

CONTRATO DE TRABALHO E O EMPREGADO ESTIGMATIZADO

Carla Siquerolo*

Talita f. Arruda**

RESUMO

Durante o exercício do contrato de trabalho o empregador não pode exercer o poder de direção com abusos e desrespeito em face do empregado. Nesse contexto, circunstâncias como o fato de o empregado ser portador de HIV ou outra doença que provoque estigma não podem motivar uma demissão sem justa causa. Pois esta tem caráter discriminatório e não representa a mera execução do poder potestativo de demissão do empregador. Uma vez provada tal situação a demissão será inválida e o empregado terá o direito à reintegração no emprego. É o que assegura Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de trabalho, empregado, estigma.

* Advogada. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Tem pós-graduação *lato sensu*, em nível de Especialização em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Tem pós-graduação em Direito do Trabalho pelas Faculdades Integradas do Brasil. Mestranda do curso de Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Maringá. Professora da disciplina Direito do Trabalho I da Faculdade Alvorada de Tecnologia e Educação de Maringá. Já foi coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica desta Faculdade. Professora da disciplina Ética Profissional do Centro Educacional Uniarte. Juíza Leiga junto ao Terceiro Juizado Especial Cível, da Fazenda Pública e Criminal de Maringá. *E mail:* carlamaringa@yahoo.com.br.

** Advogada. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá-PR. Tem pós-graduação *lato sensu*, em nível de Especialização em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá/PR. Foi Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Alvorada de Maringá- PR entre janeiro de 2014 e janeiro de 2017. Doutoranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL – Portugal), em Ciências Penais. *E mail:* adv.talita.arruda@gmail.com.

ABSTRACT

During the employment contract the employer can not exercise the power of direction with abuse and disrespect employee's face. In this context, factors such as the fact that the employee be living with HIV or another disease that causes stigma can not motivate a dismissal without cause. For this it is discriminatory and does not represent the mere execution of potestative power of the employer's dismissal. Once proven such a situation the dismissal will be invalid and the employee will have the right to return to employment. It is what ensures Precedent 443 of the Superior Labor Court.

KEYWORDS: employment contract, employee, stigma.

INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a existência de proteção legal conferida em benefício de empregado demitido por ser portador de HIV ou de outra doença grave que cause estigma em seu desfavor.

Serão estudados o conceito e características do contrato de trabalho. Ainda, a origem e o significado da palavra estigma também serão objetos de análise.

E na sequência será enfatizado o empregado estigmatizado. Neste momento será exposto o posicionamento constitucional acerca do trabalho, da dignidade humana e do meio ambiente laboral.

Do mesmo modo, este artigo evidenciará a necessidade da inversão do ônus da prova e o tipo de presunção que é reconhecida em caso de demissão discriminatória decorrente do fato de o trabalhador ser portador de HIV ou outra doença que possa estigmatizá-lo no local de trabalho.

Igualmente, este trabalho foi elaborado com fulcro em recentes decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho justamente para evidenciar qual é o entendimento firmado nesse sentido.

1 CONTRATO DE TRABALHO

Firmar um contrato, seja em qual área for, exige a participação de duas ou mais pessoas que estão de acordo com o objeto a ser pactuado.

Na esfera trabalhista o contrato de trabalho também segue este princípio. Neste sentido, o artigo 442 da CLT aponta o conceito deste contrato, destacando o seu caráter tácito ou expresso e que ele corresponde à relação de emprego.

Maranhão (2000, p.242) entende que se trata de negócio jurídico composto pelo empregado, que se obriga a prestar trabalho não eventual e remunerado em favor do empregador. Relação que subordina o empregado juridicamente ao empregador.

Sendo características deste negócio a prestação pessoal de serviços continuados (não eventuais), a subordinação jurídica por parte do empregado em face do empregador, mediante o pagamento de salário.

A subordinação jurídica informa o dever de o empregado cumprir as ordens transmitidas pelo empregador em virtude do contrato de trabalho firmado entre as partes. Engloba o poder de direção detido pelo empregador, quanto à condução de sua atividade empresarial.

Ricardo Marcelo Fonseca (2002, p. 139) sustenta que a subordinação jurídica evidencia um caráter constante de dominação do empregador sobre o empregado durante toda a jornada de trabalho. Atuação realizada de forma contínua.

No aludido instrumento existe uma correspondência entre as prestações devidas pelos contratantes. De um lado está o empregado que oferece sua mão de obra e de outro o empregador, que a utiliza em seu favor.

Trata-se de um contrato comutativo, explicado por Deoclesiano Torrieri Guimarães (2011, p. 86) como aquele como aquele de natureza bilateral e onerosa, cujas obrigações são perfeitamente equivalentes.

Não é necessária solenidade ou formalidade especial para a formação do contrato de trabalho, que decorre da vontade das partes. A forma é livre. Entendimento que se extrai do artigo 443 da CLT.

Sendo que as alterações só terão validade quando não trouxerem prejuízos, de forma direta ou indireta, ao empregado nos termos do artigo 468 da CLT.

Também deve ser destacado que a prestação de serviços deve ser feita pelo próprio empregado. Não podendo indicar uma terceira

pessoa para realizar suas atividades em seu lugar.

No tocante ao empregador, prevalece o princípio da despersonalização. Consistente na circunstância de que nenhuma alteração na estrutura jurídica da empresa poderá afetar o direito adquirido dos seus empregados, segundo o artigo 10 da CLT.

No mesmo sentido preconiza o artigo 448 da CLT ao assegurar que a mudança na propriedade ou estrutura jurídica da empresa não poderá comprometer os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

O contrato de trabalho é de trato sucessivo, porque exige a prestação dos serviços de forma contínua. Jorge Souto Maior (2007, p. 58-59). aponta a habitualidade deste trabalho ainda que não realizado de forma diária e inserido na necessidade alheia.

Ainda, é instrumento marcado pela onerosidade. Trata-se do recebimento de salário pelo empregado em decorrência dos serviços prestados ao empregador. No contrato de trabalho não há que se falar em gratuidade para os serviços prestados.

Caso haja prestação de serviço voluntário inexistirá vínculo de emprego, bem como obrigação de caráter trabalhista ou previdenciária, Tendo em vista que o artigo 1º da Lei 9.608 de 18/02/1998 define serviço voluntário como atividade não remunerada.

Portanto, as figuras do empregado e empregador delimitam a formação do contrato de trabalho juntamente com características como não eventualidade, bilateralidade, subordinação jurídica, onerosidade e trato sucessivo.

2 ORIGEM DA EXPRESSÃO ESTIGMA

A expressão estigma tem origem na Grécia, que indica uma marca, um sinal característico para demonstrar uma condição/situação negativa em face de quem a carrega.

Erving Goffman (1988, p. 11) elucida que eram realizados cortes ou marcas com fogo no corpo da pessoa para ser evidenciada alguma coisa extraordinária sobre o seu *status* moral. Tratava-se de uma identificação indicando reprovação moral.

Exemplos de tal circunstância foram os escravos e criminosos. E referido sinal informava a necessidade dos portadores destes sinais

serem evitados, sobretudo em locais públicos.

A semântica do aludido termo apresentada por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986, p. 721) confirma esse aspecto distintivo que recai sobre uma pessoa:

Estigma. (Do gr. *stíigma*, pelo lat *stigma*). S. m. 1. Cicatriz, marca, sinal: os estigmas da varíola. 2. Sinal infamante, ferrete. 3. Sinal natural do corpo. 4. As marcas das cinco Chagas de Cristo: os estigmas de S. Francisco. 5. Fig. Aquilo que marca, que assinala: os estigmas da arte (...).

Portanto, o vocábulo estigma aponta a existência de uma marca ou sinal em uma pessoa.

3 EMPREGADO ESTIGMATIZADO E O AMBIENTE DE TRABALHO

O trabalho humano deve ser valorizado, porque possibilita a efetivação de existência digna ao seu titular. Preceito defendido pelos artigos 1º, III e 170 ambos da Carta Magna. Até porque o primado do trabalho compõe a base da ordem econômica nos termos do artigo 193 deste mesmo Diploma Legal.

Nilson Nascimento (2009, p. 81) aponta a nova dimensão protetiva conferida pela Lei Maior acerca da ordem econômica. Explica este autor que a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa figuram na Carta Magna de 1988 como bens socialmente tuteláveis.

Nas relações trabalhistas a premissa constitucional não pode ser afastada. Ao contrário, ela deve ser observada porque é indispensável que o meio ambiente laboral seja saudável, equilibrado e decente na forma do artigo 225 da Constituição Federal.

Igualmente, merece ênfase que ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho conforme preconiza o artigo 200, VIII da Constituição Federal.

Do mesmo modo, infraconstitucionalmente o meio ambiente do trabalho é englobado pelo disposto no artigo 3º, I da Lei 6938/1981.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2014, p. 661) salienta que o meio ambiente do trabalho está incluído no meio ambiente de uma maneira geral e compõe a relação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, proporcionar um ambiente de trabalho adequado e digno exige do empregador o exercício do seu poder diretivo (fixado no artigo 2º da CLT) com limitações, moderação e sem abusos.

Restrições demarcadas pela Carta Magna, legislação infraconstitucional, normas coletivas, pelo contrato de trabalho, pelo fundamento da Carta da República consubstanciado na dignidade da pessoa humana e pelos princípios da boa-fé e da proporcionalidade.

Oraci Maria Grasselli (2011, p. 64) indica diversas hipóteses concretas acerca da limitação deste poder:

Por conseguinte, será sempre ilegal (e obviamente imoral) o trabalho escravo, (por afronta ao princípio da liberdade), a contratação de trabalhadora para exercer a mesma função, mas ganhando salário menor (por violação do princípio da igualdade ou isonomia), o trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem treinamento (por ofensa ao direito a segurança e a saúde), submeter a empregada a revista íntima e vexatória, sob a suspeita de prática de ato que atentaria contra o patrimônio da empresa (por agressão ao direito a intimidade), etc.

Outra situação que reflete equilíbrio nas relações de trabalho é a ausência de conduta discriminatória pelo empregador no meio ambiente laboral.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu o termo discriminação em seu artigo 1º, “a” e “b”, da Convenção nº 111:

1. Para os fins desta Convenção, o termo ‘discriminação’ compreende:
 - a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão.
 - b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento

no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequado.

Com isso, não é crível demissão de cunho discriminatório de trabalhador portador de HIV ou de outra doença grave que provoque estigma ou preconceito. Como exemplos (dentre outros) da segunda hipótese citada podem ser citados esclerose múltipla e neoplasia¹.

¹ **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – ÔNUS DA PROVA – DOENÇA GRAVE – ESCLEROSE MÚLTIPLA – SÚMULA Nº 443 DO TST.** 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, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 443 do TST. No caso dos autos, diante do quadro fático-probatório delineado no acórdão regional, insuscetível de reexame nesta fase processual, nos termos da Súmula nº 126 do TST, constata-se que a reclamante é portadora de esclerose múltipla e a reclamada tomou ciência de sua doença em 13/5/2008 e dispensou sem justa causa a autora em 23/7/2008. Por corolário, nos termos da Súmula nº 443 do TST, tratando-se a esclerose múltipla de doença grave suscetível de estigma e preconceito, da qual a reclamante é portadora, incumbia à reclamada o ônus de demonstrar que a dispensa não se dera por motivo discriminatório. No entanto, desse encargo não se desincumbira, visto que, embora a autora tenha respondido à sindicância para apuração de prática de assédio moral, a dispensa se dera sem justa causa. Desse modo, a reclamada não logrou comprovar nos autos, de forma robusta, o cometimento de falta grave pela reclamante hábil a determinar a ruptura contratual por justa causa, consoante registrado no acórdão regional. Nesse passo, prevalece a presunção de dispensa discriminatória, tendo a reclamada praticado ato ilícito, pois exerceu abusivamente seu poder potestativo, conseqüentemente, inválido o ato de rompimento contratual, a reclamante deve ser reintegrada. Recurso de revista não conhecido. **DANOS MORAIS – ÔNUS DA PROVA – INDENIZAÇÃO.** No caso dos autos, a prova do dano moral observa a teoria do *damnum in re ipsa*, é consequência da conduta antijurídica da reclamada, que, na hipótese, foi a dispensa discriminatória de empregada portadora de doença grave. Disso decorre a responsabilidade em pagar compensação pelo prejuízo de cunho imaterial causado à vítima, nos termos dos arts. 186 e 927, caput, do Código Civil e 5º, V e X, da Constituição Federal. Portanto, o agravo ocorre no plano imaterial, não se exige a prova da dor, do constrangimento, da aflição, uma vez que o ato ilícito em si faz gerar, inexoravelmente, a ofensa de ordem moral no indivíduo. Outrossim, para possibilitar a reapreciação do montante atribuído aos danos morais, a parte recorrente deve apontar, explicitar e demonstrar inequivocamente em seu recurso de revista o desequilíbrio entre o valor da indenização e o dano extrapatrimonial

Ocorrida despedida na forma apontada o ato será inválido e o empregado terá direito à reintegração. É o que assegura a Súmula 443 do TST².

causado ao empregado, considerando as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, critérios que devem estar devidamente prequestionados na decisão recorrida. Ocorre que, no caso dos autos, não há no acórdão regional pronunciamento explícito sobre os critérios adotados que culminaram na fixação da quantia a título de indenização por danos morais e a reclamada não opôs embargos de declaração com o fito de instar a manifestação da Corte a quo sobre o tema em debate. Além do mais, a recorrente também não cuidou de indicar especificamente elementos que determinassem a redução da indenização arbitrada. Diante dos frágeis e genéricos fundamentos apresentados pela reclamada em seu recurso de revista, é impossível a revisão do montante fixado a título indenizatório. Recurso de revista não conhecido. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INDENIZAÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL.** Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, permanece válida a determinação contida no art. 14 da Lei nº 5.584/70, no sentido de que a condenação referente aos honorários advocatícios no processo do trabalho não decorre pura e simplesmente da sucumbência, dependendo da observância dos requisitos afetos à prestação de assistência sindical e à impossibilidade da parte de demandar sem prejuízo do próprio sustento, consoante preconizado nas Súmulas nºs 219 e 329 e na Orientação Jurisprudencial nº 305 da SBDI-1 do TST. Destaca-se que a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, no processo nº 20000-66.2008.5.03.0055, firmou entendimento que, em relação aos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, o deferimento da verba encontra fundamento específico no art. 14 da Lei nº 5.584/70, que disciplina a concessão e a prestação de assistência judiciária. Por esse motivo, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios de forma indenizável, a título de reparação por perdas e danos, não encontra amparo no direito processual trabalhista, em razão da existência de regulamentação específica na Lei nº 5.584/70, não sendo a hipótese de aplicação subsidiária das regras inscritas nos art. 389, 395 e 404 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e provido. **(TST, RR - 1882-80.2010.5.02.0061, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 03/08/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016).**

² **DANOS MORAIS. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. RECLAMANTE PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO. SÚMULA Nº 443 DO TST.** Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que se presume discriminatória a dispensa, ainda que imotivada, de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, a pretexto de motivação de ordem técnica, quando ciente o empregador do estado de saúde do trabalhador. Inteligência da Súmula nº 443 do TST. Agravo de Instrumento não provido. **(TST, AIRR - 20278-81.2013.5.04.0017, Relator Desembargador**

Neste caso existe uma presunção relativa de dispensa discriminatória³ (que admite prova em contrário). Devendo ocorrer a inversão do ônus da prova, que inicialmente seria do empregado.

Mas que na hipótese de dispensa decorrente do empregado ser portador de HIV ou outra doença grave será do empregador.

Assim, cabe ao empregador provar de forma satisfatória e concreta que a demissão deste obreiro não teve qualquer relação com seu quadro patológico. De forma a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual⁴.

Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 30/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015).

³ **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. PRESUNÇÃO AFASTADA. MATÉRIA FÁTICA.** 1. Com a edição da Súmula 443 desta Corte, uniformizou-se a jurisprudência deste Tribunal Superior - com fundamento em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho - no sentido de que se presume discriminatória a dispensa arbitrária de trabalhador portador de doença grave que suscite estigma ou preconceito. 2. No entanto, a referida presunção, a que alude a Súmula 443/TST, pode ser afastada por prova em contrário, recaindo sobre o empregador o ônus de provar que o ato de dispensa decorreu de outra motivação lícita que não a condição de saúde do trabalhador ou que o ato de dispensa se deu em desconhecimento do estado em que se encontrava o empregado. 3. Na hipótese, constata-se que a dispensa do reclamante decorreu de outra motivação que não o seu estado de saúde, porquanto registrado pelo Colegiado de origem que, embora a reclamada tivesse ciência da doença do empregado anteriormente à sua dispensa, "demonstrou a efetiva motivação técnica da rescisão do contrato, não havendo evidência de tratamento diferenciado dado ao autor nesse ato". Esclareceu que no "enxugamento do quadro funcional" perpetrado pela reclamada foram demitidos outros empregados na mesma época em que ocorreu a dispensa do reclamante. 4. Para se concluir de forma diversa, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula nº 126. Recurso de revista não conhecido. **(TST, RR - 4907-08.2010.5.12.0002, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 10/05/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017).**

⁴ **DISPENSA DO EMPREGO APÓS TRATAMENTO DE CÂNCER. DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÚMULA Nº 443 DO TST. R\$ 30.000,00 (TRINTA MIL REAIS).** No caso, a controvérsia cinge em saber se a dispensa sem justa causa, logo após a alta previdenciária, cujo afastamento se deu por doença grave, configura, por si só, dispensa discriminatória. Nos termos da Súmula nº 443 do TST, a jurisprudência prevalecente nesta Corte Superior, estabeleceu uma presunção "juris tantum" acerca da discriminação de dispensa do emprego em razão de doença grave,

A orientação firmada no verbete sumular citado além de conferir proteção social ao trabalhador (já portador de uma doença que o estigmatiza socialmente) também busca efetivar a função social do contrato de trabalho encontrada no artigo 421 do Código Civil.

Aluísio Henrique Ferreira (2011, p. 55) destaca que o contrato de trabalho não pode ser desvirtuado para situações irracionais ou desequilibradas. Prevalecendo a valorização da pessoa humana com o desenvolvimento social do trabalho.

Somado a tal circunstância, cumpre ressaltar que no âmbito do Direito do Trabalho devem ser observados diversos princípios. Mormente, o da continuidade da relação de trabalho.

Sérgio Pinto Martins (2012, p. 71) explica que a regra é a de que os contratos de trabalho sejam celebrados por prazo indeterminado para proporcionar segurança econômica ao trabalhador.

Princípio este que não terá aplicabilidade em caso de dispensa discriminatória⁵ derivada do fato de o trabalhador ser portador de

in verbis: "DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego". O que se extrai do teor do verbete sumular é que deve ser invertido o ônus da prova, que, naturalmente seria do empregado, porém, nesses casos de doença grave, será do empregador. Caberia ao empregador provar, de forma robusta, que dispensou a reclamante, portadora de doença grave, por algum motivo plausível, razoável e socialmente justificável, de modo a afastar o caráter discriminatório da rescisão contratual, o que não ocorreu no caso dos autos. Com efeito, o entendimento adotado pelo Tribunal Regional, no sentido de atribuir à empregada o ônus exclusivo de comprovar que a dispensa do emprego foi discriminatória, contraria o disposto na Súmula nº 443 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST, RR – 776-32.2012.5.12.0030, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 22/06/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015).

⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. EMPREGADO DEPENDENTE QUÍMICO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA CONFIGURADA. DANO MORAL DEVIDO. A jurisprudência interativa, notória e atual Desta Corte, consubstanciada na Súmula 443 do TST, é no sentido de que "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou

HIV ou de outra doença grave que provoque estigma ou preconceito.

Indiscutível que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a despedida imotivada do empregado, que constitui direito potestativo do empregador⁶.

Contudo, este direito do empregador não pode se sobrepor à dignidade do obreiro por ser ele portador de HIV ou de outra doença grave caracterizadora de um estigma a ponto de ocasionar sua demissão sem justa causa⁷.

preconceito...". Não se desvencilhando a reclamada do ônus que lhe é atribuindo, de provar que a dispensa do empregado acometido de doença grave que suscite estigma ou preconceito não se deu de forma discriminatória, correta a decisão do Regional que a condena ao pagamento de indenização por danos morais. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AIRR – 10352-40.2014.5.15.0145, **Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 03/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017**).

⁶ **TRT-PR-15-08-2014 DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. RESTRIÇÕES AO DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR. REINTEGRAÇÃO OU INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. DANOS MORAIS.** O direito potestativo de dispensa, além de ser questionável diante do contido no art. 7º, I, da CF/1988, não pode ser absoluto. Encontra limites, primeiro, no princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III da Constituição Federal. Ainda que o sistema legal vigente insira a despedida imotivada do empregado no direito potestativo do empregador, em nome deste direito não é possível cometer abusos, como a demissão de empregados doentes, com idade avançada ou que acabaram de retornar de licença saúde. Incumbe ao empregador provar que a dispensa ocorreu por razão séria e justa, sob pena de se presumir discriminatória. Presume-se discriminatória a despedida sem justa causa de empregado portador de doença ou em situação que possa ser vista, pelo empregador, como motivo para justificar afastamentos futuros do empregado ou redução de sua produtividade, como orienta a Súmula 443 do TST, sendo cabível a reintegração ou, se não aconselhável, indenização substitutiva. Porque a conduta do empregador acarreta, ainda, insegurança, angústia, tristeza, constrangimento, sentimento de impotência e até mesmo certo grau de revolta, ante ao cerceio do direito fundamental ao trabalho do empregado, é devida, ainda, indenização por danos morais. Recurso do autor a que se dá provimento parcial para reconhecer a nulidade da dispensa e deferir o pagamento de indenização substitutiva da reintegração, bem como, para condenar a ré no pagamento de indenização por danos morais. (TRT-PR-10183-2013-004-09-00-0-ACO-25687-2014 – 2ª TURMA, **Relator: MARLENE TERESINHA FUVERRI SUGUIMATSU, Publicado no DEJT em 15-08-2014**).

⁷ **DANOS MORAIS. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. RECLAMANTE PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO. SÚMULA Nº 443 DO TST.** Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que

Trata-se de conduta patronal discriminatória que compromete oportunidade em matéria de emprego em desfavor do obreiro. Ferindo o disposto na parte final do artigo 1º, item 1 da Convenção n.º 111 da OIT- Decreto n.º 62.150/1968 (já transcrito anteriormente).

Para que a demissão de um trabalhador portador de HIV seja regular imprescindível que estejam presentes motivos⁸ técnicos, financeiros ou disciplinares, sob pena de haver configuração de dispensa arbitrária e, conseqüentemente, classificada como discriminatória (2017, p. 954).

Além disso, negar emprego ou trabalho, exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego e segregar no ambiente de trabalho ou escolar são condutas consideradas discriminatórias e tipificadas como crime contra o portador do HIV e o doente de AIDS, em razão da sua condição de portador ou de doente na forma do artigo 1º, incisos II, III e IV da Lei 12.984/2014.

Referido aparato legal torna-se indispensável diante da estigmatização imputada aos portadores de HIV e outras doenças que suscitam igualmente conduta discriminatória.

Isso porque o empregado não é dispensado porque se mostrou incapacitado ou com rendimento insatisfatório para o trabalho. Mas

se presume discriminatória a dispensa, ainda que imotivada, de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, a pretexto de motivação de ordem técnica, quando ciente o empregador do estado de saúde do trabalhador. Inteligência da Súmula n.º 443 do TST. Agravo de Instrumento não provido. (TST, AIRR – 20278-81.2013.5.04.0017, Relator Desembargador Convocado: Marcelo Lamego Pertence, Data de Julgamento: 30/09/2015, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015).

⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA – EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV – SÚMULA 443 DO TST – REORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA EMPRESARIAL – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA A DISPENSA – PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NÃO AFASTADA. TUTELA ANTECIPADA – REINTEGRAÇÃO DO EMPREGO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. DESPROVIMENTO. Diante da incidência da Súmula 422, I, do TST, e da não demonstração de contrariedade à súmula de jurisprudência invocada, nos termos do art. 896, §9º, da CLT, não há como admitir o recurso de revista. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AIRR – 10092-91.2015.5.03.0005, Relator Desembargador Convocado: Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Data de Julgamento: 8/06/2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/06/2016).

pelo mero e único fato de ser detentor de uma doença que o afasta negativamente de expectativas convencionadas socialmente.

Para tal prática no ambiente de trabalho encontra-se caracterizado o estigma, que é constituído na ótica de Goffman (1988, p. 12) com a verificação de atributos diferentes em uma pessoa tomando por base outras que se encontram em uma categoria em que aquela poderia estar inserida.

Portanto, prevalece presunção relativa de dispensa discriminatória em face de trabalhador portador de HIV ou de outra doença grave que provoque estigma ou preconceito. O que tornará o ato inválido e será assegurado ao empregado o direito à reintegração na forma da Súmula 443 do TST.

CONCLUSÃO

A prestação dos serviços pelo empregado deve ser desenvolvida em ambiente saudável e harmonioso em todos os seus aspectos como exige o artigo 225 da Constituição Federal. Sobretudo, no que diz respeito às questões trabalhistas.

Condutas discriminatórias no local do trabalho não podem e nem devem ser praticadas. Tendo em vista que a dignidade do trabalhador (assentada no artigo 1º, III da Lei Maior) e todos os bens que compõem sua personalidade são resguardados legalmente.

Nesse contexto, o tratamento dado pelo empregador que demite sem justa causa um obreiro pelo fato de ser portador de determinada doença que o estigmatiza evidencia ato discriminatório. Repudiado pelo ordenamento jurídico brasileiro trabalhista.

Uma vez que a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho prevê presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. E reconhecida a invalidade do ato, o empregado terá direito à reintegração no emprego.

Trata-se de presunção relativa de veracidade. Cabendo ao empregador comprovar que a demissão não derivou da doença do obreiro. Neste caso ocorre a inversão do ônus da prova em favor do empregado reclamante. O que exigirá do empregador reclamado realizar a prova deste ato.

Portanto, o poder diretivo do empregador deve ser exercido com moderação e respeito. Inclusive, no momento da demissão. Para que condutas (a demissão decorrente de doença estigmatizante) que reprovam moralmente um trabalhador não sejam legitimadas e não acarretem problemas de ordem social.

Até porque legitimar atos discriminatórios como estes contraria o princípio da continuidade da relação de emprego- vigente no Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6021**: 2015: Informação e documentação: Publicação periódica técnica e/ou científica. Apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2015. 14 p.

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 22 mai 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 22 mai 2017.

BRASIL. **Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm> Acesso em 22 mai 2017.

BRASIL. **Lei 12.984, de 02 de junho de 2014**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm> Acesso em 22 mai 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho: **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO** - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Disponível em:< http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_4_01_450.html#SUM-443> Acesso em 22 mai 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª edição.

Salvador: JusPodivm, 2017.

FERREIRA, Aluísio Henrique. **O poder diretivo do empregador e os direitos da personalidade do empregado**. São Paulo: LTr, 2011.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de direito do trabalho**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4ª edição. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.

GRASSELLI, Oraci. **Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2011.

GUIMARÃES, Deoclesiano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 15ª edição, São Paulo: Rideel, 2011.

HOLANDA FERREIRA. Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário Aurélio**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

MARANHÃO, Délio. **Direito do trabalho**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. **Manual do poder diretivo do empregador**. São Paulo: LTr, 2009.

