

Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo

Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP.

A estabilidade provisória do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - Aids - presunção de discriminação na dispensa imotivada.

Josiane Aparecida Salisso.

Presidente Prudente/SP
2001

**A estabilidade Provisória do empregado portador da Síndrome da
Imunodeficiência Adquirida - Aids - presunção de discriminação na
dispensa imotivada.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Valmir da Silva Pinto
Orientador

Carlos Alberto Destro
1º Examinador

Moacir Alves Martins
2º Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2001.

Dedicatória:

Este trabalho é dedicado aos meus pais Renilda e João, meu porto seguro, minha vida; aos meus irmãos Luciana e João exemplos de amor e determinação, ao meu tio Rômulo Soares de Melo, grande homem, responsável pelo meu despertar para o Direito.

A memória de minha querida avó Maria Júlia, grande expectadora da minha vida...

Resumo.

Pretende a autora neste trabalho, defender a presunção de discriminação na dispensa imotivada do empregado portador do vírus HIV, concedendo-lhe estabilidade provisória.

Para isso discorre acerca dos princípios norteadores do direito do trabalho, o instituto da estabilidade e as normas trabalhistas já existentes no intuito de adequá-las a finalidade da ciência social em questão, que é o de proteger o hipossuficiente contra o poder econômico do empregador, assegurando-lhe os direitos e princípios fundamentais elencados em nossa Constituição Federal, quais sejam: a preservação da dignidade humana, a não discriminação e o direito ao trabalho.

Abstract

In this article, the author intends to maintain by the presumption of discrimination in a undetermined firing of a HIV virus porter, granting provisory stability.

To do that, the author runs through the principles of the work law, the stability institute and laborite rules that already exists in order to regulate it to the objectives of the social cience in this point, that is to protect the “hyposufficient” by the economic power of the employer, granting the rights and the basic principles listed in the Federal Constitution, that are preservation of the human dignity, against the discrimination and the right to work.

INTRODUÇÃO:

O presente trabalho apresentou-se como uma proposta na tentativa de amenizar os problemas trazidos pela Aids nas relações de trabalho, tendo em vista o alarmante crescimento do número de infectados pelo vírus, em plena idade produtiva, em nosso País.

Para isso a autora discorreu a respeito de alguns dos princípios constitucionais, do direito do trabalho e o instituto da estabilidade.

Entendeu ser presumidamente discriminatória a dispensa do trabalhador portador do vírus HIV, devendo sempre o empregador manifestar as razões pelo qual está se dando o rompimento do contrato de trabalho, sob pena de em não o fazendo ver-se obrigado a reintegrar referido empregado aplicando-se analogicamente a Lei 9.029/95.

Dessa forma, utilizando as normas já existentes no ordenamento trabalhista, concluiu ser possível a adequação da estabilidade provisória aos empregados portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

O trabalho baseou-se exclusivamente em pesquisas doutrinária, jurisprudencial e artigos “on line”.

Foi utilizado como método de abordagem o dedutivo hipotético, adequando regras gerais, universais a casos particulares, além do procedimento comparativo havendo confronto de teses argumentadas pelos que defendem a não estabilidade com as teses favoráveis a estabilidade do empregado portador do vírus HIV.

Primeiramente a autora traçou um breve relato sobre a doença (Aids), logo após estudou alguns dos princípios constitucionais e do direito do trabalho e a relação existente entre referidos princípios e o instituto da estabilidade no direito do trabalho.

Ao final, reafirmou a proposta inicial de seu trabalho, qual seja, o de garantir-se ao trabalhador portador do vírus HIV a estabilidade provisória, entendendo-se por discriminatória toda dispensa imotivada, demonstrando ser

possível a adequação das normas trabalhistas já existentes se interpretadas à luz de nossa Constituição Federal e dos princípios norteadores do direito do trabalho, justificando dessa forma a existência do próprio Direito do Trabalho que tem por fundamentos a preservação da dignidade humana e a não discriminação nas relações de trabalho.

CAPÍTULO I

1. Iniciação ao Estudo do Tema:

Ao iniciarmos nosso trabalho faremos um breve relato sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), doença que nos últimos anos vem tomando proporções assustadoras, refletindo seus efeitos nos mais vastos setores sociais, reflexos estes, em sua maioria, negativos, tendo em vista a falta de informação e o preconceito que caminham lado a lado com a doença.

Aqui nos propomos a analisar, discutir e propor soluções aos impactos que a AIDS ocasiona nas relações de trabalho, mais precisamente no tocante a dispensa imotivada do trabalhador acometido pelo vírus. Entendemos ser presumidamente discriminatória referida dispensa, devendo sempre o empregador demonstrar as causas pelas quais está se dando o rompimento do contrato de trabalho, sob pena de ser obrigado a reintegrar o trabalhador que estará neste caso sob o manto da estabilidade provisória, garantindo-se dessa forma a plena e eficaz interpretação do ordenamento trabalhista à luz de nossa Constituição Federal.

O tema será, melhor abordado no decorrer deste trabalho.

Importante salientarmos que os esclarecimentos científicos sobre a doença baseiam-se exclusivamente em transcrição de textos fundamentados por profissionais da área de saúde, que certamente possuem maior respaldo para tratar do assunto, demonstrando que, contrariamente ao que muitos pensam, a doença não se dissemina apenas nos denominados “grupos de risco”, mas também em população heterossexual e em plena idade e capacidade produtiva.

Assim iniciamos nosso trabalho, numa tentativa de esclarecermos os enigmas que envolvem a doença tais como suas formas de transmissão e prevenção.

CAPÍTULO II

2. AIDS¹

“(Sigla em inglês para síndrome da imunodeficiência adquirida) é a manifestação final e mais grave da infecção pelo HIV (vírus da imunodeficiência humana) e se caracteriza tanto pelos resultados laboratoriais que indicam a presença do vírus quanto pelas doenças - como pneumonia—associadas à desorganização do sistema imunológico”.

“O HIV, que infecta as células do sistema imunológico (sistema de defesa) e as transforma em “fábricas de vírus”, faz parte de um grupo de vírus chamado retrovírus, endêmico na África entre seres humanos e símios (o HIV-1 é de distribuição mundial, o HIV-2 se encontra sobretudo na África Ocidental)”.

“O material genético desse tipo de vírus penetra no núcleo das células que defendem o organismo contra infecções, mistura-se ao material genético dessas células e dá início à produção de novos vírus. Do lado de fora do vírus invasor, uma proteína, a gp 120, permite que o vírus se acople à proteína CD4, existente na superfície externa das principais células de defesa (também chamadas de células T-4). Quanto maior a produção de vírus, maior é a destruição das células T-4 e, portanto, maior a suscetibilidade a doença”.

2.1. Breve História

“A Aids é considerada pela Organização Mundial de Saúde uma pandemia (epidemia generalizada), pois afeta todos os países, embora 90% dos infectados vivam hoje na África, Ásia e América Latina”.

“Os primeiros casos foram detectados em 1981, em Los Angeles, em cinco jovens homossexuais que apresentaram quadros de doença respiratória grave, pneumonia, infecção por citomegalovírus e candidíase oral. Na mesma época, o CDC (Center for Disease Control), de Atlanta, Estados Unidos, começou a receber notificações de infecções

¹ “AIDS”, disponível em >http://www.saude.rn.gov.br/sobre_doenca_aids.htm, acesso em 26/05/2001.

oportunistas e sarcoma de Kaposi (tipo raro de câncer) em homossexuais masculinos. Dois anos depois, pesquisadores do Instituto Pasteur, na França, isolaram um retrovírus em sangue de paciente homossexual com quadro de imunodeficiência”.

“No Brasil, os primeiros casos foram identificados em 1982, nos Estados do Rio e São Paulo. De lá para cá, notificaram-se mais de 120 mil casos, mas calcula-se que haja um total de quatro a oito vezes maior de infectados pelo HIV (sem terem desenvolvido a doença)”.

“Até finais da década de 80, a relação de doentes era de 16 homens/uma mulher e a Aids chegou a ser chamada de ‘câncer gay’. Hoje, a situação epidemiológica da doença é distinta, com mulheres e homens contraindo o vírus quase na mesma proporção. As infecções por outras doenças sexualmente transmissíveis (como gonorréia, sífilis e herpes genital) aumentam as chances de contaminação pelo HIV, porque lesões na mucosa facilitam a entrada do vírus”.

2.2. Formas de Transmissão.

“**Relações sexuais** - o vírus introduz-se no organismo pela vagina, pênis, reto ou boca, através de pequenas e imperceptíveis feridas que deixam passar o sangue da pessoa contaminada. Isso significa que não é seguro o sexo oral com homem ou mulher contaminados”.

“**Drogas** - O HIV é transmitido por usuários de drogas injetáveis devido ao uso de seringas ou agulhas contaminadas por minúsculas quantidades de sangue da pessoa infectada. É rara a transmissão entre pacientes e profissionais de saúde, através de agulhas ou instrumentos médicos contaminados”.

“**Mãe-bebê** - A transmissão da mãe para o feto, durante a gravidez, acontece em cerca de um quarto a um terço das mulheres grávidas infectadas e não tratadas (o risco de transmissão cai drasticamente se a mulher for tratada com a droga AZT na gravidez e o bebê for tratado nas seis primeiras semanas de vida). O HIV também é transmitido durante a amamentação”.

Esse tipo de transmissão também é chamado de perinatal ou vertical que é a transmissão decorrente do contato mãe-bebê durante o parto, durante a gestação ou durante a amamentação.

“Transfusão de sangue – “Hoje, a infecção via transfusão de sangue é rara, devido à introdução, em 1985, de técnicas de rastreamento e tratamento do vírus em amostras sanguíneas”.

Embora o HIV esteja presente na saliva, estudos constataram que o vírus não é transmitido por contacto salivar, através do beijo, por exemplo. Também não há provas de transmissão através de suor (abraço, aperto de mão), lágrimas, urinas ou fezes.

Estudos em famílias de pessoas com HIV comprovam: o vírus JAMAIS se dissemina através de utensílios domésticos - como talheres, copos, pratos, toalhas e roupa de cama.

Piscinas ou tampas de privada também não são transmissores, como também não são os insetos, mosquitos e pernilongos...

2.3. Sintomas

“Cerca de um mês depois de expostas ao vírus, há pessoas que apresentam sintomas similares ao da gripe (febre, dor de cabeça, aumento de gânglios linfáticos). Tais sintomas somem em poucos dias e podem ressurgir dentro de alguns meses ou muito tempo depois - de sete a dez anos (em crianças que nascem com a infecção os sintomas aparecem nos dois primeiros anos de vida). Mas o período assintomático é variável e há quem permaneça sem sintomas por mais de dez anos. Nesse período, o vírus trabalha em silêncio, destruindo as células T. Um número reduzido de pessoas infectadas pelo HIV não desenvolve AIDS. Ainda não se sabe se isso se deve a características genéticas individuais ou ao fato de terem sido infectadas por uma cepa menos agressiva do vírus.

“A destruição de um número crescente de células de defesa pode ser comparada a uma queda de barreira, com a conseqüente enxurrada de problemas. São comuns, além de febre elevada e contínua, os seguintes problemas: diarréias intermitentes, e prolongadas, emagrecimento acentuado, e mais tarde infecções como a candidíase oral (sapinho na boca). Cansaço, perda de peso, suores freqüentes, erupções de pele, inflamação pélvica e perda de memória são outros sintomas”.

“Além disso, há outras condições clínicas que definem a AIDS, como infecções que não seriam fatais em pessoas saudáveis mas podem matar o doente porque o organismo, debilitado, não tem condições de combater vírus e bactérias. Essas infecções são chamadas de oportunistas e podem causar tosse, falta de ar, convulsões, perda de visão, náuseas,

vômitos, falta de coordenação, dificuldade de engolir. Vários tipos de câncer também se manifestam, como o sarcoma de Kaposi (manchas avermelhadas ou escuras na pele ou na boca)”.

2.4. Diagnóstico

“O diagnóstico definitivo é feito através de exames de sangue apropriados. Um dos primeiros exames detecta a presença de anticorpos específicos (proteínas que combatem infecções) para o HIV (como os anticorpos só chegam em níveis perceptíveis cerca de três meses depois da infecção, podem passar despercebidos no início). As recomendações atuais são as de que pessoas expostas ao vírus sejam submetidas aos exames o mais cedo possível. A detecção precoce do HIV melhora os prognósticos do tratamento e evita que a pessoa infectada contamine outras”.

“Os métodos mais usados para testes para anticorpos são o Elisa e suas variações, com resultado em 30 minutos. Os testes confirmatórios são feitos pelas técnicas de Western Blot, imunofluorescência indireta ou radioimunoprecipitação. Quando ambos os testes são negativos, apesar de haver forte suspeita de infecção, deve-se repetir os exames depois de um intervalo de cerca de quatro semanas”.

“A destruição das células T4 são um marco importante da infecção pelo HIV, daí a importância do exame para a contagem das células”.

2.5. Tratamentos

“O avanço nos tratamentos contra a infecção pelo HIV e as doenças associadas foi enorme nos últimos anos, permitindo melhor qualidade de vida aos doentes. As terapias, inclusive combinadas, são complexas, obrigando o paciente a tomar vários comprimidos ao dia, em horários rígidos. Nenhuma terapia erradica totalmente o HIV nem impede a sua transmissão para outras pessoas. Por outro lado, há o risco de efeitos colaterais, como inflamação do pâncreas e danificação do sistema nervoso. Todo tratamento contra o vírus deve ser acompanhado constantemente pelo médico, que pesará riscos e benefícios. Os agentes anti-HIV hoje disponíveis são:

- Inibidores da transcriptase reversa - AZT (*zidovudina*), ddC (*zalcitabina*), ddI (*didanosina*), d4T (*estavudina*), 3TC (*lamivudina*).

- Inibidores da transcriptase reversa não análogos nucleosídeos - *nevirapina e delavirdina (também usados em combinações)*
- Inibidores da protease (interrompem a reprodução do vírus num estágio posterior) - *ritonavir, indinavir, saquinavir, nelfinavir.*
- Devido à resistência do HIV, o tratamento combinado pode ser necessário. Drogas contra as infecções oportunistas também podem ser necessárias. Pessoas cuja contagem de células T4 caia abaixo de 200 (o normal é 1.000) devem fazer um tratamento adicional para impedir a ocorrência de um tipo de pneumonia grave e letal associada ao HIV”.

2.6. Prevenção

“Como não existe vacina contra o HIV, a única prevenção é evitar comportamentos de risco - como compartilhar agulhas e ter relações sexuais sem camisinha”.

3. Histórico da Aids no Brasil.

Os primeiros casos de Aids no País eram associados aos chamados grupos “de risco”, compostos por homossexuais, hemofílicos, prostitutas, toxicômanos, como pode ser demonstrado, pela leitura do trecho retirado de texto publicado em julho de 1987, abaixo transcrito:

“Em menos de um ano, o Brasil subiu do sexto para o terceiro lugar no mundo, relativamente ao número de casos de Aids (...)

Os travestis são um fator significativo na prostituição nos centros urbanos e seus clientes são geralmente homens heterossexuais. Em fins de março de 1987, 833 pessoas haviam morrido de Aids no Brasil, e o vírus parece estar se espalhando muito depressa. Os primeiros seis casos diagnosticados em 1982 em homossexuais, a maioria dos quais havia estado em Nova York. A morte do conhecido figurinista Markito, em 1983, chamou a atenção do grande público para a doença, 17 novos casos foram diagnosticados nesse ano, 126 em 1984, 252 em 1985 e 1.696 até 30 de abril de 1987. A grande maioria dos casos foi detectada em São Paulo. Em 1985, a Aids começou a aparecer com freqüência em outros Estados, como o Rio Grande do Sul, Minas gerais, Pernambuco e Bahia.

O sangue utilizado em transfusões não é devidamente examinado na sua totalidade e tem desempenhado um papel importante na transmissão da Aids. Uma fonte declara que esta foi a causa da infecção em 150 dos 550 casos confirmados até janeiro de 1986. No fim desse ano, tem-se que pelo menos 13,3% dos casos confirmados resultassem de transfusões com sangue contaminado.

No fim de 1986, quando o ministro da saúde assinou uma portaria declarando a aids doença de notificação obrigatória, 982 casos haviam sido oficialmente diagnosticados. O próprio governo declara que 1.200 é um número mais realista, enquanto pelo menos um responsável da Cruz Vermelha considera que o verdadeiro número deve ser perto do dobro. Segundo estatísticas oficiais, 20,22% das vítimas são bissexuais, 45% homossexuais, 13% hemofílicos e 2% drogados contagiados por via intravenosa.

Em 30 de abril de 1987 calculava-se em 500 mil o número de portadores de Aids no Brasil. É possível que esse número duplique a cada seis

meses. O modo como a Aids tem se espalhado é assustadoramente parecido com o que aconteceu nos Estados Unidos há dois anos.

Já foram identificados como aidéticos 35 mil americanos, e cerca de 20 mil já morreram.

Calcula-se que mais de um milhão e meio de pessoas seja portador do vírus.

Em número de casos, o Brasil está abaixo dos Estados Unidos e muito abaixo da África equatorial, onde são tantos os milhões de homens e crianças atacadas por essa doença que a Aids está sendo comparada com a peste negra, a epidemia que dizimou a população da Europa na idade média”.²

A idéia de que a propagação da doença estaria relacionada a determinados grupos imperou durante anos, constatando-se mais tarde que o vírus passara a propagar-se no meio heterossexual; em texto publicado no ano de 1990 segundo estudos da Organização Mundial de Saúde:

“a maioria dos indivíduos infectados pelo HIV, mesmo a nível mundial é composta por heterossexuais, afirma o Dr. James Chin, responsável da OMS pela vigilância e previsão globais. Por toda parte o número de heterossexuais infectados pelo vírus da AIDS está aumentando. E Mathilde Krim, co-fundadora da Fundação Americana para a investigação da AIDS, uma organização privada acrescenta: ‘Na mídia têm surgido histórias que sugerem que num contato heterossexual fortuito os riscos são bastante improváveis, o que constitui uma noção totalmente errada”.³

Sendo assim, demonstra-se que a propagação da AIDS se dá em virtude de comportamentos de risco adotados pelos indivíduos que simplesmente ignoram a existência da doença e mantêm sem qualquer proteção relações sexuais com vários parceiros (independentemente da opção sexual adotada) revelando-se como uma das principais causas da propagação do vírus.

² Fonte: Seleções do Reader’s Digest, Tomo XXXIII n° 194 – Julho de 1987, John Pekkanen em colaboração com Úrsula Naccache.

³ Relatório especial do Reader’s Digest, “AIDS Cura à Vista ?” publicado em janeiro de 1989, John Pekkanen.

Nota-se também ser grande o número de infectados pelo vírus em idade entre 27 a 34 anos, manifestando-se assim, a doença na maioria dos casos em adultos jovens, segundo estudo apontado logo mais:

“A mediana de idade varia de 27 a 29 anos, nos três períodos de tempo analisados (1980-86, 1987-92, 1993-97), enquanto que ela varia de 29 a 33 nos heterossexuais, de 33 a 34 nos homossexuais, e é de 35 entre os bissexuais, naqueles 3 períodos de tempo. Quando se analisa os casos por sexo, as mulheres apresentam uma idade mediana 3 anos menor do que a das mulheres que adquiriram AIDS por exposição heterossexual, entre 1987 e 1997”.

3.1. Parceria sexual.

“De um total de 9.603 (62,9% mulheres) casos com prática heterossexual, não usuários de drogas injetáveis e que não referiram qualquer outra parceria sexual de risco, 2.138 casos (22,3%) referiram parceiro sexual usuário de drogas injetáveis. Destes, 923 (43,1%) referiram parceiro soropositivo para o HIV.

Um total de 2.220 municípios brasileiros já notificaram pelo menos 1 caso de AIDS, até 31 de maio de 1997”.

AIDS como epidemia que é traz consigo uma série de entraves, e neste trabalho abordaremos seus impactos nas relações de trabalho, tendo em vista o enorme preconceito e a falta de informação que transformam a doença num verdadeiro tabu.

Começaremos por explicar acerca dos princípios informadores do direito do trabalho, do instituto da estabilidade, defendendo ao final a possibilidade de garantir-se estabilidade provisória ao trabalhador portador do vírus HIV, haja vista ser inegável os reflexos da doença nas relações de trabalho.

CAPÍTULO III

4. Princípios no Direito do Trabalho – Estabilidade-aplicação ao trabalhador portador do vírus HIV.

4.1. Princípios:

4.1.1. Conceito:

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência”.⁴

4.1.2. Função dos Princípios:

“Os princípios têm várias funções: informadora, normativa e interpretativa”.

“A função informadora serve de inspiração ao legislador e de fundamento para as normas jurídicas”.

“A função normativa atua como uma fonte supletiva nas lacunas ou omissões da lei”.

“A CLT em seu artigo 8º, determina que na falta de disposições legais ou contratuais o intérprete pode socorrer-se dos princípios do Direito do Trabalho, mostrando que esses princípios são fontes supletivas da referida matéria. Evidencia-se, portanto, o caráter informador dos

⁴ “Os Cânones do Direito Administrativo”, Revista de Informação legislativa, Brasília, ano 25, n° 97, p. 7

princípios, de ter o legislador na fundamentação das normas jurídicas, assim como de fonte normativa, de suprir as lacunas e omissões da lei”.⁵

A Constituição Federal vigente no Brasil consagra no capítulo referente aos direitos sociais em seu artigo 6º, o direito ao trabalho e declara ter como fundamentos da República Federativa em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana e mais, explicitamente proíbe todo e qualquer tipo de discriminação em seu artigo 5º.

Entendemos que em se tratando de relações trabalhistas todos esses princípios devam ser entrelaçados a fim de que se assegure ao trabalhador o direito gravado no artigo 6º da carta magna, qual seja o direito ao trabalho; direito a um trabalho significa reservarmos aos indivíduos a garantia a uma ocupação, uma atividade profissional e que esta atividade lhe proporcione condições mínimas de segurança, saúde, com a percepção de salários como contraprestação dessa atividade, possibilitando ao trabalhador proteção contra a superioridade econômica do empregador, dando-lhe a garantia de manter –se a si e a sua família com o produto de seu labor tornando-o assim um homem digno, porque o direito ao trabalho traduz-se essencialmente nisso: fazer com que o homem que se realiza numa ocupação sinta-se útil, capaz, mantendo sua subsistência e de sua família com dignidade.

Cesarino Júnior, A. F. et al apud Cretella Jr, José, em seu livro “Comentários a Constituição de 1988, (arts 5º LXVIII a LXXVII a 17, p 886) , descrevendo o direito ao trabalho diz :

“O direito à existência, como direito primordial que é de todo o ser humano, é universalmente reconhecido. Direito à existência, quer porém, dizer direito à subsistência. Todo homem tem, pois, direito aos meios necessários para a satisfação conveniente de todas as necessidades vitais próprias e de sua família: alimentação, vestuário, habitação, higiene (tanto preventiva como curativa), transporte, recreação, educação e previdência. Acontece, entretanto, que as contingências humanas e a

⁵ Martins, Sérgio Pinto, “Direito do Trabalho”, 6ª ed., revista, ampliada e atualizada, ed. Atlas, 1998,p72.

nossa atual organização social impõem à quase totalidade dos homens a obrigação de procurar os meios de subsistência no trabalho, ou seja, na aplicação de sua atividade a produção de bens ou serviços em proveito de alguém que os retribua.

‘In sudore vultus tui panem’ (com o suor do teu rosto ganharás o pão). Daí decorre ser o direito ao trabalho corolário imediato ao próprio direito à existência e, portanto, como este direito primordial. Entendida, como hoje é, a função do Estado, não somente como de guardião do direito, mas também como de promotor do bem comum, do bem- estar social, é lógico que lhe incumbe não somente o dever de garantir a liberdade de trabalho, como também o de proporcionar esse trabalho a todo homem válido, (grifo nosso), e ainda o de suprir a sua falta, seja por motivos objetivos (chômage), seja por motivos subjetivos (invalidez, vadiagem). Por outro lado, do próprio direito ao trabalho, decorre o dever ao trabalho. Se o trabalho é condição essencial para a possibilidade de subsistência de cada indivíduo em particular, obviamente o é também de todos os indivíduos coletivamente considerados (...).”

A fim de proteger o hipossuficiente e manter o equilíbrio nas relações de trabalho é que surgem as normas trabalhistas que devem ser interpretadas, segundo o artigo 8º da CLT, de acordo com os princípios gerais de direito e principalmente os princípios do direito do trabalho.

Constituem alguns dos princípios do direito do trabalho conforme lição do Dr. Sérgio Pinto Martins:

Princípio da proteção: “A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida de três maneiras: a) elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador, c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador”.

Princípio da irrenunciabilidade de direitos: “temos como regra que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Poderá, entretanto, o trabalhador renunciar a seus direitos se estiver em juízo, diante do juiz do trabalho, pois nesse caso não se pode dizer que o empregado esteja sendo forçado a fazê-lo. Estando o trabalhador ainda na empresa é que não se poderá falar em renúncia a direitos trabalhistas,

pois poderia dar ensejo a fraudes. É possível, também ao trabalhador transigir, fazendo concessões recíprocas, o que importa um ato bilateral”.

Princípio da continuidade da relação de emprego: “Presume-se que o contrato terá validade por prazo indeterminado, ou seja, haverá continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário”.

Princípio da primazia da realidade: “No direito do trabalho os fatos são muito mais importantes que os documentos”.⁶

É possível ainda, segundo Amauri Mascaro Nascimento, falar-se também no “princípio da presumibilidade, ou das presunções favoráveis ao trabalhador”.⁷

Os princípios da continuidade das relações de trabalho, da proteção e da presunção mais favorável ao trabalhador são os que neste estudo mais nos interessam, uma vez que, com a finalidade de se garantir o direito ao trabalho ao portador do vírus, devemos assegurar, que à interpretação das normas trabalhistas diante dos fatos sociais sejam lançadas no intuito de garantir ao homem válido, capaz, o prosseguimento de seu contrato de trabalho protegido contra discriminações.

⁶ Martins, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, 6^a ed. Revista, atualizada e ampliada ed Atlas 1998.

⁷ Nascimento, Amauri Mascaro, Iniciação ao Direito do Trabalho, 24^a ed., ed. Ltr, 1998.

CAPÍTULO IV

5. Estabilidade e os Princípios:

5.1. Conceito de Estabilidade:

A estabilidade no direito do trabalho:

“é o direito do trabalhador de continuar no emprego mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido salvo determinação de lei em contrário.

É a estabilidade uma forma não só de garantia de emprego, mas de dificultar a despedida por parte do empregador”.⁸

Para Pedro Paulo Teixeira Manus:

“entende-se por estabilidade o sistema jurídico que garante ao empregado a manutenção do emprego, enquanto ele cumprir suas obrigações contratuais e desejar a manutenção do vínculo que o une ao empregador”.⁹

A estabilidade é a nosso ver, uma das formas mais eficazes de se garantir diante de determinados casos concretos a aplicação efetiva dos princípios do direito do trabalho e os trazidos em nossa Carta Magna.

“A doutrina, diz Amauri Mascaro Nascimento, considera a estabilidade um direito subjetivo do trabalhador na defesa do mais valioso bem jurídico de que dispõe como tal, o seu emprego, meio de subsistência própria e familiar”, e continua, “o trabalho além de um dever do cidadão, é um

⁸ Martins, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, 6^a ed. Revista, atualizada e ampliada ed. Atlas 1998, p 320

⁹ Manus, Pedro Paulo Teixeira, 1951, Direito do Trabalho, 4^a ed., São Paulo: Atlas 1995, p. 122.

direito seu. Para que se garanta tal direito, torna-se essencial que se assegure do mesmo modo a manutenção do emprego”.¹⁰

Coibir o direito potestativo do empregador em algumas situações nada mais é que assegurar ao obreiro a aplicabilidade dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III CF/88); da não discriminação (art. 5º, CF/88); consiste em garantir-se o direito à vida, já que é através do trabalho que o indivíduo assegura para si e sua própria família condições mínimas de sobrevivência, e assegura-se também o direito ao trabalho (art. 6º, CF/88). Dá-se assim o verdadeiro sentido da existência do direito do trabalho, assegurando a continuidade da relação de emprego que proporciona ao trabalhador muito mais que a manutenção da percepção de salários, que é a possibilidade de realizar-se profissionalmente fazendo- o sentir um indivíduo capaz, digno.

“O exercício do direito potestativo do empregador quanto à rescisão contratual não se pode dar na estabilidade, ainda que por razões técnicas ou econômico-financeiras. Ao contrário, quando se fala em garantia de emprego, a dispensa pode ser feita, salvo a arbitrária, ou seja quando se fundar em motivos disciplinares técnicos, econômicos e financeiros. Na estabilidade, o empregador somente poderá dispensar o empregado havendo justa causa ou encerramento de atividades(...)”.¹¹

“A estabilidade portanto, é fundamental para o direito do trabalho, meio necessário e absolutamente indispensável para seu desenvolvimento e sedimentação. Sem ela há uma ilusória impressão de observância da ordem jurídica. A lei trabalhista não cumpriria os seus fins”.¹²

Convém-nos agora apontarmos, segundo lição do doutrinador Sérgio Pinto Martins, a evolução histórica do instituto da estabilidade no Direito do Trabalho.

¹⁰ Nascimento, Amauri Mascaro, 1932, Compêndio de Direito do Trabalho, 2ª ed. Atualizada, São Paulo, Ltr, ed. Univ. São Paulo, 1976, p 618.

¹¹ Martins, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, 6ª ed. Atualizada e ampliada ed. Atlas, 1998,p 320.

¹² Nascimento, Amauri Mascaro, 1932, Compêndio de Direito do Trabalho, 2ª ed. Atualizada, São Paulo, Ltr Univ. São Paulo, 1976, p. 623.

6. História:¹³

6.1. Evolução Histórica da Estabilidade no Direito do Trabalho.

A idéia de estabilidade nasce, inicialmente, no serviço público.

Uma noção genérica de estabilidade já era prevista no art. 149 da Constituição de 1824: “os oficiais do Exército e Armada não podem ser privados de suas Patentes, senão por Sentença proferida em Juízo competente”.

A Constituição de 1891, em seu art. 76, modificava um pouco a orientação anterior: “os oficiais do Exército e da Armada só perderão suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes”. O art. 57 assegurava aos juizes federais a vitaliciedade, pois poderiam perder o cargo unicamente por sentença judicial.

Os servidores públicos passaram a ter direito a estabilidade com a Lei n^o 2.924 de 1915, que proibia a despedida, desde que tivessem dez anos de serviço.

A primeira norma que efetivamente tratou da estabilidade no setor privado foi o Decreto n^o 4.682, de 24-1-1923, a chamada Lei Eloy Chaves, constituindo-se num marco histórico. Eloy Chaves era deputado federal, representante eleito pela categoria dos ferroviários. As ferrovias na época eram poucas, mas poderosas. Tinham grande número de empregados. Os empregados mais velhos ficavam sujeitos a doenças e a dispensa em primeiro lugar que outros empregados. Teriam de estar amparados assim pela Previdência Social. Para isso, estabeleceu-se uma forma de dificultar as dispensas, isto é, a estabilidade. Essa norma foi também primeira lei que consagrou a aposentadoria aos ferroviários. O art. 42 declarava que “depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro”.

¹³ Martins, Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, 6^a Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Atlas, 1998, p 318

A estabilidade foi estendida a outras categorias, como ao pessoal das empresas de navegação marítima ou fluvial (Lei n.º 5.109/26), aos portuários (Decreto n.º 17.940, de 11-11-1927), aos empregados em empresas de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, água e esgoto (Decreto n.º 20.465, de 1-10-1930). Os bancários, por meio do Decreto n.º 24.615 de 9-7-1934, tiveram direito à estabilidade aos dois anos de serviço (art. 15), o que foi revogado pelo art. 919 da CLT. A Lei n.º 62, de 1935, estendeu a estabilidade aos empregados da indústria e comércio, que ainda não tinham benefícios concedidos pela Previdência Social, conforme seu art. 10:

“os empregados que ainda não gozaram da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5.º”.

A Lei n.º 62 também desvinculou a estabilidade da legislação previdenciária, onde nasceu.

A Constituição de 10-11-1937 esclarecia, na alínea f do art. 137, que ‘nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço’.

Pelo Decreto-lei n.º 39, de 3-12-1937, a falta grave era verificada perante Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e julgadas pelas Juntas de Conciliação e Julgamento. Com a edição do Decreto-lei n.º 1.237/39, os inquéritos administrativos passaram a ser julgados pelos Conselhos Regionais do Trabalho, em função da organização da Justiça do Trabalho pela referida norma. O Decreto-lei n.º 2.851, de 1940, estabeleceu que os inquéritos seriam ajuizados, perante as Juntas de Conciliação e Julgamento, dentro de 30 dias a contar da suspensão do empregado em razão da falta grave noticiada.

A CLT, de 1943, disciplinou a estabilidade nos artigos 492 a 500. Todo empregado que completasse dez anos na empresa não poderia ser dispensado, salvo motivo de falta grave, devidamente verificada em inquérito judicial para a sua apuração, ou por força maior efetivamente comprovada (art. 492 da CLT).

A Constituição de 18-9-1946 reconhecia ao trabalhador, no inciso XII do art. 157, ‘estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização

ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir'. Com a promulgação da lei n.º 5.107, 13-9-66, que versava sobre o FGTS, o sistema de estabilidade ficou mitigado, pois as empresas só admitiam empregados que fossem optantes do FGTS.

A Constituição de 24-1-1967 estabeleceu um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, ou, seja, havia um sistema optativo para o obreiro: "estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente" (art. 158, XIII). A EC n.º 1, de 1969, não modificou essa orientação: "estabilidade com indenização ao trabalhador ou fundo de garantia equivalente (art. 165, XIII). A Constituição de 1988 modificou o sistema que até então vinha sendo seguido, pois extinguiu a estabilidade e a alternatividade que existia com o fundo de garantia, eliminando-a ao estabelecer, no inciso I do art. 7.º : "relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória dentre outros direitos". Entendemos que nada impede, entretanto, o estabelecimento da estabilidade por meio da legislação ordinária ou até mesmo por intermédio da legislação complementar, que tratará da despedida arbitrária ou sem justa causa.

A Lei n.º 7.839, de 12-10-89, em seu art. 12, ressalvou o direito adquirido dos trabalhadores que à data da promulgação da Constituição de 1988 já tinham direito à estabilidade no emprego. O atual art. 14 da Lei n.º 8.036, de 11-5-90, que trata do FGTS, fez a mesma ressalva".

Atualmente, o direito do trabalho prevê taxativamente estabilidade aos seguintes trabalhadores:

"Dirigente e Representante Sindical: A Constituição Federal de 1988 a fixa para o empregado sindicalizado, vedando a sua dispensa a partir do momento do registro da sua candidatura a cargo de direção ou representação sindical, até um ano após o final do mandato, caso seja eleito, inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos da lei (art. 8.º, VIII). A CLT já previa esse tipo de estabilidade.

Representante na CIPA: Além da estabilidade do dirigente sindical, a Constituição, nas Disposições Transitórias (art. 10, II), prevê a mesma garantia para o empregado eleito para o cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, por igual período, e para a gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O suplente da CIPA goza de garantia de emprego prevista no art. 10, II, a das Disposições Transitórias da Constituição de 1988.

Acidentado: A estabilidade do acidentado, assim considerado o trabalhador que sofre acidente de trabalho, antes previsto pelas convenções, agora foi generalizado, por lei, para todo empregado, através do art. 118 da Lei n. 8.213/91, que declara: 'O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de 12 meses, à manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente'.

Representante em Órgão Colegiado. A mesma Lei n.8.213/91, art. 2º, § 7º. Declara estáveis os representantes dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social CNPS, desde a nomeação até um ano após o término do mandato, somente podendo ser despedido por motivo de falta grave regularmente comprovada através de processo judicial.

Gestante: Uma das medidas de proteção à gestante é a estabilidade no emprego, a que tem direito por força da Constituição Federal de 1988 (Ato da Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II,b), ao declarar que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa 'da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto'.

Membros das Comissões de Conciliação Prévia: Uma das inovações do nosso direito são as Comissões de Conciliação Prévia instituídas para tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho. São compostas de representantes dos empregados e dos empregadores. Podem ser constituídas por empresas, grupos de empresas ou ter caráter intersindical. Terão membros titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave (CLT, art, 625-B, § 1º)¹⁴.

¹⁴ Nascimento, Amauri Mascaro, Iniciação ao Direito do Trabalho, 27 ed., rev. e atual. São Paulo, Ltr, 2001,p 436.

7. Classificação¹⁵:

A doutrina de um modo geral classifica a estabilidade em:

- a) “Estabilidade definitiva (também chamada de absoluta ou decenal) que é destinada, em princípio àquele empregado que, não tendo feito opção pelo regime do FGTS, contasse com 10 anos ou mais de serviço na mesma empresa”.

- b) “Estabilidade provisória (relativa ou especial) que é destinada a alguns trabalhadores em situações especiais, como os dirigentes sindicais, representantes dos trabalhadores no Conselho Curador do FGTS e Conselho Nacional de Previdência Social, empregada gestante, empregados eleitos para CIPA (Comissões Internas de Prevenção de Acidentes), empregado acidentado, etc”.

¹⁵ Bezerra Leite, Carlos Henrique, Constituição e direitos sociais dos trabalhadores, São Paulo, LTr, 1997.

8. Extinção da estabilidade.¹⁶

“Cessa a estabilidade do empregado com sua morte, com a aposentadoria espontânea, com a ocorrência de força maior, falta grave praticada pelo obreiro ou com seu pedido de demissão. Com a morte do empregado não há que se falar em transferência da estabilidade para seus herdeiros, pois ela era pessoal, dizia respeito apenas ao trabalhador. O empregado, ao se aposentar ou pedir demissão, renuncia ao direito de estabilidade que detinha”.

¹⁶ Martins. Sérgio Pinto, Direito do Trabalho, 6^a ed., rev., atual. E ampl.- São Paulo: Atlas, 1998.

9. Estabilidade Provisória ou Especial:

A garantia provisória no emprego é destinada a trabalhadores que estejam, num determinado lapso de tempo, em situação especial que impeça a sua dispensa do emprego. Cessada a causa especial que garantia provisoriamente a manutenção do contrato de trabalho, poderá ser despedido, sem necessidade de motivação.

Na garantia provisória no emprego, o empregador que pretender dispensar o obreiro não necessitará, regra geral, propor a ação judicial prevista nos artigos 494 e 853 da CLT.

Todavia, há alguns casos legalmente previstos em que o inquérito judicial para apuração de falta grave constitui condição imprescindível para a dispensa, não só do empregado portador de estabilidade, mas também do:

- Dirigente Sindical:..."É vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".
- Dirigente de Sociedade Cooperativa de Empregados, segundo o disposto no art.55 da lei n. 5.764/71.
- "Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas por eles criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho".
- Empregado Membro do Conselho Nacional de Previdência Social CNPS.

Diz o art. 3º, § 7º, da Lei n. 8.213/91:

"Aos membros do CNPS, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente

comprovada através de processo judicial”.

- Empregado Membro do Conselho Curador do FGTS.

De acordo com o art. 3º, § 9º, da Lei n. 8.036/90.

“Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical”.

Ressalvados os casos acima, todos os demais trabalhadores, como os cipeiros eleitos (ADCT, art. 10, II, a, e art. 165 consolidado), a empregada gestante (ADCT, art. 10, II, b), a empregada em gozo de licença maternidade (CF, art. 7º, XVIII) e o empregado acidentado (Lei n. 8.213/91, art. 118), bem como quaisquer outros empregados destinatários da garantia provisória no emprego, podem ser dispensados sem a formalidade da ação constitutiva negativa (inquérito judicial), sendo necessário, apenas, que a dispensa não seja arbitrária ou sem justa causa, entendendo-se como tais, por aplicação analógica do art. 165 da CLT, aquelas que não derivem de motivos de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira. A existência de justa causa ou de motivo não arbitrário pode ser apurada através de reclamação trabalhista comum, sendo desnecessário o inquérito judicial, que é uma ação especial.

Os trabalhadores portadores da garantia provisória têm direito à reintegração ao emprego enquanto vigorar a condição especial prevista em norma autônoma ou heterônoma que garanta tal direito.¹⁷

¹⁷ Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores, Carlos Bezerra Leite, ed. Ltr, São Paulo, 1997.

CAPÍTULO V

10. Estabilidade do empregado portador do vírus HIV.

Há grande questionamento quanto a possibilidade de garantir-se analogicamente a estabilidade ao empregado portador do vírus HIV, o doutrinador Martins, Sérgio Pinto et al apud Lima Filho, Francisco das Chagas em seu texto “Despedida do empregado Aidético”¹⁸, entende não ser possível aplicar-se ao obreiro as regras da estabilidade e resume sua tese no que a seguir se expõe:

- 1) “Em que pese a importância da questão, deve ser evitada qualquer posição emocional sobre a matéria, devendo a lide ser sempre decidida em consonância com os ditames da lei e de acordo com a prova produzida nos autos;
- 2) Ao indeferir-se a estabilidade ao trabalhador aidético, não se estará a ferir o princípio da isonomia. O dispositivo constitucional consagrador desse princípio não seria destinado ao julgador e sim ao legislador. Como vige entre nós o princípio da legalidade, não havendo lei determinando a reintegração do portador do HIV, não existiria possibilidade de se cogitar de violação ao princípio da igualdade;
- 3) O inciso XLI do art. 5º da Carta Magna estabelece que a ‘lei deverá punir qualquer discriminação dos atos atentatórios aos direitos e liberdades fundamentais’. Todavia, tal dispositivo constitucional é de eficácia limitada e como não editada a lei ordinária que o regulamente, não haveria nenhuma possibilidade de reintegração do aidético com base em tal preceptivo;
- 4) O empregador tem direito potestativo de despedir o empregado, bastando que o indenize com as verbas decorrentes do ato de despedida. Todavia, o despedimento não será eficaz se for obstado o direito à licença do aidético para tratamento de saúde (art. 1º, I, a, da Lei 7.670/88), devendo nesta hipótese ser deferida a reintegração, tendo o portador do vírus HIV direito ao auxílio-doença ou aposentadoria, mas isso apenas após a manifestação da doença (art. 1º, inciso, da mesma Lei);

¹⁸ “A Despedida do Empregado Aidético” disponível no Cd Consulex, revista jurídica, n º 02-janeiro/dezembro de 1997.

5) Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. E entre nós nenhuma norma legal concede estabilidade ao trabalhador portador do vírus HIV, o que impede se acolha eventual pedido nesse sentido”.

Segundo o doutrinador supra citado, em seu livro Direito do Trabalho, 6^a ed., o trabalhador soropositivo não tem direito à estabilidade no emprego, não obstante, a relevância social do tema, uma vez que não há lei que lhe garanta tal direito, segundo ele “não há lei que determine a reintegração do soropositivo de AIDS no emprego. Assim, não há como dizer da existência de violação ao princípio da igualdade, pois como leciona Themístocles Brandão Cavalcante ‘todos têm o mesmo direito, mas não o direito às mesmas coisas’ (Princípios gerais direito público, p. 198).

E conclui:

“caso se entenda de modo diverso, qualquer trabalhador doente poderá se julgar no direito de ser reintegrado no emprego, mesmo não havendo suspensão do contrato de trabalho, com o argumento de ser estável, bastando para tanto ter sido dispensado pelo empregador.

Entendemos, portanto, que não faz jus o soropositivo à estabilidade no emprego e a retornar a exercer o seu mister na empresa, com exceção da hipótese de estar suspenso o contrato de trabalho, em que se poderia falar em reintegração”.

Data vênua, em se tratando de trabalhador soropositivo, entendemos ser possível à aplicação das regras da estabilidade uma vez que devemos levar em conta não apenas a letra da lei, mas as razões pela qual ela é criada, e a razão da existência do ordenamento trabalhista é justamente a proteção do trabalhador contra atos atentatórios a sua dignidade, para isso devemos utilizarmos-nos é claro das leis trabalhistas porém adequando-as aos problemas sociais atuais fazendo uso dos princípios trazidos em nossa Constituição Federal e os princípios do direito do trabalho que são alicerces norteadores do direito.

Não se trata de agir no pulsar das emoções, com piedade, mas de traduzir o próprio espírito da lei trabalhista, é inegável a gravidade do problema social

trazido pela epidemia da AIDS e inevitável são os problemas trazidos para as relações de trabalho, tais problemas devem ser resolvidos sem que seja ignorada a essência da ciência jurídica em questão, não é necessário que se aguarde lei prevendo expressamente, apenas que nos utilizemos, das normas já existentes tranqüilamente aplicáveis ao trabalhador portador do vírus HIV.

“O afastamento discriminatório pode gerar profunda lesão ao patrimônio subjetivo do empregado. Sentimentos de incapacitação, de revolta, de desespero, de descrença, de diminuição moral e de derrota podem tumultuar suas emoções e impor-lhe um desmesurado e insuportável sofrimento”.¹⁹

Encerramos este capítulo transcrevendo o texto de Cappelletti, et al apud Zahlouth Júnior, Carlos, em seu texto Direitos Sociais (disponível em: <http://www.jus.com.br> acesso em 11/08/2001) que por analogia aplica-se a todos nós aplicadores da ciência do direito.

Ei-lo:

“O Juiz- apregoa Cappelletti – deve adaptar os instrumentos hermenêuticos com a finalidade de operar uma dinâmica interpretação evolutiva e decisivamente construtiva e criativa, o fim social deve ser o bem maior do direito, que não pode ser traduzido única e exclusivamente na lei, carregada de fatores dominadores da sociedade, há de existir um maior anseio libertador aos juízes, que em muitas das vezes, por vícios adquiridos ao longo da vida, e reforçados nos bancos universitários, esquecem do seu verdadeiro mister: de distribuidor de Justiça, não de leis”.

¹⁹ Sampaio, Ricardo, “AIDS, Raça, Sexo e Dano Moral”, doutrina, Revista Consulex, Ano II, n ° 18, Junho/1998, p. 28.

CAPÍTULO VI

11. A Estabilidade Provisória do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS- Presunção de Discriminação na Dispensa Imotivada.

Como já vimos, a AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – doença infecciosa e transmissível foi identificada pela primeira vez no Brasil em 1982.

No princípio a doença era associada a grupos chamados “de risco” compostos por homossexuais, prostitutas, drogados, pessoas de vida desregrada e promíscua, que diante do preconceito de certa maneira, aos olhos da sociedade, estariam pagando o preço pela vida fora dos padrões que escolheram.

Atualmente sabe-se que comprovadamente já não se pode admitir a idéia de que a doença aflige apenas esses grupos, já não nos é permitido conceber a idéia de “grupos de risco” mas de “comportamentos de risco”.

Segundo dados do Ministério da Saúde a

“a proporção da AIDS entre homens e mulheres, que desde 1997 vem se mantendo na ordem de dois para uma, já se inverteu em 229 dos 1.552 municípios que notificaram pelo menos um caso de AIDS no período de 99/2000. A maioria desses municípios (70%) tem população menor ou igual a 50 mil habitantes e a transmissão da AIDS é predominantemente heterossexual.

Entre as mulheres, 57% são donas de casa, em todos os níveis de escolaridade, na faixa etária de 20 a 39 anos, essas ocorrências representam 5 % dos casos registrados em todo País até meados deste ano²⁰.

Segundo dados do Ministério a transmissão da AIDS está se reduzindo entre usuários de drogas injetáveis, estabiliza-se entre homossexuais masculinos e continua crescendo entre heterossexuais.

Grupos de pesquisa particulares e organizações não governamentais calculam em mais de 500.000 (quinhentos mil) infectados com o vírus da AIDS no maior país da América Latina.

Diante de tais dados podemos concluir estarmos lidando com uma epidemia, com o verdadeiro “mal do século”.

Não se pode mais ser indiferente diante desse grave problema que a cada dia toma proporções cada vez maiores, surtindo efeitos e influências nos vários setores sociais.

Lado a lado com a doença, até então incurável, surgem o preconceito e a discriminação, oriundos da falta de informação e de conhecimento advindos do próprio enigma que envolve a doença.

O portador do vírus passa a ser discriminado no meio em que vive, tenta enquanto pode esconder ser portador do mal, mas quando isso já não mais é possível é praticamente obrigado a retirar-se do convívio da comunidade em que vive.

Conseqüentemente surgem os reflexos no âmbito laboral – o empregador ao tomar conhecimento da doença do empregado o dispensa por medo de ter em seu quadro funcional um portador do vírus HIV, medo da repercussão que tal fato pode causar em relação aos demais empregados e às pessoas em geral.

Pensamos ser necessário agora apontarmos o significado das palavras “discriminação” e “preconceito”, posto que fundamental para nosso estudo:

²⁰ “AIDS cresce em mulheres no interior” disponível em: ><http://www.aids.gov.br>> acesso em 08/07/2001.

“Discriminação consiste em estabelecer diferenças ou diferenciar um indivíduo, em relação à outros.

Preconceito, como a própria palavra já diz é a pré-concepção, pré-idéia ou pré-julgamento infundado sobre alguém, o qual muitas vezes é formado sem ponderação ou razoabilidade”²¹.

Comportamentos discriminatórios surgem justamente pela falta de informação, tendo em vista que, comprovadamente não se contrai o vírus da AIDS pelo fato de estar no mesmo lugar que uma pessoa infectada, utilizar os mesmos talheres, o mesmo sanitário, um aperto de mão, enfim, contrai-se o vírus em conseqüência de um comportamento de risco adotado.

Diante dessa assertiva podemos afirmar que o portador do vírus pode prosseguir com suas atividades laborais sem que isso signifique riscos aos demais empregados; e afirmamos “poder o portador do vírus prosseguir com suas atividades laborais” baseados no fato de que o portador do vírus é alguém que poderá não desenvolver a doença, mantendo estável sua condição física através do uso contínuo de medicamentos.

É essa proteção que nos interessa – a proteção do portador do vírus HIV contra despedidas arbitrárias e injustas.

O direito não permite nenhum tipo de preconceito ou discriminação.

Esse é um dos princípios gravados em nossa Constituição Federal quando trata dos Direitos e Garantias Fundamentais em seu artigo 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 segurança e à propriedade nos termos seguintes ...”.

²¹ “Direitos Humanos em HIV/AIDS”, disponível em ><http://www.aids.gov.br/rede.htm>> acesso em 6/10/2000.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho também proíbe qualquer tipo de discriminação nas relações de trabalho, repelindo qualquer ato que venha “destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”, citamos também o artigo VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a saber:

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção a igual proteção da lei, todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

Não se pode admitir que pessoas em capacidade produtiva (uma vez que a maior incidência de casos está entre pessoas com faixa etária de 20 a 39 anos, em plena capacidade produtiva) sejam privadas do trabalho, direito que lhes é reservado no título dos Direitos Sociais de nossa Constituição Federal em seu artigo 6º - “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso).

O trabalho significa para o portador do vírus uma forma de inserção no meio social, de superação do mal que lhe aflige, e a principal forma de manter a sua subsistência e de garantir a manutenção de sua saúde e de sua dignidade.

Lembremos que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos contidos no artigo 1º, III de nossa Carta Magna.

O direito do Trabalho não prevê hipóteses de estabilidade ao trabalhador por ser portador de determinada doença, e grande é a repulsa de alguns quando se defende tal estabilidade provisória.

É certo que hoje têm garantia a estabilidade provisória legalmente estabelecida apenas à empregada gestante (art. 10, II, “b” do ADCT) desde a confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto; o diretor da CIPA, desde o registro da candidatura até um ano após o mandato (art. 10, II, “a” do ADCT); o suplente da CIPA (Enunciado 339 do TST); o acidentado, pelo prazo de 12 meses

após a cessação do auxílio doença (art. 118 da L. 8.213/91); o dirigente sindical, a partir da candidatura, até um ano após o final do mandato (art. 543,§ 3º, da CLT); o membro de Comissão de Conciliação Prévia, titular ou suplente, até um ano após o final do mandato (art. 625 – B, § 1º, da CLT).

Sabemos que ao defendermos a estabilidade provisória do empregado aidético damos margem à idéia de que aos empregados acometidos por outras doenças também deveriam ser protegidos por tal escudo jurídico; porém temos em vista ao defendermos neste trabalho especialmente o empregado portador do vírus HIV o preconceito que envolve esta doença, preconceito tamanho que dá ao portador o estereótipo de incapaz, impuro, capaz de reduzi-lo a nada. Ainda mais, levamos em consideração o crescimento alarmante do número de contaminados pelo vírus.

Não nos é permitido como operadores do direito nos omitir e permitir que o preconceito e a falta de dispositivos taxativos capazes de proteger efetivamente o empregado aidético possam retirá-lo o direito a garantias fundamentais trazidas em nossa Constituição Federal, não lhe assegurando o direito ao trabalho que é fundamental, alicerce para a edificação de um homem digno, útil, capaz de manter-se a si e sua família, e suprir as necessidades advindas com a própria doença.

Os artigos 8º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho assim prescrevem:

Art. 8º “ As autoridades administrativas e a justiça do trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão conforme o caso pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho e ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Parágrafo Único- O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

Art. 9º “ Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Nessa mesma linha de raciocínio, o artigo 3º. inciso IV da vigente Constituição prescreve que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV- Promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”.

Temos para nós ser possível garantir ao empregado portador do vírus HIV proteção eficaz sem que seja necessária a espera da criação de novas leis, utilizando-nos dos dispositivos legais já existentes.

Primeiramente deve-se ter por base, seguindo os ensinamentos do eminente Sr. Dr. Medrado, Gézio Duarte, et al apud Lima Filho, Francisco das Chagas, Juiz Presidente da 2ª Vara do Trabalho de Dourados/MS, em seu texto “Despedida do empregado Aidéico”, que “o princípio da garantia ao emprego previsto no inciso I do artigo 7º da Carta Magna de 1988, não se esgota na indenização compensatória, não há necessidade de se aguardar lei complementar que venha regulamentá-la.

É suficiente se recorrer aos princípios e normas gerais do Direito do Trabalho, dada a universalidade deste, o que aliás é reconhecido de forma expressa pela norma do artigo 8º da CLT”.

Para o douto magistrado, em se tratando de trabalhadores soropositivos:

“A indenização compensatória não exaure os direitos do princípio da garantia ao emprego; A rescisão do contrato de trabalho não fica adstrita ao princípio da autonomia da vontade – é sempre discriminatória a dispensa”.

Convém lembrar à guisa do direito comparado, que na França uma lei

editada em 12 de julho de 1990, dispõe precisamente sobre a proteção das pessoas contra as discriminações em razão de seu estado de saúde e incapacidade, não ressaltando especificamente o aidético, porquanto objetiva atingir todas as discriminações ou exclusões geradas pelo estado de saúde de uma pessoa.

Os aidéticos assim se beneficiaram, como qualquer portador de outra doença, com a proteção legal contra a ruptura o contrato de trabalho discriminatória. (Henri Blaise, in Soropositivité, Sida et Relations de Travail, p 163, do livro Le Sida – Aspects Juridiques, citado por Maria das Graças Oliva Boness).²²

Também em recente decisão proferida no mês de junho de 1998, a mais alta corte de justiça dos Estados Unidos, considerou inválida a despedida praticada contra portador do vírus da AIDS, proibindo a discriminação e estendendo tratamento médico e dentário ao soropositivo como imperativo contratual.

Partimos da idéia de que sendo o empregador conhecedor do estado de saúde do empregado, tendo ciência de que possui em seu quadro funcional um portador do vírus HIV, a dispensa injustificada, imotivada, deverá presumir-se discriminatória.

E este também é o posicionamento do ilustríssimo Senhor Doutor Mauro César Martins de Souza (Professor assistente de Direito na Unesp, Mestre em Direito pela UEL/PR, doutorando em direito do trabalho pela PUC/SP, Juiz do TRT da 15^a região), que como nós defende a estabilidade do empregado portador do vírus HIV em seu texto “Estabilidade Provisória do Trabalhador Aidético; posição jurisprudencial e efetividade do processo”; senão vejamos:

“havendo prova de que o trabalhador é portador da Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida – SIDA (HIV reagente) , ou seja, soropositivo acometido da AIDS e, que o empregador tinha prévio conhecimento de tal doença, o mesmo não pode ser dispensado imotivadamente, sob pena de caracterizar-se discriminação.

²² “Trabalhador Portador do Vírus HIV- Providências Acautelatórias – Despedida Injusta” disponível em > http://www.trt.05.gov.br/revista98/revista_do_trt_doutrina.htm> acesso em 20/10/2000.

Os Direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhador contaminado com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais invocados alhures.

Não se pode modificar ou restringir a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou ocupação, discriminando nas relações de emprego o portador da AIDS, eis que tal isonomia do trabalhador é assunto de interesse público, por tratar-se de direitos humanos e de exercício da cidadania”.

No mesmo sentido:

“Nos casos em que o empregado é portador do vírus e a doença ainda não se manifestou, o despedimento por tal motivo se revela discriminatório e afronta o disposto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, reiterado nos artigos 5º e 7º, inciso XXXI, do mesmo diploma legal”.

“Na hipótese do empregado ser doente terminal, o despedimento além de discriminatório é também obstativo da aquisição do direito aos benefícios previdenciários. Isto porque a Lei 7.670/88 assegura auxílio – doença ou aposentadoria para ‘o segurado que, após filiação à Previdência Social...’, (artigo 1º, inciso I, alínea ‘e’). Portanto, para fazer jus aos benefícios previdenciários é necessária a condição de segurado, que é perdida em prazo relativamente curto, após a rescisão contratual (artigo 15 da Lei 8.213/91)²³”.

“Frise-se que não é só o caráter discriminatório da dispensa que a torna nula, mas também o fato de que, quando o empregador sabe da presença da moléstia e despede o trabalhador justamente por isso, está de forma maliciosa obstando-o de continuar no emprego até o momento em que a AIDS se exteriorize e possa ele socorrer-se da instituição previdenciária, passando a perceber auxílio doença ou aposentá-lo por invalidez”(Maurício da Costa Gomes, advogado, disponível em [.www.aids.gov.br](http://www.aids.gov.br)) acesso em 06/10/2000”.

Desta forma todas as vezes que o empregado portador do vírus HIV for dispensado sem justa causa, tal dispensa será considerada discriminatória. Há de

²³ “O trabalhador Aidético” disponível em: > <http://www.infojus.com.br>>, acesso em 15/12/2000.

se ressaltar ser tal discriminação “*juris tantum*”, (que admite prova em contrário) cabendo ao empregador a prova de que a dispensa não se deu pelo fato da condição física do empregado; sendo assim caberá ao empregado portador do vírus HIV, imotivadamente demitido, todos os benefícios concedidos pela lei 9.029/95, a saber:

Lei 9.029 de 13 de abril de 1995:

Art. 1 ° 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. 7 ° da Constituição Federal.

Art. 2 ° Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II -a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem:

A) Indução ou instigamento à esterilização genética;

B) Promoção do controle de natalidade, assim não considerando o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas as normas do Sistema Único de Saúde SUS.

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo:

I- a pessoa física empregadora;

II- o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista;

III- o dirigente, diretor ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

I- multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;

II- proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II- a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Aplicando-se analogicamente o disposto na Lei supracitada, podemos assegurar ao empregado portador do vírus HIV, condições para que possa manter-se dignamente até que a doença se manifeste efetivamente, momento em que lhe serão assistidos todos os benefícios da Lei 7.670 de 08 de setembro de 1988:

Lei 7.670 de 08 de setembro de 1988:

Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) os benefícios que especifica e dá outras providências.

Art. 1º - Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) fica considerada para os efeitos legais causa que justifica:

I – a concessão de:

a) Licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;

- b) Aposentadoria, aos termos do disposto no artigo 179, inciso I, alínea “b”, da Lei n^o 1.711, de 28 de outubro de 1952;
- c) Reforma militar, na forma do disposto no artigo 108, inciso V, da Lei n^o 6.880, de 9 de dezembro de 1980;
- d) Pensão especial nos termos do art. 1^o da Lei n^o 3.738, de 04 de abril de 1960;
- e) Auxílio doença ou aposentadoria, independente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes.

II – Levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, independentemente de rescisão de contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Parágrafo único – o exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover.

Art. 2^o Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3^o Revogam-se as disposições em contrário.

É preciso que o Direito do Trabalho se molde a esta nova realidade, que se intere deste problema que não se traduz em um problema meramente social ou previdenciário, até porque

“a Lei previdenciária não cogita benefícios por doenças e sim por incapacidade, no caso da AIDS podemos afirmar que: nem todo soropositivo é doente, nem todo doente é incapaz e nem todo incapaz é inválido, fazendo jus à aposentadoria”(José Antônio Mosquera, assessor técnico médico CRPS/MPAS, www.aids.gov.br/previd_aids.htm acesso em 14/02/2001),

este é um problema de todos, do qual o Direito como ciência social que é não pode se omitir e permitir que indivíduos capazes para o trabalho sejam discriminatóriamente dispensados por pura falta de informação e preconceito,

negando-lhes o direito de realizarem-se profissionalmente e manterem sua subsistência e dignidade, assegurar o direito ao trabalho, é assegurar e proteger o direito à vida, bem que a todo tempo, deve ser tutelado pelo Direito.

Podemos melhor vislumbrar tal entendimento quando da leitura dos comentários da advogada Ellen Mara Ferraz Hazan, ao acórdão, TST RO MS 110.056/94.5, 310/95, relator Ministro Armando de Brito, disponível em: www.oab-mg.com.br/escola/v4n1p4/htm acesso em 20/10/2000) a seguir transcrito:

“Para nós a melhor técnica jurídica, em especial perante o Direito do Trabalho, consiste na aplicação não da letra ‘morta ou fria’ da lei dos homens, mas do conteúdo de todo o ordenamento jurídico vigente, ou seja, naquilo que a lei não proíbe e naquilo que a lei demonstra querer proteger”.

“Assim, não se trata, a defesa daqueles que foram atingidos pelo “mal do século” portadores do vírus HIV em pulsar da emoção ou da paixão, mas, sim, na interpretação da razão da existência do próprio Direito”.

“Citando Carlos Maximiliano, afirmamos que as mudanças econômicas e sociais constituem o funco e a razão de ser de toda evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social”.

“Desta forma, a defesa desta tese, ao contrário do que muitos podem pensar, não se trata da consagração do arbítrio, da emoção, da piedade ou da aplicação da lei do coração, mas sim, na exigência de que o direito marche com o seu tempo, sem manter-se estagnado ou atrelado a padrões que já não mais atendem à premências sociais e aplique efetivamente, todo o ordenamento jurídico vigente em toda a sua amplitude para a solução de mais este problema jurídico, vez que o físico, infelizmente, ainda se encontra sem solução”.

Ressaltamos ainda que a idéia de assegurar-se a estabilidade ao empregado portador do vírus HIV já foi matéria de projeto de Lei, infelizmente arquivado em razão do término da legislatura, de autoria o nobre senador Júlio Campos disponível em: www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/1999/projetos/portahiv.htm acesso em 16/03/2001), com o seguinte teor:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º 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 comprovada”.

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.

Em comentários a justificação do presente projeto o senador Lúcio Alcântara cita que:

“a estabilidade proposta fundamenta-se, especialmente, no dispositivo constitucional que declara ser um dos objetivos fundamentais da República federativa do Brasil, nos termos do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, ‘promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’.

E é contra a discriminação no trabalho que nos voltamos. Ao demitir injustamente o empregado adético ou portador do vírus HIV, o empregador determina a perda do salário, contribuindo, com esse ato discriminatório, para o agravamento da situação social, econômica e psicológica do empregado dispensado”.

A corrente contrária ao nosso posicionamento, ou seja, que entende não ter direito o empregado portador do vírus HIV à estabilidade provisória, dentre eles o Sr. Dr. Juiz do Trabalho Sérgio Pinto Martins, baseia sua idéia no fato de não haver lei expressa que determine a estabilidade ao empregado enfermo invocando para a fundamentação de sua tese o princípio da legalidade no qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ora, utilizarmo-nos de bom senso ao interpretarmos nosso ordenamento jurídico não significa justificarmos a existência do próprio direito? Para que foram criadas as normas trabalhistas, senão para proteger o hipossuficiente, garantindo-lhe através de seus princípios quais sejam o da proteção ao trabalhador; da não

discriminação nas relações do trabalho; da norma mais favorável ao trabalhador entre outros; tratamento digno, condições mínimas de segurança, salários, e a proteção contra despedidas injustas que atentem contra a preservação da dignidade humana? Então, se não há lei não há proteção? O direito deve acompanhar as mudanças trazidas com o passar dos tempos e esse é um trabalho reservado para nós operadores do Direito: adequar a lei ao fato concreto levando em consideração o espírito da existência do próprio direito que não pode significar um fim em si mesmo mas sim uma proposta e um meio eficaz de se garantir aos indivíduos os direitos e garantias fundamentais elencados em nossa Carta Magna.

“Quem não vive o espírito do seu tempo, do seu tempo aproveita apenas os males”

(Voltaire)

A grande maioria dos julgados caminha para este entendimento: o de presumir-se discriminatória a dispensa imotivada do empregado portador do vírus HIV se era tal fato do conhecimento do empregador, transcrevemos alguns deles abaixo:

AIDS- REINTEGRAÇÃO – DESPEDIDA ARBITRÁRIA E DISCRIMINATÓRIA – A aplicação da Lei 9.029/95 de maneira analógica não tem o condão de atritar com as normas constitucionais garantidoras dos direitos “mínimos” dos trabalhadores, na medida em que, aqui, não se vislumbra simples despedida arbitrária, mas sim despedida arbitrária e discriminatória. Equivoca-se a Embargante ao considerar que a decisão turmária lesiona preceito de ordem constitucional, uma vez que este órgão julgador tão somente cuidou, e de forma bastante cautelosa, para que a Carta Magna deste País restasse devidamente observada e respeitada. Logo, tem-se que é a própria Constituição Federal que proíbe de maneira inequívoca, no caput do seu artigo 5º, qualquer espécie de discriminação. Depreende-se, pois, daí, que a supracitada norma também, alcança as relações de trabalho. (TST ED RR 217.791/1995-3- 2ª T. Rel. Min. Valdir Righetto – DJU 22.05.1998).

PORTADOR DO VÍRUS HIV – DESPEDITO INJUSTO – PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO – REINTEGRAÇÃO – O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração. Referências: Constituição Federal, arts 3º IV, e 7º XXXI. (TRT 3º R.- RO 16.691/94 – 3ª T. – Rel. Juiz Levi Fernandes Pinto –DJMG 05.09.1995).

REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO – PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS – DISCRIMINAÇÃO POR PARTE DA EMPRESA – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – VIOLAÇÃO Reintegração – Portador do vírus da AIDS – discriminação O trabalhador portador da síndrome da imunodeficiência adquirida e restando demonstrada a discriminação por parte da empresa, faz jus à reintegração ao emprego ou indenização correspondente, inculcado no princípio da isonomia garantida aos trabalhadores pela Constituição”. (AC un da 4ª T do TRT da 2ª R. RO 02990042215 – Rel. Juiz Miguel Gantus Júnior j 23.11.99 Recte: José Marcelo Abrantes; Recdo: Condomínio Edifício The Park Hall- DO SP 03.12.99,p145 ementa oficial).

REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO – PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS – DEMISSÃO – ATO DISCRIMINATÓRIO – DIREITO POTESTATIVO DO EMPREGADOR – ABUSIVIDADE Despedida de empregado aidético. A prática de atos discriminatórios pelo empregador está vedada pelos arts. 3º e 5º da Constituição federal, bem como pela Lei nº 9.029/95. Quando o empregador despede o empregado por qualquer motivo discriminatório estará exercendo de maneira abusiva o seu direito potestativo de despedir. A consequência de tal ato outra não pode ser que a sua invalidação através da reintegração capaz de restabelecer o status quo ante”. (AC un da 7ª T do TRT da 1ª R – RO 997/98 – Rel. Juiz Carlos Alberto Araújo Drummond – j 10.12.99 DJ RJ II 28.01.00, p 84 – ementa oficial).

REINTEGRAÇÃO – PORTADOR DE AIDS – TUTELA ANTECIPADA Ao virulento alastramento do HIV no mundo correspondeu ampla divulgação dos seus sintomas, de forma que as características físicas com que se manifestam em sua fase terminal já são de amplo conhecimento público. O caráter discriminatório da doença é notório e de repercussão mundial, de tal modo que incorrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante a discriminação que atenta contra o artigo 3º, IV, da Constituição Federal. Aliás, o princípio da não discriminação está consagrado na Convenção 111 da OIT, sob o enunciado de que a isonomia de tratamento para com os empregados é característica do direito do trabalho com a finalidade de rejeitar toda e

qualquer discriminação inclusive em face das condições físicas e de saúde do trabalhador, sempre que presente a possibilidade de cumprimento do contrato. A Convenção 111 foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.64, e promulgada pelo Decreto n.º 62.150, de 19.01.68. Outros princípios podem ser invocados em defesa da manutenção do contrato empregatício do aidético, como o da garantia de emprego, insculpido no artigo 7.º, da Constituição Federal, e que não exaure na indenização compensatória de 40% do FGTS; e o princípio da seguridade social, constitucionalmente consolidado através do Sistema Nacional de Seguridade Social, do qual o trabalhador é partícipe a partir do momento em que firma o pacto laboral. Em suma, somente o estrabismo de uma visão estreitamente legalista, alienada da realidade contemporânea, insensível às mazelas da condição humana e refratária à convivência com a natureza dinâmica do direito, pode desprezar o papel criativo do magistrado na integração das lacunas normativas e, assim, fria e discriminatóriamente concluir que a inexistência de previsão textual representa pretexto suficiente para condenar o empregado aidético à insubsistência da própria sorte. A prodigalização da tutela antecipada para fins de reintegração do aidético é objeto de posicionamento jurisprudencial favorável, como nesta ementa em mandado de segurança: AIDS – Reintegração – Mandado de Segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo a morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sendo demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O periculum in mora é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente do que neste caso concreto, em que mais importante do que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer funções enquanto apto para tal” (TST ROMS 110056, AC. N.º 310/95, DJ de 6-3-95, Relator Min. Armando de Brito). A imediata reintegração do aidético, pois legalmente respaldada no poder geral de cautela do juiz, objetiva precipuamente evitar o perecimento do direito reconhecido, ante a inquestionável presença do perigo na demora, não raro concretizado em desenlace no curso da demanda. (TRT 2.ª R. Ac da 8.ª T., de 7-6-99 REO RO 02.980.341.651- Rel.ª Juíza Wilma Nogueira – Serv. Mun.. Água e Saneamento x Ailton Moreira).

REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS - CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA – Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ao Magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do Direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar

uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. Conhecido por Divergência Jurisprudencial. Mérito provido.

Decisão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para determinar a reintegração da Reclamante ao emprego, bem como para condenar a Reclamada ao pagamento dos salários vencidos a partir da data do ajuizamento da ação até a efetiva reintegração e implantação em folha de pagamento, conforme se apurar em execução. Relator Ministro Valdir Righetto, proferida pela 2ª turma do TST, acórdão proferido no Recurso de Revista nº 217.791/95, em 14.05.97.

Conclusão:

Concluimos, portanto, ao final deste trabalho, que de acordo com os princípios trazidos em nossa Constituição Federal, os princípios do direito do trabalho e os fins a que se destinam as normas trabalhistas, qual seja o de proteger o trabalhador contra a superioridade econômica do empregador, servindo de escudo contra atos discriminatórios, que atentem contra a dignidade humana, salientando que a preservação da dignidade é um dos fundamentos da nossa Carta Magna, há de se presumir discriminatória toda e qualquer dispensa imotivada do trabalhador portador do vírus HIV, desde que tal fato seja do conhecimento do empregador, cabendo a esse último a prova de que a dispensa se deu por motivo diverso. O fato de o indivíduo ser portador da doença não lhe retira a capacidade para o trabalho, nem tampouco o direito de exigir as garantias fundamentais asseguradas a todos, sem qualquer distinção em nossa Lei maior. O Direito do Trabalho, como ciência social que é, deve marchar no sentido de ao menos tentar garantir aos indivíduos o direito ao trabalho protegido contra atos discriminatórios, violadores da dignidade humana. O trabalho ao portador do vírus HIV traduz não só a possibilidade de sentir-se útil, capaz, auxiliando-o a enfrentar o mal, mais que isso, significa a possibilidade de assegurar sua própria existência, tornando-o capaz de manter sua própria subsistência e a de sua família, inclusive suprindo as necessidades trazidas com a própria doença. Assim sendo, encarando-se como presumidamente discriminatória a dispensa imotivada do empregado portador do vírus HIV, lícito será pleitear sua reintegração ao trabalho, aplicando-se por analogia a lei 9.029/95; tendo assim, referido trabalhador direito à estabilidade provisória (aquela concedida ao empregado possuidor de uma condição especial), enquanto capaz para o trabalho, quando isso não mais acontecer, caberá ao empregador encaminhá-lo ao INSS, momento em que fará jus aos benefícios da lei 7.670/88.

Bibliografia:

AIDS: etiologia, clínica, diagnóstico e tratamento , disponível em > http://www.aids.gov.br/assistencia/etiologia_diagnostico.htm> acesso em 26/03/2001.

AIDS em mulheres cresce no interior, disponível em > http://www.aids.gov.br/materia_aids_botapl.htm >, acesso em 08/07/2001.

AIDS, disponível em http://www.saude.rn.gov.br/sobre_doenca_aids.htm, acesso em 26/05/2001.

Bezerra leite, Carlos Henrique, **Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores**, São Paulo, ed. Ltr, 1997.

Boness, Maria das Graças Oliva, **A AIDS e o contrato de trabalho**, disponível em > http://www.trt05.gov.br/revista98/revista_do_trt_doutrina.htm > acesso em 20/10/2000.

Buffulin, Délvio, **O trabalhador Aidético**, disponível em > <http://www.infojus.com.br/artigos.htm> > acesso em 15/12/2000.

Brasil, **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988 – 16ª edição atual e ampliada – São Paulo: Saraiva, 1997. (Coleção saraiva de legislação).

Brasil, **Consolidação das Leis do Trabalho**/obra coletiva de autoria da Editora saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto et al – 25. Ed. Atual. E aum. – São Paulo: Saraiva, 1999- (Série legislação brasileira).

Carneiro, Mirinaide, **Discriminação no emprego ou profissão**, disponível em > <http://206.205.38.118/at/discemr.htm>> , acesso em 20/10/2000.

Cd Rom Consulex n º 02 Janeiro/Dezembro de 1997, editora Consulex.

Cretella Jr, José, **Comentários a Constituição de 1988, arts. 5 º LXVIII a LXXVII a 17**, p. 886.

Direitos Humanos em HIV/AIDS, disponível em <http://www.aids.gov.br>, acesso em 06/10/2000.

Epidemia de AIDS no Brasil, disponível em > <http://www.aids.gov.br/udtv/tabelan/epidemia.htm>> acesso em 06/02/2001.

Gomes, Maurício da Costa, **Direitos humanos em HIV/AIDS**, disponível em > <http://www.aids.gov.br/rede.htm> > acesso em 06/10/2000.

Hazan, Ellen Mara Ferraz, **Trabalhador portador do vírus HIV- providências acautelatórias- despedida injusta**, disponível em > <http://www.oab-mg.com.br/escola/v4n14p4/.htm> > acesso em 20/10/2000.

Lei 9.029 de 13, de abril de 1995.

Lei 7.670 de 08 de setembro de 1988.

Martins, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, 6ª ed., rev., atual e ampliada, ed. Atlas 1998.

Manus, Pedro Paulo Teixeira, 1951, **Direito do Trabalho**, 4ª ed., São Paulo, Atlas 1995.

Mosquera, José Antônio, **Direitos previdenciários dos soropositivos**, disponível em http://www.aids.gov.br/previd_aids.htm> acesso em 14/02/2001.

Nascimento, Amauri Mascaro, **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 27 ed., ver. E atual. São Paulo, Ltr 2001.

Nascimento, Amauri Mascaro, 1932, **Compêndio de Direito do Trabalho**, 2ª ed. Atual., São Paulo, Ltr, ed. Univ. São Paulo, 1976, p. 618.

O Trabalhador Aidético, disponível em <http://www.infojus.com.br>, acesso em 15/12/2000.

Projeto de Lei do Senado nº 267, de 1999, disponível em > <http://www.senado.gov.br/web/senador/lucalc/1999/projetos/portahiv.htm>> acesso em 16/03/2001.

Reader's Digest, "Aids Cura à Vista?", janeiro de 1989, relatório especial John Pekkanen.

Revista Consulex, ano II, nº 18, Junho/1998.

Revista de Informação legislativa, **Os Cânones do Direito Administrativo**, Brasília, ano 25, nº 97, nº 7.

Seleções do Reader's Digest, Tomo XXXIII, nº 94, Julho de 1987, John Pekkanen em colaboração com Úrsula Naccache.

Turra, Marcelo, **Base de conhecimento sobre HIV/AIDS**, E quanto as alterações no contrato de trabalho? Disponível em <http://www.alternex.com.br/ãbia/base/altcontr.htm>> acesso em 06/02/2001.

Turra, Marcelo, **Base de Conhecimento sobre HIV/AIDS, Uma pessoa HIV positiva pode ser demitida de seu emprego?**, disponível em > <http://www.alternex.com.br/ãbia/base/demitida.htm>> acesso em 06/02/2001.

