



Núcleo Trabalhista Calvet

Núcleo Trabalhista Calvet

PROC. Nº TST-RR-1059/1999-087-15-00.0

C:

A C Ó R D ã O

Primeira Turma

JCAPS/AS

EMENTA: RECURSO DE REVISTA. CONTRATO DE TRABALHO. RESCISÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. A Constituição Federal, em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Competindo aos Poderes Públicos e à sociedade a iniciativa de ações destinadas a assegurar à população os direitos relativos à saúde, nos termos do artigo 194, segue-se que a ordem jurídica constitucional impõe a essa mesma sociedade, como um todo, aí incluídas as empresas, o dever jurídico geral de colaborar com o Estado na concretização do direito à saúde. Neste contexto, a determinação judicial de reintegração de empregado portador do vírus HIV não implica desrespeito ao princípio da legalidade, porque a sua manutenção no emprego, com direito aos salários, assistência e tratamento médicos, decorre de princípios e garantias fundamentais da própria Constituição Federal, frente à qual cede passo e torna-se irrelevante a ausência de norma infraconstitucional expressa proibindo a dispensa de empregado portador do vírus HIV. Recurso de revista não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º TST-RR-1059/1999-087-15-00.0, sendo Recorrente BANN QUÍMICA LTDA. e Recorrido ITALO EGERTON SILVA BARBOSA.

O Tribunal do Trabalho da 15ª Região, por meio da certidão de fl. 228, julgando o recurso ordinário da reclamada à luz do procedimento instituído pela Lei n.º 9.957, de 12 de janeiro de 2000, dele conheceu, à unanimidade, e, no mérito, negou-lhe provimento para manter a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos, esclarecendo não ter ocorrido ofensa direta à Constituição Federal ou a Súmulas da jurisprudência desta Corte.

Interpostos embargos de declaração pela reclamada, para fins de prequestionamento do disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 - CF/1988 (fls. 238/239), a Corte de origem, conhecendo-os, negou-lhes provimento, no mérito, nos termos da fundamentação do acórdão de fls. 243/246.

A reclamada, não se conformando, interpôs recurso de revista buscando a reforma do julgado, com fundamento no artigo 896, alínea "c", parágrafo 6º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), defendendo a tese de que o acórdão recorrido viola, de forma direta, o artigo 5º, inciso II, da CF/1988. (fls. 230/234)

Admitido o recurso (fl. 249), foram apresentadas contra-razões pelo reclamante (fls. 254/257).

Processo não submetido à apreciação do Ministério Público do Trabalho (RITST, art. 82).

É o relatório

V O T O

CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos comuns de admissibilidade, examino os específicos do recurso de revista.

EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO O Douto Juízo de primeiro grau, examinando a pretensão deduzida pelo

reclamante, julgou-a procedente, em parte, para declarar a nulidade da dispensa e condenar a reclamada a reintegrá-lo no emprego e a pagar-lhe as verbas deferidas na fundamentação, com correção monetária e juros da mora, autorizando a dedução da contribuição previdenciária. Valeu-se, para tanto, após invocar disposição do preâmbulo e do artigo 1º da Constituição Federal, das seguintes razões de decidir:

"(...)

Ressalte-se que a larga prova documental produzida nos autos revela que o autor vinha apresentando os sintomas da AIDS desde dezembro de 1998, tendo sido devidamente acompanhado e tratado pelo médico da ré. Assim, não é factível que a ré ao menos não suspeitasse da doença do autor, talvez não tivesse a confirmação laboratorial, entretanto, referida confirmação foi efetuada pelo autor antes da concretização da dispensa, no ato de homologação da rescisão.

É cediço que o preconceito é óbice intransponível ao acesso do aidético ao mercado laboral. Destarte, a dispensa levada a efeito pela ré é obstativa do direito ao trabalho, constitucionalmente garantido ao autor, complemento do próprio direito à vida, do direito à igualdade, do direito ao exercício da cidadania e do direito à dignidade da pessoa humana. Ainda, ressalte-se que é incontestado o alto custo do tratamento médico e farmacológico dos doentes de AIDS, bem como a deficiência do sistema público de saúde, motivo pelo qual a dispensa do autor revela-se também, como obstativa ao acesso a tratamento adequado, um dos pilares do direito à saúde.

Acrescente-se que a Lei 9.029/95, na norma do art. 1º, proibiu a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso ao mercado de trabalho, ou a sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, facultando ao empregado optar pela readmissão com pagamento integral de todo o período de afastamento ou indenização.

Ora, as hipóteses legalmente previstas são meramente exemplificativas e não exaustivas, abarcando a lei em comento, qualquer hipótese ou motivo e discriminação.

Por derradeiro, a dispensa do autor contraria a função social da boa administração da empresa. Ora, a ré, sabedora da doença, deveria ter reconsiderado a decisão da ruptura do vínculo empregatício.

Por todo o exposto, este Colegiado declara a nulidade da dispensa para determinar a imediata reintegração do autor no mesmo local de trabalho e em função compatível com seu estado físico e condena a ré no pagamento dos salários da data da dispensa até a data da efetiva reintegração, com reflexos em férias e salários trezenos do período, bem como, nos depósitos fundiários.

Autoriza-se desde já a dedução das verbas rescisórias recebidas pelo autor." (fls. 103/104).

Analisando os embargos de declaração interpostos pela reclamada, no tocante aos temas relacionados com o princípio da legalidade, possibilidade de aposentadoria especial, dever ético de sigilo, livre acesso ao mercado de trabalho e aos motivos ensejadores da estabilidade e da dispensa, o Juízo de primeiro grau julgou-os improcedentes por não vislumbrar a existência dos vícios apontados na sentença. Na oportunidade, salientou, após transcrever ementa de acórdão da lavra do eminente Juiz Luiz Antônio Lazarim:

"Não obstante considerarmos ato discriminatório a própria dispensa em si, acompanhando o entendimento do Ex.mo. Julgador, restou comprovado nos autos que a reclamada, se assim desejasse, poderia ter revertido a demissão, tão logo tivesse sido notificada da doença do autor, uma vez que a dispensa só restaria plena após a homologação, como já fora ressaltado na sentença atacada.

Contudo, não nos pareceu que a reclamada somente houvesse tomado ciência da doença que acometeu o autor no momento da homologação, isso porque, como ela própria menciona o seu médico do trabalho, embora amparado pela ética profissional, tinha conhecimento. Assim, incumbia à ré perquirir as razões dos inúmeros afastamentos por doença que atingiu o autor no decorrer do pacto, posto que a mera suspeita de que o empregado seja soropositivo já é suficiente para marginalizá-lo socialmente, inclusive no ambiente de trabalho.

Assim entendemos, que o dever ético do médico não pode transcender o dever moral e social da empresa em questionar a efetiva causa do afastamento clínico do empregado em decorrência dos constantes tratamentos de saúde, cumprindo-lhe, no mínimo, demonstrar razoável interesse pela saúde de seus empregados que contribuem para que possa auferir os lucros ao final de cada exercício anual.

Ademais, quando a embargante, em defesa ainda, menciona que poderia o autor se beneficiar da aposentadoria especial e dos meios públicos para tratamento de sua doença, transfere à sociedade a responsabilidade de arcar, sozinha, com um problema que também lhe diz respeito enquanto parte dessa sociedade.

(...)." (fls. 127/131).

Mantida essa decisão pelo Tribunal Regional, a reclamada ingressou com recurso de revista alegando que os reais motivos da dispensa sem justa causa foram as constantes faltas ao trabalho, atrasos, falta de marcação do cartão de ponto, advertência por falha operacional e suspensão, e não porque o reclamante era portador do vírus da AIDS. Em decorrência, assevera que o acórdão recorrido, ao declarar nula a dispensa e determinar a reintegração do reclamante, com o pagamento das verbas deferidas na fundamentação, desrespeitou não só o direito potestativo do empregador, mas, principalmente, o princípio da legalidade, porque não há vedação legal à dispensa de empregado portador do vírus HIV, e, no tocante à Lei n.º 9.029/1995, mencionada na sentença, argumenta que trata tão-somente da vedação de ato discriminatório para acesso e manutenção no emprego, mas não para a estabilidade pelo simples fato de ser o empregado soropositivo. Sustentando que não se verificou qualquer discriminação porque a circunstância de o empregado ser portador do vírus HIV não ocasionaria a sua dispensa, uma vez que em nada prejudicaria a sua produtividade, argumenta que o reclamante jamais procurou-a para auxiliá-lo com medicamentos ou tratamentos médicos, ou deu-lhe ciência da doença, preferindo manter silêncio a respeito.

Conforme se infere dos fundamentos da sentença, acima transcritos, bem como dos expostos naquela que julgou os embargos de declaração, cujo confronto com os argumentos da reclamada decorre do fato de que o recurso de revista é interposto contra acórdão proferido em causa sujeita ao procedimento sumaríssimo, a conclusão de que a dispensa do reclamante resultou de discriminação foi extraída da prova documental que instrui os autos, mercê da qual não prevaleceu a alegação de que a reclamada desconhecia a doença que o acometia antes da concretização da rescisão do seu contrato de trabalho, ou de que a rescisão operou-se em razão das constantes faltas ao trabalho, atrasos, falta de marcação do cartão de ponto, advertência por falha operacional e suspensão.

Em tal circunstância, para se chegar à conclusão pretendida pela reclamada seria indispensável rever essa prova documental, inclusive no que se refere à alegação de que a dispensa ocorreu por força das constantes faltas ao trabalho, atrasos, falta de marcação do cartão de ponto, advertência por falha operacional e suspensão, providência esta que não se compatibiliza com o recurso de natureza extraordinária, como é o caso do recurso de revista, consoante preconiza a Súmula n.º 126 deste Tribunal. Neste passo, não podendo esta Corte reexaminar fatos e provas, a respeito dos quais são soberanas as instâncias ordinárias, tem-se que a análise da pretensão recursal se resume em verificar se a dispensa do reclamante teve caráter discriminatório, ou se, mesmo tendo-o, a rescisão do contrato de trabalho resultou do regular exercício de direito potestativo do empregador, para se examinar, enfim, se a decisão recorrida efetivamente ofendeu, de forma direta, o disposto no artigo 5º, inciso II, da CF/1988, como exige, por sua vez, o contido no parágrafo 6º do artigo 896 da CLT. Como bem assinala a sentença confirmada pelo Tribunal Regional, o preconceito que se estabelece a partir da ciência de que a pessoa é portadora do vírus HIV cria obstáculo à sua inserção no mercado de trabalho, atingindo-lhe o direito à cidadania e à sua própria dignidade, de que é expressão o direito de acesso aos meios e bens necessários ao seu tratamento.

É oportuno lembrar que a Constituição de 1988, consagra, no artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o respeito à dignidade da pessoa humana, princípio este que se revela, na

precisa lição de MÔNICA CLARISSA HENNIG LEAL, "(...) material supremo do ordenamento jurídico, cujo conteúdo é determinado por outros princípios materiais, representados especialmente pelas diferentes gerações de direitos humanos e fundamentais, que denominamos de princípios de conteúdo, uma vez que o respeito aos seus núcleos se afigura como elemento essencial à concretização da dignidade humana. Em outras palavras, significa dizer que a dignidade humana é o telos último, a ratio essendi de todo o ordenamento jurídico, estando todos os demais valores constitucionais comprometidos no sentido de sua realização, ou seja, estes são concebidos como estando a serviço daquela".

Na mesma esteira, o Legislador Constituinte de 1988 proclamou também como princípio fundamental o valor social do trabalho, inerente à própria dignidade humana, conceituado por CANOTILHO, como sendo um dos princípios "historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, conhecimento e aplicação do direito positivo". E, por fim, fixando os objetivos desses fundamentos, o Legislador Constituinte consignou, dentre outros, o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF/1988, art. 3º, IV).

Neste contexto, sobressai a inteligência daqueles que, buscando concretizar esses objetivos, estabeleceram, no artigo 170 da Constituição Federal, que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Estatuíram, ainda, no artigo 194, que compete aos Poderes Públicos e a toda sociedade a iniciativa de ações destinadas a assegurar à população os direitos relativos à saúde. Segue-se, daí, que a ordem jurídica constitucional impõe a essa mesma sociedade, como um todo, aí incluídas as empresas, o dever geral de colaborar com o Estado na concretização do direito do cidadão à saúde. Acompanhando, pois, o espírito que anima a Constituição Federal de 1988, é imperioso concluir que a manutenção no emprego do trabalhador portador do vírus HIV, para se restringir ao caso ora examinado, representa uma ação concreta da empresa com vistas a atender ao dever jurídico por ela imposto, tal qual ocorre quando se dispõe a incluir seus empregados em planos de saúde ou a conceder-lhes outros benefícios assistenciais. Contrapondo-se à observância desses princípios, poderia objetar-se que o princípio da livre iniciativa, como valor social constitucionalmente assegurado, autorizaria o empregador a por fim ao contrato de trabalho pelo simples exercício do direito potestativo de despedir. Todavia, não se pode dissociar o valor social do trabalho do valor social da livre iniciativa, porque a ordem econômica funda-se exatamente nesse primado, valorizando o trabalho do homem em relação à economia de mercado, nitidamente capitalista.

DANIEL SARMENTO, discorrendo a respeito dos princípios constitucionais da liberdade e da iniciativa privada, revela, com rara felicidade, o escopo da Constituição Federal neste aspecto, quando pondera que, "se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, esta tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica".

E, enfatizando a limitação da autonomia privada frente a outros direitos que se lhe possam antepor, acrescenta:

"Isto não quer dizer, no entanto, que estas liberdades fundamentais revistam-se de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe lesão a outro direito fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses. É isto que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular".

Por fim, ferindo o ponto crucial de que se está a tratar nesta oportunidade, assim se refere à proteção à autonomia privada na ordem

constitucional brasileira:

"Quando trata da liberdade a Constituição Brasileira não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capitalizada através das suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela propõe-se a reduzir esta desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que sem isto a liberdade não passa de uma retórica vazia.

Mas, se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro lado, ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada é protegida como direito fundamental. Estes valores são, contudo, temperados pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através da adoção de variadas fórmulas compromissórias.

Neste sentido, constata-se que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa tout court, mas os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF). Verifica-se, também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece, ainda, que a finalidade desta ordem é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo. (...).

Adotando esses judiciosos argumentos, tem-se que, em se tratando de normas constitucionais, não se cogita de hierarquia. Havendo conflito entre dois interesses constitucionalmente protegidos, como ocorre no caso dos autos, impõe-se harmonizá-los tendo em vista o princípio da unidade da Constituição que, sempre na lição de CANOTILHO, significa que o direito constitucional há de ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas, e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes; antes, impõe-se ao intérprete considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.

A respeito do tema, AUGUSTO ZIMMERMANN assinala:

"(...) princípios são muitas vezes diferidos de normas em virtude da chamada dimensão de peso (dimension of weight). Os valores contidos em princípios ficariam aptos a alcançar uma interpretação razoável para os casos concretos, mas necessitando de serem previamente ponderados. Qualquer tipo de colisão entre os princípios constitucionais, neste sentido, demandaria a complexa avaliação sobre os valores intrinsecamente existentes nestes mesmos princípios, de modo a ficarem estabelecidos os limites específicos da validade jurídica, segundo a qual o processo interpretativo procederá a um certo ajustamento de princípios. Por meio deste tipo de ajustamento, o intérprete da Constituição não haverá necessariamente de se recusar a reconhecer um determinado princípio qualquer, mas revelar uma capacidade de adaptação em relação às diversas possibilidades interpretativas do caso concreto.

Na realidade, a própria lógica sistêmica da constituição deveria ser ponderada pelo intérprete, na medida em que os princípios são recebedores de mandatos de otimização que se correlacionam à valoração intrínseca dos mesmos. Isso demonstra uma certa existência pluralista dos métodos de interpretação constitucional, aonde a adoção de determinados princípios dependerá de circunstâncias não apenas formais, mas também materiais uma vez que relacionadas ao mundo da vida."

Diante dessas ponderações, é de se reconhecer que a determinação de reintegração do reclamante no emprego e de pagamento dos consectários não implica desrespeito ao princípio da legalidade, segundo o qual "toda intervenção na esfera de direitos, na esfera das liberdades, da pessoa se opere através da lei, ato jurídico-político votado pelo povo, através de seus representantes", porque a sua manutenção no emprego, com direito aos salários, assistência e tratamento médicos, decorre da aplicação de princípios e de garantias fundamentais da própria Constituição Federal, frente aos quais cede passo e torna-se irrelevante, até a ausência de

norma infraconstitucional expressa proibindo a dispensa de empregado portador do vírus HIV.

Não foi por outras razões que assim decidiu a Colenda Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I) desta Corte no julgamento de recurso de Embargos, em memorável voto do eminente Ministro João Oreste Dalazen, sintetizado na seguinte ementa:

"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". Por conseguinte, não tendo a reclamada logrado demonstrar que o acórdão recorrido violou diretamente o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, não conheço do recurso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, não conhecer do recurso de revista interposto pela reclamada.

Brasília, 29 de junho de 2005.

JUIZ CONVOCADO ALTINO PEDROZO DOS SANTOS