

A COLISÃO ENTRE LIVRE INICIATIVA E DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DE TRATAMEN- TO, COM PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, NA SÚMULA 443 DO TST

Maria Inês de Assis Romanholo¹

*THE COLLISION OF THE FREE INTERPRISE AND FUNDAMENTAL
RIGHT TO TREATING EQUALITY, WITH PROHIBITION OF DISCRIMI-
NATION, IN THE TST DOCKET 443*

¹ Mestranda em Direito “Heremênutica e Direitos Fundamentais” na Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC - Juiz de Fora). Especialista em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Cândido Mendes. Professora da Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC - Ubá), onde leciona as disciplinas Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Professora substituta na Universidade Federal de Viçosa das disciplinas Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa entre 2000 e 2005.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos, dentre outros, o valor social do trabalho e da livre iniciativa. Simultaneamente, a ordem econômica nacional é fundada na livre iniciativa, assim como no valor social do trabalho, buscando assegurar a todos existência digna. A livre iniciativa, entendida como a liberdade de criar, organizar, definir o objeto da atividade econômica, dirigir a execução da atividade, envolve, necessariamente, o trabalho humano, razão pela qual, no exercício da liberdade de empresa devem se observados os valores que garantam a dignidade da pessoa humana trabalhadora. Assim, no contexto das relações de trabalho podem existir situações de tensão entre a liberdade de iniciativa e a preservação de direitos fundamentais dos trabalhadores. Nesse contexto, o presente artigo busca discutir a necessidade de harmonização entre livre iniciativa, mormente no que se refere à possibilidade de as empresas livremente admitirem e demitirem seus empregados e o direito fundamental à igualdade, mais especificamente, a vedação às condutas discriminatórias no ambiente de trabalho. Embora não haja regra específica no ordenamento jurídico concedendo estabilidade no emprego ao portador de doença grave, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula 443, consolidou entendimento segundo o qual se presume discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. O presente artigo teve como finalidade analisar os argumentos que levaram o TST a sumular esse posicionamento, tendo como parâmetro a análise de um dos precedentes que contribuiu para a aprovação da referida súmula. Na sequência, buscou-se analisar até que ponto a construção da decisão, pelo colendo TST, pode ser justificada na teoria da solução de colisão de princípios, proposta por Robert Alexy em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Livre iniciativa, dispensa discriminatória, empregado portador de doença grave, ponderação.

ABSTRACT: The democratic state has as foundation, among others, the social value of work and free enterprise. Simultaneously, the national economic order is founded on free enterprise, as well as the social value of work, searching for assuring all dignified existence. The free enterprise, understood as the freedom to create, organize, define the object of economic activity, direct the execution of the activity, necessarily involves human labor, that is why, in the practice of company, the values that guarantee the worker dignity must be observed. Thus, there may be situations of tension between free enterprise and the preservation of workers fundamental rights in the context of labor relations. In this context, this article aims to discuss the need for harmonization between free enterprise, especially with regard to the possibility of companies to freely admit and dismiss its employees and the fundamental right to equality, more specifically, the prohibition of discriminatory conduct on the environment work. Although there is not a specific rule on the law which grants job security for people with serious disease, the Superior Labour Court, by the Docket 443, consolidated understanding that presumed discriminatory to dismiss the employee with HIV or another disease which draws serious stigma or prejudice. This paper aimed to analyze the arguments that led to the TST to defend this point of view, by having as parameter the analysis of the precedents that contributed to the approval of the said docket. Moreover, it was intended to examine the extent to which the construction of the decision by the respectable TST, can be justified on the theory of the solution of a collision of principles proposed by Robert Alexy in his Theory of Fundamental Rights work.

KEYWORDS: Free enterprise, discriminatory dismiss, carrier employee with serious illness, thinking.

1. INTRODUÇÃO

Por meio das Resoluções do Tribunal Superior do Trabalho (TST) números 185 e 186, de 14 de setembro de 2012, publicadas no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho (DEJT) de 26, 27 e 28 de setembro de 2012, foram realizadas alterações na jurisprudência trabalhista, com o cancelamento, modificação e edição de Súmulas e Orientações Jurisprudenciais. Na oportunidade, o TST revisou vários entendimentos sobre as normas trabalhistas, gerando assim novas maneiras de aplicar as normas legais existentes.

Dentre as Súmulas editadas, merece destaque:

Súmula 443 do TST:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Dentre os diversos acórdãos publicados como precedentes que deram origem à edição da mencionada Súmula, destaca-se os Embargos em Recurso de Revista, julgados pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho:

EMENTA: EMBARGOS. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DA SIDA (AIDS). Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA - e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração. Embargos não conhecidos. (TST, E-RR 217791-22.1995.5.09.555, Seção de Dissídios Individuais I. Embargante: Carrefour Comércio e Indústria S/A. Embargado: José Pedro dos Santos. Relator Ministro Vantuil Abdala. Publicação DJ - 02/06/2000).

O presente artigo tem como finalidade analisar os argumentos que levaram o TST a sumular esse posicionamento, tendo como parâmetro a análise do referido julgado, no intuito de identificar se a construção da decisão, pelo Tribunal, pode ser justificada na teoria da solução de colisão de princípios, proposta por Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

2. ANÁLISE DA DECISÃO DO TST: JULGAMENTO DO E-RR 217791-22.1995.5.09.555

Trata-se de reclamatória ajuizada por ex-empregado do Carrefour, pleiteando sua reintegração no emprego e consectários, ao argumento de que sua dispensa, por ser portador do vírus HIV, revelou-se arbitrária e discriminatória. A tese da inicial foi acolhida pela Junta de Conciliação e Julgamento, que determinou a reintegração do autor com pagamento dos salários vencidos a partir da data do ajuizamento da ação e salários vincendos até a efetiva reintegração. O Regional, contudo, reformou a sentença para julgar improcedente a reclamatória. O Recurso de Revista interposto pelo reclamante foi provido pela Segunda Turma do TST, restabelecendo a decisão de primeiro grau, com os seguintes fundamentos expostos em sua ementa:

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDI-DA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aitéico o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princí-

pio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida.

Nas razões de embargos o reclamado aponta violação a diversos dispositivos legais (artigos 2º, 5º, caput e inciso II, 7º, inciso I, 22, incisos I e IV, 37, caput, 44 e 48, inciso XIII, da Constituição Federal, 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 2º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, 126 do Código de Processo Civil e 35, inciso I, da Lei Complementar nº 35/79), além de divergência jurisprudencial.

Sustenta que o reconhecimento de estabilidade ao obreiro portador do vírus HIV não encontra guarida no ordenamento jurídico, na medida em que o art. 7º, inciso I, da Magna Carta carece de regulamentação, não havendo, ainda, que se falar em aplicação analógica da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Invoca o direito de propriedade, de administração e de condução dos negócios, além de apontar interferência no Poder Legislativo. Por fim, aduz não serem aplicáveis as Convenções 111 e 158 da Organização Internacional do Trabalho, seja por terem sido revogadas, seja por não garantirem a pretendida estabilidade.

Na solução da questão, o TST reconheceu a necessidade de realizar uma análise complexa de todo o ordenamento jurídico.

Segundo o acórdão, uma análise fria da legislação acerca do assunto poderia levar a uma aplicação literal dos dispositivos de lei invocados pelo recorrente. Contudo, essa não seria a melhor solução, visto que, no presente caso, faz-se necessária a análise dos princípios que regem o ordenamento jurídico vigente, expressamente previstos na Constituição, não sendo suficiente a análise dos casos de estabilidade expressamente previstos em lei.

Segundo entendimento dos ministros do TST, o caso narrado não trata apenas de dispensa arbitrária, mas de flagrante discriminação, senão vejamos.

Acorde o artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dispensa arbitrária é aquela que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Conforme ensina Ricardo Resende (2011, p.733): a motivação técnica é aquela ligada à atividade de produção da empresa, por exemplo, utilização de novos equipamentos; motivo financeiro diz respeito ao balanço da empresa, enquanto motivo econômico advém da conjuntura econômica do país; motivo disciplinar para a demissão resta configurado sempre que o empregado não cumpre as ordens do empregador (dispensa por justa causa).

Observa-se que a despedida arbitrária encontra resistência na Constituição de 1988:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de tal condição social: I-relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

No caso em comento, qual seja, a dispensa fundada em doença grave, a dispensa é arbitrária, não havendo, a princípio, previsão legal para reintegração do obreiro. Contudo, como bem salienta a decisão ora comentada, além de arbitrária, o ato empresarial tem cunho discriminatório, cabendo investigar se, nesse caso, o trabalhador estaria desprotegido legalmente.

Na busca da solução para o caso, o Tribunal apresenta as normas jurídicas que repudiam o tratamento discriminatório, seja por motivo de sexo, raça, cor, religião, etc. Apresenta antecedentes históricos nas Constituições de 1934 e 1946 que proibiam diferenciação de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, bem como na Constituição de 1967 que vedava a discriminação para fins de admissão no emprego. Ressalta que na atual Constituição, a proibição de discriminação está prevista em vários dispositivos: como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º, inciso IV; consagrado como princípio da igualdade no art. 5º, caput, bem como no inciso XLI; também no capítulo dos direitos sociais, art. 7º, inciso XXXI.

Conclui o Tribunal que é grande a resistência a atitudes discriminatórias como a perpetrada pela empregadora, devendo o intérprete da lei pautar-se no princípio constitucional para solucionar os casos difíceis. Contudo, adverte a decisão: “não se pretende uma aplicação cega desse princípio, na medida em que as diferenciações são admitidas, quando justificadas e providas de finalidade relevante. O que não se concebe é a discriminação odiosa e arbitrária como a ocorrida nos autos.”

Ademais, a decisão menciona normas internacionais que buscam, em nível mundial, combater as práticas discriminatórias. Nesse sentido, cita a Convenção nº 111², da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1958, ratificada pelo Brasil em 1965, a Convenção nº 117³, de 1962, ratificado pelo Brasil em 1969, bem como a Declaração Conjunta OMS/OIT⁴, resultante da reunião Consultiva sobre a SIDA, realizada em Genebra nos dias 27 e 28 de junho de 1988.

Em nível infraconstitucional, menciona também a Lei 9.029, de 13 de abril de 1995⁵, que, além de tipificar como crime as práticas discriminatórias, impõe multa administrativa e faculta ao trabalhador optar entre a readmissão com o ressarcimento de todo o período de afastamento ou a percepção, em dobro, da remuneração do mesmo período.

Assevera que, no caso dos autos, onde a discriminação contra o trabalhador é flagrante e repudiável, o Poder Judiciário não poderia deixar ao desamparo o empregado portador do vírus HIV, a uma porque os princí-

2 Artigo 1º. 1. Para 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 oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

3 PARTE V NÃO DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE RAÇA, COR, SEXO, CRENÇA, ASSOCIAÇÃO TRIBAL OU FILIAÇÃO SINDICAL. Art. XIV- 1. Um dos fins da política social será o de suprimir qualquer discriminação entre trabalhadores fundada na raça, cor, sexo, crença, associação tribal ou filiação sindical (..)

4 Estabeleceu vários princípios de proteção à dignidade dos portadores do vírus HIV.

5 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.

pios constitucionais assim não autorizam, a duas porque toda a sociedade mundial reclama o combate a essa prática discriminatória.

Argumenta que a reintegração determinada pela Egrégia Segunda Turma, no julgamento do Recurso de Revista, não viola o art. 7º, inciso I, da Constituição, pois o caso exposto nos autos além de mostra-se como dispensa arbitrária é, sobretudo, discriminatória.

Assim, aplica o artigo 8º da CLT, que autoriza a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, a decidir com base na jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios gerais de direito e, também, de acordo os usos e costumes e o direito comparado, fazendo, sempre, prevalecer o interesse público sobre o particular.

Importante ressaltar que no julgamento dos embargos o Tribunal salienta que não se está criando nenhum tipo de estabilidade ao portador de doença grave, pois, aí sim, estaria o Poder Judiciário invadindo a seara do Poder Legislativo e se distanciando das prescrições legais, que são claras no sentido de assegurar esse benefício apenas em algumas circunstâncias, como, por exemplo, a da gestante, dentre outras. Afirmo que a reintegração tem por finalidade dar cumprimento aos dispositivos constitucionais e legais, bem como às normas e recomendações internacionais que vedam práticas discriminatórias dirigidas a qualquer ser humano. Assim aduz a decisão: “sempre que o empregador despedir o empregado por discriminação, seja por motivo de doença, raça, religião, convicção política, entre outros, a solução do litígio culminará, inevitavelmente, com a reintegração do funcionário.”

Segundo a decisão em comento, a nulidade da despedida discriminatória, com a determinação judicial para a conseqüente reintegração, encontra amparo no artigo 9º da CLT que prescreve: “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação.”

Além dos aspectos jurídicos expostos na decisão, os julgadores se manifestaram sobre o ponto de vista social e humanitário a impedir a conduta discriminatória.

Do ponto de vista social, alerta a decisão para o fato de que o papel social dos empresários não se restringe apenas à obtenção de lucro para suas empresas. Ao contrário, a atividade empresarial deve ser desenvolvida na busca pela justiça social, distribuição de riquezas, bem estar das comunidades, com geração de empregos e de impostos para os cofres públicos, ou seja, atendendo à função social da empresa dentro da sociedade.

Do ponto de vista humanitário, não se admite que o trabalhador seja descartado apenas por ser portador de doença grave, sem que se busque uma solução digna para o problema.

A decisão também enfrenta a problemática acerca das consequências da doença para a execução do contrato. Menciona que a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) se transmite através de contato sexual e pelo sangue, não havendo riscos de contágio pelo trato normal entre empregados de uma determinada empresa. Se, mesmo doente, o empregado não se encontra inabilitado para o trabalho, ou seja, o vírus não prejudica seu desempenho no serviço, nada obsta a reintegração. Lado outro, se os efeitos da doença impedem o empregado de trabalhar, este deve ser encaminhado à Previdência Social, para fins de concessão de benefício previdenciário, conforme Lei 7.670, de 8 de setembro de 1988⁶.

A decisão está atenta a uma particularidade do caso concreto, quando menciona: “também é relevante, no caso dos autos, o grande porte da empresa demandada, fato que favorece a perfeita integração do empregado no ambiente de trabalho, havendo a possibilidade, inclusive, de recolocação do funcionário em várias atividades compatíveis com a sua condição.”

Os embargos não foram conhecidos, posto que nenhum dos para-

⁶ Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica: I - a concessão de: a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952; b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952; c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980; d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei nº 3.738, de 4 de abril de 1960; e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes.

digmas cotejados trata do fundamento central da decisão embargada, qual seja, a caracterização de dispensa por motivo de discriminação, limitando-se a dispor sobre a eficácia do artigo 7º, I, CR/88, não configuradas as hipóteses do artigo 894 da CLT.⁷

3. APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Na análise do caso exposto (E-RR-217791-22.1995.5.09.555), observa-se que o TST deparou-se com uma colisão entre princípios previstos constitucionalmente, quais sejam, livre iniciativa *versus* direito à igualdade de tratamento, com proibição de discriminação.

São fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre outros, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, Constituição Federal).

Na lição de Alexandre Agra Belmonte:

A livre iniciativa compreende a liberdade de empresa, assim entendida a de criar, organizar e definir o objeto da atividade econômica direcionada ao acesso ao mercado, mas também a liberdade de formação de outras entidades destinadas ao atendimento de interesses de outros setores, caso das organizações beneficentes e religiosas. Num caso ou no outro, envolve o trabalho humano e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa na execução desse trabalho.⁸

⁷ Art. 894. No Tribunal Superior do Trabalho cabem embargos, no prazo de 8 (oito) dias: I - de decisão não unânime de julgamento que:

a) conciliar, julgar ou homologar conciliação em dissídios coletivos que excedam a competência territorial dos Tribunais Regionais do Trabalho e estender ou rever as sentenças normativas do Tribunal Superior do Trabalho, nos casos previstos em lei; e

b) (vetado)

II - das decisões das Turmas que divergirem entre si, ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

⁸ BELMONTE, Alexandre Agra. *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho*: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013, p. 25.

Note-se que o próprio conceito de livre iniciativa exposto não descarta a valorização da pessoa e do trabalho humano. Dessa forma, os indivíduos e empresas têm o direito de exercer suas atividades econômicas sem interferência abusiva do Estado. A livre iniciativa representa também um valor, um ideal do sistema capitalista, na medida em que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Consequentemente, entende-se a livre iniciativa como fundamento constitucional aos poderes empregatícios, visto que é um direito fundamental.

Conforme ensina José Afonso da Silva: “a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato”⁹, sendo princípio básico do liberalismo econômico.

A liberdade de iniciativa econômica privada, na atual ordem constitucional, submete-se à realização da justiça social, consistindo na liberdade de desenvolvimento da empresa nos parâmetros estabelecidos pelo poder público, refletindo em benefícios e limitações impostas pelo mesmo. A Constituição, embora valorize a livre iniciativa, concede prioridade aos valores do trabalho humano, buscando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A harmonização dessa justiça social com a economia de mercado, nós a obteremos com a observância das normas fixadas no Título VII da Carta Magna, relativas à ordem econômica, notadamente dos princípios expressamente consagrados no artigo 170 do texto constitucional.¹⁰

Assim, a Constituição da República, ao eleger a livre iniciativa, juntamente com a valorização do trabalho humano, como fundamentos do Estado de Direito, reconhece o sistema capitalista no país, bem como a

9 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 795.

10 DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522470211/page/783>>. Acesso em 04 maio 2013, p. 78

propriedade dos meios de produção, mas condicionado ao fato de que tal propriedade assuma uma função social (ou socioambiental).

Acerca da dignidade da pessoa humana, destaca Ingo Wolfgang Sarlet¹¹, que:

Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia 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, perseguição em virtude de motivos religiosos, etc. (...). O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Ressalta-se que o princípio da igualdade não é absoluto, razão pela qual as diferenciações são admitidas, sempre que justificadas e providas de finalidade relevante. Nesse sentido, ensina Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho¹²:

A ideia de igualdade na singularidade e na diferença inspira na própria Constituição a instituição de distinções. Assim, as despeito de proibir a discriminação em função do sexo, a Constituição conferiu licença à gestante (art. 7º, XVIII) e fixou regras mais favoráveis à aposentação da servidora pública.

O caso narrado nos autos trata da possibilidade de limitar o exercício do direito potestativo do empregador de efetuar a rescisão unilateral do

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001, p. 110-111.

12 COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. Igualdade. TRAVESSONI, Alexandre (coordenador geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011, p. 217.

contrato de trabalho dos empregados portadores de doença grave, como o vírus HIV.

É notório que o empregador detém os poderes empregatícios, fundamentados constitucionalmente na livre iniciativa, podendo, em regra, exercer o direito potestativo de contratar e demitir seus empregados da forma que lhe parecer mais favorável para consecução de seu empreendimento. A motivação jurídica do ato empresarial de ruptura contratual há décadas não tem sido prevalente no direito brasileiro, salvo os casos em que o trabalhador é beneficiário de alguma garantia no emprego, por exemplo, o caso da gestante (art. 10, II, b, ADCT/CR88).

Ensina Maurício Godinho Delgado¹³:

A regra geral das últimas décadas tem sido o critério da dispensa desmotivada (isto é, sem motivo jurídico relevante, embora, é claro, haja uma causa para a ruptura, que reside na só-vontade do empregador); trata-se da denúncia vazia do contrato empregatício, através da chamada despedida injusta do empregado.

Contudo, não se pode negar que a análise da ordem jurídica pode nos levar a situações de limitação dessa prerrogativa, por exemplo, quando houver no ato da demissão conduta discriminatória, apta a violar o direito fundamental à igualdade de tratamento, com proibição de discriminação, previstas no art. 5º, incisos I e IV e preâmbulo da Constituição Federal.

Essa é a discussão central realizada pelo TST, ou seja, a possibilidade de limitação do exercício do direito potestativo de demitir, quando este for exercido com intuito manifestamente discriminatório.

O caso concreto que chegou ao conhecimento do TST trata de um empregado que acionou o poder judiciário trabalhista, após ser demitido sem justa causa, requerendo reintegração no emprego e pagamento das verbas devidas desde a dispensa irregular, sob o fundamento de que a demissão

¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 1058.

teria sido implementada com fundamento em tratamento discriminatório, por ser portador do vírus HIV.

Como relatado, a empresa reclamada alegou que não há norma jurídica expressa que garanta direito à estabilidade no emprego aos portadores de doença grave, como a AIDS, sendo possível a demissão arbitrária ou sem justa causa, desde que indenizado o trabalhador de todas as verbas rescisórias a que faz *juz*, sendo indevida a reintegração.

Nesse sentido, coube ao Tribunal decidir: qual princípio deve prevalecer nessa colisão concreta: a livre iniciativa do empregador, expressa pelo exercício do direito potestativo de efetuar dispensas arbitrárias ou sem justa causa, desde que não impedido expressamente por lei (casos de estabilidade) ou o direito do empregado à igualdade de tratamento, com a consequente proibição de discriminação?

Logo, apresenta-se um caso típico de colisão de princípios.

Salienta-se que, embora o TST não tenha mencionado expressamente o uso da teoria de Robert Alexy para a solução da colisão entre princípios, da análise dos argumentos expostos pelo relator do recurso, pode-se inferir o uso da ponderação para a construção de uma solução para o caso.

Ensina Robert Alexy¹⁴ que ocorre colisão entre princípios e conflitos entre regras sempre que duas normas, se isoladamente aplicadas, levam a resultados inconciliáveis entre si, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. Para solucionar um conflito de regras, deve ser introduzida uma cláusula de exceção, que elimine o conflito, em uma das regras ou declarada a invalidade de uma das regras. Por outro lado, havendo colisão entre princípios, a solução seria completamente diversa. Havendo colisão entre princípios, um deles deve ceder, o que não significa que o princípio cedente seja considerado inválido, muito menos que seja introduzida uma cláusula de exceção a um dos princípios, mas que um dos princípios tem precedência em relação a outro, naquela situação concreta e sob determinadas condições.

14 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

Segundo o autor mencionado: “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”¹⁵ Conclui o citado autor que os princípios são mandamentos de otimização caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus. Isso significa que os princípios têm pesos diferentes e que aqueles com maior peso, naquele caso, devem ter precedência, ou seja, a colisão entre dois princípios válidos ocorre na dimensão do peso.

O sopesamento dos interesses conflitantes pode nos fornecer uma solução para a colisão entre princípios, logo, “o objetivo deste sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.”¹⁶ Ou seja, qual interesse deve prevalecer: o interesse do empregador em exercer seu direito potestativo de livremente demitir seus empregados, no exercício da livre iniciativa, ou o interesse do empregado, em ter preservado seu contrato, mediante proibição de discriminação, por ser portador de uma doença grave que cause estigma ou preconceito?

Na lição de Robert Alexy¹⁷:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de *condições* sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

O caso concreto, objeto de análise, trata da presunção relativa de discriminação na demissão imotivada de empregados portadores de doença grave, como o HIV.

Há muito o TST vem entendendo que se presume discriminatória

15 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ob. cit, p. 90.

16 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ob. cit, p. 95.

17 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ob. cit, p. 96.

a demissão sem justa causa de portadores de doenças graves que causem estigma ou preconceito¹⁸. Ressalta-se a controvérsia do caso, onde estão em conflito princípios constitucionais como a livre iniciativa de um lado e o direito a tratamento igualitário, com proibição de discriminação, de outro¹⁹.

Como mostram as decisões que serviram de precedentes para a edição da Súmula 443 do TST, particularmente nesse trabalho a apresentação do E-RR-217791-22.1995.5.09.555, estamos diante de um caso difícil (*hard case*), onde não está tão evidente qual dos litigantes está com a razão, motivo pelo qual se deve lançar mão do postulado da ponderação.

Entende Robert Alexy²⁰:

Em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.

Segundo Alexy²¹, isso ocorre por, basicamente, quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) a possibilidade de haver casos que ainda não foram regulamentados juridicamente, (4) a possibilidade de uma decisão que contraria

18 Nesse sentido, RR-119500-97.2002.509.0007, 1ª Turma, relator Min. Lélío Bentes Corrêa, DEJT 23.03.2012, julgamento 03.08.2011, no qual se decidiu pela nulidade do ato demissional de empregado acometido de neoplasia nodular epiteloide, por entender que referida dispensa foi discriminatória e arbitrária. No mesmo sentido, no julgamento do RR-18900-65.2003.5.15.0072, 1ª Turma, relator Ministro Vieira de Melo Filho, o Tribunal determinou a reintegração de empregado portador de cardiopatia grave, com risco de morte súbita, por entender que a dispensa foi arbitrária e discriminatória. Também RR-105500-32.2008.5.04.0101, 3ª Turma, relatora Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 05.08.2011, julgamento 29.06.2011, onde foi determinada a reintegração de trabalhador portador de esquizofrenia, por entender que a dispensa foi arbitrária.

19 Cita-se ainda, na defesa do valor social do trabalho, a proteção à dignidade e à saúde do trabalhador, que acometido de uma doença grave teria pouquíssimas chances de se recolocar no mercado de trabalho após a demissão: TST, 6ª Turma, RR 317800-64.2008.5.12.0054, relator Ministro Maurício Godinho Delgado. Julgamento: 01 junho 2011.

20 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

21 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Ob. cit., p. 19-20.

a literalidade da norma, em casos especiais.

Importante salientar que o principal argumento dos reclamados que são condenados a reintegrar os trabalhadores doentes é no sentido de inexistência de norma expressa que garanta o emprego aos portadores de doença grave, sustentando que a reintegração do obreiro portador de doença grave não encontra guarida no ordenamento jurídico, posto que o artigo 7º, inciso I da Constituição que garante a todos os trabalhadores relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa carece de regulamentação.

Para melhor análise da colisão e aplicação da ponderação, tendo em vista a relação de precedência condicionada, os princípios colidentes no caso da demissão sem justa causa de portadores de HIV serão chamados de P_1 : direito de exercer o direito potestativo de demitir sem justa causa, fundamentado na livre iniciativa e P_2 : direito a igualdade de tratamento, com proibição de discriminação. Para as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro, utiliza-se o sinal C.

Conforme explicitado, estamos diante de uma relação de precedência condicionada, onde não há, *prima facie*, um princípio que precede de forma absoluta sobre o outro, logo, necessária a análise das condições fáticas verificadas no caso. Como ensina Alexy, na relação de precedência condicionada “a questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder”.²² Como narrado, a demissão ocorreu nas seguintes condições (C): trabalhador portador do vírus HIV, trabalhador em condições físicas e emocionais de executar o contrato, dispensa arbitrária ou sem justa causa, dispensa discriminatória tendo em vista a condição de doença do obreiro.

Isoladamente considerados, P_1 e P_2 levariam a situações concretas de dever-ser contraditórias entre si: P_1 levaria a: “é permitida a realização da dispensa arbitrária ou sem justa causa, quando não há expressa vedação em

²² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Ob. cit, p. 97.

lei, por ser manifestação do direito potestativo de por fim ao contrato de trabalho, decorrente da livre iniciativa” e P_2 : “é proibido efetuar dispensas arbitrárias e discriminatórias, tendo em vista motivo de doença, por violar o princípio da igualdade ou não discriminação”.

Para chegar à resposta sobre qual princípio deve prevalecer, usa-se o que o Tribunal Constitucional Federal chama de “metáfora do peso”, ou seja, no caso concreto, qual interesse tem um peso significativamente maior?

Prevalecendo P_1 , tem-se a solução: autorização para demissão arbitrária ou sem justa causa do trabalhador portador de doença grave, com pagamento de todas as verbas trabalhistas devidas (S_1), com a prevalência do direito de exercer a livre iniciativa, fazendo uso do direito potestativo de efetuar a rescisão unilateral do contrato de trabalho, salvo vedação expressa em lei (casos de estabilidade).

Prevalecendo P_2 , tem-se a solução: proibição de demissão arbitrária ou sem justa causa do trabalhador portador de doença grave, por presunção de discriminação (S_2), com a consequente reintegração no emprego desse obreiro, com pagamento de todas as verbas salariais desde a dispensa irregular.

Em S_1 , a restrição ao direito à igualdade de tratamento com proibição de discriminação é grave, posto que a doença grave é usada como motivação para a dispensa, num verdadeiro descarte do trabalhador doente pelo empregador, excluindo-o não apenas do mercado de trabalho, mas também da proteção previdenciária.

Em S_2 , a restrição à livre iniciativa por limitação ao direito potestativo de efetuar demissões arbitrárias ou sem justa causa de trabalhadores acometidos de doenças graves pode ser tida como leve, posto que embora limite o exercício do direito de livremente demitir os empregados (rescisão unilateral), o faz com o objetivo de proibir demissão que tenha como fundamento motivo de discriminação de qualquer natureza. A lesão poder ser tida como leve pois, embora limite a atuação empresarial, não se pode admitir que o exercício da atividade econômica tenha como único fim a obtenção de lucro, sem atentar para o aspecto social da empresa, qual seja,

fomentar o emprego, integrar os trabalhadores ao mercado de trabalho e ao sistema previdenciário, implementar o valor social do trabalho, preservar a dignidade do trabalhador.

Mais uma vez repita-se, sob essas condições narradas (C) o direito à igualdade de tratamento com proibição de discriminação prevalece sobre o direito potestativo de demitir, no exercício da livre iniciativa, ou seja, $P_2 \mathbf{PP}_1$.

Salienta-se, como o fez a decisão judicial analisada, que caso não se verifique uma das condições mencionadas, qual seja, aptidão física e mental do trabalhador para a execução do contrato, não haveria solução diversa para o caso, posto que, se os efeitos da doença estão impedindo o trabalhador de executar suas obrigações contratuais, este deve ser encaminhado à Previdência Social para fins de recebimento de benefício previdenciário.

4. CONCLUSÃO

O TST, em setembro de 2012, editou a Súmula 443, que presume discriminatória a dispensa arbitrária de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Na análise dos precedentes que deram origem ao verbete, mormente o E-RR-217791-22.1995.5.09.555, verifica-se a colisão entre dois princípios assegurados constitucionalmente: livre iniciativa, como fundamento ao direito potestativo de efetuar a rescisão unilateral do contrato de trabalho e direito fundamental à igualdade de tratamento, com proibição de discriminação.

Nessa colisão de princípios, o Tribunal fez uso da ponderação para identificar qual princípio, no caso concreto julgado, tem maior peso e, consequentemente, tem precedência sobre o outro.

Embora se reconheça a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil, esta deve ser exercida sempre conjugada com o valor social do trabalho, conforme determina o próprio texto constitucional (artigos 1º, IV e 170, CR/88). Logo, andou bem o TST ao limitar a livre

iniciativa para proibir dispensas que, além de arbitrárias, sejam discriminatórias, ou seja, movidas por tratamento violador da igualdade, segundo motivação preconceituosa ou estigmatizante. Essa é a melhor interpretação dos princípios constitucionais, normas infraconstitucionais e internacionais que repudiam qualquer forma de tratamento discriminatório, inclusive por motivo de doença grave, conforme analisado pelo Tribunal e exposto no presente artigo.

Contudo, não se pode deixar de reconhecer que o TST criou, nesse particular, uma nova hipótese de garantia no emprego, ao presumir discriminatória a demissão sem justa causa do portador do HIV ou outra doença grave que cause estigma ou preconceito. Em que pese o fato de que tal presunção é relativa, não se pode olvidar que, acorde o teor da Súmula 443, a dispensa do empregado portador do vírus da AIDS ou de outra doença grave só poderá ocorrer por justa causa, num verdadeiro limite ao poder potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Logo, conclui-se que nesse caso concreto, o princípio P_2 : direito à igualdade de tratamento, com proibição de discriminação, tem um peso maior que o princípio colidente P_1 : direito de exercer o direito potestativo de demitir sem justa causa, fundamentado na livre iniciativa, sob as condições C , presentes nesse caso, razão pela qual o princípio P_2 deve prevalecer e o princípio P_1 deve ceder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1º maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <<http://senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. **Lei 7.670, de 8 de setembro de 1988**. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências. Disponível em: <<http://senado.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 20 de nov. 2013.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho**: limites e reparações das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013.

CONVENÇÃO Nº 111 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão**. Disponível em <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em 20 nov. 2013.

CONVENÇÃO Nº 117 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Objetivos e normas básicas da política social**. Disponível em <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em 20 nov. 2013.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**. 1.

Vital Source Bookshelf. Editora Atlas, 2012-03-01. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522470211/page/783>>. Acesso em 4 maio 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

GOMES, Fábio Rodrigues. **A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego**: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. *Revista do TST*. Brasília, Vol. 71, n° 3, set/dez 2005, p. 47-77.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Método, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TRAVESSONI, Alexandre (Coordenador Geral). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. São Paulo: LTr, 2011.

Recebido em 27/06/2014 - Aprovado em 17/07/2014