

AIDS, discriminação e as relações do trabalho

O presente artigo pretende discutir alguns aspectos importantes sobre o portador do vírus HIV e as relações do trabalho. Certamente, na jurisprudência trabalhista brasileira, a maior motivação verificada nas decisões que tratam da discriminação nas relações do trabalho é o porte do vírus HIV e a aquisição da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA), mais conhecida pelo acrônimo derivado da língua inglesa como AIDS. A última denominação passou a ser a mais reconhecida no país, não obstante seja de outra língua, fenômeno do gosto de expressões em outras línguas, que lamentavelmente assola o país em detrimento de uma língua tão precisa e bela como a portuguesa.

A discussão percorrerá alguns caminhos, desde o fenômeno do trabalhador que constata que possui o vírus HIV, bem como fará considerações jurídicas sobre tal fato, a proteção contra a discriminação envolvendo, principalmente, a dispensa motivada por tal fato. Por fim, a discussão passará pelos empecilhos de ordem processual que o empregado portador pode enfrentar e sua busca na Justiça do Trabalho.

Segundo dados da ONU e do Ministério da Saúde, cerca de 600 mil brasileiros portam o vírus HIV, com 170 mil doentes que necessitam de tratamento médico. No planeta, são 38,6 milhões de pessoas que portam o vírus e, desde a confirmação da doença em 1981, 25 milhões de pessoas perderam a vida com a doença¹. Segundo os mesmos dados divulgados, só em 2005 houve 4,1 milhões de novos casos com 2,8 milhões de mortes, a maior parte na África subsaariana. É possível constatar, portanto, que no Brasil, temos um relevante número de portadores que integram a população economicamente ativa, justificando a importância do estudo dos problemas de discriminação enfrentados pelos portadores.

Inicialmente, há de se considerar o fato do empregado confirmar mediante opinião médica segura e irrefutável, que possui o vírus HIV da AIDS. Isso significa que ele possui uma doença até o presente momento incurável, e que pode levá-lo à morte dentro de certo período de tempo, ainda que os tratamentos atuais permitem retardar em muito as manifestações do vírus. Não é necessário qualquer exercício de imaginação para verificar o sofrimento psicológico que o portador passa a ter a partir da constatação da sua deficiência imunológica. Certamente sua vida sofre limitações, muitas delas impostas por uma sociedade altamente discriminatória que é a sociedade atual, que proclama uma falsa apologia da saúde e da perfeição do corpo. Falsa na medida em que os valores que pretende cultuar não são tão sólidos assim, vivendo em uma atmosfera de amplas contradições quando fala em saúde corpórea destituída de uma saúde mental e uma vida cada dia mais perto de uma vazia cultura de massa. Trata-se de um ambiente cada vez mais favorável para posturas hipócritas e discriminatórias, principalmente para quem possua algumas limitações.

¹ O ESTADO DE SÃO PAULO, edição de 5 de junho de 2006, pág. A 14.

Daí deve vir o primeiro dilema, se ele revela à sociedade o porte do vírus, principalmente no seu trabalho. Nesse ponto, é preciso entender que ele tem direitos e, para a segurança do exercício destas garantias legais, seria fundamental que revelasse a todas as pessoas que possuía contato mais direto a sua especial situação, com destaque ao empregador ou contratador de serviços, de forma inequívoca. Como adiante poderá ser visto, com a comunicação certificada ao empregador do porte do vírus HIV, ele terá melhores condições de se defender de uma postura discriminatória, ainda que tal ato seja extremamente constrangedor, o interessante é procurar apresentar a confirmação do porte ao departamento de medicina do empregador ou contratador de serviços. Isto é importante porque, para a alegação de discriminação, será necessário provar inicialmente que o empregador sabia do porte do vírus HIV.

A situação de portador do vírus transforma a pessoa e lhe causa algumas limitações. Obviamente que aqui nos interessa defender que as limitações que o portador possui são as menores possíveis, pois a enorme maioria dos atos da vida normal de uma pessoa podem ser praticados pelo portador. No mais, temos que lutar para que o portador tenha uma vida mais próxima da normal possível, afinal tais limitações são moles para atitudes discriminatórias, principalmente no trabalho. No entanto, algumas considerações jurídicas podemos extrair.

No direito norte-americano, o portador do vírus HIV é considerado como portador de necessidades especiais. A decisão do caso *Bragdon v. Abbott*² é um ponto marcante nessa importante discussão, pois a referida decisão da Suprema Corte norte-americana entendeu que a pessoa que porta o vírus HIV, é uma pessoa portadora de necessidades especiais a justificar a aplicação da Lei ADA (*Americans with Disabilities Act* de 1990). A decisão afirma que o fato de portar o vírus implica na perda de uma atividade importante da vida que é a reprodução, na medida em que esta pode importar no contágio do parceiro ou da criança. Assim, entendeu a corte que o portador do vírus não teria uma vida normal, dentro do que menciona a referida lei interna, e assim considerado deficiente a ponto de possuir a proteção do diploma legal, que menciona como um dos requisitos de portar deficiência como sendo o fato de *possuir uma diminuição física ou mental que substancialmente limita uma ou mais atividades importantes da vida de uma pessoa*³.

A consideração feita pela Suprema Corte é extremamente discutível no nosso direito, na medida em que a decisão foi tomada com base na legislação vigente naquele país, que não tem similaridade com a legislação brasileira. Além disso, muita discussão ainda teria sobre o fomento à discriminação dos portadores do vírus HIV, na medida em que poderiam ser considerados trabalhadores deficientes ou portadores de necessidades especiais. No entanto, fica aqui um caminho a ser estudado, o da discriminação pela situação necessitar cuidados especiais e a respectiva proibição de discriminação (art. 7º, XXXI, da Constituição Federal de 1988).

A polêmica sobre o portador do vírus e sua demissão ainda provoca grandes debates na doutrina e jurisprudência trabalhista. A discussão mais nuclear é se há fundamentos

² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of United States. 1998. US 118 S. Ct. 2196, 141 L. Ed. 2d. 540.

³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Americans with Disabilities Act* de 1990, 42 U.S.C. § 12102(2)

jurídicos sólidos para que se proíba a dispensa imotivada de trabalhador portador do vírus. Na nossa opinião, a resposta positiva se impõe e é o que passaremos a demonstrar.

Inicialmente, há de se atentar que a atitude discriminatória atenta contra a dignidade da pessoa humana. Carmem Dias Antunes Rocha constata que a dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento, é inerente à vida e constitui um direito pré-estatal e verdadeiro superprincípio constitucional, uma norma matriz do constitucionalismo contemporâneo. E conclui a constitucionalista mineira que tudo que contrarie a dignidade humana é juridicamente nulo⁴. E a proteção contra a discriminação, como anteriormente foi dito, é um mandato muito além do mandato de igualdade. Ingo Sartlet, apoiado em Podlech, deixa claro que constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia de isonomia de tratamento de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc. (g.n.)⁵.

Como fundamento da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988, proíbe, por si só, qualquer atitude discriminatória em geral, e em especial, contra o portador do vírus HIV. Trata-se de princípio constitucional que dispensaria qualquer consideração posterior, apesar que, como será demonstrado, é possível verificar supedâneo legislativo suficiente a promover reparações de ordem trabalhista e civil.

Com efeito, cabe dizer que a proteção contra a despedida arbitrária ainda não foi regulada por lei complementar como pede o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, havendo omissão legislativa grave, sendo que a tentativa de regulação pela Convenção 158 da OIT foi afastada com a denúncia do referido tratado pelo então governo em 1996.

Contudo, não seria pela falta de norma positivada que o Judiciário trabalhista deixaria de apreciar uma questão, estando expressamente autorizado o Judiciário laboral a adotar princípios, analogia e equidade, além de normas do direito comum, conforme o artigo 8º consolidado, *verbis*:

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

⁴Carmem Dias ANTUNES ROCHA, *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Texto mimeografado, em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999; *apud* Flávia Piovesan. op. cit., p. 389-390.

⁵PODLECH, *Anmerkungen zu art. 1 Abs GG*, in R. WASSERMANN (org.), *Kommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland (Alternativekommentar)*, vol. I, 2ª ed. Ed. Luchterhand, Neuwied, 1989, in SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003, p. 115.

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

Pela analogia do artigo 165 consolidado, que trata sobre a dispensa arbitrária dos empregados integrantes da CIPA, temos a possibilidade de entender que dispensa arbitrária é aquela que não seria fundada em motivo disciplinar, técnico, econômico, ou financeiro.

Cabe apontar um fato notório que a SIDA/AIDS provoca constrangimento geral e situação de repulsa social contra seus portadores. Isto decorre da ignorância da população em geral em relação à sua forma de contágio, lamentavelmente chamada como “peste gay” pela sua alta incidência inicial entre as pessoas deste tipo de orientação sexual, mas que disseminou a todos os grupos da sociedade por vários motivos que não cabe aqui discutir. O fato concreto é que a sociedade discrimina violentamente o portador do vírus, basicamente por medo de contágio, o que é um preconceito infundado. Tal comportamento deriva da ignorância sobre esta doença, cuja transmissão pode se dar do modo mais comum por relações sexuais, contágio sanguíneo ou partilha de materiais usados para infusão de drogas, entre outros. Tal orientação segue a Portaria 236/85 do Ministério da Saúde ao definir os então chamados “grupos de risco”.

E o que sente o infectado além do temor da morte cuja data é muito variável é o afastamento que a sociedade tradicional e notoriamente discriminadora lhe impõe, como já impõe a doentes de um modo geral. Não basta ir muito longe para lembrar como os portadores de hanseníase eram e ainda são tratados, com drástico isolamento. Não é anormal que uma pessoa que porte o vírus HIV tenha obstáculos sociais sérios. Afinal, não seria o Brasil um dos líderes da campanha mundial contra a doença, se não adotasse uma política geral de integração do contaminado na sociedade, visando atenuar os efeitos que a discriminação social lhe impõe. Tal não seria outra razão, se o Estado de São Paulo não editasse a Lei 9.281/95, visando proibir nas escolas públicas ou privadas a discriminação aos contaminados.

Nesse sentido, a lição de Luiz Otávio Linhares Renault é muito oportuna, *verbis*:

“Ninguém desconhece que o portador de vírus HIV e o aidético, em geral, sofrem discriminação pelo indivíduo, pelo grupo, pela sociedade e pela empresa. Pensar o contrário é ignorar a realidade.”⁶

Um grupo de pessoas comuns tende a expulsar alguém que entre eles porte o vírus HIV, muitos são os meios após sentir-se constrangido ao convívio, geralmente por meio de práticas não reveladas ou de modo sub-reptício, visando a dificuldade de integração do contaminado dentro do grupo, até que ele se sinta que esteja prejudicando os demais e o abandone. Não deveria ser, no entanto, é o que acontece. E tal expulsão nada mais é que uma atitude discriminatória.

⁶ RENAULT, Luís Otávio Linhares. *Proteção ao Portador do Vírus HIV e ao Aidético: Enfoque Trabalhista a um Projeto de Lei*, in *Discriminação*, São Paulo: LTr, 2000, pág 128.

No Brasil, temos várias normas legais que proíbem a discriminação. A mais importante delas é o artigo 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, a qual menciona que constitui 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*. Apesar da norma parecer ter caráter programático, ela impõe que os agentes do Estado brasileiro procurem combater todas as formas de discriminação, sem exceções. A discriminação pelo porte do vírus HIV é uma delas.

Alguns outros diplomas regulam o princípio da proibição de discriminação estipulado na norma constitucional acima referida, mas no direito do trabalho, dois diplomas legais de ampla vigência tratam da discriminação nas suas relações, a Lei 9.029/95 e a Convenção 111 da OIT.

A Lei 9.029/95, em seu artigo 1º, proíbe a dispensa fundada em motivos discriminatórios, sendo que a enumeração de motivos da referida Lei é exemplificativa e não taxativa, já que não caberia ao legislador prever todas as hipóteses de discriminação possíveis. Se assim não fosse, o legislador não utilizaria a expressão de “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa”. Por outro lado, é princípio internacional das normas antidiscriminatórias que a enumeração dos motivos de discriminação é exemplificativa, salvo se houver disposição expressa neste sentido. Marc Bossuyt, notável jurista belga que muito bem trata da discriminação afirma que, em regras gerais, a doutrina tem aceito o caráter indicativo da enumeração dos motivos, sendo que somente no caso da Convenção para eliminação de todas as formas de discriminação racial foi adotado um caráter limitativo como exceção à regra geral indicativa, por se tratar de um motivo excepcional em que as Nações Unidas se dedicou a combater⁷.

Por outro lado, a lei ordinária não poderia contrariar o princípio estabelecido na norma constitucional fundamental, no sentido de que todas as formas de discriminação, sem exceções, estariam banidas. E mais, vigora no nosso direito o princípio da não discriminação, consolidado em várias normas constitucionais e, a falta de uma previsão expressa não poderia deixar sem amparo as vítimas da discriminação em questão. Neste sentido, Marzia Barbera, apoiada na lição de Rodriguez Piñero e Fernandez López, assevera que o princípio de não discriminação constitui *um mandado especial que, por quanto derivado do princípio de igualdade, vai muito além e diz qualquer coisa distinta do mandado de igual proteção da lei*.

Trata-se de um princípio do direito do trabalho, segundo vários autores, merecendo maior destaque a consideração de Américo Plá Rodríguez, um clássico autor sobre o assunto. Com efeito, o grande mestre uruguaio afirma que a proibição de discriminação é um direito fundamental do direito laboral, que se encontra na mesma base dos direitos humanos porque protege o homem em qualquer circunstância ou condição⁸. A mesma opinião é comungada

⁷ BOSSUYT, Marc. *L'Interdiction de la discrimination dans le droit International des droits d'homme*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylent, 1976, p. 60.

⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Nuevos aportes sobre la protección a la intimidad del trabajador. In: RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coords.). *Direito do trabalho: estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. São Paulo: LTr, 1998. p. 203.

por Pinho Pedreira, para quem a proibição de *discriminação arbitrária* é princípio do direito do trabalho, como consequência de outro princípio do direito laboral, o direito de igualdade de tratamento dos iguais em identidade de circunstâncias⁹. Alfredo J. Ruprecht também destaca a não discriminação como princípio do direito do trabalho, em face de várias aparições em convenções e tratados internacionais, em especial a figuração no próprio Tratado de Versalhes, que previa a igualdade de retribuição sem distinção de idade, sexo, estado, religião ou idéias políticas¹⁰. Afirma o referido jurista que o fundamento do princípio reside no fato de que todos os homens têm os mesmos direitos, razão pela qual se devem fazer distinções por questões alheias ao trabalho em si mesmo¹¹.

A obrigação de não discriminação é adotada como direito fundamental do trabalhador pela Organização Internacional do Trabalho, conforme o texto aprovado pela Conferência Internacional do Trabalho na sua 86ª reunião em 18 de junho de 1998, em que seu artigo 2º considera como princípio relativo aos direitos fundamentais do trabalho, no item “d”, a *eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação*¹².

Assim, por se tratar de princípio de direito do trabalho, a referida lei ordinária de cunho preponderantemente trabalhista é perfeitamente aplicável aos casos de discriminação por porte do vírus HIV, em atendimento ao princípio da não discriminação.

Nesse sentido, a decisão abaixo colacionada, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, demonstra com clareza sua aplicabilidade ao caso dos portadores do vírus HIV, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. PORTADOR DE VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO DEFERIDA. REFORMA DA R. SENTENÇA.

Diz-se que o direito é dinâmico e com a evolução dos tempos, com o avanço da tecnologia, vai-se amoldando a legislação ao caso concreto, mas em relação à necessária estabilidade ao empregado portador da síndrome da imuno-deficiência adquirida, em nada avançou o Legislativo e ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para dirimir litígios que envolvam direitos desta natureza. Desde logo afasto o alegado desconhecimento da reclamada sobre o estado de saúde do reclamante, eis que a empresa foi cientificada através de sua médica, que, na verdade, manteve sigilo quanto ao caso, como lhe recomenda o código de ética médica. Se o reclamante estava protegido pelo manto da estabilidade e não tendo a reclamada encerrado suas atividades, com base no que dispõem o art. 1º, da Lei nº 9.029/95 e o inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, não há o que falar em dispensa para contenção de despesas. A Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação e

⁹PINHO PEDREIRA, Luiz de. *A discriminação indireta*, Discriminação indireta. LTr: revista legislação do trabalho, São Paulo, ano, 65, n. 4, p. 403, abr. 2001, p. 402.

¹⁰RUPRECHT, Alfredo J. *Os princípios do direito do trabalho*. Trad. para o português de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1995, p. 102.

¹¹*Id.*, loc. cit.

¹²ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento*. Trad. Edilson Alkmin Cunha, p. 9. Impressão: Estação Gráfica Ltda. Genève, 1998, ISBN 92-2-811556-4.

elencia, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Estes ideais não permitem a dispensa de empregado por motivos puramente preconceituosos. Logo, razão assiste ao reclamante. (TRT/15ª Nº 00910-2005-033-15-00-4 RO, Rel. Luís Carlos Araújo)

A referida norma diz que:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

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

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

O artigo 1º da Lei 9029/95 proíbe a dispensa ou qualquer outro ato discriminatório, sendo que o artigo 4º prevê as penalidades cabíveis, ou seja, a readmissão ou a percepção da remuneração do período de afastamento em dobro, devidamente corrigida e acrescida de juros de mora vigentes. Assim, entende-se que tal norma é aplicável para proibir a dispensa discriminatória nas situações de porte do vírus HIV.

Por outro lado, a Convenção 111 da OIT é norma internacional, ratificada pelo Brasil, amplamente aceita e perfeitamente aplicável ao caso dos portadores do vírus HIV. Diz a referida norma internacional, na opinião do autor vigente com a força de norma constitucional conforme o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, antes da Emenda Constitucional nº 45, que:

Art 1. 1. *Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:*

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

2. *As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.*

3. *Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego*¹³.

Verifica-se que a previsão da Convenção nº 111 da OIT não prevê expressamente o portador do vírus HIV, no entanto, trata-se de norma aberta. Marzia Barbera realça que o rol dos motivos ilícitos na Convenção 111 da OIT não é taxativo, na medida em que a própria Convenção permite que o elenco feito no texto convencionado pode ser integrado com outros motivos operados pelos Estados Membros¹⁴. A condição de enumeração aberta da Convenção 111 permite assumir um princípio de não limitação dos motivos da discriminação nas relações do trabalho. Assim, tal norma é aplicável ao caso do porte do vírus HIV, para coibir a dispensa ou qualquer outro tratamento discriminatório, seja ele antes, durante ou depois do contrato de trabalho.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não vem adotando exatamente tais argumentos, mas em parte, com fundamento nas normas constitucionais de igualdade e proibição de discriminação, *verbis*:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. *Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.*

2. *O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.*

3. *Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, "caput" e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece. (Tribunal Superior do Trabalho em 05.05.2003, Proc. ERR 439041/98, 2ª Região, SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS, DJ de 23-05-2003, Rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN).*

¹³SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT.*, cit., p. 244.

¹⁴BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffré, 1991. p. 94.

Resta ainda ponderar que o portador do vírus HIV, conforme o artigo 1º, I, “e”, da Lei 7.670/88, tem causa que justifica a obtenção do auxílio doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência. Logo, a dispensa não poderia ser efetivada de qualquer modo, eis que ao portar o vírus HIV, e podendo imediatamente a ter auxílio-doença, independentemente de qualquer meio, deve ser aplicada a regra do artigo 476 que não permite a dispensa de empregados, diante da suspensão do contrato de trabalho. Este também é um dos argumentos utilizados pela jurisprudência que proíbe a dispensa discriminatória.

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo portador é comprovar que foi vítima de discriminação em uma relação de trabalho. Exigir do portador uma prova cabal, praticamente é negar o direito e permitir impunemente a discriminação. É amplamente reconhecida pela doutrina internacional a dificuldade de um empregado discriminado provar suas alegações em juízo, muito mais potencializada nos casos de discriminação por efeito adverso (também conhecida como indireta ou reflexiva pela terminologia européia), situação nascida de ato neutro ou aparentemente despido de qualquer efeito discriminatório, mas que provoca impacto discriminatório sobre determinada pessoa ou grupo de pessoas envolvidas, até mesmo sem intenção. Trabalhadores contratados, candidatos e ex-trabalhadores discriminados têm muito maior dificuldade na produção da prova dos atos discriminatórios, seja pela falta de acesso aos dados e testemunhas que presenciaram uma decisão discriminatória, seja pela vantagem econômica de seu oponente que prejudica, senão inviabiliza, a produção da prova favorável às suas alegações.

Algumas decisões da Justiça do Trabalho tem exigido do empregado a prova de qualquer atitude discriminatória, algumas até de forma cabal e irrefutável, o que não pode ser aceito. O empregador ou contratante possui uma enorme vantagem na capacidade de produção de provas sobre atitudes discriminatórias, dispõe de total acesso à documentação relativa ao caso, tem acesso a dados fundamentais, dos quais pode muito bem dispor ou omitir em juízo sem a ciência da parte contrária, possui maior capacidade de arregimentar testemunhos (sem contar o notório poder coercitivo sobre eles pelo poder da dispensa), poder econômico para comprovar suas alegações com estatísticas, levantamento de históricos e um grande número de elementos probantes de grande importância.

Como bem disse Estevão Mallet, a atuação do juízo de forma rigorosamente igual entre as partes estaria trazendo a desigualdade das partes para dentro do litígio e essa situação raramente é idêntica¹⁵. E arremata o referido autor que a consagração da igualdade de tratamento tão-somente formal no processo somente agrava a desigualdade real existente entre as partes, discriminando aquela que se encontra em posição menos favorecida¹⁶.

Exigir da parte mais fraca a prova da discriminação, ainda mais de forma cabal e irrefutável, chega a ser cruel para a vítima de uma conduta discriminatória, principalmente quando for por efeito adverso (indireta). Importa em denegação do acesso à própria justiça por um aspecto formal da legislação instrumental e vem a ser um mecanismo de perpetuação das discriminações existentes neste país, caracterizado por tantas diferenças sociais. Em nada adianta nossa Constituição e nossas leis propugnarem pela igualdade substantiva e a

¹⁵MALLET, Estevão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 160.

¹⁶*Id. Ibid.*, p. 161.

melhoria da condição social dos menos favorecidos, se o acesso a uma provisão jurisdicional justa não é pleno, constituído sobre enormes empecilhos de ordem prática em um processo visivelmente distorcido, com graves resultados.

A inversão do ônus da prova é um fator importante para a defesa dos direitos dos hipossuficientes em Juízo. Prova disso é o reconhecimento expresso dessa necessidade imposta na defesa dos interesses do consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece que é prerrogativa do consumidor “a *facilitação de defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”¹⁷. O reconhecimento da situação de inferioridade do consumidor perante o fabricante, fornecedor ou comerciante é óbvia, traduzindo-se em princípio protetivo.

No caso de questões envolvendo a discriminação por porte do HIV, resta saber qual a regra ordinária de experiência. Por estar mais próxima à noção de justiça, a igualdade pressupõe a sua aplicação, o que nem sempre é correto afirmar por haver igualdade formal sem igualdade material, mas a noção de igualdade material pressupõe ser uma noção mais próxima do sentido comum de justiça. Por dedução, as distinções tendem a apresentar mais atos de injustiça, demandando razões justificáveis para que subsistam, segundo a expressão de Berlin, “a *igualdade não necessita de razões, mas sim a desigualdade*”¹⁸. Este entendimento decorre de um princípio geral de paridade de tratamento que gera uma obrigação ao autor da distinção, para que demonstre a justificação e razoabilidade da diversidade de tratamento empreendida, sob pena dela não ser aceita. Mais ainda, a proibição da discriminação, como atitude atentatória à dignidade da pessoa humana, exige uma valoração muito rigorosa e uma justificativa particularmente forte para uma disparidade de tratamento. Marzia Barbera assevera que, por ser o empregador o detentor do poder de estabelecer distinções, estas deverão estar condicionadas a justificações, exigindo do empregador a prova primária da existência de pressupostos de fato que permitam o exercício desse poder¹⁹.

A jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América é decisiva em favor do deslocamento do ônus da prova. Do mesmo modo, a Diretiva 97/80²⁰ da União Européia, de 15 de dezembro de 1997, tem um papel fundamental ao prever expressamente a inversão do ônus da prova nos casos de discriminação. Essa norma comunitária justifica sua proposição com base no artigo 16 da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, onde está previsto que os Estados-membros devem intensificar, onde for necessário, as ações destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade entre homens e mulheres. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia já se havia inclinado claramente neste sentido em 1988, em especial no caso *Handels-og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark contra Dansk*

¹⁷BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º, VIII. *Presidência da República*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2004.

¹⁸BERLIN. *Equality*. Proceedings of the Aristotelian Society. London, 1956, p. 305, in BARBERA, Marzia. op. cit., p. 23.

¹⁹BARBERA, Marzia. *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1991, p. 243.

²⁰UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 97/80. Disponível em: <http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=PT&numdoc=31997L0080&model=guichett>. Acesso em: 20 set. 2004.

*Arbejdgiverforening*²¹ onde a Corte reconheceu que havia nos autos daquele processo provas estatísticas que as empregadas recebiam menos que os empregados, e a empresa não logrou demonstrar o motivo desta disparidade.

Deste modo, a prova de que não houve discriminação deve ser feita pelo empregador de modo cabal, com uma prova sólida e incontestável, que o tratamento diferenciado se deu por motivos alheios ao fato de portar o vírus HIV. Mas para isso, como já foi dito, é importante que o autor de um processo tenha em mãos confirmação que o empregador sabia de seu estado. Como coloca claramente a decisão do TST abaixo colacionada, o desconhecimento pelo empregador não infere presumir atitude discriminatória, salvo se houver caso de discriminação por efeito adverso (ou indireta).

A defesa dos interesses do portador do vírus HIV deve ser feita perante a Justiça do Trabalho. Se anteriormente a jurisprudência era pacífica, atualmente, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do artigo 114 da Constituição Federal de 1988, fica claro que os pedidos de reintegração, bem como os de reparação de danos morais e materiais, os pedidos de abstenção de conduta discriminatória e outras providências nesse sentido, deverão ser ajuizadas na Justiça do Trabalho.

A luta pela dignidade do portador do vírus HIV tem um bom início. Mas ainda falta muita coisa, uma vez que não basta coibir atitudes discriminatórias porém, ao par de atitudes repressivas, precisamos de atitudes inclusivas. As ações afirmativas são um bom caminho, mas também não são suficientes. A maior batalha a ser travada é a mudança da mentalidade em torno da doença. Conscientemente podemos conseguir grandes avanços, mas é no trabalho cultural, fundado no reconhecimento de um preconceito, na aceitação da diversidade, no respeito pela pessoa humana e no convívio com as pessoas portadoras do vírus, é que podemos entender que haverá um efetivo combate à discriminação no trabalho.

²¹ Assunto 109/88.