XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

GRASIELE AUGUSTA FERREIRA NASCIMENTO

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Grasiele Augusta Ferreira Nascimento, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Maria Aurea Baroni Cecato – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-084-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito do trabalho. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

Apresentação

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO II

A presente obra é fruto dos trabalhos científicos apresentados no Grupo do Trabalho intitulado Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado de 11 a 14 de novembro de 2015 em Belo Horizonte.

Os autores, representantes das diversas regiões do país, demonstraram a preocupação com o desenvolvimento social, econômico e sustentável das relações sociais, com artigos sobre meio ambiente do trabalho desenvolvidos dentro dos seguintes eixos temáticos.

Eixos temáticos:

1. Aspectos remuneratórios e ressarcitórios da relação de emprego

2. Discriminação, inclusão e proteção dos vulneráveis

3. Instrumentos de preservação e/ou precarização das condições de trabalho

1. ASPECTOS REMUNERATÓRIOS E RESSARCITÓRIOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Um dos pilares da relação laboral,a retribuição paga ao trabalhador em decorrência do contrato de emprego, apresenta distintas conotações. Retribuição tem o sentido de remunerar algo; é, portanto, expressão genérica que no âmbito laboral costuma ser usada com o termo remuneração (salário acrescido de gorjeta) e que não se confunde com indenização (compensação por danos causados).

A despeito de alguns renomados doutrinadores enquadrarem a indenização como uma espécie de retribuição, citando como exemplo os adicionais ao salário (retribuição paga durante situação adversa de trabalho), é preciso atentar que a teoria da bipartição da

retribuição (salário e gorjeta) tem respaldo no texto legal (CLT, art. 457) e nas decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais (a exemplo da súmula 63 do TST), considerando os adicionais um salário-condição.

Pelo relevo, cabe destacar que o direito social do trabalhador ao salário justo constitui um pilar para promoção do trabalho decente. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), trabalho decente é um "trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna".

Destarte, a par do salário justo, como contraprestação do contrato de trabalho, há o pagamento de outras verbas de natureza remuneratória que configuram oportunidade de ganho ao empregado e paga por terceiros (a exemplo das gorjetas e gueltas); também, há verbas de essência ressarcitória, para compensar prejuízos de ordem material ou moral sofridos pelo empregado.

É nesse caminho que vários artigos da presente obra se preocupam em abordar temáticas relacionadas à retribuição do labor e à indenização por trabalho em condições precárias, com vistas à efetivação dos direitos humanos dos trabalhadores.

1. (RE)PENSANDO O ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA: O REQUISITO DA PROVISORIEDADE

2. A ETICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL JUSLABORAL A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: a concepção individualista da responsabilidade civil x a concepção social do Direito de Danos

3. SUSTENTABILIDADE E RESPEITO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: A RESPONSABILIDADE CIVIL EM PROL DA VALORIZAÇÃO HUMANA E DA REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

4. A SAÚDE DO TRABALHADOR E O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: A EVOLUÇÃO DA PREOCUPAÇÃO A PARTIR DA DECISÃO ACOLHENDO A ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

5. MEIO AMBIENTE LABORAL: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

6. AUTONOMIA SINDICAL E O PRINCÍPIO DA PUREZA: REFLEXÕES A PARTIR DE UMA INTERLOCUÇÃO ENTRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A LEY ORGÁNICA DEL TRABAJO (LOT) VENEZUELANA

7. DANO EXISTENCIAL: a especificidade do instituto desvelado a partir da violação ao direito de desconexão do emprego

8. STOCK OPTIONS NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

2 DISCRIMINAÇÃO, INCLUSÃO E PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS

O mercado de trabalho vem enfrentando diversos problemas decorrentes da alta competitividade entre os trabalhadores, da ausência de respeito entre os pares e da exploração da mão-de-obra.

Entre os principais problemas, destacam-se as diversas formas de discriminação sofridas pelos trabalhadores, sobretudo em relação ao trabalho da mulher, de crianças, adolescentes e deficientes, o enfrentamento de violência física e, sobretudo, psicológica, assim como a exploração de trabalhadores, como é o caso dos trabalhos análogos à escravidão.

Diante dessa realidade, cabe ao Direito do Trabalho estabelecer regras de proteção aos vulneráveis, com o objetivo de evitar e combater as discriminações e promover a inclusão no mercado de trabalho, garantindo a efetividade do direito ao emprego e a manutenção da sadia qualidade de vida do trabalhador.

Desta forma, os artigos que compõem o eixo temático discriminação, inclusão e proteção dos vulneráveis apresentam debates atuais e de grande importância para o Direito do Trabalho contemporâneo.

1. UMA ANÁLISE DO PACTO DE NÃO CONCORRÊNCIA APÓS O TÉRMINO DA RELAÇÃO DE EMPREGO SOB UMA ÓTICA CONSTITUCIONAL

2. O TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL NO DIREITO BRASILEIRO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICADA E A (DES)PROTEÇÃO AOS ARTISTAS MIRINS

3. O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: ENTRE ARTE E (I)LEGALIDADE

4. O ASSÉDIO MORAL POR EXCESSO DE TRABALHO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

5. A SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O ATIVISMO JUDICIAL: A DEFESA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NÃO SELETIVA

6. COTAS TRABALHISTAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

7. AS NOVAS MODALIDADES DE RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DISPENSA DISCRIMINATÓRIA, DISPENSA COLETIVA E DISPENSA RELÂMPAGO

8. ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

9. A LISTA SUJA COMO INSTRUMENTO EFICIENTE PARA REPRIMIR A EXPLORAÇÃO DE MÃO DE OBRA EM CONDIÇÕES SEMELHANTES À ESCRAVIDÃO

10. O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO NAS RELAÇÕES LABORAIS A CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DA ONU, DE 2006 E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

3. INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO E/OU PRECARIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

O momento da História em que as sociedades decidem regulamentar as relações laborais é originário da compreensão da imprescindibilidade de imposição de limites aos processos de precarização e de deterioração das relações que se estabelecem entre tomador e prestador de serviços, assim como das condições de realização das tarefas que cabem a este último na chamada relação de emprego ou relação de trabalho subordinado. Tais limites são impostos basicamente pela intervenção do Estado, através da adoção de instrumentos de preservação dessas mesmas relações e condições de trabalho, assim como pela criação de medidas de proteção daquele que labora por conta de outrem.

Esse conjunto de normas, princípios e instituições que formam o chamado DIREITO DO TRABALHO, regulador da relação empregado-empregador foi e sempre será uma tentativa

de conciliar os interesses e discordâncias que naturalmente exsurgem da interação capital-trabalho, em movimentos que são por vezes de conquistas e por outras de concessões para as partes envolvidas.

Nada obstante, ainda que instrumento de viabilidade e estabilidade do capitalismo, o DIREITO DO TRABALHO assegura um patamar mínimo de direitos ao trabalhador, direitos esses imprescindíveis ao exercício da cidadania e mostra-se relevante meio de afirmação socioeconômica, identificando-se, ao mesmo tempo, como instrumento de harmonia da convivência social e estabilizador do Estado democrático de direito.

Em suma, conquanto se observe, no direito do trabalho, característica fortemente econômica e voltada para a garantia e exequibilidade da economia de mercado, não há que se olvidar que ele está alicerçado no valor social do trabalho, princípio da Constituição da República Federativa do Brasil intimamente ligado à decência no labor. Nesse sentido, parte relevante dele é constituída pelos direitos fundamentais laborais, constituídos como limites jurídicos, políticos e éticos impostos ao próprio capitalismo, congruentes, portanto, com a dignidade humana do trabalhador.

1. (RE)PENSANDO OS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM ENGENHARIA DE SEGURANÇA E EM MEDICINA DO TRABALHO: DIAGNÓSTICOS E DESAFIOS PARA A CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

2. SENSOS DO TRABALHO E DIGNIDADE HUMANA COMO PONTOS DE RESISTÊNCIA AO CONTEXTO GLOBAL DE PRECARIZAÇÃO

3. VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO: UMA PROMESSA CONSTITUCIONAL NÃO CUMPRIDA

4. TRABALHO DECENTE, TRABALHO DIGNO E TRABALHO SIGNIFICATIVO: A EVOLUÇÃO DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

5. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: ANÁLISE A PARTIR DO OLHAR DO PROFESSOR EVERALDO GASPAR LOPES DE ANDRADE

6. OS LIMITES DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NO CONTROLE DOS E-MAILS CORPORATIVOS E MÍDIAS SOCIAIS UTILIZADOS PELO EMPREGADO

7. PROJETO DE LEI 4330/04 - NOVOS RUMOS DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

8. O TRABALHO ESTRANHADO E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA SOCIEDADE CAPITALISTA MODERNA: UM ESTUDO COM BASE NA TEORIA MARXIANA

9. LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NAS EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÃO

10. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E POLÍTICA FUNDIÁRIA: REFLEXÕES SOBRE O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO RURAL SAUDÁVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NO CAMPO

11. FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA: SEGURANÇA OU PREZARIZAÇÃO DO TRABALHO?

12. DA COMPREENSÃO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO COMO RESPOSTA À INTERNACIONALIZAÇÃO DO CAPITAL E À NOVA DIVISÃO DO TRABALHO

A SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O ATIVISMO JUDICIAL: A DEFESA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NÃO SELETIVA

THE PRECEDENT 443 OF THE SUPERIOR LABOR COURT AND JUDICIAL ACTIVISM: THE DEFENSE OF A NON SELECTIVE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS

Humberto Lima de Lucena Filho
Marcela Moreno Branco

Resumo

O presente trabalho dedica-se à análise da súmula 443 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que trata da presunção de dispensa discriminatória do empregado portador de doença que cause estigma social, sob a perspectiva do ativismo judicial no direito laboral brasileiro e sua influência objetiva no direito material e processual do trabalho na perspectiva de uma hermenêutica constitucional não unívoca. Busca, ainda, conceituar o instituto da estabilidade para que se possa configurar os malefícios e equívocos dela decorrentes. Conclui, portanto, pelo excesso ínsito na analogia que consubstanciou o posicionamento judicial reiterado. A pesquisa observa o método lógico-dedutivo operacionalizado pelo auxílio da revisão bibliográfica, posicionamento jurisprudencial e legislação aplicável

Palavras-chave: Poder judiciário, Ativismo judicial, Estabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper is dedicated to the analysis of the Precedent 443 of the Superior Labor Court, which deals with the discriminatory dismissal presumption of those labor with social stigma diseases from the perspective of judicial activism in the brazilian labor law and its objective influence on law and labor procedure law from the from the perspective of a not univocal constitutional hermeneutics. It aims, also, to conceptualize the stability institute in order to configure the dangers and misconceptions arising from it. Therefore, it concludes that the analogy that embodied the repeated judicial position was excessive. The research points out the logical-deductive method operated by the aid of the literature review, case law and positioning applicable law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Judicial activism, Stability

1 INTRODUÇÃO

O marco democrático divisor no Brasil pauta-se na Constituição da República Federativa de 1988 (CF/88). Inegavelmente, sua promulgação e sua publicação trouxe à baila direitos, institutos, aspirações nunca antes vivenciadas no Brasil. Consolidaram-se como espectros de Poder o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, possuindo, teoricamente, igualitária importância, diferentes funções, atuando separadamente de um modo geral. No entanto, apesar de brilhantemente redigida, acura eficácia em bastantes dispositivos da CF/88.

Um Estado Constitucional com tríplice base de Poder, no qual o Legislativo se afirma pela sua omissão em regulamentar e viabilizar a aplicabilidade dos direitos encartados na Lei Fundamental, o Poder Judiciário tem se sobressaído como agente concretista de tais enunciados prescritivos subjetivos. Assim, os reclames sociais, individuais e coletivos vêm sendo debatidos em lides com enorme clamor social e inquestionável atração midiática. A posição de destaque do Judiciário se dá através de julgados, súmulas e os contornos da sociedade vão se traçando dessa forma, com juízes cada vez mais ativos e, quiçá dizer, proativos, embora o termo possa ser definido de variadas maneiras.

O estudo que se pretende desenvolver neste artigo revolve o ativismo judicial e, mais especificamente, sua prospecção no universo trabalhista no que tange ao tratamento dispensado aos portadores do vírus da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS e demais doenças que causem estigma social, quando dispensados pelo empregador[1]. Exarado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), através da Súmula nº 443, tenciona-se demonstrar que o entendimento judicial acerca do tema vai de encontro ao perpetrado pela Constituição Federal de 1988 (CRFB). O ordenamento jurídico é fundado em princípios, dentre os quais o do valor social do trabalho e o da livre iniciativa, reverberados na função social da propriedade e, portanto, da empresa, bem como na proteção à livre concorrência e cabe aos três poderes constitucionalmente instituídos ponderá-los diante das situações que resplandecem através dos tempos. Essa afirmação tem arrimo na hermenêutica do direito constitucional do trabalho utilizada pelo judiciário trabalhista pela casuística debatida não considerar princípios como o da legalidade estrita, garantia de sobrevivência no Estado Democrático de Direito, tampouco o da livre iniciativa, que se posiciona no mesmo plano da valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica, dentre outros.

No plano trabalhista, o vértice central é cunhado na compatibilização dos princípios da

1Para efeitos de delimitação e recursos didáticos do tema, a referência será sempre em relação à AIDS, porém, o que a ela se aplicar, em termos jurídicos, deve ser estendido às demais patologias.

livre iniciativa e da valorização do labor humano de maneira que andem lado a lado, a preservar a ordem econômica e a dignidade da pessoa humana sob o viés do trabalhador, no caso. A súmula prevê a estabilidade do trabalhador portador do vírus da AIDS e, consequentemente, sua reintegração em caso de dispensa. Caracteriza-se como primordial o debate do tema sumulado, principalmente pela presunção de dispensa discriminatória dele decorrente.

A estabilidade, sendo importante instituto com escopo à proteção do trabalhador, colocando-o não à mercê de despedidas imotivadas, possui como prerrogativa sua concessão, em regra, a casos legalmente delimitados e, ainda assim, de forma provisória, condicionada a evento, não cabível sua outorga com fundamento em verbete, sob pena de afronta constitucional por via reflexa, ferindo de morte princípios expressamente instados.

Haja vista os contornos sociais modificarem-se constantemente incidiram fenômenos jurídicos a possibilitar que o Direito se adaptasse à realidade e os litígios fossem dirimidos com maior presteza. A própria edição de súmulas pelos Tribunais Regionais e Superiores com o intuito de maior segurança jurídica e uniformização da jurisprudência é um dos contornos desse contexto. No mais, o ativismo também se encaixa nesse processo como método de procedência do direito e transformação do ato de julgar conferindo novo papel aos magistrados que saem da posição de meros decodificadores da legislação e passam a prover de maior eficácia os julgados.

Cuida, portanto, o texto em curso de uma breve análise da tese criada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que enseja na reintegração do trabalhador portador do vírus HIV ao local de trabalho após despedida presumida discriminatória, além de questionar a presunção cabal de discriminação que vem sendo proferida exaustivamente pelos tribunais do trabalho e o cabimento da mesma, bem como as consequências do posicionamento jurisprudencial adotado, inclusive quanto ao aspecto econômico.

A estabilidade, tradicionalmente, somente tem sido deferida por norma heterônoma estatal de origem estritamente legislativa. Fora esse caso, há unicamente a possibilidade de concessão unilateral pelo empregador na vigência do contrato de trabalho. Por esta razão, põe-se em comento os principais aspectos ensejadores do entendimento jurisprudencial garantidor da estabilidade aos trabalhadores em apreço, bem como seu confronto quanto ao projeto de lei vetado que objetivava regular a mesma garantia a partir das razões do veto mantido frente ao entendimento jurisprudencialmente orquestrado, passando por esclarecimento a delimitar fenômeno equivocadamente invocado para a solução destes casos, a constitucionalização do direito e sua respectiva interpretação.

Em um primeiro momento, será abordada a súmula 443 do TST, posteriormente, tratar-se-á do ativismo judicial e sua relação com o fenômeno da constitucionalização do direito. Por derradeiro, analisar-se-á a Súmula 443 do TST, bem como a hipótese de concessão de estabilidade por ela inserida no ordenamento brasileiro e a crítica, sob a perspectiva da hermenêutica constitucional não seletiva. Isso se dará por meio do método lógico-dedutivo com análise do Projeto de Lei nº 1.856 de 1999 da Câmara dos Deputados (nº 267/99 no Senado Federal) e da Lei nº 9.029/1995, utilizada como justificativa e fundamento para adoção entendimento sumular a ser analisado.

2 A SÚMULA 443 DO TST: A GARANTIA DE ESTABILIDADE AOS PORTADORES DO VÍRUS HIV

Em 25, 26 e 27 de setembro de 2012, o Tribunal Superior do Trabalho publicou, por meio da Resolução N. 185/2012, a Súmula nº 443, cujo teor é: "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". A Súmula 443 foi confeccionada com base em 22 (vinte e dois) casos de Recurso de Revista apreciados pela Corte Superior Laboral entre os anos de 1995 e 2008. A fundamentação base para essa consagração jurisprudencial tem sido a aplicação por analogia da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995[2]. A *mens legis* do diploma legal mencionado fulcra-se na coibição de específicas práticas discriminatórias atentatórias de direitos individuais. Em seu art. 1º[3], são listadas as situações que acionariam a proteção estatal nesses casos. Essencial asseverar a garantia de emprego ao portador do vírus HIV não está inserido rol.

O diploma legal utilizado como fundamento nos precedentes que desaguaram na edição da súmula (Lei nº 9.029/1995) versa sobre a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, entre outras regras, refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2º, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2º, I) ou a controle de natalidade (art. 2º, II, b), "(...) preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença; ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º)" (MARTINS, 2007, p. 34), não poderá ser utilizado por analogia para reintegração do enfermo

2Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências.

3Art. 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.

ora referenciado[4].

A interpretação extensiva promovida pelo TST é no sentido de alargar o objeto a que a lei se propôs para contemplar, no art. 1º, os trabalhadores descritos no enunciado 443. Porém, mesmo que se fizesse uma leitura constitucional da legislação ordinária, num esforço neoconstitucionalista, a partir do art. 3º, inciso IV[5] e art. 5º, caput, da Constituição da República, duas notas devem ser feitas. A primeira diz respeito ao caráter programático e aberto das normas constitucionais, que indicam um norte a seguir pelo legislador constituinte ordinário, contudo, isto não significa que as normas infraconstitucionais devam ter seus limites prescritivos sempre alargados em face de um princípio que as informam. Também é verdade que o direito não consegue (nem poderia) disciplinar todas as casuísticas possíveis da vida humana, caso contrário, haveria uma inviabilidade jurídica tamanha que o processo legislativo e suas discussões seriam absolutamente intermináveis pela dinamicidade da vida em sociedade. Em segundo lugar, mesmo a interpretação constitucionalizada do direito comum não deve atentar contra os pressupostos mínimos da lógica e da não-contradição que concatenam o raciocínio jurídico. O ordenamento jurídico não contém lacunas; a legislação sim. A teoria do Direito é formulada por deduções abstratas, que consagram conceitos e conteúdos que mantêm a unidade sistemática e de coerência do sistema. Tudo que for antinômico e fora desta realidade não deve ser mantido dentro do universo interpretativo.

Um efeito contraditório da tese construída pelo TST diz respeito ao ônus probatório e da teoria geral da prova no direito processual. As provas podem ser classificadas como diretas ou indiretas, sendo indiretas aquelas que não se referem ao fato *probandi* e, por raciocínio, chega-se àquele, também denominada de prova indiciária ou por presunção. Qualificando-se a definição de presunção como "aquilo que se admite como verdadeiro" (CAIRO JÚNIOR, 2014, p. 507) inadmissível, portanto, a jurisprudência adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que "ao empregador cumpre o ônus da prova de demonstrar que não discriminou o trabalhador portador de doença grave" (SCHIAVI, 2015, p. 677), haja vista primordialmente a doença não caracterizar efeitos estéticos externos a serem detectados facilmente pelo empregador de modo a ensejar o preconceito, acentuando a gravidade da

4A Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda a discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. Não há referência, também, ao portador de HIV ou doença que suscite preconceito.

5Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

incidência da reintegração baseada em presunção jurisprudencial, mera fumaça tomada como indicadora da discriminação, já que não é propriamente um meio de prova (SCHIAVI, 2015, p. 649).

Em adição a essa realidade, suponha-se que o empregador dispensou o empregado sem que soubesse da sua condição de soropositivo, tal qual o faz como qualquer outro trabalhador, sem que para isto precise motivar o ato tanto para o empregado quanto para o empregador, salvo nas hipóteses de justa causa, com previsão no art. 482, da Consolidação das Leis. Pela literalidade da súmula, o empregador precisaria comprovar um fato negativo em juízo, isto é, provar o que desconhecia, o que não tem sustentação com a mais basilar noção de racionalidade. Diz-se que se prova um fato negativo por meio de um fato positivo que preencha o vazio da inexistência factual. De todo modo, haveria, assim, dois desdobramentos: a um porque o desconhecimento, por si só, não pode ser provado e, por óbvio, está-se diante de uma determinação juridicamente impossível que é explicitamente rechaçada pelo Direito, a exemplo do pedido juridicamente impossível (art. 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil), das condições juridicamente impossíveis, quando suspensivas, que invalidam o negócio jurídico (art. 123, inciso I, do Código Civil) e da impossibilidade do objeto quanto ao negócio jurídico, fulminando-o de nulidade (art. 166, inciso II, do Código Civil).

Caso se exija a prova de que o empregado foi dispensado por ineficiência ou reestruturação dos quadros da empresa, por exemplo, estar-se-ia a criar uma supercategoria de empregados que, mesmo sem previsão constitucional ou legal, precisariam de um tratamento diferenciado em razão de sua condição de enfermidade. Isto implica uma violação dos postulados fundamentais da igualdade formal e substantiva, ou seja, "(...) a garantia de emprego por decisão judicial para o doente de Aids implicaria discriminação e violação ao princípio da igualdade em não o fazer em relação a outras doenças" (MARTINS, 2007, p. 37)[6]. O simbolismo representativo disso, em termos de engenharia e coesão social, é a transferência da responsabilidade de um problema de ordem cultural para o empregador que, até que se prove, não detém responsabilidade objetiva por fatos morais e históricos. Não há que se passar a proteção social à vítima de uma doença aos empregadores, sendo encargo da previdência social, devendo ser por ela suportada, tal qual é incabível a redistribuição dessa tarefa por meio de decisão judicial. Destarte, "(...) a livre-iniciativa, por sua vez, deve ser

6A súmula não chega a apontar quais seriam as outras doenças ensejadoras de estigma deixando campo livre para atuação do magistrado em fazê-lo diante de cada caso e reitere-se que, caso o fizesse, além das já apontadas ilicitudes, somar-se-ia mais essa.

compatibilizada à valorização do trabalho humano." (SILVA NETO, 2013, p. 317) não compelindo "(...) nem o excessivo peso a ser atribuído à liberdade de iniciativa, nem conferir maior densidade aos valores sociais do trabalho" (*Ibidem*), acepção de que inaceitável, por excessiva, a discriminação declarada por prova indiciária ou por presunção. Influi-se não ser cabível estender o instituto da estabilidade de forma temerária como vêm sendo feito calcada em presunção e com caráter de definitividade. Isso se torna ainda mais palpável considerando-se que "(...) no período de soropositividade assintomática, as condições de saúde do obreiro não são afetadas" (BARROS, 2007, p. 12), dificultando a ilação de ciência do empregador ao tempo da dispensa.

Em razão do esposado, no que tange às discriminações, deve-se ter muito cuidado ao aceitar tal tipo de prova, haja vista a condenação no caso em tela consistir em reintegração, em virtude da nulidade da dispensa, ou indenização (caso se tenha por desaconselhado devido ao nível de divergência a reintegração convertendo-a em compensação financeira) - outra opção jurisprudencial recorrente-, por interferir diretamente na estrutura empresarial, em afronta ao princípio constitucionalmente consagrado da propriedade privada, previsto no art. 170[7], inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), balizador da ordem econômica e gênero, assumindo forma no âmbito trabalhista como o poder diretivo do empregador que em uma de suas múltiplas vertentes permite a dispensa sem justa causa.

Outra análise, em termos de política processual judiciária, diz respeito ao papel do direito sumular no âmbito da Justiça do Trabalho. Muito embora, do ponto de vista teórico, a jurisprudência do TST não tenha efeito vinculante quanto aos juízes de primeiro e segundo graus, tampouco quanto ao próprio tribunal, o que se verifica pragmaticamente é uma verdadeira eficácia *erga omnes,* pois "(...) o TST realiza, por suas súmulas, a transmissão da palavra plena e final: plena pela onipotência e final pela irrecorribilidade" (FARAH, 2007, p.188). A força da jurisprudência do TST foi robustecida ainda mais após a aprovação da Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014[8], que elevou os julgamentos reiteradamente consagrados pelo Tribunal a patamar ainda mais elevado e conclusivo acerca do que dispuser, de modo que

---

7Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII- redução das desigualdades regionais e sociais; VIII- busca do pleno emprego; IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

8Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho.

fica caracterizada a lesão irradiante do entendimento consagrado de encontro ao ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Tem-se, por conseguinte, arduamente debatidos os malefícios ensejados pela posição jurisprudencial a agravar a categoria econômica e depreendendo-se não haver palavras inúteis ao redigir e, principalmente, interpretar de uma lei, devendo-se levar em consideração o conjunto de todas as disposições, bem como a carga histórica e semântica contextual presente, imprescindível cautela no sentido de não se servir do direito como fundamento a concessões ilegais ainda que amparadas em elevado caráter social.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

É imprescindível destacar o avanço na sociedade brasileira desde a Assembleia Constituinte que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), reconhecidamente rica e inédita quanto aos direitos individuais e coletivos e meios para que esses possam ser efetivamente assegurados. O papel fundamental nesse processo de concretização de direitos coube ao Poder Judiciário, de modo que "(...) a Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição" (MENDES, 2014, p. 946). Por outro lado, ressalte-se a importância no que diz respeito à garantia dos direitos fundamentais como basilar ao estabelecimento e manutenção da dignidade, de forma que "não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoa" (SARLET, 2015, p. 126).

Estabelecidas algumas premissas, forçoso registrar que "(...) o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (...)" (RAMOS, 2010, p. 107), remetendo à uma omissão institucional desse quanto ao exercício de suas funções de forma a inviabilizar o pleno gozo dos direitos individuais e coletivos. Assim, verifica-se que a solução tripartida não parece mais agradar às comunidades políticas, não sendo propriamente ferido o princípio da separação dos poderes tão só pelo surgimento da figura desse novo juiz ativista, confeccionador de decisões concretizadoras, haja vista se estar diante de uma revisitação e adequação da teoria proposta por Montesquieu a um governo democrático que se desenvolve num Estado de Direito, que se afastou material e formalmente da concepção tradicional de separação dos poderes. (TEODORO, 2012, p. 549).

É sob o espectro do ativismo que o Judiciário intenta implementar resultado aos

comandos constitucionalmente instituídos, "(...) reaproximar e filtrar o comando legal através de valores morais (devidamente fundamentados, com eficácia e eficiência, e inseridos na constituição) [...]" (LEHMKUHL, 2015, p. 13) e essa base conceitual proposta do seu surgimento só foi possível em razão do pós-positivismo e toda a carga valorativa encetada ao ordenamento consequencialmente. Nesse contexto, a decisão judicial perdeu seu aspecto meramente processual e se revestiu como um instrumento de reconhecimento de uma situação do indivíduo na sociedade por meio da reposição efetivadora de direitos e garantias num cenário de incompletude legal, que alarga dos limites da interpretação legislativa e, por via reflexa, do contexto social nele inscrito (CORREA, 2013, p. 62-63).

O panorama social favorece o surgimento do ativismo judicial. Isso se dá em função das Constituições ocuparem a posição de vetor maior da sociedade, regendo, ainda que indiretamente, todas as relações nela ocorrentes. As Constituições, especialmente as do tipo analíticas, ao contrário do sistema de *commom law,* são repletas de princípios, conceitos jurídicos vagos, cuja delimitação é remetida para o intérprete e funcionam, muitas vezes, como demarcador do social de intenção, quando não traduzidamente resplandecerem direitos.

A decorrência natural desse processo tem sido a judicialidade dos direitos sociais. Entretanto, imprescindível salientar que, apesar do Judiciário ter como função a interferência com vistas à garantia do cumprimento dos direitos sociais fundamentais sempre que os demais poderes não cumpram com suas obrigações, concebendo-se assim entre as funções do juiz a de garantidor das promessas constitucionais, tal como um engenheiro social propriamente dito, deve ser claro para todo e qualquer intérprete e aplicador da lei que a atuação criativa adstrita aos magistrados no aplicar do direito, dado o crescimento constante e necessidade dessa atuação, é inevitável, na medida em que toda interpretação tem natural dose de criatividade que, conquanto, não pode abeberar-se de arbitrariedade, devendo a criação judicial do direito ser pautada em razoáveis limites processuais e substanciais. Decerto, o quadro enseja diversos alertas, desde o fato de que a análise isolada do magistrado pode se dissociar da realidade, pois a lacuna legislativa pode servir como um depósito de convicções meramente pessoais justificadas pela riqueza argumentativa do direito, sem que isto seja uma operação de raciocínio lógico compatível com o espírito constitucional, por exemplo. Além disso, esvazia-se a representatividade simbólica do processo legislativo e da legitimação democrática daqueles que o elegeram, causando risco mortífero ao princípio democrático (CORREA, 2013, p. 90-91).

A sociedade e as relações dela decorrentes, fluidas que são, no quadro mundial configurado globalizado, têm se alterado velozmente, de forma que ao legislador seria

impossível acompanhar. Para dirimir os conflitos, antes impensados, faz-se imprescindível socorrer-se dos conceitos jurídicos abertos, dos princípios, da ponderação de valores, do neoconstitucionalismo e sua junção de direito e moral, mas isso não produz fundamento para ruptura, ausência de limites ou insegurança jurídica. A liberdade de convencimento do juiz está em risco se não limitada por um uma dogmática que limite sua atuação. Uma jurisprudência estritamente valorativa travestida das melhores intenções pode guardar consigo um ativo perigo jurídico que objetivamente significa uma violência de direitos e garantias para alguém, considerando que a cada direito corresponde um dever conexo e não existem direitos sociais que não sejam econômicos, por conseguinte, abiogenéticos.

O ativismo judicial ocorre de duas formas: a) na modalidade inovadora, quando o magistrado, sem fundamento legal pré-existente cria uma norma aplicável ao caso; b) na tipologia reveladora, que se socorre de um teto constitucional para interpretar e fornecer o provimento jurisdicional a todos os casos (NUNES, 2011, p66). De qualquer forma, essa discricionaridade não é incondicionada, não sendo corolário de autorização em branco para que o Judiciário legisle discricionária e subjetivamente acerca de questões sociais. Indubitável que o Legislativo manifestando-se sobre algum tema prevalecerá essa posição haja vista num regime democrático um Congresso regularmente eleito represente, sim, a vontade da maioria, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes e legalidade, ambos suporte da democracia.

Tendo em conta que a Constituição é o supedâneo para a formulação da ação ativista judicial, o tema passa, necessariamente, pelo fenômeno da constitucionalização do Direito. A elevação de matérias infraconstitucionais ao *status* de norma constitucional, no atual sistema jurídico brasileiro, pode ocorrer de duas formas: positivação, mediante uma nova Assembleia Constituinte e exercício do Poder Constituinte Derivado, por intermédio das Emendas Constitucionais. Observar a constitucionalização do direito é saber que determinado valor tem tomado corpo nas discussões acadêmicas, jurisprudenciais, mas, em essência, nas relações intersubjetivas que originam o fato social e remetem em última instância às fontes materiais do Direito. Na mesma esteira, são cristalinas as demonstrações históricas no intuito de pacificar a premissa de transição de um Estado de Legalidade Estrita para um Estado Constitucional de Bem-Estar Social, sobretudo na Europa Continental, o que, em termos práticos, remete à constitucionalização do pensamento de metalegalidade presente na nova ordem mundial. A referida mudança deveu-se à substituição do civilismo – baseado na ideologia liberal de não-intervenção estatal nas relações privadas - e do penalismo como centros gravitacionais do Direito para um modelo de organização em que os valores básicos

civilizatórios integram a estrutura do Documento Maior do Estado.

Com a concomitante difusão do movimento Neopositivista, a constitucionalização de direitos foi um dos marcos do novo período, que se assentou nos princípios de valorização do homem como instrumento hábil para retomar a moral racionalista, já defendida por jusnaturalistas. Assevera-se que "(...) nos países dotados de constituições normativas que protegem os direitos humanos, a moral racional foi trazida para o interior do Direito Positivo e posta no seu patamar hierárquico mais elevado" (SARMENTO, 2007, p.118). Em outras palavras, constitucionalizar é assegurar direitos e garantias num nível jurídico superior, com mecanismos mais rígidos de alteração e, principalmente, com uma força normativa orientada para a sociedade (efeito horizontal dos direitos fundamentais) e para o próprio Estado Legislador (efeitos verticais e irradiantes).

No processo de constitucionalização do direito a atuação típica do Poder Legislativo é a promoção da adaptação da legislação ordinária aos preceitos constitucionais (tanto os implícitos quanto os explícitos, diga-se de passagem) e, no caso das constituições dirigentes, a realização da constitucionalização se dá por meio da própria legislação. Todavia, há de se ressaltar que, nem toda atuação de cunho legislativo (seja no âmbito constitucional, seja no ordinário), conduz a uma efetiva constitucionalização do direito propriamente dito, aliás, nem mesmo as intervenções (em sua totalidade) que primam por um sopesamento dos direitos fundamentais se circunscrevem na inserção constitucionalizante do direito. Se o ato da constitucionalização do direito fosse tão simples, haveria de se pressupor que o próprio legislador seria capaz de identificar, prever e irradiar as soluções para os problemas sociais, as quais já estariam pré-definidas na própria Constituição, cabendo, portanto, apenas disseminar a solução que ele já encontraria moldada e lapidada no seio constitucional.

Contudo, não é assim que o processo de constitucionalização funciona. Primeiramente, porque as soluções não se encontram escondidas no próprio texto constitucional, como se o legislador fosse um mero perquiridor de tais elementos substanciais e o direito pudesse ser desvendado ao intérprete, de maneira mágica e precipuamente metafísica. Ao contrário, a constitucionalização do direito parte do pressuposto de que o substrato básico da atuação do constitucionalizar depende de uma construção humana com bases sociais. Outrossim, é um ato, um processo que envolve diversas variáveis, jurídicas, sociais e políticas, e não simplesmente uma revelação de elementos interpretativos já dispostos. Se assim o fosse, a própria exegese realizada supriria, em si mesma, a necessidade da constitucionalização, já bastando para que todos os direitos existentes ocupassem o seu devido lugar.

Ainda que o maior ator nesse processo de constitucionalização seja mesmo o legislador, existem outros dois agentes que podem influenciar na constitucionalização de um direito: o Poder Judiciário e os intérpretes (a doutrina, em sua feição interpretativa mais ampla – a qual, embora não seja um *corpus juris* único, contribui de maneira bastante singular para a constitucionalização).

A atuação do Poder Judiciário como ator no processo de constitucionalização é uma ideia que perpassa toda a construção lógico-jurídica ora abordada, afinal, qualquer proposição de política pública ou de aplicação concreta do direito que venha a suscitar uma ponderação mais elevada de uma norma ordinária, dotando-a dessa faceta constitucionalizada já é, em última instância, uma das reverberações da constitucionalização do direito. Portanto, compreende-se que essa forma de implementação constitucional, quando operada pelo Poder Judiciário, se foca precipuamente na sua atividade, particularmente na aplicação, interpretação e no controle dos atos entre particulares que envolvam direitos fundamentais (SILVA, 2008, p.44). Outrossim, é nessa seara, bastante singular e complexa, que todas as peculiaridades e vicissitudes da constitucionalização do direito emergem com clareza e distinção.

Ao se falar sobre os intérpretes, delimita-se que o embate ocorre de maneira mais profícua entre os diversos ramos de estudo do próprio direito, quando se trata da forma como a constitucionalização pode ser implementada na prática. Ainda assim, não há nenhum resquício de unidade (ou uniformidade) no tratamento ou na evolução da constitucionalização entre a miríade de campos de estudo jurídico existentes e (por vezes) conflitantes. Na experiência alemã, a tendência da constitucionalização do direito foi algo fortemente debatido pelo Tribunal Constitucional e entre os detratores dessa ideia destacavam-se, precipuamente, os intérpretes civilistas (SCHUPPERT, BUMKE, 2000, p.57). Eles eram contra a ideia da constitucionalização do direito civil, basicamente, porque temiam que, com esse fenômeno jurídico em franca expansão, houvesse a aniquilação da autonomia disciplinar como ramo do direito.

A explicação mais aprofundada evidencia que, quanto mais vetusta e significativa forem as tradições positivistas de certa seção do Direito, proporcionalmente menor será a disposição para modificar as suas estruturas já consolidadas dogmaticamente. Dessa forma, quanto maior for a influência daquele ramo jurídico, inversamente proporcional será a tendência de se aceitar uma transformação estrutural em sua interpretação ou em sua orientação de aplicação concreta. É como se, para esses ramos do direito, a constitucionalização soasse como uma revolução cultural de seus valores, cujo alvo fosse a destituição desses do ponto de culminância que ocupam (ou ocupavam, até então).

O papel assumido pela doutrina, nesse cenário, não é apenas o de um instrumento teorizador do Direito, isso porque também está envolvido nessa dinâmica o embate entre suas espécies para sua afirmação como força social, determinadora de uma corrente jurídico-filosófica. A questão da submissão metodológica, levantada anteriormente, elucida essa problemática mascarada pelos estudiosos como representante da constitucionalização de direitos. Destarte, num segundo plano, os valores envolvidos na constitucionalização (e na defesa de cada ramo contrastante do Direito) são importantes e determinantes na compreensão de como a sistemática da sobre-elevação constitucional entrelaça as mais diversas vertentes da ciência do direito (ou na possibilidade de se rechaçá-la).

Para que se possa ter uma noção minimamente satisfatória sobre o fenômeno da constitucionalização, é necessário o estudo de dois pontos de grande importância: seus tipos e efeitos advindos da atuação concretizadora (FAVOREU, 1998, p. 190-192). Ainda que se argumente possibilidade de aplicação e validade (ao menos em sua totalidade) unicamente no sistema constitucional francês (bastante diverso do brasileiro, diga-se), a constitucionalização não carece de um modelo pré-definido para que possa se desenvolver e atuar. É bem verdade que algumas peculiaridades da realidade francesa influenciam no aceitar da constitucionalização pelos atores que dela participam, mas não impedem a análise ora proposta.

Alguns elementos de progressão são tidos como critérios básicos para a categorização da constitucionalização em três linhas, a saber: juridicização, elevação e transformação. Há quem argumente que as duas primeiras classes possuem um caráter proeminentemente histórico (SILVA, 2008, p.46), devendo ser compreendidas em sua especificidade com o próprio sistema francês, fazendo pouco sentido análise dispersa da comparatividade sempre presente. No entanto, ao se partir do pressuposto da progressividade em cada um dos tipos de constitucionalização, chegar-se-á ao entendimento de que há alguma espécie de condição para que haja o salto progressivo de um tipo para o outro, de modo que, por mais que o terceiro tipo seja aquele que busca ter maior consideração (por ter abrangência mais alargada), não é possível desprezar a importância dos tipos precedentes.

A primeira tipologia consiste mais no criar de condições para a iniciação do processo de constitucionalização do direito que propriamente – algo mais próximo de uma impregnação dos elementos constitucionais ou de uma leitura à luz da constituição de um direito que deva assim ser concebido – uma constitucionalização real (SAMPAIO, 2006, p.191). A técnica teve seu início com a mais comezinha juridicização da Constituição. Na evolução histórica do direito francês, isso ocorreu quando o Conselho Constitucional passou,

ainda que lentamente, a considerar que os dispositivos constitucionais poderiam produzir, plenamente, seus efeitos em outras searas jurídicas, além da própria estreiteza da interpretação respectiva, como até então era feito. O entendimento de que as normas constitucionais são conectadas, por seus princípios e regras, aos demais ramos do direito, é o primeiro passo para que se dê a devida atenção aos instrumentos a ela atrelados que possibilitam uma absorção mais ampla e adequada do ordenamento jurídico e todo seu esquemático.

Na constitucionalização-elevação, há um movimento ascendente no tratar das matérias, de acordo com a sua importância, dentro do sistema jurídico de cada ordenamento, sendo o seu ápice o manejo dispensado a tais matérias pela corte constitucional (JACKSON, GREENE, 2011, p.621). No constitucionalismo francês, a repartição material das competências entre a Constituição, a lei e o regulamento começou a ser alterada por essa razão. Matérias que eram de competência regulamentar passaram a ser tratadas por meio de lei, e, consequentemente, as que eram originalmente abordadas em leis passaram a ser disciplinadas pela Carta Maior. Isso é chamado *movimento ascendente de repartição material*. Nesse, os temas mais caros e determinados, em seu bojo axiológico, findam por deslizar em um espiral de ascendência (na verdade, um espiral virtuoso, já que tendem a ser prestigiados por normas superiores) (FAVOREU, 1981, p.37). Nessa toada, o legislador ordinário perde grande parte de sua autonomia e de sua liberdade (SILVA, 2008, p.47), sobretudo porque é o atuante, em um nível superior ao legislador ordinário, assumindo a tarefa de disciplinar uma novel diversidade de matérias, o que faz com que as atribuições e as competências legislativas ordinárias sejam esvaziadas. Assim, a modalidade em cunho se encaixa, perfeitamente, com as proposições do tipo de constitucionalização precedente, haja vista que, além de as questões constitucionais serem postas no foco da juridicização, complementarmente, os temas, outrora debatidos, em uma instância inferior, agora, passam a ser discutidos, noutra mais elevada, o que promove, ainda mais, a proteção e a adequação de desses direitos à estrutura constitucional dominante.

Já a constitucionalização-transformação possui um caráter bem mais universal e desvinculado do desenvolvimento histórico do constitucionalismo francês. Por isso, pode ser tida como forma de constitucionalização por excelência que se enquadra, teoricamente, em qualquer ordenamento jurídico hodierno, sem que seja necessário que se operem "ginásticas jurídicas" como metodologia interpretativa de inserção de suas conceituações e de seus preceitos mais elementares. Nesse caso, ocorre "a constitucionalização de direitos e liberdades, a qual se encaminha para uma integração entre os diversos ramos do direito, e ao mesmo tempo, sua transformação" (FAVOREU, 1998, p.191). Todavia, essa reforma não se

dá, apenas, no campo específico da norma jurídica pura e simples, isto é, não é algo afeito apenas à literalidade positivada da norma, nem mesmo às repercussões interpretativas mais estritas, aquelas feitas simplesmente em conformidade com o espírito da lei. Na verdade, a transformação perpassa a simplicidade interpretativa do conteúdo normativo mais imediato e se lança, também, para todas as instituições afeitas ao direito (a ser constitucionalizado), principalmente para as instituições administrativas e jurisdicionais.

Das transformações advindas da constitucionalização, particularmente a última espécie abordada, ocorreram mudanças conceituais provocadas pela leitura constitucional de suas diretrizes e, assim, os ramos do Direito passaram por uma profunda alteração em seu âmago, surgindo, então, o Direito Constitucional Civil, o Direito Constitucional Processual, o Direito Constitucional Penal, o Direito Constitucional do Trabalho, dentre outras nomenclaturas específicas a cada segmento jurídico. Essas alterações não são meramente etimológicas, até porque não há transformação alguma em se trocar o nome de um segmento jurídico por outro que acrescente o agnome constitucional em sua denominação completa. A constitucionalização vai além, tratando propriamente dos conteúdos insertos no bojo de cada um dos segmentos jurídicos constitucionalizados e operando uma transformação em sua leitura, em sua visão, e, principalmente, na sua aplicação nas estruturas sociais existentes.

Partindo da certeza de que toda norma constitucional é provida de eficácia cabe ao judiciário garanti-la nas lides a ele opostas. Isso é ativismo. É a interpretação criativa com resultado inovador e, quiçá, enriquecedor para a Democracia. O ativismo judicial que, como movimento, surge envolvido nesse viés garantista, concretizador, é meio para atingimento da finalidade alicerçada na jurisdição constitucional posta em prática amplamente. Constituindo espécime da soberania popular indireta, devendo ser pautado pela ponderação e proporcionalidade, com fundamento no constitucionalismo social, sem olvidar, frise-se, o contexto econômico regente impulsionador do Estado Liberal.

Acrescente-se que deve haver o cuidado para não se confundir ativismo judicial com judicialização. Pois, enquanto que o ativismo qualifica-se por uma postura proativa do judiciário que sai do natural quadro de inércia para posição de garantidor de direitos fundamentais, a judicialização é fenômeno que se verifica pelas grandes questões sociais estarem sendo relocadas e dirimidas pelo judiciário ao invés de pelas instâncias a quem caberiam originariamente, quais sejam: legislativo e executivo, sendo "(...) forma de dar cumprimento aos desígnios e determinações constantes da lei, diante da inércia ou ineficácia do Legislativo" (CORREA, 2013, p. 47), tendo caráter político e não jurídico diferentemente do ativismo significando em suma "um processo sócio-político por meio do qual o poder

constituinte ou parlamentar amplia a área de atuação dos tribunais, juridicizando setores da vida política, social e econômica que antes não estavam sujeitos à ação judicial" (LEITE, 2014, 180).

O juiz ativista, moderno e atual, prima pela concreção de direitos constitucionais, não aguardando necessariamente que os outros poderes instituídos regulem a matéria, mas agindo de forma a garantir aos jurisdicionados a plena resolução do litígio. E, para isso, impõe condutas e abstenções, não somente cumprindo com zelo e diligência seus encargos e atribuições, mas optando por uma interpretação progressista do direito, postura evolutiva do magistrado de outrora que reproduzia fielmente o legislado sem grandes esforços interpretativos.

Por fim, o caso cujo debate se visa desenvolver sob o viés crítico do ativismo, foi exarado através de entendimento jurisprudencial em massa, posteriormente sumulado, caracterizando excesso, perpetrado pelo Judiciário em afronta aos outros dois Poderes da República e a princípios constitucionais consagrados. Pese-se a existência do Projeto de Lei nº 1.856 de 1999 da Câmara dos Deputados (PL nº 267/99 no Senado Federal) cujo vértice central fundava-se na concessão de estabilidade aos trabalhadores portadores do vírus HIV[9]. O referido projeto, vetado integralmente pelo Chefe de Governo, visava acrescentar disposição à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de forma que empregadores portadores do vírus HIV somente pudessem ser dispensados por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovada nos autos, beneficiando-os com tipo de estabilidade definitiva, permanente, portanto.

Dentre as razões do veto, destaca-se, primordialmente, a opção clara do ordenamento vigente pela não manutenção desse tipo de estabilidade, exemplificativamente, com a substituição pelo regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) no lugar da estabilidade decenal antes vigente como meio indenizatório para as dispensas patronais, agora constitucionalmente privilegiadas e garantidas por intermédio do art. 7º, inciso I[10], da Constituição da República Federativa do Brasil, inclusive, como forma de guarnecer de subsídios a atividade econômica e facilitar que trilhe caminho próspero. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de interpretação constitucional

9Art. 10 A Consolidação das Leis do Trabalho passa a vigorar acrescida do seguinte art. 492-A: "Art. 492-A. O empregado portador do vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas." Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de sessenta dias a contar de sua publicação. Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

10Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua 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.

extensiva ou análoga na concessão de estabilidade, em face do instituto tratar-se de norma de transição e não excepcional[11].

A existência desse veto latente, apreciado e mantido pelo Congresso Nacional, em sessão conjunta, leva o jurista e aqueles que são obrigados a se adequar ao entendimento do Tribunal Superior do Trabalho à indagação de como conciliá-lo com o instituto do ativismo e o entendimento amplamente difundido pelos tribunais que vão de encontro ao adotado pelos outros dois Poderes a compor a República e pelo Supremo Tribunal Federal considerando-se haver, ainda que indiretamente, manifestação do Legislativo, do Executivo e do STF sobre o tema em questão, inviabilizando a reprodução de julgados pelo TST em sentido contrário.

4 ESTABILIDADE TRABALHISTA: DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

O instituto da estabilidade, na seara trabalhista brasileira, teve sua ascensão e queda entre os anos de 1923 e 1988, mais precisamente. Originou-se na categoria dos ferroviários e foi estendida a trabalhadores de outras categorias com caráter nitidamente protetivo, tendo sido extinta na sua maior projeção (a estabilidade decenal) pelo art. 7º, inciso I, da Constituição, até hoje não regulamentado.

A expressão estabilidade possui amplo leque de acepções, aplicações, espécies e subespécies, podendo ser classificada quanto a sua natureza, acessibilidade, fonte e diversos outros critérios, tais como: estabilidade do emprego, estabilidade no emprego, estabilidade social, estabilidade decenal, estabilidade contratual, estabilidade regulamentar, estabilidade

---

11Recurso extraordinário. Dispensa de emprego. Adoção, dentre outros critérios de dispensa pela necessidade de reduzir seu quadro, da idade de 65 anos por terem os empregados com essa idade direito a aposentadoria independentemente de tempo de serviço, o que não acontece com os de idade mais baixa. - Impossibilidade de se levar em consideração, no julgamento deste recurso extraordinário, a Lei 9.029/95, não só porque o artigo 462 do C.P.C. não se aplica quando a superveniência da norma legal ocorre já no âmbito desse recurso, mas também porque, além de haver alteração no pedido, existiria aplicação retroativa da citada Lei. - Inexistência de ofensa ao artigo 7º, XXX, da Constituição, que nem por interpretação extensiva, nem por aplicação analógica, se aplica à hipótese de dispensa de emprego que tem tratamento específico, no tocante a despedida discriminatória, no inciso I desse mesmo artigo 7º que dá proteção contra ela proteção essa provisoriamente disciplinada nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT, que não é norma de exceção, mas, sim, de transição. - Não estabeleceu a Constituição de 1988 qualquer exceção expressa que conduzisse à estabilidade permanente, nem é possível admiti-la por interpretação extensiva ou por analogia, porquanto, como decorre, inequivocamente do inciso I do artigo 7º da Constituição a proteção que ele dá à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é a indenização compensatória que a lei complementar terá necessariamente que prever, além de outros direitos que venha esta a estabelecer, exceto, evidentemente, o de estabilidade permanente ou plena que daria margem a um bis in idem inadmissível com a indenização compensatória como aliás se vê da disciplina provisória que se encontra nos incisos I e II do artigo 10 do ADCT. Recurso extraordinário não conhecido. (RE 179193, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/1996, DJ 19-10-2001).

acidentária, estabilidade do servidor público entre outros. Ater-se-á aos conceitos relevantes do instituto, ressalvando a expressão estabilidade social, caracterizada como um interesse dos sujeitos do contrato de trabalho, porquanto "(...) é da essência do contrato de trabalho e é da essência da economia, pois protege a valorização do trabalho humano e também da livre iniciativa, e talvez esteja aí o embrião da estabilidade no emprego" (CARDOSO, 2008, p. 30), significando que o arcabouço protetivo laboral ao imiscuir-se de forma indiscriminada, direta e indiretamente, na economia, através de leques de garantias, deve atentar para que não comprometa a saúde do empresariado brasileiro, sob pena de inviabilizar os postos de trabalho.

Segue-se que a estabilidade, prevista nos arts. 492 a 500 da CLT, é uma garantia de emprego, podendo ser definitiva ou provisória. O termo estabilidade é utilizado indiscriminadamente com fins didáticos e de compreensão, mas trata-se de uma atecnia legislativa existente pela supressão do instituto com o advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. As estabilidades representam uma limitação ao poder potestativo do empregador, relativamente a certas situações, que só pode efetuar a dispensa, se configurada a justa causa, com o requisito formal de, em certos casos, a necessidade do inquérito judicial para apuração de falta grave (AVELINO, 2015, p. 15). Ainda nesse prisma, as estabilidades provisórias, são definidas como circunstanciais ou condicionais, isto é, a incidência da tutela legal só se justifica enquanto durar a condição que a deu causa por possuir limites temporais (e.g.: o caso da gestante, do dirigente sindical, do empregado acidentado, do cipeiro) (DIAS, 2011, p. 672).

O ordenamento jurídico celetista brasileiro já contemplou estabilidade definitiva, denominada de decenal, concedida no intuito de proteger o empregado da ação do tempo referente à reinserção no mercado de trabalho em caso de dispensa imotivada do empregador, extinta tacitamente na adoção do sistema fundiário de forma genérica a todos os trabalhadores (DAIDONE, 1999, p. 1041). Nos dias atuais, o ordenamento brasileiro somente contempla hipótese de estabilidade definitiva caso contratualmente ajustada pelas partes.

O status constitucional dedicado ao tema garantia de emprego pelo legislador constituinte originário denotam não só a importância da temática como a tendência restritiva como direção interpretativa a ser sopesada junto com os outros direcionamentos constitucionais. O Princípio da Unidade deve servir de parâmetro direcional para análise e julgamento das relações obrigacionais dele decorrentes. Como se percebe, restaram as hipóteses de estabilidades provisórias condicionadas a partir de algum evento ou condição a ser preenchida com duração certa e em função de alguma característica especial, além das que

podem ser estabelecidas em documentos coletivamente negociados, contratos individuais de trabalho e fixadas por sentença normativa (DAIDONE, 1999, 1041), sendo irrealizável juridicamente a criação de outras obrigações aos empregadores não previstas no direito positivo, hipótese que vilipendia o princípio constitucional da legalidade estrita, consubstanciado no art. 5º da Constituição, inciso II, que, diante de um pan-principialismo retórico neopositivista, esvazia o sentido existencial da dogmática jurídica e serve de instrumentação do Direito a todo tipo de subjetivismo que se pretenda instalar. A garantia de constitucionalização da legalidade é a mais alta manifestação de segurança e sublimação do Estado Constitucional Democrático, cujo cerne não admite a relativização de sua essência, salvo nos casos autorizados por comando constitucional e legal. Registre-se que não se está a defender aqui o retorno à Escola da Exegese, mas o mínimo de integridade interpretativa na condução dos valores constitucionais e legais para que se evite a superficialidade de aferição e o rebaixamento das pretensões democráticas inseridas na constituição e nas regras ordinárias.

Para se obter resultados na Ciência, necessita-se de um objeto, e, obrigatoriamente, de um método. A atividade interpretativa inclui-se nessa premissa e, ao longo do tempo, foi avaliada sob diferentes aspectos de acordo com os métodos incidentes sobre sua concretização. Utilizar um método implica filiar-se a um conjunto de procedimentos lógicos que levem ao resultado desejado. Em sede jurídica, trata-se de uma filiação a uma corrente doutrinária consolidada e baseada em raciocínios aceitos pela ciência, em face de sua plausibilidade e sua aplicabilidade quanto ao objeto, o que não afasta a cientificidade e o respeito por outros existentes. Cabe ao jurista posicionar-se e, como em todo processo de interpretação e de aplicação do Direito, fundamentar suas conclusões.

No campo da Hermenêutica Jurídica, diversas são as metodologias existentes para interpretação, sendo os principais o método hermenêutico clássico (e o apego à literalidade e à utilização dos elementos literais, gramaticais e textuais), sistemático, histórico, teleológico e genético[12]; o método tópico, defendido por Viehweg, suportado pela técnica de pensar o problema, tendo como alicerce pontos de vista, raciocínio e argumentação; o método hermenêutico-concretizador, de Konrad Hesse, com a defesa da interpretação como concretizadora da norma jurídica, sendo o intérprete um mediador entre o enunciado e a norma resultado; e o método jurídico normativo-estruturante, de Friedrich Muller, que tem como centralidade a investigação, a realização da constitucionalidade na legislação, administração e jurisdição e, simultaneamente, captar a transformação de normas em decisões

12 Os tradicionais entendem a interpretação da Constituição como uma mera interpretação legal. Logo, as técnicas clássicas aplicáveis às leis seriam suficientes à interpretação constitucional.

práticas. Acrescente-se, ainda que a metódica preocupa-se com a estruturação normativa e textual, seus sentidos e seus processos de concretização, sob a lente jurídico-prática, a partir " (...) da não-identidade entre norma e texto normativo, pois o texto de um preceito jurídico é somente a parte descoberta do *iceberg normativo* (*Normprogram*)" (FERREIRA, 1989, p 66).

O método científico-espiritual ou valorativo, preconizado por Rudolf Smend, durante a década de 50, no século XX, na Alemanha. A base da espiritualidade constitucional de Smend (SMEND, 2011, p.298) - a qual ele faz desde um pressuposto calcado na origem da interpretação das leis religiosas judaicas – também denominada de método integrativo, parte de alguns comentários em apartado. Essa teoria da integração foi apresentada como uma alternativa ao positivismo jurídico reinante à época, sendo uma teoria da constituição que toma o próprio texto constitucional como ponto primordial de referência, em substituição ao lugar tradicionalmente ocupado pela teoria geral do Estado, o arquétipo interpretativo fundante nos demais modelos constitucionais (SMEND, 1994, p.274). Assim, o mais relevante não é a normatividade em si mesma, e sim o indelével e contínuo processo de sua realização integradora entre diversas facetas de pacificação social.

O primeiro pressuposto, de origem sistêmica, tem na Constituição "um conjunto de distintos fatores integrativos com distintos graus de legitimidade" (BONAVIDES, 2010, p. 478) que contribuem para a representação do todo constitucional - a compreensão do sentido global da Constituição. O paradigma integrativo serve para congregar a sociedade dentro do próprio sistema político que a rege, dando-lhe um sentido de unidade normativo-social (CALDWELL, 1997, p.6). O poder do método integrativo reside na necessidade do intérprete dever observar a realidade que se manifesta diariamente de forma latente na sociedade. Isso implica uma obrigatoriedade de analisar qualquer instituto em harmonia com o espírito da Constituição. Boa parte desse conceito foi assimilado dos ensinamentos de Karl Schmitt. No entanto, as premissas básicas da integração nos dois autores são diversas. Em Smend, o elemento é mais amplo, espiritualmente atrelado ao texto constitucional, já, em Schmitt, o pressuposto político assume o viés mais impositivo e menos comunitário em sua vivência prática (LÜTGENS, 2004, P.117-118).

A integração constitucional também remete à compreensão dos valores subjacentes a *Lex Fundamentalis* e é de importância singular enlaçá-los, pois qualquer interpretação que tenha a Constituição como parâmetro de constitucionalidade precisa estar sintonizada com o espírito daquela (SMEND, 1994, p.270. Nesses momentos interpretativos de investigação metódica, há utilização da dialética fenomenológica e compreensão da exigência de humanidades (abraçadas, nessa argumentação, como verdadeiros valores e pressupostos

axiológicos) (PÖSCHEL, 1978, P.44). A persecução recentemente mencionada figura como resistente ao autocontrole da própria análise constitucional e, consequentemente, a coerência desse sistema normativo se torna eficaz quando o próprio espírito constitucional se vê respeitado na implementação ou na retirada de leis que o suportem e o estruturem. O autocontrole promove a mediação entre a colocação e a extirpação de uma determinada diretriz normativa e a sistematicidade do próprio elemento estrutural constitucional.

Denota-se imperiosa a correlação entre a passagem de direito constitucional para ciência política. Em compasso com o federalismo de sua época, a teoria integrativa afirma a importância da dualidade social-política do campo jurídico constitucional para uma concepção estrutural e espiritual da própria sociedade. É também relatada a existência de um paradoxo subjacente de permanência normativa do próprio sistema, que resulta na retirada da lei (MÖLLERS, 2001, P.108) e na completude do ordenamento jurídico, a depender das inter-relações políticas e normativas que incidem sistematicamente sobre a própria estrutura social visam regulamentar.

As bases teóricas do espiritualismo descortinam um ângulo político do direito constitucional, como uma interação entre a realidade constitucional e a política. Isso foi, em forte oposição aos positivistas legais, a rejeição indireta ao sistema de Schmitt (indireta por ainda abebeirar-se de alguns de seus elementos descritivo-sistemáticos) (KORIOTH; VON BOGDANDY, 2002, p.123) e a integração de realidades (política e jurídica), em duas instâncias, comumente trabalhadas de forma distintas, que necessitam unir-se ao redor de uma interpretação que favoreça o espírito constitucional em toda a sua potência comunitária.

O método científico-espiritual resulta numa interpretação sistemática, fundamentada no pensamento de que "interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro" (PASQUALINI, 1999, p.89). Há quem assegure a interpretação jurídica só ser válida sendo sistemática, tendo a hermenêutica sistematizante a capacidade de transformar realidades e promover os valores da Constituição ao considerar o conjunto dos princípios, normas e precedentes jurídicos (*Ibidem*, p. 90-101).

Mas qual a grande contribuição da metodologia científico-integradora-sistemática para a Hermenêutica Constitucional? Ela retoma as forças valorativas inseridas na Constituição pelo Poder Constituinte (Originário ou Derivado), respondendo coletivamente aos destinatários das normas – que, em última *ratio*, foram seus legitimadores –, servindo de afirmação dos bens morais definidos como relevantes para o povo. A promoção axiológica movimenta a essência da Constituição. Há uma questão de justiça e esse é um dos valores fundamentais da Constituição de 1988. Não se divagará aqui acerca das variadas concepções

de justiça existentes na Filosofia do Direito, até porque tarefa fácil essa não é, por ser definição fluida e variável. Talvez mais simples fosse identificar o que seria uma injustiça, que se caracteriza pela decorrência de um fato/ato que ataca o senso de existência tranquila e moralmente correta existente no turvo conceito do homem médio, ou, quiçá, defini-la, em termos kelsenianos - e não menos abertos -, como a felicidade social (KELSEN, 1998, p.5). Razoável destacar a configuração da justiça como a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade o é para o pensamento (RAWLS, 1995, p.3). É nela que se assenta o Direito, funcionando como força motriz das esperanças da sociedade, no tocante ao alcance de outro valor: a igualdade.

De todo o exposto, a forçada interpretação capitaneada pelo Tribunal Superior do Trabalho tem se dado no sentido de instituir uma modalidade jurisprudencial de estabilidade, sem que haja previsão legal. Mesmo que haja argumento em contrário no sentido de se defender que não se trata de hipótese de estabilidade, por não estabelecer circunstância individual harmonizada prevista em lei com elemento temporal de fixação estabilitária, o termo utilizado pela súmula 443 (reintegração) remonta a instituto específico e conexo com a estabilidade trabalhista. A celeuma gira em torno da exigibilidade de previsão legal para que sejam concedidas garantias de emprego e a provisoriedade com que o instituto deve se fundar para que esteja observada sua constitucionalidade ideológica. Caso contrário, ter-se-á por inconstitucional pela incongruência irresponsável do resultado para com os objetivos, princípios e valores constitucionais já esposados.

A interpretação científico-espiritual para o caso não deve levar em conta a situação dignitária individual do empregado em detrimento das demais regras constitucionais sobre o tema, tais como a legalidade estrita, a livre iniciativa como vetor informador da ordem econômica, por exemplo. Uma jurisprudência dos valores que prestigiem exclusivamente aquilo que se deseja ver não corresponde aos anseios de um decisionismo salubre e equilibrado. A ponderação sistemática nem mesmo põe em questão choque de direitos fundamentais, por não se verificar uma presunção de discriminação um direito do empregado, tampouco o reconhecimento dessa espécie de estabilidade como legal ou constitucional, dado que se abriga numa analogia e principiologia que desconsidera o sistema em sua unidade e descontextualiza a objetividade e caráter supletivo informador da integração das lacunas. Afora os únicos exemplos de estabilidades no Brasil: a dos antigos contratos regidos pela CLT (de pré-1988); a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição (desde 5.10.1983), situação criada pelo art. 19 do ADCT da Constituição; finalmente, a estabilidade do servidor público celetista concursado, adquirida

nos moldes do art. 41 do mesmo Texto Máximo (DELGADO, 2015, p. 1346-1347), as garantias de emprego restantes dentro dos liames legais devem ser dotadas de provisoriedade e previstas na Constituição, como é o caso da gestante, dos membros da cipa ou devidamente regulamentados via lei ordinária a citar os casos decorrentes de acidentes, exemplificativamente.

A razão para tamanho zelo consiste no enorme poder de influência na propriedade privada e na autonomia gerencial do empregador do instituto, traduz-se, em seu poder potestativo de dispensa. De tal maneira que concessões de estabilidade pela via jurisprudencial, ainda que mediante entendimento reiterado e sumulado, ferem de forma atroz o ordenamento e disseminam conduta que, caso ordinária, viola, inclusive, o princípio da segurança jurídica, porquanto o empregador vê-se à mercê de entendimentos delimitadores de sua administração gerencial e com possibilidade de reflexo na saúde financeira empresarial por dispor quem permanece ou não em seus quadros funcionais. Conclui-se, assim, que o Judiciário vem objetivando, com tais decisões, faticamente, o exercício do comando empresarial a despeito do poder de direção patronal consagrado.

Concessão de estabilidade à margem do ordenamento não se enquadrando nos casos já aventados, ainda que sob qualquer justificativa humanitária que seja, não pode infringir o ordenamento devendo se ter em mente "em que pese a relevante questão social debatida, é mister se evitar qualquer posição emocional sobre a matéria, devendo a lide ser decidida em consonância com a lei e a prova dos autos" (MARTINS, 2007, p. 30), remontando assim à função da magistratura de exercer seu mister imparcialmente. O entendimento abalizado pelo Tribunal Superior do Trabalho vai de encontro a essa consonância desaguando em quadro de ativismo a afrontar o princípio da separação dos poderes.

Sobeja-se a esse quadro a reafirmação acerca da qualidade de especial dessa garantia provisória como a perdurar enquanto persistir a causa em razão da qual foi instituída a confrontar que a circunstância em análise em que não haverá quadro de recuperação ensejando em garantia de emprego definitiva extirpada propositadamente do ordenamento. Aliada à presunção de discriminação albergada e inconcebível ser desconsiderada. Partilhando desse entendimento, leciona MARTINS (2007, p.36):

> O despedimento feito pelo empregador não pode ser sempre presumido no sentido de que foi realizado de forma obstativa de direitos. Essa condição deve ser provada pelo empregado. Seria a mesma coisa que presumir sempre a existência de fraude. Essa deve ser provada. A dispensa normal se presume. A anormal e fraudulenta, deve ser provada pelo empregado.

Presumir a discriminação como regra mediante simples argumentação sem prova cabal

de sua verificação e consagrar perpétuo o ato de reintegração em virtude de dispensa de empregados com HIV ou com doenças consideradas como de estigma social, ainda que não facilmente aferíveis ou que tampouco façam parte de lista taxativa transposta pelo Executivo, transfere ao Poder Judiciário, mais precisamente à Justiça do Trabalho ou, de forma mais certeira, ao Tribunal Superior do Trabalho competência que excede o julgamento e transborda a legislativa preponderante e fundamentalmente. Há, ainda, de se consignar que o art. 818 da CLT e art. 333, inciso I do Código de Processo Civil, determinam que a prova das alegações incumbe à parte que as fizer e cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, isto é, a inversão do ônus da prova no direito processual do trabalho só tem espaço quando o empregado não tenha condições nenhuma de provar as alegações que faz em juízo, devendo o juiz fazer a devida apreciação, dos limites de exercício desse encargo para que, só assim, inverta a obrigação legal.

O estudo, nessa situação, perpassa, em suma, pelo questionamento acerca da repercussão de sua definitividade ínsita (e outrora juridicamente extinta), a reverberação econômica direta dessa postura e seguidamente o reflexo coletivo na categoria profissional consectário. A fluidez das relações econômicas demanda discricionariedade decisória empresarial dentro dos limites legais. Na situação objeto de análise não há lacuna legislativa, e é inexistente comando legal que conceda a garantia de emprego ao portador de HIV, por esta razão "(...) não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o doente de Aids no emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é julgar e não legislar, violando o princípio da separação dos poderes (art. 2º da Lei Magna)" (MARTINS, 2007, p. 34). Acresça-se a isso a manifestação expressa e contrária à concessão de estabilidade nesse caso perpetrada pelos outros dois poderes, traduzidos no veto presidencial e na sua não derrubada pelo Congresso Nacional, por ocasião da sua apreciação.

Em síntese, os fins sociais não justificam os meios propostos, ou seja, pela via lógica, a estabilidade judicial em questão amplamente concedida pelos tribunais como uma garantia de emprego judicial, absoluta, salvo quando a realidade aconselhar sua conversão em indenização legal, especial e, em regra, definitiva, por não se visualizar prazo passível de restauração do profissional acometido pela enfermidade evidentemente carece de sustentabilidade legitimada.

5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, inaceitável a perpetuação do tratamento jurídico que vem sendo

dado à matéria, conferindo burla a todo o sistema jurídico vigente ao prover de garantias no emprego o trabalhador por via sumular. O ativismo judicial trabalhista demonstrado e perpetrado pelo TST revela-se abusivo e, no desempenho do seu ofício e em nome de proteções sociais, afasta-se da boa técnica interpretativa e recai na vala comum da dignidade humana, sem que haja a observância dos limites e das particularidades interpretativas do direito positivo com nítida fuga às funções constitucionalmente a ele dispensadas.

Com a extirpação do instituto da estabilidade decenal do ordenamento através da Constituição - ou ainda pelas razões do veto exarado pelo Presidente da República e mantido pelo Congresso Nacional-, a concessão de garantias tidas como cristalinamente ilegais desagua consequentemente em descrédito para todos os três poderes da república, a democracia como um todo e prejuízo não só econômico como social por via reflexa. O empregador por conta de um julgamento dito precipitado do Judiciário encontra-se subsumido e coato a uma presunção eterna de despedida discriminatória dos empregados soropositivos. Imperiosa essa responsabilidade devido o seu caráter comunitário e sentido social/solidário por natureza ser atribuída a quem competente: a previdência social. Percebe-se o repasse da função previdenciária de zelo pela saúde dos trabalhadores por ela assegurados aos empregadores, diante do configurado, ainda que mediante entendimento jurisprudencial forçoso e contrário às regras mínimas de observância legal.

Em termos práticos, a despedida jamais poderia ser presumida discriminatória e, caso comprovadamente o fosse, ainda assim não caberia por analogia o deferimento da garantia de emprego, pois essa somente pode ser concedida por via de lei ordinária. Nesse caso, ensejaria unicamente o deferimento das referidas verbas rescisórias já legalmente por direito adquiridas e indenização pela discriminação em razão do ordenamento não condicionar a possibilidade de dispensa do empregado a qualquer outro requisito que não a opção patronal discricionária a ser exercida dentro dos ditames legais. Primordial o Judiciário respeitar a vontade do legislador e não se aventurar a impor critérios não impostos pelo próprio ordenamento a imiscuir de forma flagrante e arbitrária o poder potestativo do empregador de dispensa.

Exsurge que a garantia eterna de emprego, modalidade (re)criada por nossos juristas, atingindo frontalmente grande gama de princípios constitucionais com reflexos econômicos e empresariais já amplamente citados e, em suma, de forma enfática o poder potestativo de dispensa constitucionalmente garantido vem passando despercebida apesar de criar encargo irrazoável à organização empregatícia. Imperioso ressaltar que é unívoco o entendimento de ausência de preponderância principiológica a indicar que o princípio da proteção possa ensejar analogias desse porte, devendo ser realizado sopesamento em cada caso concreto o

que não abona a concessão por via judicial de instituto legalmente sedimentado ou infringência constitucional ideológica, assim como prática não próativa, tal como foi realizada, no sentido real dado ao movimento consagrado pela expressão, mas exacerbado de modo a afrontar o próprio Estado Democrático de Direito.

Destaque-se a necessidade de rediscussão da matéria com mais profundidade e abrangência de modo a rever o tratamento dado à matéria e reestabelecer as garantias outrora e continuamente violadas. Por derradeiro, aponta-se que esse trabalho não tem por finalidade a defesa ao desamparo do empregado acometido pela mazela física, mas sim a observância do ordenamento jurídico em sua inteireza garantindo-se que o respaldo ao respectivo trabalhador seja arcado por quem de direito, ou melhor, de dever: o Estado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalhistas.** ed. São Paulo: Ltr, 2014.

AVELINO, José Araújo. As estabilidades provisórias no Direito do Trabalho como garantias protetivas no emprego**.** Avelino, José Araújo (org.)**. Temas Especiais de Direito Individual do Trabalho**. 1ed.São Paulo: Editora LTr Ltda, 2015, v. 1, p. 11-22.

BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no Local de Trabalho – Um enfoque de Direito Internacional e Comparado**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, a. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Bahia: Juspodivm, 2014.

CALDWELL, Peter C. **Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism**. Durham: Duke University Press, 1997.

CARDOSO, Jair Aparecido. **A estabilidade no direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

DAIDONE, Decio Sebastião. O direito do trabalho e as estabilidades provisórias. **Revista LTr**. São Paulo, a. 63, t. II, n. 8, p. 1041-47, ago. 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14ª ed. São Paulo: Ltr, 2015.

DIAS, Maria Beatriz Ribeiro. As estabilidades ao emprego**. LTR – Suplemento trabalhista.** São Paulo, a. 47, n. 135, p. 671-674, 2011.

FARAH, Gustavo Pereira. **As súmulas Inconstitucionais do TST**. São Paulo: LTr, 2007.

FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrend; VERPEAUX, Michel (Org.). **La constitutionnalisation des branches du droit**. Paris: 1998.

_____. Rapport Introdutif. In: FAVOREU, Louis *et al*. Le **Domaine de la Loi et du Règlement**. 2. ed. Paris: Economica, 1981, p. 25-58.

GUALAZZI, Alexandre Augusto. **AIDS e direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.

JACKSON, Vicki C.; GREENE, Jamal. Constitutional Interpretation in Comparative Perspective: Comparing Judges or Courts. In: GINSBURG, Tom, DIXON Rosalind (Orgs.). **Comparative Constitutional Law**. Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 599-623. .

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução Luiz Carlos Borges. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORIOTH, Stefan; VON BOGDANDY, Armin. Leitsätze des Berichterstatters. In: HERDEGEN, Mathias; MORLOCK, Martin; KORIOTH, Stefan et al. **Leistungsgrenzen des Verfassungsrechts: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel**. Berlin: De Gruyter, 2002. p. 117-152.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. **Revista Bonijuris**, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, 2015.

LEITE, Roberto Basilone. **O PAPEL DO JUIZ NA DEMOCRACIA: ativismo judicial político vs. ativismo judicial jurisdicional. 500 anos da autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2014.

LÜTGENS, Lars. **Das Demokratieprinzip als Auslegungsgrundsatz und Norm im Integrationskontext: Zugleich ein Beitrag zum Europäischen Polizeiamt (Europol) und der Problematik Ministerialfreier Räume**. Berlin: Tenea, 2004.

MARTINS, Sergio Pinto. Dispensa do Doente de AIDS e Reintegração**. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, a. 19, n. 220, p. 29-37, out. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÖLLERS, Christoph. **Staat als Argument**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. **Revista do TRT - 15ª Região**. Campinas, n. 38, p. 57-74, jan./jun. 2011.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PÖSCHEL, Jürgen. **Anthropologische Voraussetzungen der Staatstheorie Rudolf Smend**. Berlin: Duncker und Humblot, 1978.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial.** 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS. John. **A theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da Moeda. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel. (org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113-148.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8ºed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SMEND, Rudolf. **Lehrbuch der alttestamentlichen Religionsgeschichte**. Berlin: Nabu, 2011

_____. **Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandklungen und andere Aufsätze.** 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho.** 8ª ed. São Paulo: Ltr, 2015.

SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. **Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von Verfassungsrechtlicher Außtrahlungswirkung und Eigenständisgket des "Einfachen" Rechts**. Baden Baden: Nomos, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: **Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre Particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.