

**DISCRIMINAÇÃO - DEMISSÃO IMOTIVADA - INSEGURANÇA JURÍDICA -
COMANDOS INCONSISTENTES- ENTREGA DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL: REINTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR; ÔNUS DA
PROVA DE FATO NEGATIVO; E REGRA CONSTITUCIONAL MODERADA**

Por Eduardo Ribeiroⁱ

Antes de tudo, faz-se referência ao julgado da alta corte que segue adiante, para a introdução de tema atual discutido na entrega da prestação jurisdicional.

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".¹

Trata-se da mesma política de decidir de um julgado precedente, a seguir:

"Ato discriminatório de demissão de empregado portador do vírus HIV/AIDS. Ônus da prova (qual parte deve provar tal fato em questão). O empregador jamais assume a prática discriminatória, atribuindo-se a razões aparentemente objetivas, por se tratar de direito potestativo (a demissão imotivada com o pagamento da indenização do FGTS). (...) Uma vez comprovado em juízo que o empregado demitido era soropositivo, deve a empresa provar que o ato de desligamento não foi discriminatório, sob pena de ser forçada a reintegrá-lo".²

¹ PROCESSO Nº TST-RR-112900-36.2005.5.02.0432 (grifos nossos)

² TRT 8a Região 00364-2001-106-08-00-1, decisão proferida em 1o de abril de 2003 (parênteses nossos).

Discute-se a questão de discriminação ao trabalhador, seguida de uma demissão imotivada. As razões sobre as quais o poder judiciário vêm decidindo esta questão, atualmente, é o objeto de estudo deste artigo. Em especial, a insegurança jurídica.

OS 3 (TRÊS) COMANDOS EQUIVOCADOS DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PARA CASOS DE ALEGAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO E DEMISSÃO IMOTIVADA

Os fundamentos analisados nas razões de decidir do Tribunal Superior do Trabalho para o tema discriminação e demissão arbitrária (vide as decisões colacionadas) trazem ao ordenamento jurídico, ao menos, 3 (três) situações criticadas por este artigo.

Inicialmente, por oportuno, não se questiona, aqui, o mérito sobre práticas discriminatórias contra indivíduos soropositivos do HIV e a luta digna e desejável de evitar a discriminação da sociedade contra quaisquer minorias porventura discriminadas.

A análise a seguir é sistemática científica e jurídica apenas.

PRIMEIRA DELIBERAÇÃO EQUIVOCADA DO TST - REINTEGRAÇÃO - CUSTOS DE TRANSAÇÃO - PERDAS E DANOS SERIA (OU NÃO) RECOMENDÁVEL?

Imagina-se uma situação totalmente antagônica e insustentável no ambiente de trabalho entre determinado empregado e outro(s) empregado(s) ou o próprio empregador. Na espécie, quando não faz o menor sentido prosseguir a relação de emprego entre as partes.

Quando não há como manter a convivência múltipla no contrato de trabalho, já há referência legal que pode ser utilizada, conhecida para casos de impossibilidade de manutenção da relação de emprego entre empregador e empregado portador de estabilidade provisória: transigir os direitos e o deslinde da prestação jurisdicional direcionar a solução para a indenização via perdas e danos.

Além da questão de a relação contratual entre as partes ser insustentável, nesta específica situação, há estudos desenvolvidos pela Escola Econômica do Direito, de Chicago, comprovando que o desdobramento em perdas e danos geraria menores custos de transação do que a manutenção da relação entre as partes³. **Caberia ao Poder Judiciário Trabalhista declarar e impor que, mesmo contra as vontades das partes, elas devem se manter contratadas?**

É certo, por outro lado, que se o objetivo da lei é promover o máximo de obstruções a atos ilícitos, o raciocínio econômico da Escola de Chicago proporia um problema - pois significaria dizer, por outro lado: violar a lei e pagar perdas e danos⁴.

Todavia, neste particular específico, uma vez ocorrido o evento e a demissão, creio que a melhor situação seria a conversão de indenização em perdas e danos. Trata-se de situação imprevisível de se cogitar o comportamento das partes envolvidas em situação de reintegração. No popular, seria como "colocar mais lenha na fogueira".

Não acredito que a reintegração serviria como exemplo para deter violações de discriminação na relação de emprego. E penso, mais de uma vez, se, uma vez discriminada, não existiriam retaliações à vítima no ambiente de trabalho, com a ordem de reintegração pelo judiciário.

³ Posner, Richard A., "in" *Economic Analysis of Law*, 5th Edition. Little Brown. 1998.

⁴ Laycock, Douglas., "in" *Modern American Remedies*, 3th Edition. Aspen Law and Business. 2002

Creio que uma indenização proporcional à ofensa, e se utilizando dos critérios e parâmetros de quantificação do dano moral, não poderia ser mais "assustadora" para deter a violação da lei pelo ofensor e tentar repor o "status quo" da vítima, caso não houvesse sofrido lesão à sua esfera pessoal.

SEGUNDA DELIBERAÇÃO EQUIVOCADA DO TST - PRESUNÇÃO E ÔNUS DA PROVA - UMA VEZ ALEGADA VÍTIMA DE DISCRIMINAÇÃO (OU COMPROVADO O AUTOR SER PORTADOR DO VÍRUS HIV), CABE AO EMPREGADOR FAZER A PROVA QUE NÃO DEMITIU O EX-EMPREGADO POR DISCRIMINAÇÃO.

Observe-se novamente o texto das ementas acima; *e.g.*: *"Uma vez comprovado em juízo que o empregado demitido era soropositivo, deve a empresa provar que o ato de desligamento não foi discriminatório, sob pena de ser forçada a reintegrá-lo."*

Pergunta-se: como se provaria que um determinado fato não foi exatamente o fato que ocorreu? O jogo de palavras para a prova do fato negativo é interessante, porque seria exatamente este jogo de palavras que explicitaria claramente a incoerência lógica da sua proposição.

Em juízo, as partes fazem prova sobre aquilo que de fato existiu. Provar que um fato não existiu (a demissão por discriminação) não significa necessariamente comprovar que o fato existiu (a discriminação).

Este viés da decisão, por meio do qual se transfere à empresa o ônus de produzir a prova da demissão e, na segunda ementa, quase que alçada ao status de presunção judicial, agride a regra geral de produção de provas, que diz que cabe provar em juízo aquele que alega o fato⁵.

⁵ Artigo 331 do Código de Processo Civil combinado com o artigo 9o da CLT.

E não caberia inversão do ônus da prova neste particular, ou a criação de qualquer presunção específica, não somente em virtude de acarretar a produção de prova negativa. **Basta considerar o princípio da habilidade e aptidão da parte para produzir a prova.**

Neste caso, a vítima, até para provar ofensa à sua esfera pessoal, seria a parte com os melhores meios para comprovar o que alega, segundo todos os meios de prova em direito admitidos. A vítima, quando ofendida, poderia arregimentar em juízo todas as alegações de discriminação ocorridas.

E, se ainda houvesse dificuldade de provar o alegado, ou se comprovasse apenas indícios, o juiz sempre teria a possibilidade de se utilizar das máximas da experiência⁶

A TERCEIRA DELIBERAÇÃO DUVIDOSA: A MODERAÇÃO, VIA INTERPRETAÇÃO DO ADCT E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE REGRA CONSTITUCIONAL SOBRE DEMISSÃO IMOTIVADA

Se, por um lado, pode e deve ser moralmente apreciável garantir o emprego a trabalhadores soropositivos; por outro lado, poderia se quebrar o sistema do ordenamento jurídico ao moderar, por interpretação, a regra constante do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e da Constituição Federal.

Após a criação do FGTS, como dito, a demissão imotivada (sem justa causa) pela empresa é faculdade discricionária do empregador. Ou se aplica a regra como disposta, ou não. A norma não diz ser absoluta, tampouco diz ser possível inserir atributos ao seu comando.

⁶ Artigo 335 do Código de Processo Civil.

As decisões judiciais citadas, quanto a este aspecto da demissão discricionária, parece introduzir um aspecto moderador ao comando constitucional.

Em outras palavras, o poder de demitir sem justa causa, antes discricionário do empregador, passa a conter restrições, não sendo mais absoluto. Esta é a justificativa jurídica para a decisão judicial alegada pelos defensores do sistema de reintegração do empregado demitido por discriminação.

Mas a questão então que se apresenta para o futuro é a seguinte: quais casos de "moderação do poder de demitir discricionário do empregador serão moderados e quais não serão"? Constituir-se-ia mais um passivo oculto para o empregador, porque dependente da interpretação de um juiz ou de uma banca de desembargadores?

Havendo algumas circunstâncias ou mero indícios discriminatórios, a parte empregadora estaria sujeita a receber a declaração de demissão nula (que por sistema científico e legal teria que ser arbitrária, com pagamento de indenização), forçando a reintegração do ex-empregado de acordo com o apresentado em "provas de fato negativos"?

Um juiz ou, adicionando-se o fundamento do duplo grau de jurisdição, uns pares de desembargadores, com a devida vênia e profundo respeito, **decidiriam o valor das provas enquanto sujeito arbítrio, ou seja, a eles sendo direcionada a questão, de forma subjetiva?**

QUESTÕES SOBRE A LEI 9.029/95 - CONVENÇÃO 111 DA OIT

Além dos direitos fundamentais dispostos aos cidadãos pela Constituição Federal, em 13 de abril de 1995, foi promulgada a lei 9.029, dando validade à Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho.

Tal norma fez constar a proibição da adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, **ou sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, etnia, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

Segundo esta norma, caso o rompimento da relação de emprego tenha se dado em virtude de discriminação, o empregado poderá optar pela (i) reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento de remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais, ou (ii) a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, que igualmente será corrigida monetariamente e com a aplicação de juros legais.

Aqui pode-se abrir um parênteses relativo ao trabalho do legislador. Indaga-se: não seria melhor fixar apenas a indenização (item ii acima), conforme análise caso a caso, em vez de facultar ao ex-empregado a reintegração, em nítido direcionamento para a continuação do litígio entre as partes? Ainda que se admita que a o reconhecimento da Convenção não venha a representar um conflito contra a regra constitucional e constante da norma do ADCT?

Repisa-se, por oportuno, **que toda forma de discriminação é odiosa**, não somente no curso da relação de emprego. Mas não se configura, como melhor solução científica e salvo melhor juízo, as 3 (três) deliberações seguidas pelos órgãos julgadores acima, sem que se faça uma análise mais detalhada de como entregar a prestação da tutela jurisdicional.

ⁱ Professor de Relações de Trabalho do IBMEC/RJ, Consultor Jurídico em Direito do Trabalho