

DISCRIMINAÇÃO DE PESSOAS COM DOENÇAS ESTIGMATIZADAS NO AMBIENTE DE TRABALHO.

Acesso ao trabalho como direito fundamental e o combate à demissão em razão de doenças estigmatizadas.

Ciro di Benatti Galvão¹

Natália Elvira Sperandio²

Joicimara Helena da Silva³

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar e abordar as controvérsias pela edição da Súmula 443 do TST referente à distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, que envolvam a dispensa discriminatória em razão do empregado ser portador de HIV ou outras doenças que causam estigma. Visando a eficácia da norma no tratamento de pessoas portadoras de doenças estigmatizadas, amparadas pelo Princípio da Isonomia. Podendo examinar por meio do tipo metodológico jurídico- exploratório o que realmente acontece de ilegal nesta relação de trabalho. Sendo estes obrigados a buscar o amparo necessário por vias legais, de forma a apontar se há ou não a dispensa discriminatórias de pessoas estigmatizadas em seu local de trabalho. Todavia, a relação de emprego que tem mais fragilidade no ambiente de trabalho é a do portador sintomático, uma vez que não há exteriorização dos sintomas e, em muitos casos, nem se quer ele próprio sabe que contraiu a doença. Dessa forma, a Súmula veio para reduzir a desigualdade existente no tratamento do soro positivo, conforme discorre o art. 7º, inciso I, da CF/88, que protege os trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, a qual incumbirá fixação de indenização compensatória, dentre outros direitos. Atendendo as necessidades do trabalhador nos preceitos constitucionais e tratados internacionais o direito de igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dando- lhe o direito a reintegração ou indenização pelo dano causado.

Palavras - Chaves: Súmula 443 do TST. Eficácia da Norma. Discriminação. Ônus da Prova.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FD UL) e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Administrativo. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora/MG. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas (ABCJ). Parecerista ad hoc de periódicos jurídicos. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito público. cirogalvao@iptan.edu.br

² Natália Elvira Sperandio professora e orientadora. thaiasperandio@yahoo.com.br

³ Joicimara Helena da Silva, aluna do 9º período de Direito noturno do Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”. IPTAN joici.h@gmail.com

1- CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem como tema: “A discriminação de pessoas com doenças estigmatizadas no ambiente de trabalho”. No decorrer deste artigo, serão abordados os direitos humanos, o princípio da pessoa humana assegurada à Constituição Federal, as Leis Trabalhistas e o Código Civil. Também serão utilizados, diversos tipos metodológicos descritivos avaliativos- analíticos e procedimentos técnicos a análise bibliográfica, com base em livros, artigos científicos, revistas com informações e/ ou reportagens sobre a dispensa discriminatória de pessoas estigmatizadas. Fazendo uma breve menção sobre a súmula de N° 443 do TST, por meio do tipo metodológico jurídico- exploratório e examinar o que realmente acontece de ilegal nesta relação de trabalho. Sendo estes obrigados a buscar o amparo necessário por vias legais, de forma a apontar se há ou não a dispensa discriminatória de pessoas estigmatizadas em seu ambiente de trabalho. Pois a criação da Súmula 443 do TST em 27 de setembro de 2012 consolidou o entendimento jurisprudencial, no sentido de atribuir a dispensa imotivada dos trabalhadores portadores de HIV e outras doenças que causam estigmas ou preconceitos no ambiente de trabalho.

Desse modo, a partir dos preceitos gerais que vedam qualquer forma de dispensas desmotivadas de portadores de doenças estigmatizadas na relação de emprego, é uma situação relativa à discriminação, passando a ser disciplinadas pela via jurisprudencial. Causando assim um estigma na exata medida em que são raras às vezes a diminuição das capacidades laborativas do empregado.

Mesmo que isso aconteça, poderá o readaptado ser visto pelo patrão e colegas, como se ele não estivesse apto a desenvolver suas atividades, podendo sofrer perseguições.

No intuito de intervir e, sobretudo, preservar a integridade da pessoa humana o TST redigiu com a Súmula 443, para assegurar e proteger os direitos do empregado estigmatizado à sua reintegração ao posto de trabalho ate a anualidade do ato.

Por fim, nesse trabalho iremos abordar a dispensa discriminatória como um ato que fere o princípio da isonomia e os direitos do trabalhador assegurados na CLT, objetivando a eficácia da norma na relação de trabalho. Objetivando como resultado mais participação do Ministério Público do Trabalho no combate a discriminação e à promoção de igualdade nos casos de poder/dever e cancelado do Estado, exercendo a

função institucional como órgão agente, no combate à discriminação no local de trabalho, não interessando apenas aos empregados, por ela diretamente atingidos, mas respaldadas na sociedade como um todo.

2- DESENVOLVIMENTO

2.1- A DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV E OUTRAS DOENÇAS GRAVES

No Brasil, a proteção dos portadores do HIV, contra a discriminação em matéria de emprego, não advém de um diploma único, mas pode ser extraída a partir de um arcabouço normativo composto por tratados internacionais, normas constitucionais e leis que tutelam, de forma geral, os trabalhadores contra todas as formas de discriminação.

Por meio do tipo metodológico jurídico- exploratório, pode se examinar o que realmente acontece de ilegal nesta relação de trabalho. Sendo estes obrigados a buscar o amparo necessário por vias legais, de forma a apontar se há ou não a dispensa discriminatórias de pessoas estigmatizadas em seu local de trabalho. Pois a criação da Súmula 443 do TST trouxe consigo a violação dos direitos constitucionalmente previstos e outras arbitrariedades, merecedoras de críticas, afinal não se pode admitir que os fins justifiquem os meios.

A condição de ser portador de uma doença grave, muitas vezes incurável, acarreta um tratamento diferenciado, podendo provocar a segregação do doente do corpo social.

A AIDS é uma infecção viral que reprime, e, no estágio mais avançado, destrói o sistema imunológico do organismo. Esse vírus comumente conhecido por HIV (Human Immunodeficiency Virus), que na língua portuguesa se denomina VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana), age invadindo e matando os glóbulos brancos, chamados T lymphocytes (T-cells) ou linfócitos do tipo T, presentes na corrente sanguínea. Consequentemente, são doenças que raramente afetariam pessoas com o sistema imunológico perfeito, podem debilitar e ser fatais às pessoas infectadas com o HIV. Trata-se das infecções oportunistas, que podem ser de vários tipos.

Existem três estágios de progressão após a contaminação pelo vírus HIV.

1) seropositiv ou soropositivo.

2) AIDS related complex (ARC) ou complexo relacionado ao AIDS ou pré-AIDS.

3) full-blown AIDS.

Ser portador do vírus HIV não é sinônimo de ter AIDS¹. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (**Acquired Immunodeficiency Syndrome**) é uma doença crônica, que ataca o sistema imunológico, possibilitando o desenvolvimento de infecções oportunistas, que podem levar a diversos distúrbios de saúde graves e até mesmo a morte. Conforme informações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013), há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas ou desenvolver a doença.

No entanto, quando o empregado é portador do vírus HIV de forma assintomática, não tendo desenvolvido a AIDS, não influencia de forma contundente na sua capacidade laborativa.

Luiz Otavio Linhares Renault (2010) ressalta que a condição de soropositivo nem sempre acarreta a impossibilidade de prestação de serviços, podendo o paciente exercer suas atividades laborais sem apresentar riscos para os demais companheiros de trabalho e para a sociedade em uma vasta gama de atividades.

Com base nas lições de Oscar Ermida Uriarte (1993), o princípio de não discriminação impõe que trabalhadores que desenvolveram a AIDS entre outras enfermidades conexas devam ser tratados como qualquer outro trabalhador saudável. Assim mesmo que inexistindo risco de contágio ou qualquer outro meio que o impeça de exercer seu trabalho, a mera condição de ser portador da doença estigmatizante já submete o trabalhador soropositivo a tratamento diferenciado e a segregação em seu ambiente de trabalho por parte do empregador e também pelos próprios colegas.

A mera condição de ser portador da doença, mesmo de forma assintomática, já pode provocar a discriminação. Como explica Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2007 p. 588):

A AIDS, por seu desenvolvimento ligado à decomposição física, dores abjetas e fatalidade repentina, provocou um verdadeiro pavor social, e conseqüentemente repressão a quem trazia a peste à humanidade. As técnicas de exclusão da sociedade, utilizadas à época dos leprosos. Trata-se da inserção social perenemente controlada dos 'pestilentos'. Essa vigilância moral dos considerados seres desviante das corretas condutas, como os já aludidos homossexuais, os usuários de drogas injetáveis, as pessoas de vida sexual desregrada e com múltiplos parceiros, etc., permitiu a disseminação de que o reprimir do vírus deveria centrar-se no condenar de quem, ao menos em tese, estivesse apto a transmiti-lo.

É importante ressaltar que a contaminação pelo vírus HIV pode se dar sem que ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados “grupos de risco” (RENAULT, 2010).

Todavia, o maior objetivo das empresas é afastar os portadores de HIV e AIDS de suas atividades laborativas, mais do que lhes negar o direito fundamental ao trabalho, pode consistir em uma ofensa ao próprio direito à vida e a saúde, já que representa um retorno à época de segregação dos doentes, com a tentativa de sua eliminação do corpo social. Fazendo com que este sofra e sinta na pele a sensação de estar sendo discriminado, sendo preponderado de seus direitos, se afastando de seus amigos e familiares, tendo sua vida social interrompida, sendo impossibilitado de arrumar um novo emprego, levando a desenvolver uma depressão ou até mesmo ao suicídio.

Nesta perspectiva surge a Lei 8.213/91², que vem para tratar dos Planos de Benefícios da Previdência Social, para concessão de auxílio- doença ou aposentadoria por invalidez, independente de carência, quando contraída após a filiação ao regime Geral da Previdência. Garantindo também, o direito de afastamento para o tratamento inferior a 15 dias, aplicando as normas trabalhistas pertinentes ao afastamento por motivo de saúde. Havendo neste período a hipótese de interrupção do contrato de trabalho, incumbirá ao empregador o pagamento dos salários durante os primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença, previsto no art. 60, §3º da Lei 8.213/91.

Assim é impreterível ter como objetivo, o combate aos tratamentos discriminatórios despendidos em relação a portadores de doenças graves, o que pode ser feito aplicando-se todas as normas que vedam, em todos os níveis, a discriminação. Podendo apresentar uma visão mais humanitária sobre a discriminação de pessoas com doenças estigmatizadas em seu ambiente de trabalho. Buscando solucionar tal discriminação, coletando dados para que possam sanar as necessidades e a dispensa imotivada de empregados portadores de doenças graves, seja AIDS ou alguma outra doença estigmatizadas no ambiente de trabalho. Caracterizando assim, o trabalho como direito fundamental e apto ao empregado estigmatizado, afastando qualquer meio que injustificadamente comprometa o seu exercício, visando solucionar os conflitos existentes entre a empresa e o empregado estigmatizado.

As teorias existentes sobre a discriminação de pessoas que sofrem desrespeito em seu ambiente de trabalho deverão ser apuradas pelos Direitos Humanos, tornando-o mais eficaz na relação de trabalho.

A hipótese de correlacionar, legalidade e moralidade entrelaçadas em uma relação de trabalho, sem inverter o ônus probatório, nem de adequação ao princípio da aptidão para a prova, faz com que as condições de portador de doenças estigmatizadas, assim como a AIDS, infelizmente, até hoje vem acarretando uma série de práticas discriminatórias na relação de trabalho, que podem culminar na rescisão do contrato.

Sendo assim, é importante a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação e na promoção de igualdade nos seguintes casos:

- Por se tratar de um poder/ dever cancelado do Estado, em que o Ministério Público do Trabalho exerça a sua função institucional como órgão agente;
- no combate a discriminação no local de trabalho, não interessando apenas aos empregados, por ela diretamente atingidos, mas respalda na sociedade como um todo;
- tendo em vista que a tutela coletiva se apresenta muito mais efetiva que a individual, pois se presta a evitar a consumação da lesão e não expõe um trabalhador isolado, alcançando todos os que sofreram ou possam vir a sofrer discriminação patronal.

Apesar do nosso ordenamento jurídico não prever expressamente a garantia provisória de emprego nessas hipóteses, lança-se mão da prerrogativa do art. 8º da CLT, em que direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, propondo-se a aplicação dos princípios constitucionais do direito à vida, à dignidade e a não discriminação de reintegração nestes casos. Contudo, o posicionamento do TST representa mais um esforço das Cortes Trabalhistas de tornar efetivo o compromisso internacional firmado

2 Lei nº 8.213/91: “Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independente de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao assegurado que afiliar-se ao Regime geral da Previdência Social, for cometido das seguintes doenças: hanseníase; tuberculose; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; neuropatia grave;; estado avançado da doença de Paget; *síndrome da deficiência imunológica adquirida - AIDS*; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada”.

pelo Brasil ao Ratificar a Convenção 111 da OIT, em 1965, de promover a igualdade de oportunidades de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar qualquer tipo de discriminação (art. 2º).

2.2 - NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS E A PROTEÇÃO PELA SÚMULA 443 DO TST

Em setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula n. 443, que veda a dispensa discriminatória, nos seguintes termos:

SÚMULA n° 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.

Antes de se adentrar a análise em si do entendimento sumular transcrito, será feito um breve aprofundamento sobre orientações normativas a respeito do combate à discriminação.

No Estado Democrático de Direito não há lugar para tratamento desigual e discriminação, ante o disposto no artigo 3º, inciso IV, da CF/88, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme se encontra disposto no artigo 5º, caput, da CF/88, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”- é a consagração formal do Princípio da Isonomia que se estende a todas as esferas da vida dos cidadãos brasileiros.

Entretanto, a dignidade da pessoa humana é erguida à categoria de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, CF/88), impondo a observância da necessária estima que todas as pessoas merecessem enquanto seres humanos.

A seguir, tratando dos Direitos Sociais, visando mais uma vez assegurar a dignidade do ser humano, foi minucioso o legislador ao elencar cada um deles, no artigo 6º, nos seguintes termos: Art. 6º, da CF/88, “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

No inciso XLI, deste mesmo artigo, estabelece que a lei irá punir qualquer discriminação dos direitos e liberdades fundamentais.

O artigo 7º, inciso XXX, da CF, proíbe a diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivos de sexo, idade, cor, ou estado civil. No inciso XXXI, proíbe a discriminação no tocante salário e critérios de admissão em relação ao trabalhador portador de deficiência. O inciso XXXII proíbe quaisquer distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. E o inciso XXXIV, assegura a igualdade de direitos entre o trabalhador avulso. Esses incisos são normas que vedam a discriminação em matéria de emprego ou profissão.

Em suma, os preceitos constitucionais enfocados visam, em última análise, dar guarida, de modo genérico, a todo e qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, naturalizado ou não, que se encontre em Território Nacional sob a égide de nosso ordenamento jurídico; e conseqüentemente abarca situações específicas como a dos portadores do vírus HIV, os quais devem ter sua dignidade respeitada.

Afora isso, tratou também, o legislador na "Organização do Estado", de estabelecer a competência legislativa e a competência material para a proteção das pessoas portadoras de deficiência. É oportuno salientar que a AIDS é considerada uma deficiência orgânica, enquadrando-se, pois seus pacientes em todos os dispositivos que se refiram à portadores de deficiência. Cabe transcrever aludidos dispositivos: Artigo 23 "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantias das pessoas portadoras de deficiência; Art. 24 - Compete à União, aos Estados, e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

A dispensa discriminatória em virtude da doença grave do empregado que suscite estigma ou preconceito dá ensejo à reparação civil. Ocorre que a Súmula 443 do TST não versa sobre o pagamento de indenização nestes casos. Ao contrário, institui a invalidade da dispensa e a imediata reintegração do empregado, com todos os direitos inerentes, devendo o empregador pagar os salários compreendidos entre a dispensa e a reintegração, computando-se, para todos os efeitos legais, o período de afastamento, posto que seja tempo de serviço.

É notório que o contrato de trabalho por prazo indeterminado pode ser rescindido tanto pelo empregador quanto pelo empregado, imotivadamente e a qualquer tempo, desde que concedido o aviso prévio ou paga a indenização correspondente, nos termos do art. 487 e seguintes da CLT. Assim, rescindir o contrato de trabalho é direito protestativo da parte. Porém, todo direito deve ser exercido dentro dos limites da razoabilidade.

O art. 5º, inciso II, da Constituição da República determina que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, consagrando o princípio da legalidade.

O art. 7º, inciso I, da CR/88 garante aos trabalhadores a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, a qual incumbirá fixação de indenização compensatória, dentre outros direitos.

O ordenamento jurídico, lei complementar, garante estabilidade ao empregado portador de vírus HIV ou outra doença grave. De onde se conclui que a Súmula 443 viola o princípio da legalidade ao criar, para o empregador, a obrigação de manter, à sua contrariedade, o contrato de trabalho por prazo indeterminado com o obreiro portador de doença grave. Isso porque a pena de reintegração do empregado será aplicada ao empregador sempre que o magistrado do caso concreto entender ser a doença do obreiro causadora de estigma ou preconceito.

No entanto, o patrão passa a ser compelido a observar a estabilidade de empregados gravemente doentes, mas não sabe, de antemão, qual o rol das moléstias graves causadoras de estigma ou preconceito, nos termos da Súmula 443. Uma vez que a reintegração uma penalidade aplicada ao empregador, não poderia o ato ilícito ficar à margem da interpretação casuística do magistrado. A Súmula viola, também, o direito do empregador conhecer previamente o ato passível de punição com a reintegração.

Neste caso, o tratamento processual trazido pela Súmula n. 443 também merece crítica. Tanto o art. 818 da CLT quanto o art. 333 do Código de Processo Civil disciplinam que o ônus da prova incumbe a quem alega, sendo certo que ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito, cabendo ao réu, por sua vez, demonstrar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

À luz das normas processuais vigentes e tratando-se de fato constitutivo do direito do autor, caberia ao empregado demonstrar que sua dispensa foi arbitrária, pois levada a cabo em virtude de doença grave geradora de preconceito.

Todavia, o que a Súmula 443 determina é que, sendo o obreiro portador do vírus HIV ou outra doença grave causadora de preconceito, presume-se discriminatória a despedida, impondo-se ao empregador a reintegração.

Convém ressaltar que o Ministério do Trabalho e Emprego proíbe que os empregadores realizem exame de HIV em seus empregados, seja por ocasião de admissão, demissão ou qualquer outro motivo relacionado ao vínculo empregatício (Portaria n. 1.246/2010 do MTE). Tal norma visa claramente à proteção do empregado contra a discriminação.

Somente a lei, em seu sentido mais estrito, cria mandamentos legítimos, com integral respaldo social, enquanto o comando sumularem origem no restrito colegiado dos Tribunais que, a despeito de seu reconhecido saber jurídico, não representa as diversas correntes de pensamento, de necessidades e de interesses que compõe a sociedade, terminando por ferir, de forma evidente, o equilíbrio e o pacto de não intervenção em atribuições específicas dos outros Poderes, como bem recomendou o memorável Barão de Montesquieu.

O Código Civil determina que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, comete ato ilícito (art. 186). De igual forma, pratica ato ilícito aquele que age com abuso de direito, excedendo manifestamente os limites econômicos, sociais, ou impostos pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil). Em ambos os casos, o agente gerador do dano é compelido a indenizar a vítima, na exata medida do prejuízo moral ou material causado (art. 944 do Código Civil).

2.3 – O TRABALHO COMO “DIREITO FUNDAMENTAL”

A discriminação por doenças no ambiente de trabalho é uma realidade incompatível com o nosso ordenamento jurídico, versa principalmente pela Dignidade da Pessoa Humana e pelos valores Sociais do Trabalho. A Carta Magna traz uma clara proteção ao trabalho presentes: artigos 170, caput, da CF/ 88, que dispões sobre a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social; e o artigo 193, caput da CF/88, menciona que o primado do trabalho é à base da ordem social.

O Direito dado à pessoa humana de trabalhar, não se trata tão somente uma quimera irrealizável, mas sim de distintos mecanismos políticos e jurídicos a serem utilizados para a sua efetivação, bastando um pouco de coragem para ultrapassar velhos paradigmas.

O Direito ao trabalho se mostra como uma fonte de sobrevivência e promotora de dignidade humana, vinculado ao direito à vida, pois sem trabalho as pessoas não tem como proporcionar uma vida digna para si e para os SUS familiares.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) definiu no artigo 1º, “a” e “b”, de sua Convenção nº 111, o que seria discriminação, nos seguintes dizeres:

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 adequados.

A Constituição Federal de 1988 surgiu em defesa aos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas, dentre elas o direito de se ter uma vida digna, principalmente no ambiente de trabalho.

Ante a importância e o significado que o trabalho adquiriu nos tempos atuais de desemprego, o direito ao trabalho figura no cenário mundial como base de sustentação e de promoção da dignidade humana. Advindo do pressuposto de que o direito do trabalho é um direito universal de todos os homens e que seu reconhecimento como um direito fundamental está condicionado às diretrizes traçadas por seu reconhecimento jurídico. Sendo este um prolongamento da própria personalidade, vinculado a própria divisão do trabalho social, representado pela raiz da própria existência humana, proporcionando- lhe o direito à liberdade, à autonomia, à autoafirmação e à dignidade.

O direito ao trabalho à medida que assume a estrutura de um princípio fundamental ao ordenamento jurídico constitui- se em um mandamento de aprimoramento, impondo direitos e deveres *prima face*, podendo envolver interesses individuais e coletivos.

2.4 - ÔNUS DA PROVA E A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

A dispensa por ato discriminatório faz com que o empregado seja reintegrado ou indenizado no período de afastamento, sem prejuízo de danos morais. Tais reparações, na prática só acontecem após a intervenção do Poder Judiciário, provocado mediante Reclamação Trabalhista, sujeita às regras da distribuição do ônus da prova.

Para tanto, Mauro Schiavi (2010, p.50) dispõe.

O ônus da prova é um dever processual, cabendo ao autor provar o fato que constitui seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos e impeditivos de tais direitos. Caso pereça em seu ônus, a parte que o detinha termina por gerar uma situação desconfortável para si e favorável à parte contrária.

Isso porque, sem provas da (in) existência de determinado fato, não pode o magistrado exagerar nenhuma motivação que reconheça determinado direito, sem que haja elementos razoavelmente suficientes para convencê-lo, ante mesmo sob a pena de nulidade da sentença.

O ônus probatório, enquanto regras de juízo, orientam o juiz quanto à sentença, julgando contrariamente a quem deixou de fazer prova sobre um determinado fato.

Acertadamente, ensina o professor Fredie Didier que a inversão do ônus da prova da vazão ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. (DIDIER JR, 2011).

Tal Princípio já possui vasta aplicação em nosso ordenamento, como bem observa Wagner Giglio:

Embora muitas outras fossem necessárias, algumas normas processuais de proteção ao trabalhador já existem, a comprovar o princípio protecionista. Assim a gratuidade do processo, com isenção de pagamento de custas e despesas, aproveita aos trabalhadores, mas não aos patrões; a assistência judiciária é fornecida ao empregado, mas não ao empregador; a inversão do ônus da prova por meio de presunções favorece o trabalhador, nunca ou raramente ao empregador. (2000, p.67).

Carlos Henrique Bezerra Leite ressalva “ao alegar o empregador que não dispensou o empregado sem justa causa (negação do fato), estará alegando, implicitamente (afirmação), que este abandonou o emprego ou demitiu” (2010, p.206). Seguindo este raciocínio, se o empregador nega ter discriminado, é porque teve conduta diferente da discriminação: sabia da condição, mas tratou igualmente o empregado ou simplesmente ignorava a doença.

Caso consiga provar uma dessas condições, se também o reclamante lograr êxito em provar o fato constitutivo de seu direito, este por sua vez estará em grandes apuros.

2.5 - COMO EFETIVAR A SÚMULA 443 DO TST E OS SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A dispensa desmotivada de portadores de doenças estigmatizadas vem acarretando uma série de discussões na prática discriminatória na relação de trabalho que podem culminar na rescisão do contrato. Nesse caso, é importante a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação e na promoção de igualdade nos seguintes casos: a) por se tratar de um poder/ dever chancelado do Estado, em que o Ministério Público do trabalho exerça a sua função institucional como órgão agente; b) no combate a discriminação no local de trabalho, não interessado apenas aos empregados, por ela diretamente atingidos, mas respalda na sociedade como um todo; c) tendo em vista que a tutela coletiva se apresenta muito mais efetiva que a individual, pois se presta a evitar a consumação da lesão e não expõe um trabalhador isolado, alcançando todos os que sofrem ou possam vir a sofrer discriminação patronal.

Desse modo, a partir dos preceitos gerais que vedam qualquer forma de discriminação, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução nº 185/2012, editou a Súmula de nº 443, que dispõe acerca da presunção de discriminação na dispensa de emprego portador de doença grave, afirmando o seu direito à reintegração ao posto de trabalho ante a nulidade do ato.

Dando-lhe o direito de permanecer em sua função ou de ser redirecionado ao setor que melhor lhe atender. Tendo em vista que este é um direito assegurado ao empregado, previsto em lei.

A Lei nº 9.029/ 95 proíbe a adoção de toda e qualquer prática discriminatória e limitativa em relação ao emprego ou sua manutenção.

O artigo 1º, da referida lei, trata da discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. Sendo que este não é um rol taxativo, já que decorre do princípio da isonomia, previsto constitucionalmente de forma que esta proteção trabalhista pode ser estendida às hipóteses de discriminação contra o portador do HIV ou da AIDS.

As hipóteses de proteção previstas no inciso XXXIII, do artigo 7º, da CF/ 88, constitui crime a exigência de teste, exames, perícia laudo, atestado, declaração, ou qualquer outro tipo de procedimento à esterilização ou estado de gravidez, ou de qualquer outra medida de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamentos ou planejamento familiar, realizadas através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde.

Os artigos 9º e seguintes da Recomendação nº 200 da Organização Internacional do Trabalho sobre HIV e AIDS, tratam da discriminação e promoção da igualdade de tratamento, dispondo que o *status* de soro positividade, real ou percebido, não pode impedir o acesso igualitário ao emprego, nem o de influenciar negativamente nas condições de trabalho, na remuneração ou no acesso ao benefício por parte do trabalhador.

Todavia o artigo 11, desta mesma Recomendação estipula especificamente que o *status* de soro positividade não pode ser usado como um motivo para a demissão de determinado trabalhador que tenha relação com a doença, ao passo que no artigo 13 prevê que o portador do HIV deve desfrutar de acomodações apropriadas ou adaptadas em seu local de trabalho.

3- CONCLUSÃO

Diante dos fatos expostos no presente artigo, pode se dizer que a dispensa desmotivada do trabalhador portador de doenças estigmatizadas fere os princípios constitucionais que defendem os direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas dentre elas o direito de se ter uma vida digna, principalmente em seu ambiente de trabalho. Desta forma a Súmula veio para reduzir a desigualdade existente no tratamento do soro positivo, conforme discorre o art. 7º, inciso I, da CF/88, que protege os trabalhadores contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, a qual incumbirá fixação de indenização compensatória, no intuito de atender as necessidades do trabalhador nos preceitos constitucionais e tratados

internacionais do direito de igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Dando-lhe o direito a reintegração ou indenização pelo dano causado.

No entanto, o patrão passa a ser compelido a observar a estabilidade de empregados gravemente doentes, sem saber de antemão qual o rol das moléstias graves causadoras de estigma ou preconceito, nos termos da Súmula 443. Posto que a reintegração será uma penalidade aplicada ao empregador, não poderia o ato ilícito ficar à margem da interpretação casuística do magistrado. A Súmula viola, também, o direito do empregador conhecer previamente o ato passível de punição com a reintegração.

Diante dos fatos conclui-se que tal entendimento está de acordo com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, vedando assim todas e quaisquer formas de discriminação, com o intuito de inserir o portador de HIV no meio social, através de sua manutenção no trabalho como fator essencial para o tratamento e enfrentamento da doença e para realização de sua dignidade humana, sem ferir o princípio da Isonomia. Cabendo ao Ministério Público do Trabalho, combater a discriminação e à promoção de igualdade nos casos de poder/dever e chancelado do Estado, exercendo a função institucional como órgão agente, no combate à discriminação no local de trabalho, não interessando apenas aos empregados, por ela diretamente atingidos, mas respaldadas na sociedade como um todo. Competirá também ao Ministério Público a tutela coletiva se apresentar muito mais efetiva que a individual, não expondo o trabalhador isoladamente, alcançando a todos os que sofrem ou possam vir a sofrer discriminação patronal, competindo ao empregador, à obrigação de manter, à sua contrariedade, o contrato de trabalho por prazo indeterminado com o obreiro portador de doença grave. Isso porque a pena de reintegração do empregado será aplicada ao empregador sempre que o magistrado do caso concreto entender ser a doença do obreiro causadora de estigma ou preconceito.

4- REFERÊNCIAS

- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho das pessoas com deficiência. RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 84-107.
- DUBUGRAS, Regina Maria Vasconcelos. **Discriminação no emprego**: formas, defesas e remédios jurídicos. **Revista LTr**, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1334-1339, nov. 2002.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Esperando o legista (DEUS)- por que o portador do vírus do HIV e o aids necessitam de proteção trabalhista especial?; RENAULT,

Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CATELLI, Paula Oliveira (Coord.). **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. P.118-134.

GOMES, Joaquim. B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Discriminação da mulher no emprego**: relações de gênero no direito do trabalho. Curitiba, PR: Gênese, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal sobre AIDS, **DOENÇAS SEXUALMENTE TRANSMISSÍVEIS E HEPATITES VIRAIS**. 2013. Disponível em: <www.aids.gov.br>. Acesso em: 7 abr. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Execução**: rumos atuais do processo civil em face da busca de efetividade na prestação jurisdicional. **Genesis**: revista de direito processual civil [on-line], Curitiba, n. 8, abr./jun. 1998. Disponível em:<<http://www.genedit.com.br/3rdpc/rdpc8/doutnac/humberto.htm>>. Acesso em: 31 out. 2006.

TONI, Wladimir Pereira, **Empregado portador de HIV não consegue provar que foi vítima de discriminação no ambiente de trabalho**. Secretaria de Comunicação Social Seção de Imprensa e Divulgação Interna 2016.

<http://www.trabalhismoemdebate.com.br/2015/09/a-estabilidade-extralegal-do-portador-de-hiv/> imprensa@trt3.jus.br. Acesso em: 31 out. 2016.