em 1943, diante de um Estado Liberal, era importante haver a regulação mínima das necessidades dos trabalhadores, portanto, surgiu a figura do contrato por tempo indeterminado (o que oferecia uma segurança ao trabalhador, princípio da continuidade). Não obstante, o Direito do Trabalho começou a seguir a ideologia da solidariedade social (favorecia a parte mais fraca da relação, o trabalhador) ⁵⁷.

Importante salientar que o princípio da proteção acaba sendo inerente á essa solidariedade social (a busca da igualdade nas relações diminui a relevância do capital para a economia brasileira), no entanto, nunca será meio para substituir a função do legislador (a vontade do legislador deve ser mantida presente no caso concreto), assim, o princípio irá apenas direcionar a melhor solução, nunca será utilizado para sanar lacunas ou omissões legislativas⁵⁸, posição adotada pelo autor Cesarino Jr em seu livro *Introdução a la Filosofia del Derecho*, México, 1951, página 247.

O Direito do Trabalho no Brasil desenvolveu-se tendo como fundamento a proteção dos operários e, ao passar dos anos, acabou se estendendo as demais classes trabalhistas, nesse contexto, é importante salientar algumas particularidades como a dependência e a subordinação à figura do empregador. Essa subordinação se justifica pelo fato do empregado ter que garantir sua subsistência e de sua família, no entanto, essa submissão deve ocorrer de forma razoável e proporcional. Destaca-se que com a Constituição Federal de 1988, houve a criação e a aplicação obrigatória do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS- Lei nº 5107/66) ⁵⁹.

Seguindo esse contexto, a Constituição Federal brasileira de 1988, que trata dos Direitos Sociais (direitos fundamentais), em seu Título II, Capítulo II. Entre esses direitos destaca-se o direito do trabalho e da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, IV e III da CF respectivamente, o que deve sempre ser garantidos nas relações, pois é o que garante um Estado Democrático de Direito.

⁵⁶MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva, 1959-. *Processo coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo : LTr, 2003.

⁵⁷CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr 2003. p. 18.

⁵⁸JUNIOR, Cesarino. *Introdução a la filosofia del derecho*. México: 1951. p.247.

⁵⁹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo : LTr. 1978. p.35

Além do mencionado no parágrafo anterior, é importante destacar que a Constituição Federal de 1988, possui normas com eficácia plena (não há intervenção do legislador infraconstitucional, sua aplicação ocorre de forma imediata), contida (depende de uma lei futura que irá especificar os casos da sua aplicação) e limitada (são aquelas que definem os princípios, são programáticas)⁶⁰.

Dessa forma, não se pode dizer que os direitos sociais são meras normas programáticas, mas sim meio que confere efetividade aos fundamentos constitucionais. Pois, não se pode falar em um retrocesso aos direitos sociais, ao contrário, são meios encontrados para implementá-los de forma gradativa, o que possibilitou a inclusão do ser humano em uma sociedade democrática de direito.

2.4 Os Direitos e os Princípios do Direito do Trabalho

A subordinação do empregado, nas relações de trabalho, não significa que o empregador tem poder potestativo sem limitações, pois a dignidade humana (um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito) irá delimitar e exigir a aplicação da razoabilidade e proporcionalidade nessas relações. Assim sendo, o contrato privado entre as partes deve encontrar um patamar que reflita certo equilíbrio, de forma a harmonizar tanto a proteção quanto à necessidade do poder potestativo do empregador (é o que garante a gerência do seu capital, conforme ache melhor para o desenvolvimento econômico da sua empresa).

A relação empregatícia, para que seja configurada, deve respeitar certos requisitos, como: a subordinação, a pessoalidade, a habitualidade e a onerosidade⁶¹.

Na relação empregatícia, há uma parte que necessita do emprego para que possa arrecadar meios para garantir sua subsistência e de sua família de forma digna, o

⁶⁰ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios/ Arion Sayão Romita*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 89 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: *Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso*; Subtítulo: *os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988*; Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura > Acesso em: 22 maio 2015.

⁶¹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 186-189.

empregado, e do outro lado está o empregador, parte mais favorecida, mas que depende da mão de obra prestada pelo empregado, para que alcance rentabilidade. Por essa razão, na busca de encontrar uma harmonia na relação desses dois polos tão distintos economicamente, se faz necessário alguns direitos e proteção à parte mais desfavorecida economicamente, o empregado, lembra-se que deve ser evitado à subordinação total.

Sendo assim, há princípios peculiares do Direito do Trabalho, princípios constitucionais e princípios gerais que se aplicam e devem ser analisados. Os principais princípios gerais do Direito, que refletem a consciência social de uma sociedade, são: da igualdade, da justiça, da dignidade da pessoa humana e da liberdade; eles possuem uma incidência absolutamente genérica.

Nesse sentido deve ser observado o entendimento de Celso Ribeiro Bastos “os princípios gerais do direito são verdadeiros valores, sendo assim se concebem como origem, causa e gênese.”⁶².

Os princípios gerais da Constituição Federal de 1988 (CF), que se aplicam ao Direito do Trabalho, segundo Amauri Mascaro Nascimento⁶³ são: o respeito aos valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e a dignidade da pessoa humana; igualdade entre homens e mulheres nas suas obrigações; a inviolabilidade do direito à vida, à segurança, à liberdade e à propriedade, além de outros encontrados no artigo 5º, merecem ser destacados os incisos: LXXVII, §1º (“ as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), LXXI (“ conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”) e XXXVI (“ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”).

Agora os princípios constitucionais de Direito do Trabalho, segundo o autor acima mencionado, que merecem ser salientados são: a não intervenção do Estado na organização sindical (art. 8º, I, CF), o reconhecimento das convenções e acordos coletivos

⁶²BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 144 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 136

⁶³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p.123 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho/ Alice Monteiro de Barros*. – 5 ed. São Paulo: LTr, 2009. p.137

(art. 7º, XXVI, CF), o direito a realização de greve (art. 9º, CF), proteção contra a dispensa sem justa causa (art. 7º, I, CF), e assim por diante ⁶⁴.

O conteúdo inserido no dispositivo 8º da CLT ⁶⁵ faz necessário que se faça a distinção entre princípio e norma, segundo o autor Ribeiro de Vilhena (princípio é diferente da norma, pois não tem uma forma delimitada), e outros que acreditam que os princípios gerais do direito são normas fundamentais do sistema jurídico, assim como Norberto Bobbio que afirma “para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras” ⁶⁶.

No entanto, para Willis Santiago Guerra Filho, os princípios referem-se de forma direta aos valores, e as regras trazem a descrição dos fatos que criam os estados das coisas: “os princípios possuem um grau mais alto de generalidade e abstração do que as regras” ⁶⁷.

Sendo assim, o dever-ser da norma abrange tanto os princípios como as regras, ou seja, norma como espécie, e a distinção entre os dois podem ser feitas de acordo com alguns critérios doutrinários: a) diferentemente das regras, os princípios não geram direitos subjetivos; b) a regra contém a descrição de atos relativamente específicos, diferentemente dos princípios; c) os princípios possuem enunciados abstratos, mas regras são mais concretas ⁶⁸.

Deve ser observada que diante do conflito entre regras, uma delas pode ser invalidada, agora, se for conflito entre princípios, deve ser seguido o princípio da proporcionalidade (artigo 5º, §2º, CF, esse princípio está ligado diretamente à proteção dos direitos das pessoas e das liberdades, o que auxilia o Juiz no processo de interpretação), pois possuem um caráter relativo ⁶⁹.

⁶⁴BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 144 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 123.

⁶⁵Art. 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. CLT

⁶⁶BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Polis, 1989, p. 158-159.

⁶⁷O princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista Synthesis* 37/2003, p. 125 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 139.

⁶⁸BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 140.

⁶⁹BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 140.

Alonso Garcia⁷⁰ defende que os princípios peculiares do Direito do Trabalho são linhas que irão direcionar, inspirar o sentido das normas trabalhistas, além disso, trazem regulamentação às relações de trabalho (orientam as decisões do magistrado diante do caso concreto).

Os princípios do Direito do Trabalho podem ser enumerados como: princípio da proteção (razão de ser do Direito do Trabalho), da irrenunciabilidade, da primazia da realidade, da continuidade. Seguindo a doutrina de Plá Rodrigues, podem ser acrescentados mais dois princípios, o da boa-fé e da razoabilidade⁷¹.

O princípio da primazia da realidade ignora a ficção jurídica, assim, as relações trabalhistas são disciplinadas pela situação de fato (prestações de trabalho realizadas), não dependem do nome que foi dado pelas partes no contrato. O magistrado diante do caso concreto, ignora o nome dado no contrato e confere um tratamento adequado, conforme os artigos 2º e 3º da CLT⁷².

Agora, o princípio da irrenunciabilidade está ligado ao princípio de imperatividade, ou seja, o empregado não pode dispor de direitos conforme sua vontade; para conferir uma efetividade à tutela e garantir direitos aos empregados, deve haver uma limitação de vontade dos mesmos, pois diante do poder potestativo do empregador, surge um temor reverencial por parte dos empregados, o que faz com que disponham dos seus direitos sem nenhuma ponderação⁷³.

Nesse contexto, também destaca-se o princípio da continuidade do emprego, que traz como presunção contratual, nas relações de trabalho, o contrato por tempo indeterminado; sendo assim, há uma maior segurança econômica ao empregado, além de incorporá-lo nas atividades empresárias, o que favorece o empregado até mesmo diante do ônus da prova (Súmula n 212 do TST)⁷⁴.

O princípio da boa-fé, comum em todo o Direito, se destina a pregar valores éticos, para evitar uma interpretação exclusivamente positivista do ordenamento jurídico, sendo assim, tende a flexibilizar certos institutos jurídicos, principalmente o contrato de trabalho. O princípio da razoabilidade é abstrato, e assim, como o da boa-fé, não é exclusivo

⁷⁰ALONSO GARCIA, Manoel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1960, t. I, p.247.

⁷¹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 250-279

⁷²BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 146-7

⁷³BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 146-7

⁷⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 146-7

do Direito do Trabalho, mas serve para delimitar situações onde a lei não prevê de forma rígida sua aplicação, assim, pode ser direcionado com mais facilidade certo arbitramento diante das inúmeras circunstâncias ⁷⁵.

A razão de ser do Direito do Trabalho se encontra no princípio da proteção que merece um maior destaque, como a seguir iremos expor.

2.5 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Alice Monteiro de Barros afirma que o princípio da proteção está consubstanciado na condição e na norma mais benéfica, o que acaba sendo a razão de ser do Direito do Trabalho, pois objetiva corrigir desigualdades diante da condição hipossuficiente do empregado ⁷⁶.

Destaca-se do entendimento trazido no parágrafo anterior, que é o caso concreto que irá amoldar a aplicação desse princípio, pois entre empregado e empregador há sempre interesses contrapostos que irão afetar diretamente na economia do país. Destaca-se o entendimento de Ives Granda da Silva Martins Filho

“[...] a defasagem entre a norma e o fato social que deve regular, é fonte de conflito entre os interesses da classe trabalhadora e do empresariado. Se os patrões não alteram as condições de trabalho de forma espontânea, beneficiando o empregado, este utiliza da greve para conseguir a mudança normativa que pretende obter [...]” ⁷⁷

No entanto, a unilateralidade presente nessa proteção do empregado, não é inconstitucional, pois não se opõe ao interesse da coletividade, pelo contrário procura atingir a paz social, como defende Cláudio Menezes

“Não contraria o interesse público, ao contrário, visa atender-lo já que este no direito do trabalho está evidenciado na procura da paz social, através de um tratamento diferencial às partes contratantes por estarem em situações distintas. É a criação da desigualdade jurídica para obter-se a igualdade real” ⁷⁸.

⁷⁵BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p.149

⁷⁶BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 142

⁷⁷MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. *Processo coletivo do trabalho*. 3.ed. São Paulo: LTr, 2003.

⁷⁸MENEZES, Cláudio A.C. De Revista LTr. A) interpretação e aplicação das normas de Direito do Trabalho, B) Princípio de Direito do Trabalho, C)Renúncia e Transformação, n.06, jun. 1991, v. 55 apud CREPALDI,

Importante salientar que esse princípio não pode ser interpretado como uma verdade única, pois o Estado também deve se preocupar com a continuidade da empresa e com seu desenvolvimento econômico, ou seja, com o organismo como um todo, e não só com as partes. Sendo assim, deve ser mantido um equilíbrio entre capital e os interesses individuais do empregado, esse e o posicionamento defendido pelo Alípio Silveira ⁷⁹.

“1) a finalidade do Direito do Trabalho. Modernamente, é o equilíbrio de interesses entre empregadores e empregados, não se limitando à proteção absoluta e exclusiva do trabalhador. 2) (...) não é possível sacrificar os interesses da empresa para salvaguardar um único empregado, mesmo que todos os outros empregados sofram. 3) o bem comum. Segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, não se deve sacrificar o interesse público a qualquer interesse de classe ou particular. Coincide como o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, pelo qual o juiz deve atender, na aplicação da lei, aos fins sociais e às exigências do bem comum. 4) a equidade. Se a dúvida não pode ser resolvida pelos processos comuns de hermenêutica, somente será permitido decidir a favor do trabalhador se disso não resultar grave prejuízo para o interesse da empresa (considerada em conjunto) ou para o bem comum.”

Nesse sentido, a equidade é o único meio de garantir uma solução mais justa, o que evitará um grave prejuízo à empresa como já mencionado, assim, podem ser observados no artigo 8º da CLT e no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

“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.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

Nesse contexto, Cessari⁸⁰ defende que pode haver o desdobramento do princípio da proteção em um princípio único, como em um princípio de proteção e do favor.

Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr 2003. p. 25

⁷⁹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 34

⁸⁰PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 36-37

Ressalta-se que o princípio da proteção é irrenunciável, o que garante um mínimo de benefícios e de direitos de forma geral ao trabalhador, portanto, são questões que devem ser observadas durante todo o processo de elaboração de leis, das normas por parte do legislador.

Segundo o mencionado autor, o princípio do favor eleva o nível mínimo da vantagem da categoria trabalhista, assim, o que deve vigorar é a posição mais favorável. Logo, esse princípio deve aparecer no momento que for aplicar a norma perante determinadas situações concretas. No entanto, diante da ausência de uma regra de interpretação (hermenêutica), haverá uma desconfiança sobre a legitimidade dialética dessa colocação. Destaca-se que o princípio da proteção não visa substituir a função do legislador, sendo assim, deve ser aplicada para atingir uma adequada interpretação legal ⁸¹.

Diante de certos conflitos jurídicos, nos dias atuais, o juiz não pode utilizar da sua discricionariedade para interpretar quando houver uma ausência legal, pois, ressalta-se, que o princípio da proteção não permite que haja uma proteção integral do empregado, pois sua aplicação deve sempre ser objetiva e limitada. Por essa razão, o poder discricionário do juiz não pode ser utilizado para criar normas perante lacunas legais, no entanto, isso não significa dizer que o juiz não poderá interferir no mérito de certas questões concretas; nas relações de trabalho deve sempre ser observada a equidade e a proporcionalidade. É o que se observa do entendimento de Alonso García “(...) em estimar não ser o juiz indicado para fazer do princípio pro operário um mecanismo de criação de normas” ⁸².

Bayon Chacón e Pérez Botija ainda acrescentam que não há necessidade de uma positivação desse mencionado princípio para que seja observado no caso concreto, no entanto, não pode ser criada norma oposta que prejudique sua aplicação. Por isso, para diminuir certas dúvidas foram criadas algumas formas de recepção no direito positivo para evitar certas discussões ou equívocos na hora da sua aplicação, a forma substantiva e a instrumental.

A forma substantiva é a primeira forma de acolhimento do princípio da proteção no Direito Positivo, sendo assim, haverá a incorporação do referido princípio à uma norma programática ou à norma constitucional. A segunda forma, a instrumental, há uma inclusão nas regras de interpretação, o que confere ao princípio um caráter geral à sua aplicação. Assim sendo, podemos destacar o entendimento de Plá Rodrigues

⁸¹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 37.

⁸²PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 38

“A forma instrumental se traduz na incorporação de regras de interpretação que incluam, seja o princípio geral, seja algumas das formas de sua aplicação. Por exemplo, quando se estabelece, em um Código do Trabalho ou lei orgânica da Justiça do Trabalho, normas referentes à como se devem interpretar as leis do trabalho”⁸³.

Agora em relação às formas de manifestar esse princípio, segundo a doutrina de Plá Rodrigues, destacam-se três regras específicas e independentes entre si: *a regra do indubio, pro operario; a regra da norma mais favorável; e a regra da condição mais benéfica*⁸⁴.

“a) a regra in dubio, pro operario, Critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável.

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.”

2.5.1 Regra in dúbio, pro operário

A regra in dubio, pro operario significa dizer que o intérprete ao escolher entre os inúmeros sentidos possíveis conferidos à norma, deve sempre priorizar a que seja mais benéfica ao trabalhador. Essa interpretação pro empregado em caso de dúvidas, deve-se ao caráter especial dado ao Direito do Trabalho tanto no Direito Privado quanto no Direito Público, portanto, a aplicação se dá de forma objetiva, pois não pode ser uma forma de correção ou supressão à norma.

Fernando Hoffmann em seu livro *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*, acredita que nas relações empregatícias, não se pode reduzir a regra à um simples aspecto interpretativo, pois o que irá amoldar as relações é o caso concreto e suas particularidades envolvidas.

⁸³PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 38

⁸⁴“O Fator Político-social na Interpretação das Leis”, São Paulo, 1946, p. 128 e segs. apud PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 42.

“Interessante notar que, neste ramo do Direito, discute-se se o princípio *in dubio pro reo* deve ser aplicado nos casos de dúvida em relação à interpretação da regra jurídica, quando no Direito do Trabalho o debate trava-se sobre a possibilidade de aplicação do *in dubio pro operário* em casos de dúvida na valoração da matéria probatória”⁸⁵.

Observa-se que a mencionada regra deve ser aplicada somente nos casos de dúvida quanto ao real alcance da norma legal no caso concreto, e não pode estar em discordância com a vontade do legislador, por essa razão deve seguir o espírito, o caminho ditado pelo legislador. Desta forma, diante de uma lacuna legal, nunca poderá ser utilizada a mencionada regra, pois para que haja sua adequada aplicação é necessário que haja conflito de normas. Ressalta-se o entendimento de Joaquim Donizeti Crepaldi⁸⁶ e de Plá Rodrigues⁸⁷, respectivamente

“[...] não poderá ser utilizado para suprir ou corrigir a norma. Ainda outra limitação ao campo de atuação da regra é a determinação de que não esteja em conflito com a vontade do legislador. As leis trabalhistas visam não só a proteção do trabalhador, mas a harmonização de seus interesses com o da coletividade, levando em consideração o interesse social do trabalho.”

“[...] quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma.”

Assim sendo, diante da possível aplicação em matéria de provas dos fatos, a regra deve ser aplicada nos casos de verdadeira dúvida, pois tem como objetivo a valoração do alcance do significado da prova em questão. Por isso, surge também a necessidade de aplicar a mencionada regra diante dos casos de inversão do ônus da prova, visto que, o trabalhador é a parte mais fraca, e o acesso a determinadas provas pode não ser disponibilizado de forma completa e rápida pelo empregador. Portanto, no Direito do Trabalho nem sempre irá vigorar a regra de quem alega fato constitutivo de direito seu, deverá comprovar⁸⁸.

Além disso, ressalta-se que a aplicação da mencionada regra só pode ocorrer quando a dúvida for em relação à forma de dirigir ou administrar a empresa, e diante, das

⁸⁵HOFFMANN, Fernand. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003. p. 85

⁸⁶CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 26

⁸⁷PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p.45

⁸⁸PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p 48

relações de âmbito da Previdência Social há vedação quanto da aplicação da mencionada regra.

Plá Rodrigues também destaca cinco formas de se aplicar a regra do *in dubio, pro operario*, pois a interpretação mais favorável deve ser resultado de análise estritamente objetiva, não se sujeitando ao arbítrio do intérprete. 1) visa aumentar um benefício ou diminuir um prejuízo inerente; 2) aplicação por graus, sendo sua aplicação realizada de forma inversamente proporcional ao montante da retribuição; 3) permissão que haja diversidade na aplicação, diante das convenções coletivas (ressalta-se que o afastamento da desigualdade deve ocorrer no momento da aplicação e não no momento da sua elaboração); 4) a norma deve ser aplicada com moderação, razoabilidade; 5) ressalta a busca da equidade nas relações, no caso concreto, diante da dúvida de qual interpretação é a mais favorável, é permitido a escolha por parte do empregado ⁸⁹.

2.5.2 Regra da norma mais favorável

Quando há mais de uma norma possível de ser aplicada ao caso concreto, essa norma permite que se aplique a mais favorável, no entanto, há uma compreensão própria e imprópria dos sentidos dessa regra. Assim sendo, o sentido impróprio se confunde com a regra do *in dubio pro operario* (há apenas uma norma possível de aplicação ao caso concreto, porém com várias formas de significados) ⁹⁰.

Assim sendo, pode ser destacado o entendimento de Joaquim Donizeti Crepaldi⁹¹:

“A regra da norma mais favorável tem como escopo influenciar o processo de construção das normas e institutos trabalhistas. É configurada como um critério de escolha da norma jurídica, presente em contextos de conflitos entre normas, assim como também na informação de interpretações das normas justrabalhistas. Essa regra tem o objetivo de elevar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado laborativa.”

⁸⁹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 51-52

⁹⁰PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. – São Paulo: LTr, 1978. p. 53

⁹¹CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p.26 - 27

“o uso dessa lei pode ser limitado tanto pela lei quanto pelo interesse da coletividade, em razão do imperativo da ordem pública.”

Quando há inúmeras normas que podem ser aplicadas em uma mesma situação jurídica, deve se priorizar a norma mais favorável, portanto, nasce no contexto de aplicação da norma no seu sentido próprio. Nesse sentido, não importa as fontes formais que dão origem às diferentes normas, o que deve ter relevância é o favorecimento dos trabalhadores, logo, sua devida aplicação será de ordem pública ⁹².

Essa regra, como preleciona Amauri Mascaro Nascimento⁹³, visa influenciar a forma de construção dos institutos e das normas trabalhistas, assim sendo, torna-se elemento fundamental para elevar as condições pactuadas inerentes da força laborativa, dentro do mercado de trabalho.

“Ao contrário do Direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor.”

Importante salientar que diante de leis proibitivas do Estado, não se deve aplicar a lei mais benéfica ao trabalhador. Essa regra visa ampliar as condições sociais do trabalhador, pois é resultado do pluralismo do Direito Laboral ⁹⁴.

Agora em relação à aplicação dessa regra, podem ser encontradas duas linhas: a linha do critério e a linha da unidade de medida para comparação. A do critério compara efetivamente o conteúdo das normas à situação da coletividade trabalhadora interessada, sendo insuficiente a análise do interesse de um empregado de forma isolada (o subjetivismo deve ser afastado) ⁹⁵.

A segunda linha é um pouco problemática, pois uma norma pode conter algumas disposições prejudiciais e outras favoráveis. Nesse sentido, a doutrina da incidibilidade (do conglobante), acredita que a norma ao ser analisada não pode ser de forma isolada. Portanto, essa é a posição mais razoável a ser aplicada, o que afasta a teoria da

⁹²PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho/ Américo Plá Rodrigues*. São Paulo: LTr, 1978. p. 54

⁹³PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p.54 apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo, 1972. p. 232.

⁹⁴CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p.27

⁹⁵PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 57-58.

acumulação (onde as vantagens extraídas de diferentes normas devem ser somadas, ainda que possuam origens distintas) ⁹⁶.

2.5.3 Regra da condição mais benéfica

Diante das mudanças sociais, históricas e econômicas, as normas acabam sendo modificadas para que se enquadrem em um novo contexto. No entanto, quando uma situação concreta já é reconhecida pelo Direito do Trabalho, deve haver o respeito à norma mais favorável, mesmo que seja outra a norma de aplicação, logo, a análise da condição mais benéfica é fundamental. Joaquim Donizeti Crepaldi expõe, “A regra da condição mais benéfica pressupõe a existência de uma norma anterior, já concretizada e reconhecida, que deve ser respeitada, desde que mais proveitosa ao trabalhador do que a nova norma de aplicável” ⁹⁷.

Essa regra, no entanto, não precisa ser positivada. Por essa razão, quando uma nova convenção coletiva surge, e já há determinados trabalhadores que já estavam sendo beneficiados pelo regime anterior, não podem ter suas condições de trabalho alteradas, logo, a nova convenção só será aplicada somente aos novos trabalhadores ⁹⁸.

Joaquim Donizeti Crepaldi ⁹⁹, afirma que a principal função dessa norma é manter as condições mais benéficas usufruídas pelo trabalhador, pois não pode haver a substituição das mesmas ao passo que surgem novas condições menos vantajosas. Diante desse contexto, pode ser destacada a alínea oitava do art. 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

“[...] em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação [...]”.

⁹⁶PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 58

⁹⁷CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 28

⁹⁸PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 60

⁹⁹CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 28

Nesse sentido, se faz necessário mencionar o entendimento do ilustre De La Lama Rivera¹⁰⁰ que preconiza o que vem a ser as condições mais benéficas. Para ele condições mais benéficas são aquelas que foram estabelecidas com tal caráter (de forma definitiva). Logo, aquelas condições que foram outorgadas com um caráter provisório, não podem ser considerados como condições benéficas.

Desta maneira, a aplicação dessa regra ocorre de forma imperativa e restritiva, pois força as partes, principalmente o empregador, a manter as condições que oferecem situações mais favoráveis ao trabalhador, do que as oferecidas pela nova regulamentação. Também pode ocorrer de forma extensiva, ao aplicar o princípio da proteção podem ser estabelecidas condições superiores às previstas legalmente¹⁰¹.

Por consequência lógica do contexto apresentado nos parágrafos anteriores, para conhecer qual condição é mais benéfica ou não diante do caso concreto, não basta somente verificar a vontade unilateral de uma das partes, pois o que irá de fato ser determinante é o critério da razoabilidade. Desta forma, as realidades decorrentes da relação de trabalho devem ser interpretadas de forma proporcional e equânime. Conforme apresentado no desenvolver do trabalho, o princípio da proteção do trabalhador é a razão de ser do Direito do Trabalho, logo, não pode ser utilizado para corrigir ou sanar omissão legislativa, deve ser aplicada conforme a previsão legal (não tem como objetivo a substituição da função do legislador).

Assim sendo, diante do caso concreto (como a presunção de dispensa discriminatória, quando o empregado é portador de doença grave, Súmula 443 do TST), a ausência de previsão legal que estabeleça a definição de quais são os casos nos quais a estabilidade irá vigorar (ao empregado que simplesmente porta o vírus ou àquele empregado que é aidético), deve ser sanada pelo legislador e não pela discricionariedade do juiz. Ressalta-se que não pode haver uma generalização do princípio de proteção. Sendo assim, o emprego e o capital são direitos muito caros para o Estado, logo, é necessário que o legislador se posicione de forma clara sobre os possíveis casos, e que procure na proporcionalidade achar mecanismos que harmonize as relações empregatícias.

Importante observar, o empregador é a parte mais forte economicamente na relação, mas não é por esse fato que terá que responder e garantir de forma plena a saúde, o

¹⁰⁰Luis Joaquín de La Lama Rivera: “Valor de las Condiciones más beneficiosas otorgadas por el Empleador en Relación con el Principio Tuitivo ‘Pro asalariado’”, no “Boletín de Divulgación Social”, 1954, pág. 483 apud PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978. p. 64.

¹⁰¹PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 62-63.

emprego ao trabalhador, pois quem deve arcar ou incentivar essas garantias deve ser o Estado, o que podemos observar no artigo 196 da Constituição Federal de 1988

“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”¹⁰².

Os princípios do direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, o direito a igualdade de não ser discriminado e da proteção da vida privada e da intimidade, esses são alguns princípios constitucionais fundamentais que não podem ser ignorados diante relação de trabalho, principalmente quando o empregador é aidético ou portador do vírus da AIDS.

2.5.4 Princípio da livre iniciativa

Merece ser destacado esse princípio, pois é um princípio basilar do chamado liberalismo econômico, logo, envolve a liberdade de contrato e a liberdade de empresa (indústria e comércio). Por essa razão, está previsto tanto no artigo 1º, IV, como no artigo 170, ambos da Constituição Federal de 1988¹⁰³.

“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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente,

¹⁰²BRASÍLIA, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 24 set. 2015.

¹⁰³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. Malheiros editores. São Paulo. 2010; p. 795.

inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003); VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995). Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”¹⁰⁴

No entanto, essa liberdade que está prevista na Constituição Federal de 1988, não deve ser interpretada de forma plena, pois diante de um Estado preocupado com a Justiça social, essa livre iniciativa das atividades privadas deve seguir certas limitações previstas em lei ¹⁰⁵.

2.5.5 Princípio da preservação da empresa

Esse princípio merece ser destacado, pois visa demonstrar a necessidade de uma proteção à figura da empresa diante da proteção dada ao empregado, ou seja, a parte mais forte da relação não deve ser ignorada pela Justiça Social.

As relações trabalhistas atuais não devem ser interpretadas apenas como uma relação conflituosa entre capital e trabalho, deve tentar sempre obter uma *harmonia* para obter a produtividade da empresa e conseqüentemente a empregabilidade. Ives Gandra da Silva Martins Filho afirma que esse princípio “(...) *não comprometimento da viabilidade da empresa como unidade produtiva de bens e serviços para a sociedade e geradora de renda e emprego para os trabalhadores.*” ¹⁰⁶.

¹⁰⁴BRASIL, Constituição da República do Brasil, de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

¹⁰⁵ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 795.

¹⁰⁶ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 21.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2013. p. 71.

3 A AIDS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

3.1 A AIDS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR.

Nas relações sociais, a pessoa portadora do vírus da AIDS tem que aprender a lidar com o preconceito diariamente, principalmente, no ambiente de trabalho. Não é raro os casos concretos apresentados ao judiciário, onde o empregado soropositivo acaba sendo dispensado sem justa causa, o que afeta os Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988, principalmente o relativo à Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, inciso III)¹⁰⁷.

“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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

No entanto, o Poder Judiciário deve utilizar da razoabilidade/proporcionalidade para verificar o caso concreto, pois não pode ser ignorada a importância da preservação da empresa como um todo. Segundo Ives Gandra da Silva Martins Filho

“A viabilidade da empresa como um todo unitário que represente a produtividade de bens e de serviços para a sociedade brasileira, além de ser responsável por gerar emprego e renda para os trabalhadores, não pode estar sujeita a diversos comprometimentos, pois a empresa não representa somente o capital dominador. Sendo assim, deve haver uma compreensão harmônica entre capital e trabalho, pois possuem um denominador comum: produtividade e empregabilidade; não são polos que se excluem”¹⁰⁸.

Nesse contexto apresentado, os principais direitos fundamentais do trabalhador soropositivo que merecem destaque são: direito à *igualdade*, direito ao *trabalho*, direito à *intimidade*. Para que sejam respeitados esses direitos de forma efetiva, não basta

¹⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 939

¹⁰⁸ MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 71

haver a aplicação do Direito do Trabalho, pois para esse fim é necessário que haja políticas públicas instituídas pelo governo ou por entidades sindicais ¹⁰⁹.

Deve ser observado, que os Direitos Fundamentais trazem na sua razão de ser a própria ideia de dignidade, o que faz a pessoa humana ser fim e fundamento do Direito como um todo¹¹⁰.

Mauricio Godinho Delgado¹¹¹ afirma que “*os direitos fundamentais são vantagens ou prerrogativas jurídicas que irão estruturar a afirmação, a existência e a projeção da pessoa humana e da sua vida diante da sociedade*”. Não obstante, a garantia ao direito à dignidade do trabalhador é decorrência lógica do respeito devido aos princípios fundamentais da pessoa humana.

A Declaração da OIT (Organização Internacional do Trabalho) / OMS (organização Mundial de Saúde) sobre o tratamento adequado dos empregados portadores do HIV ou com a AIDS trazem estratégias que devem ser aplicadas e atingidas pelos mencionados direitos fundamentais acima mencionados, para que se tenha um efetivo e digno trabalho, assim como, possibilitar o acesso aos princípios fundamentais (abordando normas trabalhistas no âmbito nacional como internacional). Dessa forma, a igualdade de oportunidades de ingresso no mercado de trabalho, assim como, a seguridade social e a proteção devêm ser garantidas; esse é o cenário que não deve ser afastado quando houver a análise dos testes genéticos no âmbito laboral ¹¹².

A mencionada Declaração designa instruções gerais sobre o tema, assim como ao local adequado de trabalho. Portanto, há recomendações, procedimentos e políticas sobre HIV/AIDS, que devem ser adotadas pelas autoridades públicas, tanto no âmbito empresarial como no nacional. Nela também consta a necessidade de serem ouvidos representantes sociais por intermédio de seus sindicatos (são aqueles que trazem meios que afastam a discriminação, o preconceito, além de indicar as precauções sanitárias que devem ser aplicadas adequadamente). Alice Monteiro de Barros¹¹³ destaca que

¹⁰⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 124.

¹¹⁰ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013. p. 75

¹¹¹ *Direitos Fundamentais na relação de trabalho*. Revista LTr, São Paulo, V.70, n.06, p.657, jun.2006, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*/ Roberto Camilo Leles Viana. – São Paulo: LTr, 2013, pág: 75.

¹¹² VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013, p. 76.

¹¹³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013. p.939

“as pessoas que não possuem sintomas da doença, as soropositivas, devem receber tratamento igual a qualquer outro empregado (princípio da igualdade), e aquelas que apresentam manifestação da doença (sintomas ou enfermidades decorrentes do HIV ou da AIDS; sintomáticos) deve ter tratamento igual ao atribuído ao empregado enfermo (seção III, §1º)”.

Como política pública foi instituída no âmbito do trabalho, desde agosto de 1988, uma Campanha Interna de Prevenção da AIDS (CIPAS), o que impulsionou a adoção de meios preventivos contra a doença, tanto no âmbito da Administração Pública direta, como indireta, nas empresas privadas ou nas públicas, tendo como fiscal ou supervisores o Ministério da Saúde e do Trabalho ¹¹⁴.

3.1.1 Direito à igualdade

No âmbito trabalhista, o acesso à vaga de emprego deve ser realizado de forma a garantir idênticas (iguais) condições para todos os candidatos interessados na vaga, não pode haver discriminação de qualquer forma. Não obstante, no decorrer do contrato de trabalho, pode haver somente duas formas de distinções, uma relativa ao tempo de serviço e a segunda relativa à capacidade do empregado de exercer determinada atividade¹¹⁵.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que

“A igualdade não é um conceito fechado, exato; há três espécies de igualdade: 1) a igualdade perante a lei (a isonomia), 2) igual direito dos cidadãos de ocupar cargos públicos (isotomia), 3) igual direito de exprimir com a palavra seu próprio pensamento (isegoria).”

“O Direito do Trabalho tende mais para a concretização de igualdade material, pois trata situações iguais de forma igualitária e de forma desigual as distintas”¹¹⁶.

Esse direito veda qualquer tipo de tratamento desigual que seja baseado apenas no livre arbítrio, ou seja, segundo Jorge Leite “*o arbítrio são indiferenciações ou diferenciações que não são justificadas ou que não são justificadas de forma suficiente*”.

¹¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 939

¹¹⁵ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013. p. 77.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 123

Assim sendo, ele acredita que o direito à igualdade objetiva alcançar um tratamento igualitário a quem é igual, e diferenciado ao diferente na medida da sua desigualdade (igualdade formal). Agora ao analisar o princípio da não discriminação, cuja filosofia é a irrelevância da compreensão da distinção, deve ser tratada de forma igualitária quem é diferente .

3.1.2 Direito ao trabalho

O Estado tem o dever de garantir ao cidadão o acesso ao emprego, pois é através do emprego (renda/salário) que o trabalhador consegue se afirmar perante a sociedade e constitui família; logo, o trabalho dignifica o homem. Assim sendo, o Estado deve aplicar uma política de pleno emprego e instituir meios que fomente a igualdade de oportunidades para que haja a escolha da profissão e evitar que haja preconceito quando do acesso às profissões ¹¹⁷.

Pode ser destacado o entendimento de Canotilho e Vital Moreira ¹¹⁸, presente na Constituição da República portuguesa anotada,

“o Estado deve manter um patamar estável e elevado de emprego, contribuindo assim com a criação de postos de trabalho, com a garantia da liberdade profissional e de gênero, logo, há o reforço do princípio geral da igualdade o que proíbe haver a discriminação baseada em elementos injustificáveis (exemplos: cor, composição genética ou sexo)”.

Esse direito ao trabalho e a igualdade, possuem como destinatários o Estado, as entidades patronais, logo, não podem permitir que haja desrespeito e inobservância desses. Ressalta-se que os valores sociais do trabalho são fundamentos da República Federativa do

¹¹⁷ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013. p. 79

¹¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.p.764, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013, p. 79.

Brasil, artigo 1º, IV. José Afonso da Silva¹¹⁹ afirma que “deve ser reconhecido o direito social ao trabalho, como meio que possibilita a existência digna (...) e, desta maneira, traz a dignidade da pessoa humana, como fundamento da República”.

Merece ser destacado o ensinamento de Rui Barbosa¹²⁰ “se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou diferentes/desiguais, cada um, seguindo sua energia moral, pode reagir sobre as desigualdades nativas, através da atividade, da educação e da perseverança. Logo, tal se faz a missão do trabalho”.

3.1.3 O respeito ao direito à intimidade do trabalhador, diante da investigação do HIV no momento da contratação ou no decorrer do contrato.

A Declaração da OIT (Organização Internacional do Trabalho) / OMS (organização Mundial de Saúde) sobre o tratamento adequado dos empregados portadores do HIV ou com a AIDS, já mencionada em parágrafos anteriores, traz como orientação ao empregado que se sujeita à contratação, que ele não é obrigado a informar se é soropositivo ou não, além de não ser obrigado à realizar exames com esse mesmo propósito. Deste modo, não se pode utilizar desse meio para justificar a pretensão de contratação, pelo fato de ser soropositivo ou não é algo que está atrelado à intimidade do trabalhador (manifestação dessa condição repercute pejorativamente em âmbito social, logo, se torna algo confidencial)¹²¹.

Além dessa restrição ser aplicada no âmbito patronal, deve também ser aplicada aos profissionais de saúde que tem acesso ao resultado do exame quando realizado, por exemplo, os médicos. Desta maneira, o Conselho Federal de Medicina do Brasil, com a Resolução n. 1359/92, é claro ao afirmar que os médicos além de deterem a obrigação de

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 261, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013, p.81.

¹²⁰ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013. p.80.

¹²¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 940.

atender os pacientes doentes, também deve manter sigilo sobre o diagnóstico do empregado, mesmo estando subordinado a um empregador¹²².

Importante ressaltar, o médico apenas deve atestar se o empregado é apto ou não para a realização de determinadas atividades ou funções. No entanto, é um dever do médico, ao conhecer do resultado favorável a presença da moléstia infecto-contagiosa, informar de imediato à saúde pública; sua ausência configura crime previsto no artigo 269 do Código penal¹²³.

Deve ser observado que em nenhum momento a Declaração quer afastar a previsão contida no artigo 168 da CLT, pois o empregador tem o direito de realizar e requerer que seus funcionários façam, de forma habitual, certos exames que atestem sua aptidão profissional; nesse caso, a razão de ser deve ser baseada no objetivo de manter uma segurança no ambiente de trabalho e a saúde de seus profissionais¹²⁴.

“Art. 168 - Será **obrigatório exame médico**, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho: (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989). I - a admissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989); II - na demissão; (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989); III - periodicamente. (Incluído pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)”¹²⁵.

Assim pode ser observado em jurisprudência a seguir exposta:

“**DANO MORAL. DISPENSA DE TRABALHADOR INAPTO.** O exame médico demissional é obrigatório, nos termos do artigo 168 da CLT. Provada a inaptidão do trabalhador, deve o empregador responder por sua conduta omissiva. (TRT-1, Relator: Jose Antonio Piton, Data de Julgamento: 31/07/2013, Sexta Turma)”¹²⁶

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 940.

¹²³ Código Penal- *Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940*- art. 269 “Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal”. Disponível em < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10604851/artigo-269-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>> Acesso em: 10 jun. 2015.

¹²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 941.

¹²⁵ BRASIL, Decreto Lei nº 5452 de 01 de maio de 1943. Art. 168. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10746871/artigo-168-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>> Acesso em: 1²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 941.

¹²⁵ BRASIL, Decreto Lei nº 5452 de 01 de maio de 1943. Art. 168. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10746871/artigo-168-do-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>> jun. 2015.

¹²⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região. Sexta Turma. Relator: José Antônio Piton. 31 de julho de 2013. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24941085/recurso-ordinario-ro-14446320105010261-rj-trt-1/inteiro-teor-113671491>> Acesso em: 10 jun. 2015.

A importância dos exames previstos no artigo 168 da CLT se faz necessário tanto no âmbito da Administração direta, como na indireta. Observa-se a seguir

“Cadastro de reserva. Reprovação em exame psicotécnico. O § 2º do artigo 168 da CLT autoriza a exigência de exames complementares em concurso para preenchimento de cargo em empresa da **Administração Pública Indireta**, em caráter eliminatório, desde que conste no edital para ciência do candidato. (TRT-1, Relator: Maria Helena Motta, Data de Julgamento: 08/05/2013, Segunda Turma)”¹²⁷

Sendo assim, pode ser concluído que diante dos empregados assintomáticos, ou seja, que não tem sua capacidade/ aptidão física afetada, não há motivos ou fundamentos que autorizem uma investigação; o meio de trabalho não possibilita uma fácil transmissão do vírus. Segundo o autor Júlio Manuel Vieira Gomes, se houver a banalização dos testes genéticos nas relações trabalhistas, haverá discriminação não só em relação ao doente, mas também em relação a toda sua família ¹²⁸.

Entretanto, se tratar de meio de trabalho que possibilita o contágio pela função que exerça, é necessário que haja a realização do exame para que seja investigado a sorologia do empregado ou do candidato ao cargo, salienta-se a vedação ao exame sem expressa autorização do empregado. Não se pode conceder ao empregador amplo poder, pois ele visa a obtenção de lucro, e diante desse fato e com o mercado cada vez mais competitivo, a dignidade humana do empregado acaba sendo desrespeitada ¹²⁹.

3.1.4 Quando o teste é exigível para o exercício de função que tem grande possibilidade de haver transmissão.

Quando houver a constatação científica que determinada atividade empregatícia tem grande possibilidade de propiciar o contágio, se faz necessário a adoção de medidas que resguarde as demais pessoas envolvidas na mesma relação empregatícia (demais funcionários e pessoas que utilizam das atividades como destinatárias finais). Nesse caso,

¹²⁷BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região. Relator: Maria Helena Motta. 08 de maio de 2013. Disponível em: < <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24912554/recurso-ordinario-ro-21903120115010281-rj-trt-1/inteiro-teor-113377138>> Acesso em: 10 jun. 2015.

¹²⁸GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*. Op.cit, p. 346, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013. p. 81-82

¹²⁹VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?*. São Paulo: LTr, 2013. p. 44.

especificamente, não se fala em vedação à investigação do vírus¹³⁰.

Esse posicionamento é destacado na Corte Constitucional Italiana, segundo Alice Monteiro de Barros, foi considerado inconstitucional o programa que tratava de intervenção urgente para que houvesse efetiva prevenção e combate contra a AIDS, pois nesse programa havia ausência de certificados sanitários que afastasse a sorologia positiva nos casos de profissões e funções que põe em risco a vida, a saúde de terceiros (artigo 5º, § 3º e §5º da Lei nº 135, de 5 de junho de 1990)¹³¹.

3.1.5 Informação e educação

Tanto no âmbito da atividade pública como na privada, deve o Estado criar medidas públicas para que haja a compreensão sobre o princípio da não discriminação nas relações trabalhistas. A sociedade, como um todo, sempre discrimina aquilo que desconhece, o que não é diferente em relação à doença da AIDS¹³².

Mais de duas décadas após os primeiros casos da doença no Brasil, ainda se percebe o desconhecimento sobre as formas de transmissão e tratamento, dessa forma, o melhor meio de se proteger e assegurar um mínimo de dignidade às pessoas portadoras do vírus é informando e educando a sociedade a respeito. Logo, se garante confiança mútua e proteção adequada às pessoas infectadas pelo HIV/AIDS¹³³.

Dessa forma, se o empregador se omite em relação ao esclarecimento da doença em seu âmbito trabalhista, pode ser concluído que ele de certa forma deu ensejo a certas atitudes preconceituosas por parte dos demais funcionários, logo, pode responder por danos morais e materiais.

3.1.6 Justa causa ou motivo justificado: a infecção pelo HIV.

A ruptura contratual, jamais pode ter como fundamento o empregado ser portador do vírus HIV, pois esse fato não pode em hipótese alguma ser considerada como motivo justificado ou justa causa. O simples fato do empregado ter adquirido

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 942

¹³¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 942

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 947.

¹³³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 947

supervenientemente a doença, não enseja a dispensa, no entanto, pode haver certa alteração na atividade exercida anteriormente, para que haja o exercício de um “emprego apropriado”. Dessa forma, o empregado soropositivo ainda é apto ao exercício da atividade anterior, no entanto, não é proibido um novo enquadramento¹³⁴.

Nesse sentido, mercê destaque o entendimento de Anne Trebilcock, pois entende que o medo dos demais funcionários e dos clientes ao se relacionarem com pessoas aidéticas no âmbito trabalhista, não configura justa causa, se não houver risco algum a terceiros¹³⁵.

O princípio da continuidade de emprego nesses casos deve ter uma atenção em especial, pois é através do trabalho que o homem como cidadão consegue se impor perante a sociedade, assim, consegue se sustentar e constituir uma família. O trabalho dignifica o homem, e sua ausência repercute negativamente perante a sociedade, ainda mais se você for um cidadão desempregado e aidético. Assim sendo, a continuidade de trabalho garante um estado emocional mais adequado ao doente, pois possibilita que ele interaja com outras pessoas, além de favorecer na duração do seguro de enfermidade ou seguro-desemprego¹³⁶.

Segundo Alice Monteiro de Barros, não se pode afirmar que o trabalhador portador do vírus da AIDS goze de estabilidade provisória, salvo se estiver expressamente em normas coletivas. A legislação brasileira ainda não estabeleceu normas de alcance geral, e não se pode utilizar da interpretação analógica para aplicar a Lei n.9029/1995, pois ela tem preceito de natureza geral. Entretanto, tanto a Convenção n.111 da OIT, como a n142 da OIT, ratificadas pelo Brasil, possibilita lidar com a discriminação de qualquer fato que altere a igualdade nas relações empregatícias, e sua eventual reintegração¹³⁷.

3.2 O SURGIMENTO DA SÚMULA 443 DO TST

A Súmula 443 do TST foi publicada no dia 27 de setembro de 2012, trazendo a confirmação do entendimento observado pela mencionada Corte, ou seja, em seu

¹³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 948

¹³⁵ TREBILCOCK, Anne. El SIDA y el lugar de Trabajo. Op.cit, p.226, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 948

¹³⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 949.

¹³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 950

dispositivo trouxe a caracterização da dispensa do empregado soropositivo ou do empregado que possui qualquer outro tipo de doença que cause discriminação ou preconceito, sem justa causa, como sendo uma dispensa presumidamente discriminatória. Além disso, trouxe a reintegração e a inversão do ônus da prova como consequência desse ato de dispensa

“Súmula nº 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.”¹³⁸ (grifo nosso)**

Portanto, nesse cenário, primeiramente, se faz necessário haver a conceituação de discriminação, pois a relação jurídica de trabalho traz em sua essência um desequilíbrio entre as partes envolvidas (empregado e empregador).

A discriminação pode ser resumida em cinco palavras: distinção, diferenciar, discernir e estabelecer uma diferenciação¹³⁹. Assim, pode ser concluído que a discriminação ocorre por puro preconceito social (conceito prévio), onde os sentidos, pensamentos e ideais são ditados pelo padrão social de perfeição ou pelos interesses da sociedade como um todo.

Destacam-se, diante da discriminação prevista na Súmula 443 do TST, a conceituação prevista na Organização Internacional do Trabalho (OIT), Convenção nº 111, artigo 1º, “a” e “b” e no artigo 1º da Lei 9029/95, pois defende que a discriminação é inerente a toda forma de distinção, exclusão ou até mesmo preferência, que sejam baseados em questões com cunho religioso, sexual, raça, nacionalidade, origem social ou opinião política. A discriminação ofende diretamente o princípio da igualdade que deve sempre ser observados em qualquer tipo de relação jurídica, social.

Merece ser destacado que no artigo 4º da Lei 9029/95, traz a opção de escolha ao empregado de ser reintegrado (previsão da Súmula 443 do TST) ou indenizado pelo período que ficou afastado. É perceptível que caberá ao juiz diante do caso concreto optar pela reintegração ou pela reparação, aplicando de forma análoga à previsão contida no

¹³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Súmula nº 443. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em 19 set. 2015.

¹³⁹ VALENTIM, João Hilário. AIDS e relações de trabalho: o efetivo direito ao trabalho. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 129

artigo 496 da CLT, portanto, diante de uma reintegração não favorável ao empregado, deve ser aplicada a reparação como algo mais adequado ao empregado ¹⁴⁰.

3.3 ANÁLISE DOS CASOS JURISPRUDÊNCIAIS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O preceito legal previsto nos artigos 818 da CLT e no artigo 333 do CPC, onde o dever de provar o ato constitutivo do seu direito cabe ao autor, e ao réu cabe alegar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do seu direito, não eram mais observados pela Corte do TST, principalmente após edição da Súmula 443 do TST, que inverteu o ônus da prova.

Assim sendo, nas relações de trabalho que envolvem empregados soropositivos, segundo a aplicação majoritária da doutrina, haverá inversão do ônus da prova mesmo havendo alegação de fato constitutivo do direito do empregado.

Nesse cenário, é perceptível que a Súmula 443 do TST trouxe em questão o princípio da aptidão das provas produzidas, sendo assim, quem acaba possuindo meios adequados para provar algo alegado tanto pelo empregado como pelo empregador, é o próprio empregador. Logo, é o empregador que detém os meios de prova.

A supracitada Súmula trouxe em questão o reconhecimento da presunção de discriminação na relação trabalhista como sendo “Juris Tantum”, nesse sentido, diante do caso concreto o empregador deve provar que diante de uma eventual dispensa, não houve discriminação. Destaca-se que há certa dificuldade do empregador provar que não realizou conduta discriminatória, pois já pesa sobre o poder potestativo do empregador uma presunção discriminatória, fato este que é difícil ser afastado.

Além disso, é difícil provar que não conhecia o estado de saúde do empregado e que houve a dispensa por motivos de gestão administrativa ou exclusão de função. Cabe ao empregador, no caso concreto, provar que a dispensa do obreiro foi realizada por motivos distintos do empregado ser HIV positivo.

¹⁴⁰ BRASIL, Ambito Jurídico. Uma análise da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho: doenças que causam estigmas, inversão do ônus da prova e da prova dividida. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14750>. Acesso em 23 de set. 2015.

O empregador não pode obrigar seus empregados a realizar exames genéticos para detectar qualquer tipo de doença, nem antes da contratação e nem durante a relação de trabalho, por essa razão, deve ser observada a dispensa do empregado em cada caso concreto. Sendo assim, o empregado tem direito à intimidade genética, direito ao não saber da sua condição clínica, direito ao trabalho digno¹⁴¹.

A reintegração prevista, não deve ser interpretada como uma forma de estabilidade, pois não deve ser aplicada e nem observada como algo genérico. Por isso, é o caso concreto que irá demonstrar se é caso de se aplicar ou não a mencionada reintegração. Diante desse cenário, é importante analisarmos como o Tribunal Superior do Trabalho avaliava as dispensas dos empregados soropositivos antes da Súmula 443, de 2012.

“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: 61600922005504020161600-92.2005.5.04.0201, Relator: Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22/06/2011, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2011).¹⁴²”

“EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa **sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, quando não demonstrado que o ato foi orientado por outra causa, seja administrativo, financeiro ou técnico**. (TRT-1 - RO: 661002220095010016 RJ, Relator: Jose Nascimento

¹⁴¹ VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador*; São Paulo: LTr, 2013, p.85 - 94.

¹⁴² Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região. 1ª Turma. Relator: Lelio Bentes Correa. Brasília, 22 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>> Acesso em: 23 de set.2015

Araujo Netto, Data de Julgamento: 07/12/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: 2012-01-17)¹⁴³

DISPENSA ARBITRÁRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. DANO MORAL DEVIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO C. TST. Em que pese não haver, relativamente aos portadores do vírus da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, norma garantidora de estabilidade no emprego, o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro consagra uma gama de princípios garantidores de direitos fundamentais, dos quais destacam-se, enquanto corolários dos demais, o fundamento da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, cuja a força normativa horizontal obriga a empresa, que também possui função social. Assim, ao se deparar com empregado soropositivo, a empresa assume *múnus público* de manter-lhe o vínculo empregatício, cujo valor social garante-lhe a dignidade humana, sob pena de discriminação presumida, à exceção de justa causa. Recurso ordinário conhecido e improvido. (TRT-7 - RO: 36003520085070032 CE 0003600-3520085070032, Relator: JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 29/11/2010, TURMA 1, Data de Publicação: 07/12/2010 DEJT)¹⁴⁴

Diante desses acasos, é perceptível que antes mesmo de haver a Súmula 443 do TST, o empregador já encontrava certas dificuldades em provar a ausência de discriminação. Logo, é perceptível que o ônus probatório recai totalmente sobre o empregador, além de ele ter que garantir a Justiça Social através da presunção de discriminação.

Logo, a Súmula foi criada para ratificar o posicionamento já aplicado pela corte do TST.

RECURSO DE REVISTA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA IMOTIVADA - PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO. A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE É FIRME NO SENTIDO DE QUE A DISPENSA IMOTIVADA DE EMPREGADO SOROPOSITIVO É PRESUMIDAMENTE DISCRIMINATÓRIA, SALVO COMPROVAÇÃO DE QUE O ATO DECORREU DE MOTIVO DIVERSO. VIABILIZADO O RECURSO POR DIVERGÊNCIA VÁLIDA E ESPECÍFICA, MERECE REFORMA A DECISÃO DO REGIONAL, PARA QUE SE RESTABELEÇA A R. SENTENÇA QUE CONCEDEU AO RECLAMANTE O DIREITO À

¹⁴³Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região. Primeira Turma. Relator: José Nascimento Araujo Netto. Brasília, 07 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>>. Acesso em: 23 de set.2015 .

¹⁴⁴Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª região. Recurso Originário nº 36. Primeira Turma: relator: José Antônio. Brasília, 29 de novembro de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>>. Acesso em: 23 de set.2015.

REINTEGRAÇÃO. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. (TST - RR: 1244004320045020074124400-43.2004.5.02.0074, RELATOR: JOSÉ PEDRO DE CAMARGO RODRIGUES DE SOUZA, DATA DE JULGAMENTO: 25/04/2012, 1ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DEJT 11/05/2012).¹⁴⁵

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. SOROPOSITIVO. DANO MORAL. DESCONHECIMENTO DA DOENÇA PELO EMPREGADOR. NÃO RECONHECIMENTO. O SUPORTE DE PROTEÇÃO AO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV, PASSADAS DÉCADAS DE SUA DESCOBERTA E DE SEU CONTROLE PELOS AVANÇOS DA MEDICINA, NÃO É O FATO DE SER SOROPOSITIVO, MAS O CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR E A DESPESIDA BASEADA NO FATO, PELO CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. AINDA QUE O TRABALHADOR SEJA SOROPOSITIVO, O DIREITO POTESTATIVO PATRONAL DE CONSUMAR O ATO RESILITÓRIO É RECONHECIDO, SALVO SE SE TRATAR DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. NÃO DEMONSTRADO O NEXO ETIOLÓGICO ENTRE A PATOLOGIA E A DISPENSA, NÃO PREVALECE A OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA. (TRT-12 - RO: 00000511620155120005 SC 0000051-16.2015.5.12.0005, RELATOR: LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, SECRETARIA DA 3ª TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: 24/08/2015)¹⁴⁶

Nesse cenário, é perceptível que a harmonia nas relações de trabalho pretendida pelo Direito do Trabalho Moderno não é alcançado, melhor, cada vez mais é afastada da realidade brasileira, e a rivalidade entre capital e empregado cada vez aumenta. Isso é decorrente do “*múnus público*” que é transferido para os empregadores, pois o Estado passa esse encargo de manter o serviço do empregado doente, e não oferece nenhum tipo de auxílio ao bom desenvolvimento da empresa e do seu capital.

Portanto, a Súmula acaba tendo sua aplicação genérica de estabilidade, ou seja, diante da dificuldade de demonstrar que não foi discriminatória a dispensa, acaba recaindo a reintegração ou pagamento da indenização pelo empregador na maioria dos casos.

¹⁴⁵ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Primeira Turma. Relator: José Pedro de Camargo. Brasília, 25 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>>. Acesso em: 23 de set.2015.

¹⁴⁶ Brasil. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Originário. Terceira Turma. Relatora: Lígia Maria. Brasília, 24 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>>. Acesso em: 23 de set.2015.

3.4 CRÍTICA A APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TST

Ao analisar a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que estabelece a dispensa arbitrária do empregado soropositivo como sendo discriminatória, é visível que o Estado utiliza da vulnerabilidade do empregado para transferir, totalmente, ao empregador, seu dever de garantir um trabalho regular e digno. Portanto, a reintegração e a inversão do ônus da prova previstos na mencionada Súmula não tendem a atingir uma relação harmoniosa entre empregado e empregador, de fato já desequilibrada.

A simples criação da mencionada Súmula, não garante uma relação justa e equilibrada entre as partes envolvidas na relação, pelo fato de cobrar uma conduta do empregador, mas ainda não confere uma estabilidade legalmente expressa aos empregados portadores do HIV/ AIDS. Portanto, ela acaba sendo uma forma *sui generis* de garantir uma “estabilidade” em detrimento do direito potestativo do empregador, afetando assim a produtividade, a gestão do capital e a continuidade da empresa.

O ônus da prova, ditado pela Súmula, tem sua previsão legal no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, para evitar uma aplicação geral, deve ser observado além da hipossuficiência a verossimilhança das alegações¹⁴⁷. No entanto, é perceptível que cada vez mais é difícil ao empregador provar fato negativo, diante da inobservância de certas questões específicas de cada caso concreto apresentado ao Judiciário.

Sendo assim, a Súmula não conseguiu equilibrar as relações trabalhistas, pois retirou o ônus da prova de quem alegava (o empregado), por ser a parte mais fraca na relação e passou o encargo ao empregador, que tem como presunção a discriminação diante de seus atos potestativos. Por essa razão, também é muito difícil para o empregador afastar a “névoa” de discriminação inerente da dispensa imotivada do empregado, pois deve provar que não conhecia o estado de saúde do seu empregado.

Há certo paradoxo nessa questão, pois como provar que não conhecia o estado de saúde do empregado, se é vedado à realização de exames antes, durante ou

¹⁴⁷ BRASIL, Ambito Juridico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14750>. Acesso em: 23 set.2015.

demissionais para verificação de HIV nos empregados, como preceitua o artigo 2º da Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego de número 1246/2010 ¹⁴⁸.

Nesse cenário, se for um empregado portador do vírus HIV (que não demonstra sinais típicos da doença), e o fato do empregador não poder obrigar o empregado a fazer exames, logo, a presunção de discriminação prevista na Súmula deveria ser afastada. Assim, caberia a presunção de discriminação, somente, ao empregado aidético (é aquele que sofre com os sintomas típicos da doença e tem que se ausentar do trabalho por certos dias para tratamento), no entanto, deve ser analisado caso a caso, pois o empregado tem direito a manter sigilo sobre sua condição de saúde, portanto, não deveria ser presumido que empregador demitiu com discriminação.

Importante ressaltar que devem ser criados mecanismos que equilibrem a relação de forma mais equânime no contexto fático, tendo em vista, que onerar cada vez mais o empregador, por exercer posição de superior hierárquico, não é meio efetivo, pois ele já arca com uma carga tributária enorme. O fato de o empregador ser a parte mais favorecida na relação empregatícia, não pode significar que tenha que arcar com todos os ônus de se manter um capital ativo e lucrativo, e ao mesmo tempo, ter que manter um funcionário “doente” por tempo indeterminado, destacando que o governo não oferece nenhum tipo de isenção ao empregador.

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

Assim sendo, a Súmula 443 do TST acaba refletindo o “*múnus público*” que o Estado transfere ao empregador, ou seja, é o empregador que deve sempre garantir o emprego ao doente e não o Estado. Nesse cenário, seria mais coerente definir uma estabilidade legal aos soropositivos assintomáticos (portadores) ou sintomáticos (aidéticos), ou para ambos, pois diante do caso concreto essa distinção legal se faz necessária para evitar uma aplicação genérica da presunção de discriminação.

¹⁴⁸ Brasil, Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: < [Públichttp://www.contabeis.com.br/legislacao/193811/portaria-mte-1246-2010/](http://www.contabeis.com.br/legislacao/193811/portaria-mte-1246-2010/)>. Acesso em: 23 set.2015.

Além dessa questão, deve ser conferidos certos incentivos fiscais e tributários aos empregadores, pois arcar com o “*múnus público*” sozinho, é um *tipo de penalização* por ser a parte mais favorecida na relação.

CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente estudo, foram apreciados os mais relevantes aspectos sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, conhecida como AIDS/HIV. Demonstrou-se o conceito da doença, com suas principais características, a evolução do Direito do Trabalho, dando destaque aos direitos e princípios que devem ser observados diante da relação trabalhista, sendo o empregado soropositivo, além dos direitos fundamentais como: a liberdade, ao trabalho e à intimidade. Igualmente, verificou-se a aplicação da Súmula 443 do TST e suas consequências, reintegração e a inversão do ônus.

Há mais de vinte anos, no início da década de 80, foi observado o primeiro caso da AIDS no Brasil, no entanto, apesar dos diversos meios disponibilizados pelo governo para prevenir a doença, ainda nos dias atuais é uma doença que está presente, principalmente, entre as pessoas de idade economicamente ativa, entre 20 a 49 anos o percentual de portadores é maior.

O objetivo do trabalho foi verificar a abordagem histórica da relação empregatícia, principalmente no que envolve o princípio da proteção do empregado; avaliar a importância do princípio da continuidade da empresa; e observar meios para estimular a aplicação da Súmula 443 do TST de forma harmônica entre o princípio da continuidade da empresa e proteção do empregado.

A problemática trazida foi em relação à aplicação harmônica da Súmula e o princípio da continuidade da empresa, nesse sentido foi utilizado doutrinas, jurisprudências, pesquisas bibliográficas, para compreender sua aplicação no contexto social.

Diante desses fatos, no primeiro capítulo houve a apresentação da doença, trazendo suas origens, história e a diferenciação dos soropositivos assintomáticos e os sintomáticos.

No segundo capítulo, foi observada a evolução do Direito do Trabalho, trazendo os principais princípios do Direito do Trabalho e o reconhecimento dos Direitos Sociais.

Por fim, no terceiro capítulo houve o estudo dos principais direitos fundamentais do trabalhador soropositivo, verificando a inversão do ônus da prova e a

reintegração nos casos concretos, o que demonstrou que a supracitada Súmula não é aplicada de forma a viabilizar o direito de defesa do empregador.

Assim, é perceptível que o Estado ao inverter o ônus da prova no caso concreto de dispensa presumidamente discriminatória, não está buscando uma harmonia entre capital e emprego (objetivo do Direito do Trabalho moderno), pelo contrário, está transferindo ao empregador o “*múnus público*” de preservar a continuidade de emprego ao portador ou aidético, mesmo que lhe cause redução da sua produtividade. Logo, a Súmula 443 do TST, não é uma estabilidade prevista em lei, no entanto, sua presunção de discriminação é muitas vezes difícil de ser afastada pelo empregador, pois ele é a parte mais favorecida na relação.

Portanto, a Súmula não consegue harmonizar as relações trabalhistas, pelo contrário, acaba trazendo mais prejuízos tanto para o empregador, como para o empregado que irá sofrer com mais discriminação diante de uma “reintegração forçada”.

Nos casos concretos de dispensa sem justa causa apresentados ao judiciário, não deve ser afastado o princípio da preservação da empresa de forma total, pois deve haver a ponderação e análise de forma plena. Por isso, o meio mais adequado seria haver a conversão da reintegração em estabilidade prevista em lei, delimitando em quais tipos de portadores seria aplicada, ao assintomático ou ao sintomático. Além disso, que o Estado oferecesse algum tipo de benefício ao empregador que arca com o *múnus público* de manter o emprego do mencionado empregado.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1960.

ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Barcelona: José Maria Bosch, 1960. p. 122 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. – 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

AQUINO, Ulisses Mota de. *AIDS- Toda a verdade*. Rio de Janeiro: Record, 1986.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 75. Idem. *ibidem*. pp. 277-333 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso; Subtítulo: os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988; Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 22 maio 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997, p. 144 apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BATTAGLIA, Felice. *Filosofia do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 30. Trad.: Luis Washington Vita e Antônio D' Elia apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BELLO, Enzo. *Direito e Marxismo*, 2014. Disponível em: <<http://www.uniceub.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788570617439/pages/-2>>. Acesso em: 22 de maio 2015.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: Editora Polis, 1989.

BRASIL, Ambito Juridico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14750>.

BRASIL, Portarias do Ministério do Trabalho e Emprego. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/legislacao/193811/portaria-mte-1246-2010/>>.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região. Primeira Turma. Relator: José Nascimento Araujo Netto. Brasília, 07 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=empregado+soropositivo&p=4>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.p.764, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador? São Paulo: LTr, 2013.

CASSELLI, Giovanni. *O império Romano e a Idade Média*. São Paulo: Melhoramentos, 1981.

CREPALDI, Joaquim Donizeti. *O princípio de proteção e a flexibilização das normas do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª edição. Malheiros editores. São Paulo. 2010;

DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2ª tiragem. R.J.: Lúmen Juris Editora, 2010. p. 367 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso; Subtítulo: os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988; Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 22 de maio de 2015

FERNANDES, Milton. *Problemas e Limites do Dirigismo Contratual*. (Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da UFMG). Belo Horizonte, 196.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *Direito do Trabalho*. Op.cit, p. 346, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?. São Paulo: LTr, 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário compacto jurídico*. 15.ed. São Paulo: Rideel, 2011.

HOFFMANN, Fernand. *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003.

JUNIOR, Cesarino. *Introdução a la filosofia del derecho*. México: 1951.

Luis Joaquín de La Lama Rivera: “ Valor de las Condiciones más beneficiosas otorgadas por el Empleador en Relación con el Principio Tuitivo ‘Pro asalariado’”, no “Boletín de Divulgación Social”, 1954, pág. 483 apud PLÁ RODRIGUES, Américo. Princípios de direito do trabalho; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Processo coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo : LTr, 2003.

MENEZES, Cláudio A.C. De Revista LTr. A) interpretação e aplicação das normas de Direito do Trabalho, B) Princípio de Direito do Trabalho, C)Renúncia e Transformação, n.06, jun. 1991, v. 55 apud CREPALDI, Joaquim Donizeti. O princípio de proteção e a flexibilização das normas do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 39. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NETO, Amato. *AIDS: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida*. São Paulo: Almed, 1980.

PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr. 1978.

RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. *Manual de HIV/ AIDS*. 8. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2005.

REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios/ Arion Sayão Romita*. – São Paulo: LTr, 2003, p. 89 apud Autores: Patrícia Tuma Martins Bertolin e Alessandra de Cássia Fonseca Tourinho Tupiassú; Título: Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso; Subtítulo: os direitos sociais como direitos fundamentais na Constituição de 1988; Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9198&n_link=revista_artigos_leitura Acesso em: 22 de maio 2015.

SCHECHTER, Mauro; RACHID, Marcia. *Manual de HIV/ AIDS*. 8ª. ed. Rio de Janeiro: revinter, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 261, apud VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013.

SOARES, Marcelo. *A AIDS*. São Paulo: Publifolha, 2001.

TREBILCOCK, Anne. *El SIDA y el lugar de Trabajo*. Op.cit, p.226, apud BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 9.ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

VIANA, Roberto Camilo Leles. *Pode o empregador ter acesso à informação genética do trabalhador?* São Paulo: LTr, 2013.