

A C Ó R D ã O

(1ª Turma)

GMLBC/jms/iz/1

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968) e a Recomendação n.º 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista n.º **TST-RR-61600-92.2005.5.04.0201**, em que é Recorrente **EDSON OSÓRIO LEITES** e Recorrido **SOGAL - SOCIEDADE DE ÔNIBUS GAUCHA LTDA**.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 376/381, rejeitou a preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito deu provimento parcial ao recurso ordinário interposto pelo autor para conceder-lhe os benefícios da justiça gratuita. Manteve a sentença no tocante ao indeferimento da pretensão à reintegração no emprego e ao pagamento de horas extras.

Inconformado, interpõe o reclamante o presente recurso de revista, mediante as razões que aduz às fls. 383/386. Busca a reforma do julgado quanto ao pedido de reintegração no emprego, em razão da nulidade da dispensa imotivada, ao fundamento de que se deve presumir discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Esgrime com afronta ao artigo 7º, I, da Constituição da República e transcreve arestos para cotejo de teses.

O recurso de revista foi admitido por meio da decisão proferida às fls. 388/390.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 392/401.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

V O T O**I - CONHECIMENTO****1 - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.**

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 11/4/2006, terça-feira, conforme certidão lavrada à fl. 382, e razões recursais protocolizadas em 19/4/2006, à fl. 383). O reclamante está regularmente representado nos autos, consoante procuração acostada à fl. 6, e é isento do recolhimento das custas (fl. 381).

2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.**EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO.**

O Tribunal Regional da 4ª Região negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamante para manter o indeferimento do seu pedido de reintegração no emprego. Consignou, para tanto, os seguintes fundamentos, às fls. 377/379:

Alega o autor que a sua demissão imotivada foi ato nulo, vez que, na época em que esta ocorreu, era -SORO POSITIVO HIV - AIDS-. Diz que a recorrida não nega que foi informada da condição de saúde do autor no momento da homologação da rescisão, e aduz que vieram aos autos inúmeros documentos que comprovam as alegações do recorrente, comprovando o acometimento da doença. Afirma que, embora tenha o juízo *a quo* indeferido o pedido, sob o fundamento de que não houve discriminação, há discussão sobre o tema nos pretórios trabalhistas, restando equivocado o entendimento de origem. Colaciona jurisprudência em amparo a sua tese, e acresce que a despedida do empregado portador de HIV sem justa causa impede-o de obter os benefícios da Lei n.º 1.711/05, que deve ser aplicada por analogia. Requer a reforma da sentença para que seja deferida a reintegração ao trabalho.

Não procede a inconformidade.

Não há no sistema jurídico pátrio dispositivo legal a amparar a garantia de emprego ao trabalhador portador do vírus HIV. No sistema de garantias trabalhistas em vigor no país, não há estabilidade no emprego para o trabalhador portador do vírus HIV. Conseqüentemente, ele pode ser despedido imotivadamente. O ato de despedida somente será nulo se denotar prática discriminatória, em que a empresa despede o empregado precisamente por se encontrar o mesmo naquela situação. Ou se, ao tempo da despedida, já houver a doença AIDS se manifestado de forma tal que, incapacitado o empregado para o trabalho, deverá o empregador encaminhá-lo à Previdência Social, com a conseqüente suspensão do contrato de trabalho.

Evidencia-se, assim, que inexistente previsão legal para o pedido formulado, uma vez que a garantia de permanência no emprego, nos termos do ordenamento vigente (art.118 da Lei n.º8.112/91), não trata de simples doença, mas de doença profissional capaz de configurar acidente do trabalho. Não restou comprovada a incapacitação da reclamante para o trabalho e não houve o encaminhamento do autor ao INSS e o deferimento da percepção de benefício do auxílio-doença.

Não há prova de ato discriminatório da empresa reclamada, resultante da circunstância de o

autor ser portador do vírus HIV. Com efeito, não se desonerou o reclamante, conforme lhe incumbia, a teor do estipulado nos arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC, de demonstrar a alegada discriminação e tampouco o nexo causal entre a doença de que é portador e sua despedida.

Por derradeiro, descabe considerar, por analogia, a aplicação da norma legal invocada, uma vez que diz respeito tão-somente a posicionamentos jurisprudenciais de observância restrita e específica.

Nega-se provimento.

Afirma o reclamante, em suas razões recursais, ter restado incontroverso o conhecimento, pela reclamada, de seu estado de saúde quando da rescisão imotivada do contrato de emprego. Argui a nulidade da despedida, por caracterizar ato discriminatório, tendo em vista que *-a recorrida tomou a decisão de demitir o recorrente tão logo foi informada por este de que era Soropositivo-portador do vírus HIV-* (fl. 385). Invoca a aplicação analógica das Leis de n.ºs 7.670/88 e 1.711/05. Esgrime com afronta ao artigo 7º, I, da Constituição da República. Transcreve arestos para cotejo de teses.

O reclamante logra demonstrar divergência jurisprudencial com o aresto transcrito à fl. 385, oriundo do Tribunal Regional da 15ª Região, na medida em que consigna tese no sentido de que *-os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça, XLI, 170, 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, inciso I, da CF). Aplicação dos arts. 1º e 4º, inciso I, da Lei n.º 9.029/95 (cf. CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 2º), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge a todo o país-*.

Conheço do recurso de revista, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO.

Cinge-se a controvérsia a definir se a dispensa imotivada de empregado portador do vírus HIV, estando o empregador ciente de tal fato, configura atitude discriminatória presumida.

Este Tribunal Superior tem firmado entendimento no sentido de que, não obstante a ausência de legislação que assegure a garantia provisória no emprego do empregado portador do vírus HIV, é inequívoco o seu direito à reintegração quando demitido sem justa causa, em face das garantias constitucionais relativas ao direito à vida, ao trabalho e à dignidade da pessoa

humana, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida no artigo 7º, I, da Lei Magna, que veda a despedida arbitrária, com conteúdo discriminatório.

Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte superior firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra motivação, lícita.

Nessa diretriz, cumpre transcrever os seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PORTADOR DO VÍRUS HIV. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o empregado, portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à reintegração, não obstante a inexistência de legislação que assegure a estabilidade ou a garantia no emprego, presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada. Recurso de revista a que se dá provimento. (TST-RR - 112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 06/05/2011).

(...) EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia a discriminação, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, na hipótese de ato discriminatório, em função dos princípios da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por manifesta incompatibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu no sentido de presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do vírus HIV, com a conseqüente inversão do encargo probatório (*praesumptio juris tantum*). (...) (TST-RR-721340-83.2006.5.12.0035, Rel. Min. Rosa Maria Weber, 3ª Turma, DEJT de 22/10/2010).

(...) DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. REINTEGRAÇÃO. Esta Corte tem-se posicionado no sentido de que, quando da dispensa imotivada do portador do HIV, ciente o empregador da doença, resta presumida a ocorrência de discriminação. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 03/09/2010)

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. PRESUNÇÃO DE DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em se tratando de empregado portador do vírus HIV, entende que há uma presunção da dispensa discriminatória do trabalhador, sendo ônus da Reclamada demonstrar que o ato teve outra causa como fundamento. (...) (TST-RR - 9951200-06.2006.5.09.0025, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT de 19/03/2010)

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua

nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1.º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido. (TST-E-ED-RR 76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJU de 30/11/2007).

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. (TST-E-RR-439.041/1998, Rel. Min. João Oreste Dalazen, SBDI-I, DJU de 23/5/2003)

Importante observar que esse entendimento jurisprudencial revela-se consentâneo com a normativa internacional consagrada tanto na Recomendação n.º 200 da Organização Internacional do Trabalho, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho, adotada em 2010, quanto na Convenção n.º 111 daquele mesmo organismo internacional, ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968.

A Recomendação n.º 200 veda a discriminação de trabalhadores portadores do vírus HIV ou acometidos da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e estabelece, entre outras obrigações dos Estados Membros da OIT, a de assegurar que os trabalhadores não sejam discriminados ou estigmatizados com base no seu status - real ou suposto - de portadores do vírus HIV (artigo 3, c), nem que essa condição sirva de base a condutas discriminatórias que impeçam o recrutamento ou a continuidade no emprego (artigo 10) ou importem a terminação da relação de trabalho (artigo 11). Recomenda a OIT, ainda, que os Estados Membros promovam a manutenção do emprego e a contratação de pessoas que vivem com o vírus HIV (artigo 22), bem como assegurem o acesso e fruição, por todos os trabalhadores e suas famílias, dos serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e AIDS, salientando que o lugar de trabalho (leia-se, empregador) **-deveria desempenhar a função de facilitar o acesso a esses serviços-** (artigo 3, e).

É inequívoco que a despedida imotivada do portador do vírus HIV culmina por comprometer seriamente o acesso do empregado ao tratamento a que tem direito, com a suspensão do contrato de emprego e fruição do benefício previdenciário previsto nos artigos 24 e seguintes da Lei n.º 3.807, de 26.08.1960 (Lei Orgânica da Previdência Social).

A Recomendação n.º 200 da OIT exorta, ainda, os Estados Membros a considerar a possibilidade de oferecer uma proteção igual à que estabelece a Convenção sobre a discriminação em matéria de emprego e ocupação (Convenção n.º 111, de 1958), com o escopo de impedir toda discriminação baseada na condição, real ou suposta, de portador do HIV (artigo 09).

A Convenção n.º 111 (incorporada ao ordenamento jurídico desde 1965 e revestida de plena eficácia legal), a seu turno, estabelece a obrigatoriedade, para os Estados Membros que a tenham ratificado, de **-formular e aplicar** uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria- (artigo 2.º), incumbindo-lhes, entre outras medidas, -revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política- (artigo 3.º, c).

A Comissão de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT, órgão incumbido do monitoramento da implementação da normativa internacional trabalhista (juntamente com a Comissão de Normas da Conferência da OIT e o Comitê de Liberdade Sindical) - chama a atenção para o fato de que certas práticas administrativas e regras processuais podem constituir sério entrave à correta implementação dessa Política Nacional e, por consequência, ao combate à discriminação. Dentre esses entraves, destaca a Comissão de Peritos, em seu Estudo Geral sobre a Convenção n. 111, de 1988, a questão relativa à distribuição do encargo probatório, salientando a necessidade de se tratar temas relativos à violação de direitos humanos com flexibilidade no tocante à produção de provas. Assevera a Comissão de Peritos (os grifos foram acrescentados):

Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades (cuando se trata, por ejemplo, de ofertas de empleo que se han publicado y cuyo carácter discriminatorio es manifiesto), lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación. Por consiguiente, en algunos países la legislación o la jurisprudencia invierten a veces la carga de la prueba o, por lo menos, dan una cierta flexibilidad a la parte de la carga de la prueba que corresponde al demandante. El Gobierno de Canadá ha señalado que los tribunales y otras autoridades competentes deben dar muestras de flexibilidad en lo que respecta a la admisión de pruebas. Ha indicado que, en materia de derechos humanos, cuando los indicios sean más bien favorables al demandante, es decir si el defensor no es capaz de oponer una respuesta satisfactoria a una demanda, se podrá deducir razonablemente que ha habido discriminación. En ciertos países la persona que aduce una discriminación debe ante todo demostrar que una desigualdad de trato o de oportunidades coincide con una desigualdad de raza, sexo, religión, opinión política, actividad sindical, etc. Si

tal cosa se demuestra, la carga de la prueba será de la incumbencia del empleador, que habrá de demostrar que había un motivo legítimo, no discriminatorio. Cuando los trabajadores que hayan ejercido su derecho de reclamar la igualdad de trato sean despedidos o vean modificadas sus condiciones de trabajo, la legislación de ciertos países prevé que el empleador ha de administrar la prueba de que la presentación de la reclamación no era el motivo único o principal del despido o de la modificación de las condiciones de empleo del asalariado.¹

Em conclusão, assinala a Comissão de Peritos:

La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo.²

Enfrentando especificamente o tema relativo à efetividade da proteção contra a discriminação e a possibilidade de rescisão do contrato de emprego, ressaltou a Comissão de Peritos, no Estudo Geral de 1996:

En lo que atañe a la eficacia de las sanciones que pueden adoptar los órganos cuasijurisdiccionales, debería hacerse beneficiar a la persona que sea víctima de una discriminación de una compensación adecuada y, al mismo tiempo, que tenga un efecto disuasorio para las personas que pudieran sentir la tentación de discriminar. Conviene tener presente que, al recurrir a ese tipo de procedimiento, un trabajador se enfrenta a riesgos tanto materiales como morales. Así por ejemplo, una legislación que contenga disposiciones protectoras pero que en la práctica permita al empleador poner fin al contrato de un trabajador pagándole una simple indemnización no confiere una protección adecuada. A efectos de la eficacia de una vía de recurso en caso de discriminación, también resulta importante que la causa se resuelva rápidamente para evitar que la situación ilegal se prolongue inútilmente, lo cual acarrearía asimismo consecuencias negativas para la determinación de los hechos.³

Resulta claro, daí, que a decisão recorrida dissentiu do entendimento prevalente na jurisprudência desta Corte superior e na normativa e doutrina internacionais. O Tribunal Regional, calcado no entendimento de que incumbe ao empregado o ônus de comprovar a ocorrência da conduta discriminatória por parte do empregador, incorreu em inversão imprópria do ônus da prova. Consequentemente, deixou de acolher a pretensão do reclamante à reintegração no emprego, apesar da presunção que lhe favorecia, não havendo notícia no acórdão recorrido acerca da produção de prova em sentido contrário pelo empregador.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista interposto pelo obreiro para condenar a reclamada a proceder a sua reintegração no emprego, deferindo-lhe o pagamento de salários e consectários, bem como todos os direitos inerentes à relação empregatícia, desde a data da despedida. Com arrimo no artigo 461 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, determino o cumprimento imediato da obrigação de fazer, a ser implementada no prazo máximo de 48 horas contadas da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória diária correspondente a 1/30 da remuneração do reclamante.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a proceder a sua reintegração no emprego, deferindo-lhe o pagamento de salários e consectários, bem como todos os direitos inerentes à relação empregatícia, desde a data da despedida. Com arrimo no artigo 461 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, determina-se o cumprimento imediato da obrigação de fazer, a ser implementada no prazo máximo de 48 horas contadas da publicação da presente decisão, sob pena de multa cominatória diária correspondente a 1/30 da remuneração do reclamante. Custas pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00 (mil reais), calculadas sobre o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que provisoriamente se arbitra à condenação.

Brasília, 22 de junho de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Lelio Bentes Corrêa

Ministro Relator

¹ <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1988, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 224, 75ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

² Idem

³ <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>, Estudo Geral de 1996, sobre Igualdade no Emprego e Ocupação, Informe III, Parte 4 B, Parágrafo 233, 83ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

fls.

PROCESSO N° TST-RR-61600-92.2005.5.04.0201

Firmado por assinatura digital em 29/06/2011 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.