

AS DISCRIMINAÇÕES NA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER E DO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva *

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da não discriminação; 2.1. A proteção jurídica do mercado de trabalho da mulher; 2.2. A proteção jurídica do mercado de trabalho dos portadores do vírus HIV; 3. Conclusão; 4. Bibliografia.

1. Introdução

O Direito tem como uma de suas preocupações regular a vida em sociedade, atuando positivamente, através de normas garantidoras de vantagens ou direitos em favor de seus titulares, ou negativamente, por meio de regras impeditivas de condutas que possam causar danos ao patrimônio material e moral dos indivíduos.

O combate a todos os meios de discriminação constitui um dos objetivos das normas de caráter negativo, o que, aliás, encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal de 1988: *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”*. É importante destacar que a norma constitucional garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, vedando em seu artigo 7º, XXX e XXXI, a *“diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”* (artigo 7º, XXX), além de proibir *“qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”* (artigo 7º, XXXI).

Há diversos dispositivos em nossa legislação que proíbem as práticas discriminatórias, destacando-se os princípios e regras previstos nos artigos 3º, IV, 5º, X e 7º, XXX e XXXI, todos da Constituição Federal, bem como no artigo 1º da Lei nº 9.029/95. Observam-se, ainda, as Convenções da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a eliminação de todas as formas de

* Juíza Vice-Presidente Judicial do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo – 2ª Região.

discriminação racial e sobre a eliminação de todas as formas de discriminação da mulher, a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, a Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra a pessoa portadora de deficiência, além das Convenções nºs 100, 111 e 159 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Apesar de altamente reprováveis, as práticas discriminatórias, infelizmente, continuam sendo muito comuns na nossa sociedade, apesar da luta incessante do legislador no sentido de coibir tais abusos. Alguns grupos são atingidos de maneira mais veemente, como, por exemplo, as mulheres e os portadores de certas moléstias e deficiências, destacando-se aí os pacientes infectados pelo vírus HIV.

O presente artigo tem por objetivo oferecer uma visão geral dos malefícios causados pela discriminação no mercado de trabalho, destacando de que forma os diversos órgãos da Justiça do Trabalho podem atuar para amenizar essa triste realidade. Além disso, será feita uma análise de duas formas de discriminação, que adquirem extrema relevância dentro do contexto social, considerando a sua alta incidência e o número de demandas perante o Poder Judiciário: a discriminação contra a mulher e o portador do vírus HIV.

É imprescindível que o Estado crie um sistema efetivo de proteção às vítimas da discriminação, proporcionando o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária, o que, aliás, constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil (artigo 3º da Constituição Federal de 1988).

2. O princípio da não discriminação

O termo *discriminação* provém do latim *discriminatio*, ou seja, separação, distinção. Segundo o professor Marcus Cláudio Acquaviva, corresponde à “*separação entre coisas ou pessoas: discriminação de gêneros, discriminação racial*”, e não se confunde com a palavra *discriminação*, que significa inocentar, tirar o crime (Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, São Paulo, Jurídica Brasileira, 2004, p. 516), ou seja, excluir a criminalidade ou antijuridicidade de um fato. Discriminar, portanto, significa distinguir coisas, pessoas e idéias, conforme suas características próprias e critérios bem definidos. O princípio fundamental de uma sociedade justa gravita em torno da igualdade, que o direito deve preservar, seja coibindo atos discriminatórios, quando as discriminações não se justificam (sentido negativo, segregacionista, de exclusão), seja tipificando as discriminações para promover a igualdade (sentido positivo, integracionista, de inclusão). A garantia constitucional de tratamento isonômico destina-se a concretizar a definição clássica de igualdade, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

A Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo 1º, define a discriminação como “*qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tenha o propósito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais*”.

No mesmo sentido, o artigo 1º da Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher define a referida prática como sendo “*toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campo político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo*”.

Tendo como base as Convenções ratificadas pelo Brasil, é possível redefinir a discriminação como sendo *toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objetivo prejudicar ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro*.

A causa determinante da discriminação reside, na maior parte dos casos, no simples preconceito contra um indivíduo, tendo como base um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica sua, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos, como a cor, o sexo, a nacionalidade, a riqueza etc, o que torna tal prática ainda mais reprovável. A erradicação de todas as formas de discriminação baseadas em gênero, raça, cor, etnia, idade, nacionalidade, religião e demais critérios é um dos objetivos fundamentais do Estado. O combate e a eliminação dessas práticas danosas são medidas imprescindíveis, representando um meio eficaz e assegurador do pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais da própria sociedade. Possibilita, dessa forma, o pleno exercício da cidadania e constitui uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito.

No campo do Direito do Trabalho, o princípio da não discriminação relaciona-se com o combate às distinções ou separações praticadas pelo empregador, ou seus prepostos, em relação aos seus empregados, sem que se trate de diferenciações legítimas e válidas ditadas pela organização dos quadros em carreiras. Nessa hipótese, a segregação conduz o trabalhador a uma situação de inferioridade vexatória em relação aos seus colegas. A já citada Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho desde 1958 aplica esse princípio às relações de emprego e profissão e impõe a eliminação de todas as formas de discriminação, conceituando-o, em seu art. 1º, § 1º, do seguinte modo:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existem, e outros organismos adequados.

Essa convenção foi ratificada pelo Brasil, sendo certo que suas normas complementam os direitos e garantias constitucionais, a teor do disposto no art. 5º, § 2º da Carta Magna, em razão do que a Convenção 111 goza de aplicabilidade plena, independentemente de qualquer lei regulamentadora.

2.1. A proteção jurídica do mercado de trabalho da mulher

A Constituição Brasileira de 1988 representa um marco jurídico de uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres. Ao proibir a discriminação no tocante ao sexo (artigos 3º, IV e 5º, I) e, principalmente, ao extinguir a noção de *chefia* da sociedade conjugal (artigo 226, § 5º), a Constituição inaugurou uma nova transformação que vem se desenvolvendo desde a segunda metade do século XX.

Essa nova realidade repercutiu diretamente no Direito do Trabalho, sendo importante destacar o redimensionamento das normas de proteção à maternidade (artigo 392 e seguintes da CLT, com acréscimos da Lei 9.799/99 e Lei 8.213/91, incluindo alterações das leis subseqüentes), bem como a instituição de normas de combate à discriminação e meios de garantir a igualdade (Leis nºs 9.029/95 e 9.799/99). Nessa linha de atuação, o direito dedica atenção especial ao mercado de trabalho da mulher, a exemplo do que ocorre com o trabalho do menor.

O legislador constitucional, quando instituiu a regra de proteção à maternidade e conferiu à gestante-empregada uma proteção específica, a chamada estabilidade da gestante, evidentemente procurou coibir os abusos e a discriminação capazes de prejudicar o nascituro e a própria futura mãe. Essa modalidade de garantia de emprego representa efetiva proteção à maternidade, sendo um valioso instrumento no combate à segregação da mulher no contexto do mercado de trabalho. No sentido que o legislador constituinte imprimiu ao artigo 10, II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o C. Tribunal Superior do Trabalho veio explicitar a defesa da gestante contra a despedida arbitrária, ao adotar a teoria da responsabilidade objetiva, considerando que a garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, independentemente da comprovação da gravidez perante o empregador, como redigido na Súmula nº 244, item I, *in verbis*:

“GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1) Res. 129/2005 DJ 20.04.2005

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, b, do ADCT). (ex-OJ n º 88 DJ 16.04.2004)

II - (...)

III (...).”

A título de ilustração, transcrevo entendimento adotado pelo TST in RR 949/1999-044-02-00.7 – 3ª Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA – GESTANTE – CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO – ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA “B”, DO ADCT – O objetivo social da norma constitucional é proteger a gestante contra a dispensa obstativa ao exercício das prerrogativas

tivas inerentes à maternidade. A norma também resguarda a indispensável atenção ao recém-nascido, tanto que prorrogou a estabilidade até 5 meses após o parto. A concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral e, assim, independente da inexistência de ato ilícito perpetrado pelo empregador, que não tinha conhecimento do estado gravídico, à época da dispensa, já havia o direito à estabilidade, porque ocorrido o fato gerador; a concepção, ante a responsabilidade objetiva, consoante infere-se do item I da Súmula 244 do TST. A gravidez preexistiu à dispensa. Apesar de não ter sido requerida a reintegração, mas somente a indenização equivalente ao período estável, deve-se levar em consideração que a ação foi ajuizada ainda durante o período estável, pelo que diante da responsabilidade objetiva não se pode deixar de reconhecer o direito à indenização relativa à estabilidade. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR 949/1999-044-02-00.7 – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula – DJU 28.04.2006) JADCT.10 JADCT.10.II.B.”

No mesmo sentido, destaco recente decisão do E. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de lavra do Exmo. Sr. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros:

“ESTABILIDADE DA GESTANTE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. SÚMULA 244 - C. TST. A alínea “b”, II, do art. 10º do ADCT da CF confere garantia objetiva de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez. Com a expressão “confirmação”, quis o legislador referir-se à data da concepção ratificada por laudo médico. Portanto, o escopo da norma é mesmo o de impedir a dispensa, sem justo motivo, da trabalhadora grávida. A responsabilidade da empresa é objetiva, pouco importando a ciência do empregador quanto ao fato, porque além da óbvia proteção à gestante, o outro bem jurídico tutelado é o nascituro, cujos direitos encontram-se preservados desde a concepção (art. 4º, CCB/1916, e art. 2º do NCC). A estabilidade provisória da gestante não pode, assim, estar condicionada à comprovação de ciência, sob pena de se inviabilizar esse direito fundamental, cujo gozo dependeria sempre da boa-fé do empregador. Acompanhando posicionamento do E. STF, o C. TST consagrou a tese objetivista, através da Súmula 244, inciso I. Tampouco se aceita a restrição do direito através de norma coletiva, consoante a Orientação Jurisprudencial n.º 30, da SDC do C. TST. Assim, por se tratar de direito indisponível, qualquer previsão que restrinja a estabilidade provisória da gestante padece de inconstitucionalidade. In casu, com o comparecimento à CCP e já tendo conhecimento do estado gestacional da reclamante, bem poderia a empregadora tê-la reintegrado, provando sua boa-fé. Devida a indenização pelo período estável, consoante o pedido sucessivo e recurso ordinário interposto. (Rel. Juiz Ricardo Artur Costa e Trigueiros, RO n.º 00067-2005-025-02-00-2, publ. 27/10/2006).”

Também a respeito da empregada gestante, a lei estabelece que o período de afastamento por licença-maternidade, ou em virtude de aborto, será considerado para efeitos de contagem do respectivo período de aquisição de férias (artigo 131, II, CLT). Antes da reforma promovida pela Lei nº 8.921/94, a CLT fazia menção a *aborto não criminoso*, acobertando um indissimulado preconceito à mulher trabalhadora.

Dentre outras formas de combate à discriminação, a atual Constituição estipulou, em seu artigo 7º, XX, a “*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”. Referidas práticas têm como objetivo garantir o pleno acesso da mulher ao mercado de trabalho. Verifica-se através do referido artigo que a Constituição reprovava toda e qualquer norma que importe em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho da mulher.

No mesmo sentido, as Leis nºs 9.029/95 e 9.799/99 vieram ao mundo jurídico para intensificar o combate às práticas discriminatórias desenvolvidas contra a mulher.

De fato, a Lei nº 9.029/95 proíbe a “*adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*”. Algumas condutas por parte do empregador como, por exemplo, a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente à esterilização ou estado de gravidez, configuram posturas discriminatórias. Além disso, a mencionada lei veda a indução ou instigamento ao controle de natalidade, exceto em algumas hipóteses, quanto ao “*oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS*” (artigo 2º da Lei nº 9.029/95).

A Lei nº 9.799/99 veda a utilização de referências ou critérios fundados em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de empregos, de critérios de admissão, remuneração, promoção ou dispensa para ofertas de vagas de formação e aperfeiçoamento profissional e situações trabalhistas congêneres, acentuando todos os esforços desenvolvidos há mais de dez anos pela atual Constituição.

Destarte, toda vez em que um anúncio de emprego estabelece uma distinção baseada em critérios vedados pelo direito, quais sejam: raça, cor, sexo, idade, etnia, religião, convicção ideológica etc. cria-se uma presunção de publicidade discriminatória, cabendo a quem produziu ou reproduziu a peça provar que a distinção se justificou por algum aspecto legal e legítimo, sob pena de responsabilização pelo ato. Conseqüentemente, aos órgãos de imprensa incumbe recusar a divulgação de anúncios discriminatórios e ao Ministério Público do Trabalho cabe apurar e levar adiante as denúncias de atos discriminatórios quanto à inserção no mercado de trabalho.

Em relação à remuneração, é indubitável que a mulher terá direito aos mesmos salários do homem, se o trabalho que desenvolver for de igual valor. Nos termos do artigo 461 da CLT, “*sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo...*”.

Mas, lamentavelmente, não é o que se verifica na realidade. Em geral, a média dos rendimentos das mulheres apresenta-se inferior àquela verificada em relação aos homens. Parte dessa diferença reflete o que se poderia chamar de *discriminação salarial*, isto é, mulheres e homens exercendo a mesma ocupação, mas recebendo salários diferentes. Outros elementos

igualmente contribuem para explicar tal discrepância, como a extensão da jornada de trabalho (em geral mais extensa entre os homens) e a qualidade das ocupações exercidas por homens e mulheres, o que poderia ser denominada *discriminação ocupacional*.

Além disso, pode-se argumentar que o acúmulo de afazeres domésticos e as maiores responsabilidades familiares impedem as mulheres de estender sua jornada e, dessa forma, ampliar a remuneração. Verifica-se também que as diferenças de salários envolvem outras questões além daquelas relacionadas diretamente ao mercado de trabalho.

A denominada *discriminação ocupacional*, que se refere às barreiras enfrentadas pelas mulheres no acesso a determinadas ocupações, em especial às de maior remuneração, também sofre implicações na comparação dos salários médios entre os sexos. Como as mulheres ainda enfrentam barreiras para o ingresso em ocupações mais valorizadas, social e economicamente, seus salários médios tendem a ser permanentemente inferiores aos dos homens. Nessas condições, a diferença seria mantida mesmo que homens e mulheres recebessem salários iguais em ocupações iguais.

2.2. A proteção jurídica do mercado de trabalho dos portadores do vírus HIV

Os pacientes portadores do vírus HIV vêm sofrendo enormes prejuízos em razão das práticas discriminatórias adotadas por alguns empregadores. Como se não bastassem os efeitos deletérios da doença, os empregados acometidos desse mal são despedidos, na maioria das vezes, arbitrariamente, dificultando ainda mais a obtenção dos recursos imprescindíveis ao seu tratamento e afastando a possibilidade de viverem dignamente. Cabe ao Poder Judiciário reprimir veementemente abusos dessa espécie, ocorridos na relação de emprego, a fim de colaborar de maneira eficaz com o processo de integração desses indivíduos junto ao meio social.

Historicamente, ao virulento alastramento do HIV no mundo correspondeu ampla divulgação dos seus sintomas, de forma que as características físicas com que se manifestam em sua fase terminal já são de amplo conhecimento público. O caráter discriminatório da doença é notório e de repercussão mundial, de tal modo que, se não se comprovar razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante a discriminação, que atenta contra o artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Aliás, o princípio da não discriminação está consagrado na já mencionada Convenção 111 da OIT, sob o enunciado de que a isonomia de tratamento para com os empregados é característica do Direito do Trabalho, com a finalidade de rejeitar toda e qualquer discriminação, inclusive em face das condições físicas e de saúde do trabalhador, sempre que presente a possibilidade de cumprimento do contrato. A Convenção 111 foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24/11/64 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19/01/68.

Outros princípios podem ser invocados em defesa da manutenção do contrato empregatício do afetado, como o da garantia de emprego, insculpido no artigo 7º da Constituição Federal, e que não se exaure na indenização compensatória de 40% do FGTS, bem como no princípio da seguridade social, constitucionalmente consolidado através do Sistema Nacio-

nal de Seguridade Social, do qual o trabalhador é partícipe a partir do momento em que firma o pacto laboral. Somente o estrabismo de uma visão estreitamente legalista, alienada da realidade contemporânea, insensível às mazelas da condição humana e refratária à convivência com a natureza dinâmica do direito, pode desprezar o papel criativo do magistrado na integração das lacunas normativas e, assim, fria e discriminatoriamente, concluir que a inexistência de previsão textual representa pretexto suficiente para condenar o empregado aidético à insubsistência da própria sorte.

A prodigalização da tutela antecipada para fins de reintegração do aidético é objeto de posicionamento jurisprudencial favorável, sendo oportuno destacar a seguinte ementa em mandado de segurança, *in verbis*:

“AIDS – Reintegração – Mandado de Segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido admitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O ‘periculum in mora’ é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, em que mais importante do que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer funções enquanto apto para tal”. (TST-ROMS-110056, Ac. n.º 310/95DJ de 6.3.95, Relator Min. Armando de Brito).

A imediata reintegração do aidético, portanto, legalmente respaldada no poder geral de cautela do juiz, objetiva precipuamente evitar o perecimento do direito reconhecido, ante a inquestionável presença do perigo na demora, não raro concretizado em desenlace no curso da demanda.

De ocorrência recente, menciono o caso de um supervisor técnico da Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp), que foi reintegrado no emprego pela Justiça do Trabalho, embora não tenha sido comprovado que sua dispensa tenha sido discriminatória. O fundamento foi o de que o empregado é portador do vírus HIV, baseando-se, além disso, no conteúdo social do artigo 421 do vigente Código Civil, segundo o qual *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*. A decisão, da 4ª Vara do Trabalho de São Paulo, foi mantida, sucessivamente, pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo (TRT-2ª Região) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). O diagnóstico da doença foi feito em 1998 e a Telesp tinha conhecimento do fato desde então. Em 2002, a empresa incluiu o empregado no Plano Incentivado de Desligamento (PID), o que o determinou a entrar com ação pedindo a reintegração. O funcionário argumentou que, embora não houvesse preceito legal que garantisse a estabilidade do portador de HIV, deveria haver por parte da companhia consenso e solidarismo ao escolher quais funcionários seriam ou não incluídos no Plano de Desligamento. Além disso, asseverou que as probabilidades de ele vir a ser admitido em outra empresa seriam quase nulas. A sentença concluiu que não houve discriminação por parte

da Telesp, mas que o caso deveria ser analisado pela ótica da função social da empresa. O TRT-SP negou recurso da Telesp, destacando que a determinação da 4ª Vara de reintegrar o empregado foi acertada. A empresa recorreu ao TST, sustentando a inexistência de preceito legal que garanta a reintegração. No entanto, a recontração do funcionário foi mantida.

Em síntese, à luz da legislação brasileira, o empregado soropositivo não goza de estabilidade provisória no emprego, salvo se houver disposição expressa em norma coletiva (acordo, convenção ou dissídio coletivo), o que, por si só, representa uma grave omissão. Não se verifica, portanto, uma norma de alcance geral, que adote regras específicas destinadas a proteger os soropositivos contra a conduta discriminatória de seu empregador, o que causa uma limitação dos seus direitos e expectativas, em flagrante violação à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República do Brasil, e do próprio Estado Democrático de Direito.

A Lei Ordinária 9.029/1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou à sua manutenção, não incluiu o estado de saúde, ao lado dos motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que relacionou, causando enormes dificuldades na interpretação e conseqüente deferimento da reintegração do portador do HIV no emprego. Assim, não se pode aplicar a Lei nº 9.029 aos portadores do HIV, uma vez que ela contém preceitos de natureza penal, insuscetível de interpretação analógica ou extensiva.

Entretanto, é possível individualizar hipóteses de tutela internacional e constitucional dos soropositivos contra a discriminação. A citada Convenção 111 da OIT veda a discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. A mesma Convenção oferece, aos países que a ratificaram, a possibilidade de acrescentarem como discriminatória “*qualquer outra exclusão que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de tratamento no emprego*”; entre essas exclusões pode ser inserido o estado de saúde do empregado soropositivo. Nessa mesma diretriz é a Recomendação 150, que complementa a Convenção 142 da OIT, igualmente ratificada pelo Brasil, quando sugere sejam adotadas medidas para garantir a reintegração dos minorados físicos em um ambiente de trabalho. Entre os minorados estão incluídos os portadores do HIV. Além disso, a Constituição vigente prevê, em seu artigo 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre essas *outras formas de discriminação* pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio, pelo vírus HIV, não há razão que justifique a resilição do pacto laboral.

Em suma, a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois sua permanência no emprego, além de contribuir para a eficácia do tratamento, permite a aquisição dos benefícios previdenciários, que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando tratar-se de doença letal.

3. Conclusão

Em rápidas pinceladas finais, concluímos que o princípio da não discriminação, no campo do Direito do Trabalho, está relacionado ao combate às diferenciações constrangedoras praticadas pelo empregador ou seus prepostos contra determinados empregados, em procedimento capaz de condenar o indivíduo a uma situação de inferioridade moral em relação aos colegas trabalhadores. Vimos, ainda, que deve constituir um dos objetivos fundamentais do Estado a erradicação de todas as formas de discriminação fundadas em gênero, raça, cor, etnia, idade, nacionalidade, religião e demais critérios suscetíveis de constituir grupos e famílias por ascendência, linhagem ou estirpe, assim como organizações associativas e fraternidades congregadas por um elo filosófico, literário, artístico, científico, esportivo ou econômico. A referida Convenção 111, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24/11/64 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19/01/68, veda a discriminação no emprego e na profissão e goza de aplicabilidade plena, independentemente de qualquer lei regulamentadora.

Nessa linha de atuação, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe-nos uma nova concepção da igualdade entre homens e mulheres ao proibir a discriminação em relação ao sexo (artigos 3º, IV e 5º, I) e ao extinguir a noção de *chefia* da sociedade conjugal (artigo 226, § 5º). Dentro dessa nova realidade, destacamos, no âmbito do Direito do Trabalho, o redimensionamento das normas de proteção à maternidade (artigo 392 e seguintes da CLT, com acréscimos da Lei 9.799/99 e Lei 8.213/91, incluindo alterações das leis subseqüentes), bem como a instituição de normas de combate à discriminação e meios de assegurar a igualdade (Leis nºs 9.029/95 e 9.799/99). A estabilidade da gestante revelou-se um valioso instrumento no combate à segregação da mulher trabalhadora a ponto de, atualmente, já prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual a garantia constitucional tem por escopo a proteção da maternidade e do nascituro, independentemente da comprovação da gravidez perante o empregador. A inferioridade da média remuneratória das mulheres em confronto com a dos homens espelha ainda a notória *discriminação salarial*, enquanto outros elementos contribuem para configurar também uma *discriminação ocupacional* que agrava a discrepância, como a extensão da jornada de trabalho e a diferente qualificação das ocupações.

No tocante ao empregado portador do vírus HIV, ponderamos que se presume discriminatória e arbitrária sua despedida imotivada – salvo comprovação em contrário –, devendo ser coibida em razão do princípio da não discriminação consagrado na Convenção 111 da OIT. O caráter discriminatório, no caso, atenta contra o artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Outros princípios podem ser invocados em defesa da manutenção do contrato empregatício do aidético, como o da garantia de emprego, insculpido no artigo 7º da Constituição Federal – e que não se exaure na indenização compensatória de 40% do FGTS –, bem como no princípio da seguridade social, consolidado através do Sistema Nacional de Seguridade Social, do qual o trabalhador é partícipe a partir do momento em que firma o contrato de trabalho. A permanência do aidético no emprego, além de contribuir para a eficácia do tratamento, permite-lhe a aquisição dos benefícios previdenciários, que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando tratar-se de doença letal. A imediata reintegração do aidético, legalmente respaldada no poder geral de cautela do juiz, objeti-

va precipuamente evitar o perecimento do direito reconhecido, ante a inquestionável presença do perigo na demora, não raro concretizado em desenlace no curso da demanda.

O combate e a eliminação dessa prática danosa é de relevância fundamental para a sociedade e representa a garantia dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais da própria sociedade. Daí decorre, evidentemente, o pleno exercício da cidadania, uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito.

4. Bibliografia

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Brasileiro Acquaviva*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social*. São Paulo: LTr, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho Comentada*. São Paulo: LTr, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Página do Tribunal Superior do Trabalho – TST na internet. *Notícias do TST*.

