



SUPLEMENTO TRABALHISTA

086/14

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO EMPREGADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Julpiano Chaves Cortez ()*

A dispensa ou despedida do empregado sem justa causa pelo empregador é espécie do gênero resilição do contrato de emprego.

O empregador, segundo a legislação trabalhista, goza do direito potestativo de resilir o contrato de trabalho quando julgar conveniente, salvo nos casos previstos em lei, de estabilidade transitória ou provisória (sindical, cipeiro, gestante, acidentado etc.) e nas situações de violação da dignidade do trabalhador.

Pratica ato discriminatório, quem discrimina, trata mal; segundo o dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, discriminação é ato ou efeito de discriminar. No sentido jurídico, significa ato que quebra o princípio de igualdade, como distinção, exclusão, restrição ou preferências, motivado por raça, cor, sexo, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas.

Doutrinariamente, a discriminação consiste na prática de um tratamento diferenciado, menos favorável que o dispensado a outra pessoa ou grupo, em decorrência de uma relação de trabalho, praticado por qualquer pessoa ou resultante de uma situação de afinidade pessoal de qualquer natureza, antes de sua celebração, durante seu transcurso ou depois de seu término, por qualquer motivo que não possa ser justificado mediante os critérios de proporcionalidade e que tenha por objeto ou resultado prejudi-

car ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício dos direitos laborais ou os direitos humanos e liberdades fundamentais de qualquer natureza, em qualquer campo e aspecto da vida laboral, privada ou pública.⁽¹⁾

Como a sociedade é muito preconceituosa, geralmente o que foge ao padrão preconcebido sofre discriminação, como ocorre nos casos de obesidade, altura, idade, surdez, cegueira, sexo, cor, religião, raça, doença, feiura etc.

A respeito da proibição de práticas discriminatórias, a Lei n. 9.029/1995, art. 1º, *caput*, preceitua:

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 (grifamos).

A Lei em foco, de índole penal, é taxativa e específica os casos de prática discriminatória: *sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade*, não sendo possível a sua aplicação, por analogia, a outras práticas discriminatórias.

Essas práticas costumam ser dissimuladas, como no caso do empregador que dispensa empregado,

(*) Julpiano Chaves Cortez é advogado e autor de várias obras jurídicas publicadas pela LTr Editora.

(1) LIMA, Firmino Alves. *Discriminação*. In: Schwarz, Rodrigo Garcia (organizador). *Dicionário de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário aplicado ao Direito do Trabalho*. 2ª Tiragem. São Paulo LTr, 2012, p. 373.

sabendo que ele é portador do vírus da AIDS, alegando motivação de ordem técnica.

Neste exemplo, a conduta do empregador, livrando-se do trabalhador, portador do vírus da AIDS, é uma prática discriminatória perversa e ilícita.

Com a dispensa, o empregador agride direitos fundamentais ou de personalidade do empregado, violando o princípio protetor da dignidade da pessoa humana.

A atual Constituição, por meio das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, como os direitos à vida, à saúde e ao trabalho e pelos princípios da igualdade, do valor social do trabalho e o da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, não tolera qualquer espécie de prática discriminatória.

A CF/1988 é taxativa, ao estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, direta e que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI e § 1º).

O portador do vírus da AIDS, de forma vetusta, ainda não tem uma garantia formal de estabilidade no emprego prevista pela legislação pátria, o que existe é a *Convenção Internacional* n. 111 da OIT (ratificada pelo Brasil), cominada com o art. 3º, IV, art. 7º, XXX da CRF/1988 e também a Lei n. 7.670/1988 que conjugados com a prova fática da dispensa por discriminação podem implicar reintegração no emprego com os consectários legais.⁽²⁾

De todas as discriminações, segundo *Luiz Otávio Linhares Renault*, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as de que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário, sem salário não há como enfrentar com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não para aí. Na crise atual, obter novo emprego é

tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético.⁽³⁾

Ao empregador, valendo-se do seu poder diretivo e de mando, ressalvadas as exceções, cabe o direito potestativo de resilir o contrato de trabalho quando julgar conveniente, o que deriva do direito fundamental de propriedade assegurado constitucionalmente e, ao empregado são garantidos os direitos de proteção à sua dignidade.

No exemplo, percebe-se que há um choque entre os direitos fundamentais, o de propriedade e os que asseguram a dignidade da pessoa.

Em livro de nossa autoria registramos que na ocorrência de colisão de direitos fundamentais das partes, a sua solução, por não serem os direitos fundamentais absolutos, encontra-se na utilização dos critérios de ponderação e razoabilidade para que um ceda prevalência ao outro.⁽⁴⁾

Não havendo lei que proíba a dispensa do empregado aidético, a solução da questão em apreço deve ser pela prevalência da aplicação dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, não deixando de se considerar a função social da empresa.

Em outras palavras, a solução deve ser pela manutenção do portador do vírus da AIDS no emprego, conforme entendimento do TST por meio da Súmula n. 443:

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. (Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012)

(2) LORENTZ, Lutiana Nacur. *A luta do direito contra a discriminação no trabalho*. In: *Revistas LTr*, 2001, vol. 65, n. 05, p. 524.

(3) TRT 3ª Reg. — RO 0011900-14.2008.5.03.0091.

(4) CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013, p. 53.

SUPLEMENTO TRABALHISTA LTr

Reg. Div. Cens. Div. Públ. DPF nº 1658-p209/73 ISSN 15169146

REDAÇÃO: DIRETOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA - DET - SÃO PAULO 749

REDATOR - ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO - DRT - SÃO PAULO 9.513

PROPRIEDADE DA LTR EDITORA LTDA.

www.ltr.com.br

Redação: Rua Jaguaribe, 571 — Fone/Fax (11) 2167-1101
e-mail: redacao@ltr.com.br — CEP 01224-001 — São Paulo - SP
Vendas: Rua Jaguaribe, 571 — Fone/Fax: (11) 2167-1101
CEP 01224-001 — São Paulo — SP

Composição: Linotec — (11) 3208-9121
Impressão: Editora Gráficos Unidos
Rua Bueno de Andrade, 218 — (11) 3208-4321