

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP
COGEAE – COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO A-
PERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
Especialização Direito do Trabalho e Direito
Processual do Trabalho

Carla da Rocha Bernardini Martins

DIREITO DO TRABALHO
ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGADO AIDÉTICO

SÃO PAULO
2010

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGADO AIDÉTICO

PÓS GRADUANDO: CARLA DA ROCHA BERNARDINI MARTINS

**Trabalho de Pós-Graduação apresentado ao
Curso de Especialização Direito do Trabalho e
Direito Processual do Trabalho da Pontifícia
Universidade Católica – PUC – COGEAE – Co-
ordenadoria Geral de Especialização Aperfei-
çoamento e Extensão como requisito para ob-
tenção do grau de Especialista.**

Prof. Dr. Paulo Sérgio João

Prof. Dr. Pedro Paulo Teixeira Manus

Assistente de Coordenação:

Prof. Ms. Marcel Cordeiro

SÃO PAULO

2010

Martins, Carla da Rocha Bernardini.
Estabilidade Provisória do Empregado Aidético - São Paulo:
PUC, 2010.
64 f.
Trabalho de Conclusão de Curso – Pós-Graduação Lato
Sensu em
Direito do Trabalho – Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo –
PUC.

Autora do Trabalho: Carla da Rocha Bernardini Martins

Título do Trabalho: Estabilidade Provisória do Empregado Aidético
Monografia apresentada como exigência para a obtenção do título de
Especialista em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de
São
Paulo – PUC.

Aprovada em: ____/____/2010. Nota: ____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

São Paulo, ____ de ____ de 2010

Dedico,

Este trabalho aos meus pais, Angelo e Maria Cândida que me ensinaram a amar a vida e conquistá-la de forma digna e honesta. Me ensinaram que um dos bens mais valiosos é o saber que se adquire através do estudo.

Ao meu marido que com amor sempre me apoiou e incentivou no campo profissional e educacional me dando toda a força para alcançar os meus objetivos.

Aos meus filhos amados que souberam respeitar meu desejo e suportaram a minha ausência.

Agradeço,

Principalmente a Deus por ter me concedido a oportunidade de crescimento.

À minha amiga e companheira de trabalho e viagem, Amanda, por sua amizade verdadeira e sincera e por sua companhia ímpar nestes anos que estivemos juntas e que me fizeram tão feliz.

Em especial ao meu marido Marcio por ter sido tão paciente e companheiro quando mais precisei.

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo estudar o instituto da estabilidade no emprego dos empregados portadores do vírus HIV e a presunção de discriminação na dispensa imotivada destes. Para isso serão abordados os antecedentes, conceito, as espécies do instituto da estabilidade, princípios gerais do direito e o conceito de discriminação. Por fim, após análise destes institutos apontar-se-á a controvérsia existente quanto a estabilidade no emprego do empregado afetado e como tem enfrentado esta questão os Tribunais Regionais e os Tribunais Superiores.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ANTECEDENTES.....	10
2 A AIDS.....	12
3 A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.....	14
4 O DIREITO PÁTRIO.....	17
5 PRINCÍPIOS NO DIREITO DO TRABALHO.....	18
5.1 Conceito.....	18
5.2 Classificação.....	18
6 ESTABILIDADE.....	21
6.1 Conceito.....	21
6.2 Discriminação.....	24
7 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SOROPOSITIVOS.....	28
8 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO TRABALHADOR AIDÉTICO.....	31
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58
ANEXOS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe um estudo sobre os problemas trazidos pela AIDS nas relações de trabalho, considerando o número elevado de infectados pelo vírus, em plena idade produtiva, em nosso País e, também, a ignorância sobre a doença e a repercussão desta na vida do trabalhador.

Para tanto, a pós graduanda apresentou conceitos, classificações sobre a estabilidade no emprego, a discriminação.

Apontou as legislações estrangeiras e pátrias, sendo que neste âmbito indicou dispositivos constitucionais, infraconstitucionais incluindo as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

Entende a pós-graduanda ser discriminatória a dispensa do trabalhador aidético, desde que não justificada seja pelo aspecto econômico, gerencial ou funcional da empregadora.

Com efeito, se provado que a dispensa não possui cunho discriminatório, ou seja, apresentado os motivos justificadores da dispensa, então, será legal não sendo devido reintegração ou indenização.

Do exposto, entende-se considerando os dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e as Convenções Internacionais que é possível adequar a estabilidade provisória aos empregados portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo hipotético com a adequação de regras gerais, universais a casos particulares, além do confronto com teses divergentes.

1 ANTECEDENTES

A primeira noção de estabilidade surgiu com o serviço público. Posteriormente, no artigo 149 da Constituição de 1824, foi garantida a estabilidade aos oficiais do Exército e Armada, que só seriam privados de suas Patentes por Sentença proferida em Juízo competente.

A Constituição de 1891, em seu artigo 76, alterou o texto anterior garantindo a patente aos oficiais do Exército e Armada àqueles que não tivessem sido condenados em mais de dois anos de prisão, passada em julgado nos tribunais competentes.

Em 1915, com a edição da Lei n° 2.924, os servidores públicos adquiriram o direito à estabilidade, que conferia a proibição da despedida àqueles que tivessem 10 anos de serviço.

No setor privado, a estabilidade foi tratada pelo Decreto n° 4.682 de 1923, denominada a “Lei Eloy Chaves”.

Tal denominação se deve ao deputado federal Eloy Chaves, que representava, naquela época, a categoria dos ferroviários, composta por um grande número de empregados.

Tal norma teve como escopo dificultar as dispensas dos empregados mais antigos que ficavam sujeitos a doenças e a dispensas em primeiro lugar que outros empregados.

Além da estabilidade, tal norma consagrou a aposentadoria aos ferroviários.

Nos anos seguintes, a estabilidade foi estendida a outras categorias (navegação marítima ou fluvial, aos portuários).

Em 1943, a CLT, disciplinou a estabilidade nos artigos 492 a 500 garantindo ao empregado que completasse 10 anos na empresa a permanência no serviço, proibindo a dispensa, exceto por motivo de falta grave, devidamente verificada em inquérito judicial para sua apuração, ou por força maior efetivamente comprovada.

A Constituição de 1946 conferiu ao trabalhador despedido a estabilidade e indenização, nos casos admitidos em lei.

Em 1966, com a edição da Lei 5.107, o sistema da estabilidade ficou mitigado, pois as empresas só admitiam empregados que fosse optantes do FGTS.

Já a Constituição de 1967 criou um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, que foi mantido pela EC n° de 1969.

A alteração surgiu com a Constituição de 1988, no inciso I, do artigo 7°, que extinguiu a estabilidade e alternatividade que existiam com o fundo de garantia, eliminando-as.

Apesar disso, a estabilidade pode ser conferida por meio da legislação ordinária ou até mesmo complementar.

E a Lei 7.839/89, no artigo 12, ressalvou o direito adquirido dos trabalhadores que já tinha direito à estabilidade quando da promulgação da Constituição de 1988.

2 A AIDS

A Aids é o maior mal que atingiu a população mundial no século XX, chegando a ser comparada com a peste bubônica, ou peste negra, que atingiu todo o hemisfério norte na Idade Média.

A AIDS ou SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é uma doença gerada por um vírus de DNA, transmitido geralmente por contato entre o sangue de uma pessoa saudável e outra contaminada como, por exemplo, através de relação sexual com pessoas infectadas, transfusão de sangue contaminado, de uso de seringas reutilizadas com sangue contaminado de transfusão de sangue.

A AIDS ou SIDA causa imunodeficiência em todo o sistema de defesa do corpo humano, tornando-o irrisistente aos vírus e bactérias. É uma doença que não possui cura, porém pode ser tratada através de remédios e drogas.

Todavia, do contágio até a manifestação da Aids, existe o período de incubação, que é o tempo transcorrido entre a entrada do vírus no organismo até o aparecimento dos primeiros sintomas da síndrome.

O período de incubação varia de pessoa para pessoa, podendo levar, em média, de seis meses a seis anos, sendo que há registros de pessoas que ultrapassaram mais de 15 anos sem qualquer manifestação da doença. Até o desenvolvimento da Aids, qualquer trabalhador, ainda que infectado com o HIV, pode desenvolver naturalmente suas atividades laborais, desde que adotadas as medidas de saúde e higiene necessárias para que não haja o contágio do ambiente de trabalho

E sendo uma doença tratável a presunção de vida da pessoa contaminada é maior necessitando, assim, a preservação dos direitos nas diversas órbitas jurídicas.

Posto isto, faz-se imprescindível analisar a relação direta existente entre o portador aidético e o Direito em todas as suas esferas jurídicas considerando a finalidade maior deste que é garantir a igualdade, isonomia, à vida, à liberdade, à segurança, à honra, imagem, o livre exercício de qualquer trabalho, ofício e profissão, a saúde, a moradia, educação.

Neste aspecto o portador aidético deve ter protegido todos estes direitos especialmente por se tratar, ainda, de uma classe marginalizada, mesmo sendo uma doença transmitida somente através do contato entre sangue bom e contaminado, contra as práticas discriminatórias e preconceituosas.

Especialmente, no campo do Direito do Trabalho que confere ao empregador o direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho sem justificativa e fundamentação.

Isso levando em consideração que o empregado aidético possui uma saúde frágil e que necessita de um apoio maior da sociedade, especialmente da classe empregadora com a garantia de emprego para continuar sua vida com dignidade de recursos financeiros e sem maiores prejuízos morais e materiais.

Com efeito, e voltado ao campo do Direito do Trabalho que trata das relações empregatícias é imprescindível a garantia da estabilidade no emprego do empregado aidético para se atingir aos fins sociais.

3 A LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

A AIDS é uma doença mundial presente em qualquer lugar do mundo.

Os Estados Unidos investem milhões de dólares por ano em pesquisas de medicamentos e drogas buscando a cura desta doença.

No campo do Direito do Trabalho a legislação americana, em seus vários Estados, aplica como regra a proteção ao trabalhador, garantindo a igualdade entre este e o empregador.

Neste esboço, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, em Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas, é um dos mais importantes documentos já propostos em função de proteção dos direitos dos seres humanos enquanto homens livres, racionais e sociáveis.

Em seus artigos, encontram-se espelhadas referências de proteção à intimidade e ao trabalho, como fazendo parte da dignidade humana. É o que se observa com os citados, como exemplo, a seguir:

“Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

“Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

“Artigo XXV - 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços so-

ciais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

A Organização Internacional do Trabalho criada a partir da Conferência da Paz de 1919, a qual aprovou o Tratado de Versailles, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), enunciou os princípios gerais que deveriam guiar a política das Sociedades das Nações no campo do Direito do Trabalho.

A OIT é uma instituição de caráter universal, contando, até 1998, com 174 Estados-Membros, de todas as regiões do globo terrestre. Tem, portanto, atuação nas questões que visem à justiça social, em seu mais amplo conceito, tendo em vista o progresso material e espiritual do ser humano, em condições de liberdade e dignidade, com segurança econômica e oportunidades iguais.

Assim, a OIT, em termos de competência, não se limita a questões específicas de Direito do Trabalho e da Previdência Social, agindo em todos os campos onde se configure a demanda social. A OIT almeja, então, universalizar suas decisões por intermédio de convenções e recomendações. Quer, com isso, a dispersão dos conceitos de ampla justiça social, como entidade de decisões internacionais.

As Convenções Internacionais do Trabalho são tratados multilaterais abertos, de caráter normativo, pois contém normas cujo destino é a incorporação ao direito interno dos países que são membros da organização.

Não são, como pensam alguns, leis supranacionais, capazes de terem eficácia jurídica no direito interno dos Estados-Membros, independentemente da adesão destes. O que vige é o Princípio da Soberania entre os Estados que fazem parte da Organização. Há que ocorrer a ratificação, por parte do Estado-Membro, para eventual ingresso dos preceitos, do que foi decidido na convenção, para que tenha força de lei no sistema jurídico interno. Sem a ratificação, e pelo Princípio da Soberania, nada vige sobre o teor destes elementos normativos.

Portanto, todo Estado-Membro, ao ingressar na OIT e aderir à sua constituição, contrai a obrigação formal de submeter toda convenção, no prazo de 12 (doze) meses, prorrogável por mais 06 (seis) meses, à autoridade nacional competente para sua aprovação. O mesmo ocorre para os casos de recomendação. No entanto, é dever do Estado-Membro submeter à convenção, já vigente no direito internacional, ao crivo de seu órgão responsável pela apreciação e aprovação, ou não. É, desse modo, condição da permanência na Organização. O país assina e já se compromete a apreciar todas as convenções, inclusive as já aprovadas antes de seu ingresso.

Sem sombra de dúvidas, um dos principais temas da OIT, a Convenção nº 158, de 1982, versa sobre dispensa de empregado. Este texto contém normas gerais que são destinadas a proteger o trabalhador contra as dispensas imotivadas, contra o uso arbitrário do poder de despedir pelo empregador, e possui diversos signatários no mundo.

A Convenção nº 111 da OIT, que proíbe a discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. A aludida Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24/11/64 e promulgada pelo Decreto nº 62.150 de 19/01/68.

Em seus artigos, estão espelhados princípios de proteção ao trabalho, e de caráter também protetivo à intimidade do empregado, frente ao poder do empregador. Assim, seu artigo XXIII: “1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.”

4 O DIREITO PÁTRIO

A legislação brasileira é omissa e não faz menção expressa se o portador da aids deve ou não ter direito à estabilidade.

A estabilidade conferida pela legislação pátria é a decenal, sindical, da empregada gestante, do diretor de cooperativa de empregados, de membro da CIPA e do empregado acidentado.

Para muitos este rol é taxativo não podendo ser extensivo a outros casos. Porém, muitos aspectos sociais, jurídicos e legais são colocados em pauta para discussão do caso o que afasta o engessamento da lei e confere a garantia da estabilidade aos aidéticos, com algumas exceções.

O Brasil ratificou a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho que proíbe a discriminação em matéria de Emprego e Ocupação, sendo aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.68.

Por outro lado, a Lei nº 7670/88 concede ao empregado doente, filiado à Previdência Social, algumas garantias como auxílio-doença, aposentadoria, levantamento dos depósitos fundiários, o que sustenta em conjunto com a Lei 9029/95 a inviabilidade da dispensa arbitrária e discriminatória.

Por fim, a Convenção 158 da Organização do Trabalho ratificada e aprovada pelo Governo brasileiro está em plena vigência exigindo do empregador justificação para a despedida do empregado.

5 PRINCÍPIOS NO DIREITO DO TRABALHO

5.1 Conceito

São normas fundamentais ou generalíssimas do sistema jurídico que se constituem como alicerces do direito.

Alice Monteiro de Barros¹, ensina que:

Sob o enfoque do Direito do Trabalho, os princípios peculiares a essa disciplina vêm sendo conceituados como as “linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito. (ALONSO GARCIA, Manuel. *Derecho Del Trabajo*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1960, t. I, p. 247).

5.2 Classificação

No âmbito do Direito do Trabalho os princípios podem ser enumerados:

a) **Princípio da proteção**: estabelece como regra a aplicação da norma e condição mais favorável ao empregado.

“Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.”²

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. editora LTR, 2005, p. 169.

² BARROS, op. cit., p. 169.

b) **Princípio da primazia da realidade:** estabelece que a relação jurídica é definida pela situação de fato vivenciada pelas partes, sendo irrelevante a formalidade estabelecida e nominada.

Sérgio Pinto Martins³, explica:

“No direito do trabalho os fatos são muito mais importantes que os documentos”.

c) **Princípio da irrenunciabilidade:** estabelece a regra de que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador.

Alice Monteiro de Barros, acrescenta:

Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou de perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia.⁴

d) **Princípio da continuidade:** busca preservar o emprego e dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo à estrutura empresarial.

Sérgio Pinto Martins⁵, diz:

“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.”

³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 6ª. Ed. Revista, atualizada e ampliada, ed. Atlas, 1998.

⁴ BARROS, 2005, p. 174.

⁵ MARTINS, op. cit.

e) **Princípio da boa-fé:** dita a conduta das partes que devem se basear na lealdade e na boa-fé desde as negociações preliminares até a extinção do contrato de trabalho.

f) **Princípio da razoabilidade:** a ordem jurídica é construída sobre os alicerces da razão e da justiça.

g) **Princípio da dignidade humana:** a Justiça deverá promover a dignidade do ser humano, impedindo abusos em todos os sentidos.

6 ESTABILIDADE

6.1 Conceito

A estabilidade é uma das formas de limitação do poder de despedir do empregador.

Comentando sobre a natureza jurídica da estabilidade Alice Monteiro de Barros⁶ diz que

As teorias que procuram explicar a natureza jurídica da estabilidade dividem-se em contratuais e extracontratuais. Para os contratualistas, a estabilidade é uma forma de conservar o emprego e de tutelar certos interesses, em face da natureza do contrato; para os adeptos das teorias extracontratuais, a estabilidade é um instrumento de segurança social.

Para Pedro Paulo Teixeira Manus⁷ “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”.

Segundo Sérgio Pinto Martins⁸, a estabilidade no direito do trabalho:

é o direito do trabalhador 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

⁶ BARROS, 2005, p. 917.

⁷ MANUS, Pedro Paulo Teixeira (1951). *Direito do Trabalho*, 4^a ed., São Paulo, Atlas 1995, p. 122.

⁸ MARTINS, 1998.

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.

A estabilidade não é absoluta porque existem causas (justa causa, força maior) previstas em lei, que podem determinar o fim do contrato de trabalho.

A estabilidade pode decorrer de norma coletiva, do regulamento de empresa ou do próprio contrato de trabalho, se assim for disposto pelas partes.

Enfim, “a estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida”⁹.

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

1) 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. 8º, VIII). A CLT já previa esse tipo de estabilidade.

2) 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.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 21ª edição. Editora Atlas, p. 417.

3) Acidentado: A estabilidade do acidentado, assim considerado 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'.

4) 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.

5) 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'.

6) 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).

Quanto às espécies, a estabilidade pode ser absoluta ou definitiva, relativa ou provisória, legal e convencional.

A estabilidade absoluta é conferida ao empregado que possui dez anos de casa e não é optante do FGTS. Já a relativa é conferida ao empregado que não pode ser dispensado em certo período de tempo em razão de uma condição ou situação (cipeiros, grávidas, dirigente sindical, acidentado, etc).

Estabilidade legal é aquela prevista em lei. A convencional é aquela observada em convenção ou acordo coletivo.

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.

Será tratado, pormenorizadamente, neste estudo a estabilidade provisória do trabalhador aidético.

6.2 Discriminação

A discriminação significa, do ponto de vista etimológico, o caráter fundado de uma distinção; é uma ação que discrimina (podendo essa ação ser omissiva ou comissiva – agir ou deixar de agir).

A Constituição Federal determina em seu artigo 3º, inciso IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; podendo ser acrescido em ‘quaisquer outras formas de discriminação’, o estado de saúde do soropositivo.

Todos os seres humanos permanecem iguais em direitos sendo o que preceitua o princípio da igualdade reconhecido em muitos diplomas legais que tratam dos direitos humanos.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, preceitua no seu artigo 1º.: “Os seres humanos nascem e permanecem iguais em direitos”

No mesmo contexto dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. I, II, VII).

No direito pátrio, a Constituição Federal de 1988 consagra cláusula pétreia estabelecendo a igualdade jurídica entre os homens (artigo 5º.), *in verbis*:

“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.”

No âmbito do Direito do Trabalho, a discriminação vem sendo combatida não só internamente como externamente não podendo ser deixado de lado a regra contida na Constituição da OIT, de 1919, artigo 41:

“As normas ditadas em cada país a respeito das condições de tratamento deverão assegurar um tratamento eqüitativo a todos os trabalhadores legalmente residentes no país.”

Neste diapasão, o artigo 1º. Da Convenção nº 111 da OIT conceitua a discriminação nas relações trabalhistas, nos seguintes termos:

“Discriminação é a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão”.

Essa convenção determina que sejam estimuladas atividades de não discriminação através de formulação de novas leis, revogação de disposições discriminatórias, assegurando que sejam aplicadas e fiscalizadas essas leis.

Com isso, extrai-se que a mais significativa expressão da igualdade configura-se na não discriminação.

Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira¹⁰, “DISCRIMINAÇÃO é uma separação, apartação, segregação”.

Afirma Luiz de Pinho Pedreira¹¹, que a discriminação direta é:

“o ato produtivo prejudicial aos trabalhadores discriminados e/ou em violação do princípio de uniformidade de tratamento entre os sujeitos com as mesmas características.” “... pressupõe um tratamento desigual fundado em razões proibidas”.

Já a discriminação indireta “ o ato discriminatório fica caracterizado mesmo que o empregador alegue que agiu de boa-fé, pois a intenção é absolutamente irrelevante”.

Em outras palavras, é o ato que aparentemente é neutro, revestido de uma igualdade forma, mas com efeito discriminatório porque incide de maneira diversa sobre uma empregado ou um grupo de determinados empregados.

A discriminação da pessoa soropositiva poderá ocorrer em qualquer das etapas de contratação, na admissão, no curso do contrato e também na dissolução do pacto laboral; em qualquer setor, podendo ser público ou particular.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2 ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 596.

¹¹ PEDREIRA, Afirma Luiz de Pinho. A discriminação indireta. In: *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 4 jan/dez 2000, p. 61-74.

NO ATO DA CONTRATAÇÃO poderá existir discriminação perguntando sobre a saúde do empregado, exigindo exames de saúde como forma de seleção de pessoal. Poderá também ocorrer, mas acontece mais raramente, a discriminação ser fruto de pressão exercida pelos próprios empregados da empresa, que não desejam trabalhar com alguém em face de suas características pessoais.

NO CURSO DO CONTRATO a discriminação poderá acontecer de exclusão da pessoa soropositivo por parte dos empregados e até pelo empregador. Diminuição das tarefas desnecessariamente, determinação de tarefas inferiores a sua função normal, impedimento de promoções.

NO FINAL DO CONTRATO dispensa do empregado após notificação de ser portador do vírus, exigência de exame demissional, etc.

7 DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SOROPOSITIVOS

A Previdência Social tem por finalidade assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Certo é que não existe na Previdência Social brasileira benefício que seja específico para os doentes de AIDS.

No âmbito do INSS, onde são avaliados os segurados da Previdência Social, ou nas juntas Médicas Oficiais, que avaliam os funcionários públicos a concessão dos benefícios, por doença ou por acidente, tem por fulcro a presença ou não de incapacidade laborativa.

Portanto, não basta a presença da doença ou acidente. É preciso que haja incapacidade laborativa.

A incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade, em consequência de alterações morfo-psicofisiológicas provocadas por doença ou acidente.

A incapacidade laborativa pode ser:

- a) total;
- b) parcial;
- c) temporária;
- d) indefinida;
- e) uniprofissional;
- f) multiprofissional;
- g) oniprofissional.

Somente quando a incapacidade laborativa for total, indefinida e oniprofissional, impedindo seu portador de prover o seu meio de subsistência é que existirá a INVALIDEZ.

Na Previdência Social será considerado inválido aquele que for incapaz para o seu trabalho e insuscetível de reabilitação para outra atividade que lhe garanta subsistência.

O portador da AIDS somente passará a obter os benefícios previdenciários quando apresentar doença que o incapacite, de modo que o simples fato de ser portador da AIDS não lhe confere qualquer direito previdenciário.

No tocante a carência para os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social há necessidade de um número mínimo de contribuições mensais para fazer jus aos benefícios.

Quando a causa incapacitante for acidente de trabalho, doença profissional, acidente de qualquer natureza ou causa e doenças especificadas pelo Ministério da Saúde e Previdência Social, não se exigirá a carência para a concessão dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez. (artigos 27 e 262 do RBPS).

Dentre vários tipos de doenças a AIDS é uma das doenças especificadas pelo Ministério da Saúde e Previdência Social.

O direito de Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez, nos casos de doenças especificadas, acontecerá desde que o início das mesmas seja após o ingresso do segurado na Previdência Social e que a Perícia Médica considere existir incapacidade (temporária ou definitiva).

São direitos previdenciários do aidético:

a) Fundo de Garantia por Tempo de Serviço : poderá efetuar o levantamento do FGTS de acordo com o disposto na Lei 7.670/88, independentemente de rescisão contratual ou de comunicação à empresa onde o mesmo trabalha;

b) PIS/PASEP : poderá efetuar o levantamento do PIS/PASEP, de acordo com a Lei 7670/88, desde que comprovado o saldo de sua conta vinculada inativa e apresentar laudo médico;

c) Auxílio – doença: poderá receber o auxílio - doença mesmo que esteja desempregado por período inferior a 12 meses. O seu direito vigora imediatamente após a sua filiação ao INSS não havendo necessidade de se aguardar nenhum prazo;

d) Aposentadoria por Invalidez: poderá se aposentar somente o paciente de AIDS ou portador do HIV que tenha desenvolvido qualquer doença incapacitante;

e) Auxílio da Previdência: poderá receber um salário mínimo, nominada como “pensão vitalícia”, de que comprove ser completamente sem recursos;

f) Pensão por morte: poderão receber, os familiares dependentes, valor correspondente a 50% do que a pessoa recebia pela aposentadoria.

8 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO TRABALHADOR AIDÉTICO

O empregado portador do vírus HIV (Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida - SIDA), isto é, soropositivo acometido da AIDS, pode ser dispensado sem justa causa ou a dispensa do mesmo é caracterizada como discriminatória, tendo o trabalhador direito à reintegração? Em outras palavras, o empregado aidético tem garantido o direito à estabilidade provisória?

Vale registrar, a princípio, que não há lei que determine a reintegração do soropositivo de Aids no emprego.

Entretanto, o direito não permite nenhum tipo de preconceito ou discriminação.

Esse é um dos princípios gravados na Carta Magna 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...”.

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.”

“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.”

A Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – ratificada pelo Brasil - aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.68 proíbe a discriminação em matéria de Emprego e Ocupação.

Por outro lado, a Lei nº 7670/88 concede ao empregado doente, filiado à Previdência Social, algumas garantias como auxílio-doença, aposentadoria, levantamento dos depósitos fundiários, o que sustenta em conjunto com a Lei 9029/95 a inviabilidade da dispensa arbitrária e discriminatória.

Por fim, a Convenção 158 da Organização do Trabalho ratificada e aprovada pelo Governo brasileiro está em plena vigência exigindo do empregador justificação para a despedida do empregado.

Neste contexto existem duas correntes que tratam do assunto. Uma corrente – fundamentada nestes dispositivos, nos princípios gerais do direito e na Magna Carta (art. 7º) – defende a garantia da estabilidade provisória no emprego do empregado aidético.

Dissertando sobre o tema o I. Juiz da 2ª. Vara do Trabalho de Dourados¹², diz que:

¹² Disponível em <http://campus.fortunecity.com>. *Despedida do empregado aidético*.

“Não se pode colocar em dúvida o caráter social –protetivo das normas do Direito do Trabalho e as graves consequências que a Aids traz não só ao doente, mas também à sua família e às pessoas do seu relacionamento social, especialmente em virtude do ainda, e infelizmente, existente preconceito.

De outro lado, infelizmente somos obrigados a reconhecer que, talvez pela má informação, ou mesmo por absoluta desinformação, muitos ainda pensam que se contrai Aids pela simples convivência com o infectado e que o terrível mal “é doença de homossexual”. A imprensa divulga quase todos os dias casos de discriminação às pessoas portadoras do HIV, seja no ambiente de trabalho, na escola e até mesmo no ambiente familiar. Esta realidade o julgador não pode desconhecer. Precisa enfrentar.

A alegação da inexistência de norma legal que dê proteção ao doente, especialmente no que se refere à sua despedida, quase sempre motivada por discriminação, no nosso entender, não se justifica.

Ao contrário dos defensores da tese negativa, pensamos e isso já defendemos em artigo escrito para o Repertório IOB, existir entre em plena vigência da norma legal expressa que dá proteção ao trabalhador portador do HIV contra despedida arbitrária, discriminatória ou sem justa causa.

Com efeito, o Brasil ratificou a Convenção n° 111 da Organização Internacional do Trabalho que proíbe a discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. A aludida convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 104, de 24.11.64, e promulgada pelo Decreto n° 62.150, de 19.01.68. Portanto, faz parte de nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Judiciário a sua aplicação, pois, como ensina José Carlos Magalhães:

“O Estado, quando se obriga internacionalmente, o faz como entidade única, da qual faz parte o Poder Judiciário. Não há que se falar em divisão de poderes estabelecidos no plano interno, com efeitos no plano internacional. O Judiciário faz parte do Estado e age em seu nome, tanto quanto os demais poderes. Ao deixar de dar cumprimento a tratado ratificado e em vigor, surge a responsabilidade internacional do Estado, a que deve ser sensível o Judiciário.” (O Supremo Tribunal e as Relações entre Direito Interno e Internacional. In Boletim Brasileiro de Direito Internacional. 61/66, 1980, págs. 56/57)”

Aquela convenção dizendo que “a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem” proíbe qualquer “distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

De outro lado, a Lei 7.670, de 08.09.88, ao dar proteção ao trabalhador infectado pelo vírus da Aids, concede ao empregado doente, filiado à Previdência Social, algumas garantias como auxílio-doença, aposentadoria, levantamento dos depósitos do FGTS, porém não o previne contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, *in verbis*:

Lei 7670 de 08 de setembro de 1998:

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 dispostos no artigo 179, inciso I, alínea “b”, da Lei nº 1.711 de 28 de outubro de 1952;
- c) Reforma militar, na forma do disposto no artigo 108, inciso V, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980;
- d) Pensão especial nos termos do art. 1 da Lei nº 3.738, de 04 de abril de 1960;
- e) Auxílio doença ou aposentadoria, independente do período de carência, para o segurado que, após à Previdência Social, vier a mani-

festá-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. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

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

Entretanto, pensamos que tal proteção encontra-se prevista na Lei nº 9.029, de 13.04.95, ao vedar o rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório por parte do empregador garantindo ao empregado o direito de ser reintegrado com o ressarcimento integral de todo o período do afastamento mediante o pagamento de indenização que consiste no valor da remuneração devida, em dobro, acrescida de juros e correção monetária, a saber:

Lei 9.029 de 13 de abril de 1995:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º 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 fa-

miliar, 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.”

É certo que o mencionado diploma legal trata e dá proteção contra ato discriminatório à mulher. Todavia, nada impede que suas normas sejam também aplicadas por analogia à empregado aidética, pois o princípio nela consagrado é de proteção ao trabalhador contra todo tipo de ato discriminatório e não como aparentemente possa parecer. Até porque a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

Ora, o ato de dispensa do empregado portador do HIV tendo como motivo o fato de se encontrar infectado, não resta dúvida, atenta contra a garantia constitucional da não discriminação, devendo ser coibido pelo Poder Judiciário através dos instrumentos legais ao seu dispor. E a mencionada Lei nº 9.029/95 é instrumento legal hábil para tal objetivo, *data vênia*.

Finalmente, temos hoje em plena vigência a Convenção 158 da Organização do Trabalho, igualmente ratificada e aprovada pelo Governo brasileiro e que tanta polêmica tem causado, exigindo justificção para a despedida do empregado. Deve tal justificção, sendo aquele convênio internacional, estar relacionada com a capacidade ou comportamento do prestador de serviço ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa ou estabelecimento.

No nosso entender, tais regras são suficientes para autorizar o julgador a determinar a reintegração do empregado aidético despedido sem motivação ou por ato de discriminação em virtude da doença.

A despedida sem motivação do empregado infectado pelo vírus HIV, desde que o empregador tenha conhecimento da contaminação, deverá sempre ser tida como arbitrária, e em conseqüência ineficaz, pois o priva não só do convívio com os seus colegas de trabalho, o que já é uma insidiosa discriminação, mas também pode levá-lo a perder a proteção do Sistema de Seguridade Social, especialmente porque os medicamentos de que é obrigado a fazer uso no tratamento, sempre são muito caros porque na maioria são importados, especialmente quando não esteja no chamado “período de graça” da Previdência Social.”

Por derradeiro, vale dizer, que no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho há Orientação Jurisprudencial nº 142 da SDI-2 que trata do tema, a qual dispõe o seguinte:

“142. Mandado de segurança. Reintegração liminarmente concedida. (DJ 04.05.2004) Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva. (Legislação: CLT, artigo 659, inciso X)”

Alguns adeptos desta corrente chegaram até a elaborar um Projeto de Lei, o qual foi vetado pelo Presidente da República, com o objetivo de tornar legal a estabilidade do portador, do HIV, assim vejamos:

“PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 267, DE 1999 Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.425, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre a estabilidade do empregado portador do vírus HIV e dá outras providências.

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."

A outra defende a tese de que o empregado aidético não tem assegurado a estabilidade provisória no emprego já que a legislação não abarca esta hipótese.

Com efeito, a ausência de legislação específica sobre a matéria (CF, art. 5º, II) serve de argumento para àquela corrente que entende ser possível a dispensa do trabalhador aidético sem justa causa.

É o caso de Sérgio Pinto Martins, em discussão sobre o tema, onde espelha sua visão acerca dos fatos:

“Não há lei determinando estabilidade ao aidético e, por conseqüência, o direito de ser reintegrado em sua anterior função na empresa.”¹³

Vale também citar a visão deste doutrinador, na análise das razões que tolhem os aidéticos em seus direitos. Diz ele:

- 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 ainda não editada a lei ordinária que o regulamente, não haveria nenhuma possibilidade de reintegração do aidético com base em tal preceptivo;

¹³ MARTINS, 1998. p. 339.

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 nº 7.670/88), devendo nesta hipótese ser deferida a reintegração, tendo o portador do vírus HIV direito ao auxílio-doença ou aposentadoria, mas isto apenas após a manifestação da doença (art. 1º, inciso I, da mesma Lei);

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 da Aids, o que impede se acolha eventual pedido neste sentido(23).

E, acrescenta:

Não havendo lacuna na lei, apenas inexistindo comando legal prevendo estabilidade ao aidético, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o aidético 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. Inexiste norma injusta a se aplicada pelo juiz, para que esta atenda aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC), pois não se verifica a hipótese de corrigir os rigores da lei.

Não há norma determinando a estabilidade do aidético e, por consequência, o direito de ser reintegrado em sua anterior função na empresa, razão pela qual inexiste estabilidade no emprego. 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 demitido pelo empregador.¹⁴

Já decidiu-se que "carece de ação reclamante que pretende sua reintegração no emprego alegando ser portador do vírus da AIDS, por impossibilidade ju-

¹⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Jornal Magistratura & Trabalho*, nº 13, p. 11.

rídica do pedido"¹⁵, bem como que a "AIDS é uma doença que está causando grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldade muitas vezes até para sobreviver. Preocupa-me o aspecto de que é cada vez maior o número de infectados por esta enfermidade no mundo todo. Porém, há outras enfermidades que também têm o mesmo impacto, não tanto quanto está observando-se hoje com o problema da AIDS - Este, sem dúvida, muito mais pelo tratamento que vem sendo dispensado ao tema pela mídia do mundo todo - Entendo que, a se conceder estabilidade ao portador do vírus HIV, teremos que reconhecer, por questão de pura justiça, idêntica estabilidade a todos os portadores de outras doenças infecto-contagiosas que ainda hoje são consideradas infamantes, isto é, enfermidades cujos portadores dos vírus são segregados e discriminados pela humanidade. Dessas, a mais conhecida é a lepra (hanseníase). É difícil, do meu ponto de vista, sustentar a concessão desta estabilidade ao portador do vírus HIV. Reconheço que se trata de situação muito delicada, que exige uma dose de humanismo muito grande para o reconhecimento desta estabilidade. Revista conhecida parcialmente, e desprovida"¹⁶.

Há julgados do TRT da 15ª Região que negaram reintegração pelo obreiro "não ter avisado a empresa acerca de ser portador do vírus HIV"¹⁷, ou, ainda por não ter sido provada discriminação no ato da dispensa. Vejamos:

“EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS (HIV) - DISPENSA IMOTIVADA - INEXISTÊNCIA DE DISCRIME POR PARTE DO EMPREGADOR - VALIDADE. A despedida por força de preconceito do paciente da AIDS deve ser evitada, para que mantenha suas condições de vida, trabalhando, até eventual afastamento pela Previdência. Entretanto, em que pesem os aspectos humanitários que envolvem a questão em exame, a prova dos autos não corrobora a tese de despedida por discriminação do empregado portador do vírus HIV,

¹⁵ TRT 2ª Reg., no RO nº 02950400757, ac. da 1ª T. nº 02970090370, rel. Braz José Mollica, in DOE-SP de 20/03/1997.

¹⁶ TST, no RR nº 287010/1996, ac. da 5ª T., rel. Min. Nelson Antônio Daiha, in DJ-U de 24/09/1999, p. 294.

¹⁷ RO nº 20.345/1999-3, ac. da 5ª T. nº 8.063/200, rel. desig. Juíza Eliana Felipe Toledo, in DOE-SP de 13/03/2000.

não havendo como fundamentar o pleito de reintegração apenas em virtude dessa contaminação. Recurso a que se dá provimento para julgar improcedente a ação"¹⁸

"REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DESPEDIDA NÃO ARBITRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. É certo que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, caput), bem como a Lei nº 9.029/95, impedem que o empregado portador do vírus HIV ou aquele que já manifestou a doença - AIDS - seja despedido arbitrariamente, na esteira do que vem decidindo os Tribunais pátrios e defendendo a doutrina nacional. Porém, a prova da alegada arbitrariedade cometida pelo empregador cabe ao obreiro, nos moldes dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, sendo improsperável o pleito de reintegração quando não atendidos citados dispositivos"¹⁹

Segundo assegura Mauro César Martins de Souza²⁰, "havendo prova de que o trabalhador é portador da Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida – SIDA (HIV reagente) -, ou seja, soropositivo acometido de AIDS, e que o empregador tinha prévio conhecimento de tal doença, o mesmo não pode ser dispensado, imotivadamente, sob pena de caracterizar-se discriminação".

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho proferiu julgamentos neste sentido:

Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexistir no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido de poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e

¹⁸ RO nº 2.597/2000-3, ac. da 1ª T. nº 27.769/2000, rel. Juiz Antônio Miguel Pereira, in DOE-SP de 31/07/2000.

¹⁹ RO nº 4.896/2000-4, ac. da 2ª T. nº 40.751/2000, rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva, in DOE-SP de 06/11/2000.

²⁰ SOUZA, Mauro César Martins. *Estabilidade provisória do trabalhador aidético: posição jurisprudencial e efetividade do processo*. GENESIS, Curitiba, março de 2001.

discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV- Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal.²¹

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - DISPENSA ANTERIOR À CONSTATAÇÃO DA DOENÇA - AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO.

Não obstante careça o aidético de estabilidade no emprego, por falta de previsão legal, esta Corte tem admitido excepcionalmente o direito à reintegração, quando constatada a dispensa discriminatória, em função do mal contraído. "In casu", no entanto, verificada a queda de produtividade do Empregado, foi submetido a exames médicos, que não acusaram a existência da doença, o que só foi descoberto em novos exames realizados 60 dias após a dispensa sem justa causa.

Diante de tal quadro, não há que se falar em despedida discriminatória, já que a enfermidade não era conhecida do Empregador. E quanto à imposição do ônus da reintegração como decorrência da adoção da tese da responsabilidade objetiva do empregador pelo evento infausto do empregado, o direito pátrio não alberga essa teoria, sendo que o estado do Empregado, naturalmente ensejador da sensibilidade humana, não tem, no entanto, o condão de gerar o direito postulado, uma vez que outras doenças de igual gravidade, como o câncer, não receberam tratamento legal e jurisprudencial privilegiado. Recurso conhecido e provido.²²

Entretanto, a douta maioria dos julgados têm sido no sentido de considerar presumida a discriminação na dispensa imotivada do trabalhador aidético, desde que o empregador tenha ciência da contaminação.

²¹ TST, nos ERR n. 205359/1995, Ac. da SBDI 1, Rel. Min. Leonardo Silva.

²² TST, RR 638464, 4ª Turma, Rel. Min. IVES GANDRA MARTINS FILHO, julgado em 27/11/2002, DOE SP 19/12/2002.

A Constituição Federal prescreve, no art. 5º, caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, garantindo-se “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Trata-se do princípio da igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. De modo que haveria discriminação ou desigualdade flagrante se o legislador ordinário viesse a tratar com igualdade pessoas desiguais.

Por outro lado, a Lei nº 9.029/95, em seu artigo 1º, estipula de forma cogente e peremptória que “fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à 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 artigo 7º da Constituição Federal”.

Tal dispositivo protege todos os empregados, sem distinção, de práticas discriminatórias limitativas do acesso à relação de emprego, ou à sua manutenção.

Trata-se de texto legal que vem sendo interpretado no contexto protetivo ao hipossuficiente, princípio que dá suporte e é a própria razão do Direito do Trabalho.

Assim, embora omissa a legislação em específico aos aidéticos, tendo em vista os princípios invocados, o entendimento majoritário é no sentido de aplicar por extensão e analogia o quanto disposto no art. 4º, inc. I da citada lei:

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, faculta ao empregado a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais.

José Wilson Ferreira Sobrinho assim se expressa em artigo publicado sob o título “O Aids e o contrato de trabalho”:

a despedida do empregado em razão de ele ser portador do vírus HIV é discriminatória por atentar contra o princípio constitucional da dignidade humana. Sendo discriminatória a despedida é carente de motivação adequada ou de justa causa, o que a torna arbitrária. O caráter arbitrário da despedida permite ao juiz que reintegre o empregado despedido com base no art. 165 da CLT, utilizado analogicamente com o fim de o vácuo normativo criado pela edição da Lei complementar prevista no art. 7º., inciso I, da Constituição Federal.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

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.²³

Se não bastasse isso, é necessário registrar que o Colendo TST já decidiu, mantendo cláusula em dissídio coletivo que assegurava estabilidade provisória a trabalhado portador do vírus da AIDS, litteris:

²³ TRT 3ª Reg., no RO nº 16.691/1994, ac. da 3ª T., rel. Juiz Levi Fernandes Pinto, in DJ – MG de 05/09/1995.

"Dissídio coletivo. Estabilidade. Cláusula asseguradora de estabilidade no emprego ao portador do vírus da SIDA (AIDS). A despedida por força de preconceito do paciente da SIDA deve ser evitada, para que mantenha suas condições de vida, trabalhando, até eventual afastamento pela previdência."²⁴

"Dissídio coletivo ... Jurídica a cláusula de estabilidade provisória no emprego ao empregado portador do vírus da AIDS até seu afastamento pelo INSS, salvo na hipótese de falta grave ou mútuo acordo entre empregado e empregador, com assistência do sindicato da categoria profissional."²⁵

Segundo a lição de Alice Monteiro de Barros²⁶:

"Afora essas situações e outras proventura correlatas, a ampliação da estabilidade provisória deverá ser estabelecida mediante procedimentos como a negociação. Verifica-se que o TST, na Seção de Dissídios Coletivos, vem concedendo estabilidade ao portador do vírus da AIDS ..."

Dissertando sobre o assunto a Juíza Federal do Trabalho Jília Lucena da Rocha²⁷:

Admite-se que o entendimento mais humano, e ao mesmo tempo mais corajoso nessa situação de discriminação é o de garantir a estabilidade ao empregado doente de AIDS ou portador do vírus HIV, e também aos doentes tidos como incuráveis, pois eles necessitam de

²⁴ TST, no RODC nº 89574/1993, ac. da SDC, rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, in DJ-U de 10/02/1995, p. 2023.

²⁵ TST, no RODC nº 113850/1994, ac. da SDC, rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto, in DJ-U de 18/08/1995, p. 25192.

²⁶ BARROS, 2005, p. 943.

²⁷ ROCHA, Jília Lucena da. *Estabilidade do portador do vírus HIV*. elaborado em 07.2003, extraído do portal Jus Navegandi, site jus2.uol.com.br.

proteção contra o desemprego diante da situação que são coagidos a enfrentar todos os dias. O mercado de trabalho não permitiria, no âmbito das flexíveis relações empregatícias e das tendências modernas de mão de obra, a sobrevivência destes doentes, que sem emprego, sem convívio social, sem salário, sem condições de pagar tratamentos, terminariam também sem o direito a **dignidade humana**.”

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

Inobstante isso, surgiu entendimento diverso no sentido de que o direito a estabilidade só encontra respaldo se comprovado que o despedimento do empregado, portador do vírus da AIDS (HIV), se deu em DECORRÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO POR PARTE DA EMPRESA.

Se o empregador comprovar que apenas fez uso de seu poder potestativo para o despedimento do empregado e que jamais ocorreu qualquer discriminação se torna incabível o direito da estabilidade.

Vale a pena conferir:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS (HIV) – DISPENSA IMOTIVADA – INEXISTÊNCIA DE DISCRIME POR PARTE DO EMPREGADOR – VALIDADE. A despedida por força de preconceito do paciente da AIDS deve ser evitada, para que mantenha suas condições de vida, trabalhando, até eventual afastamento pela Previdência. Entretanto, em que pesem os aspectos humanitários que envolvem a questão em exame, a prova dos autos não corrobora a tese de despedida por discriminação do empregado portador do vírus HIV,

não havendo como fundamentar o pleito de reintegração apenas em virtude dessa contaminação. Recurso a que se dá provimento para julgar improcedente a ação.²⁸

REINTEGRAÇÃO – Incabimento – Portador do vírus HIV – AIDS Inexistência de prova. Reintegração. Portador do vírus HIV – Reintegração. NO momento, não existe norma legal que assegure garantia de emprego para o portador de AIDS. Não houve prova nos autos de que o reclamante foi discriminado no emprego para ter direito à reintegração. Pedido de reintegração improcedente²⁹.

Comunga do mesmo entendimento alguns julgados proferidos pelo E. Tribunal Superior do Trabalho:

ESTABILIDADE. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA/AIDS). Comprovado nos autos que o Autor foi dispensado em razão do enxugamento de pessoal na empresa, pois reduzido drasticamente o número de funcionários do setor em que trabalhava. Igualmente demonstrada a ausência de qualquer conduta discriminatória contra o Reclamante, no curso do contrato de trabalho e no momento da dispensa. Ausente qualquer violação constitucional ou legal. Arestos inespecíficos (Súmula 296 do TST). Recurso de Revista não conhecido³⁰.

Portanto, a estabilidade do empregado portador do vírus HIV está condicionada a prova de que a dispensa se deu em razão da discriminação do empregado portador do vírus HIV.

²⁸ TRT 15ª Reg. 2.597/2000- RO.

²⁹ TRT – 2ª. Reg. RO-20010087421 – Ac. 20020092738 – 3ª. T – Rel. Juiz Sérgio Martins.

³⁰ TST, RR - 21881/2002-651-09-00, 2ª Turma, Rel. Min. JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES, julgado em 20/09/2006, DJ 29/09/2006.

No caso do trabalhador aidético que é dispensado sem motivação, arbitrariamente, tem-se admitido a reintegração liminar em reclamações, inclusive com antecipação de tutela jurisdicional. Vejamos:

Inexistindo recurso específico no Processo do Trabalho, a decisão concessiva de tutela antecipada poderá ser questionada por mandado de segurança, cujos contornos se restringirão à análise dos pressupostos do art. 273 do CPC, ao possível dano irreparável ou a aberração decisória. O direito ao contraditório e à ampla defesa devem ser harmonizados com o do próprio acesso ao Poder Judiciário, cuja intervenção preventiva (ameaça de lesão) autoriza sejam tomadas decisões sem ouvir a parte adversa. A jurisdição tem compromisso com a efetividade das suas atuações, tendo o próprio legislador percebido que até o sagrado direito de defesa pode ser exercitado de forma abusiva ou protelatória. Descabe, outrossim, nesta ação especialíssima, aprofundada cognição ou exaurimento probatório da matéria de fundo, sob pena de usurpação da competência do Juízo de primeiro grau. O mito da busca da coisa julgada material, ou seja, depois de esgotados todos os inúmeros recursos, possíveis e imaginados, parece prestigiar a certeza jurídica, quando, no entanto, as condições do mundo moderno, exigem, preponderantemente, mais Segurança e Justiça nas relações humanas. Entre o constrangimento de uma reintegração forçada liminar e sua possível reversão posterior, deve-se prestigiar a primeira, seja porque atende à finalidade de sobrevivência do trabalhador, de sua família e de sua dignidade, seja porque é moralmente mais justo trabalhar e ganhar do que só auferir a indenização compensatória, exclusivamente monetarista. Ação improcedente³¹.

³¹ TRT 15ª Reg., no MS nº 356/1999, acórdão nº 113/2000-A da Seção Especializada, rel. Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, in DOE-SP de 11/02/2000, p. 5.

Mandado de segurança. Tutela antecipada. Reintegração. Estabilidade. Doença profissional. Tutela antecipativa de mérito concedida liminarmente, determinando a reintegração imediata de empregada, portadora da estabilidade decorrente de doença profissional (art. 118, da Lei nº 8213/91). Presentes os requisitos constantes do art. 273, do CPC, autorizadores da concessão liminar, ante a razoabilidade do direito subjetivo material, tendo em vista o disposto no art. 118, da Lei nº 8213/91, aliada ao escopo de conjurar o perigo de dano irreparável advindo do retardamento da solução definitiva da reclamatória. Recurso ordinário a que se nega provimento³².

Reintegração. Antecipação da tutela. Deferimento liminar em autos de reclamação trabalhista. Demissão sem justa causa. Empregado portador de doença profissional. Estabilidade. A antecipação de tutela não se caracteriza como abuso de poder, ou ato ilegal, porque prevista e permitida pelo artigo 273 do CPC. A decisão de reintegrar o trabalhador portador de doença profissional, com estabilidade amparada na Lei nº 8213/91, não prejudica direito líquido e certo do empregador, haja vista que o objetivo da demanda, na ação trabalhista, é, exatamente, definir se a impetrante tinha, ou não, o direito de despedir. Recurso ordinário em mandado de segurança desprovido³³.

GARANTIA DE EMPREGO – EMPREGADO com AIDS – Inadmissibilidade de exigência de TESTE DE HIV – Art. 5º/CF, caput. Garantia de emprego. A vedação à dispensa arbitrária. Como partícipe de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença a empresa atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego (acatando recomendação do Conselho Regional de Me-

³² TST, no ROMS nº 458240, ac. da SBDI 2, rel. Min. João Oreste Dalazen, in DJ-U de 07/04/2000, p. 35.

³³ TST, no ROMS nº 414614, ac. da SBDI 2, rel. Min. Francisco Fausto, in DJ-U de 12/05/2000, p. 225.

dicina) ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus assim entendida a despedida que não esteja respaldada em motivo econômico disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se da responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º., caput, da Constituição Federal)³⁴.

AIDS – REINTEGRAÇÃO de empregado soropositivo – Admissibilidade Reintegração – Empregado portador do vírus da AIDS – Caracterização de despedida arbitrária. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao 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 provida³⁵.

AIDS – Empregado soropositivo – Inexistência de ESTABILIDADE – Direito à Reintegração – Despedida arbitrária e anti-social caracterizada. Ocorrência de DISCRIMINAÇÃO – ART 5/CF – ART. 476/CLT – LEI 7670/88 – Servidor público – Aplicação da Lei 7.670/88 – Reintegração – aidético – Dispensa anti-social ou arbitrária obstativa ao seguro doença – Discriminatória – Nulidade ato patronal. Empregado portador do vírus da AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei 7670/88), por não ostentar a condição de servidor público reintegração, “in casu”, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida anti-social ou arbitrária, obstativa ao seguro –

³⁴ TRT 2ª. Reg. – RO 20000089774 – Ac. 20010032465 – 8ª. T. – Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva.

³⁵ TST – RR 217791/95.3.9ª. Reg. – Ac. 2ª. T. 3473/97 – unân. – Rel. Min. Valdir Righetto.

doença, além da discriminatória (inteligência e aplicação do artigo 5º. da CF/88, artigo 5º. e artigo 476 da CLT e princípios protetores do Direito do Trabalho)³⁶.

AIDS – Portadora de HIV tem direito à estabilidade no emprego. Dispensa imotivada presumida discriminatória. Reintegração determinada. Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos arts. 1º., incs. III e IV, 3. inc. IV, 5º., caput e inc. VLI, 170,193. A obreira faz jus à estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada despedida arbitrária (art. 7º., inciso I, da CF). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos arts 1º. e 4º. Inc. I, da Lei no. 9.029, de 13 de abril de 1995 (cf. CLT art. 8º. c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º.). O risco de atividade econômica salda empresa empregadora (CLT, art. 2º.), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge todo o país³⁷.

Assim, embora existam teses opostas quanto à dispensa sem justa causa do obreiro aidético ser discriminatória ou não, é certo que vem sobrepondo-se o entendimento de que o empregado em condições de trabalhar tem direito à reintegração quando tiver avisado a empresa de que é portador do vírus da AIDS, inclusive liminarmente e/ou antecipadamente, visando-se a efetividade do processo e, pois, da jurisdição.

Mais ainda, será considerada discriminatória e arbitrária a dispensa do aidético ocorrida nos primeiros quinze dias de afastamento uma vez que deixaria de fazer jus ao auxílio doença pago pela Previdência Social, pois a suspensão do contrato de trabalho se daria a partir do décimo sexto dia. Neste caso, o empregado poderia pleitear sua reintegração.

³⁶ TRT – 3ª. Reg. RO 06763/94 – 1ª. JCJ de Belo Horizonte – Ac. 3ª. T- maioria – Rel. Alfio Amaury dos Santos.

³⁷ TRT - 15ª. Reg – RO 004205/1999 – 3ª. T. Rel. Juiz Mauro César Martins.

É o que se vê dos seguintes arestos:

Garantia de emprego ao portador de Aids. A Lei Federal nº 7670/88 “entende” aos portadores da doença a concessão de licença para tratamento de saúde nos termos da Lei nº 1.711 (artigos 104 e 105), então vigente, aplicável com supedâneo no art. 8º, da CLT, que faculta ao julgador valer-se, para razões de decidir dos princípios da equidade e da analogia³⁸.

Aids. Doença já manifestada. Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada Aids, já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao recebimento do Direito Previdenciário contido na Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. É sobejamente sabido que o empregado que está em auxílio-doença ou auxílio-enfermidade é considerado em licença remunerada, durante o prazo desse benefício. Não se pondere no sentido de que o autor estava em seguro-doença ou auxílio-enfermidade, uma vez que a reclamada impediu-lhe a obtenção desse benefício quando o demitiu. Não pode a reclamada obstar o reclamante de perceber o benefício previdenciário e talvez a aposentadoria³⁹.

Hodiernamente, a doutrina e jurisprudência têm reconhecido possibilidade de que o empregado aidético dispensado arbitrariamente receba indenização por danos morais visto que o dano advém do sentimento de menosprezo, descaso, aflição, humilhação, constrangimento originado pela dispensa baseada na existência de uma doença.

³⁸ TRT 2ª Região, in DJSP 20.11292.

³⁹ TRT 2ª. Região, Proc. 25.414/92, in Jornal Tribunal do Direito, outubro/94, pág. 11.

A propósito Ricardo Sampaio⁴⁰ ao tratar do assunto “AIDS, Raça, Sexo e Dano Moral” afirma:

“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”.

Traz à baila alguns julgados:

AIDS. Discriminação. Danos morais. O trabalhador, portador do vírus HIV, que passou a ser tratado pelo superior hierárquico de a coisa e estorvo, em virtude de doença de que padece, faz jus à indenização por danos morais sem qualquer margem de dúvidas. É inafastável a repugnância que nos toma conta quando sabemos existir em nossa sociedade, muitas vezes próximas ao nosso convívio, pessoas com mentalidade tão medíocre e comportamento tão desumano e pequeno, ocupando cargos e dirigindo vários subordinados. Estes, sem dúvidas, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade⁴¹.

Nem a Constituição Federal, nem a Lei Ordinária (Lei 9.029/95), contemplam o empregado, portador do vírus HIV, com qualquer garantia de emprego ou estabilidade. Assim, a constatação de eventual prática discriminatória no despedimento autoriza a compensação com indenização em razão de dano moral, as jamais a reintegração⁴².

⁴⁰ SAMPAIO, Ricardo. *AIDS, Raça, Sexo e Dano Moral*. Doutrina, Revista Consulex, Ano II, n.º 18, Junho/1998, p. 28.

⁴¹ TRT 24ª. Reg. RO 1.94/97, Rel. Juíza Geralda Pedrosa.

⁴² TRT 2ª. Reg., RO 02940419307, Rel. Juíza Maria Inês Santos Alves da Cunha.

Portanto, provado o despedimento discriminatório do empregado aidético é devido indenização por restar configurado o dano de ordem moral do empregado.

Por fim, indispensável abordar a questão dos profissionais da área da saúde portadores da AIDS.

Analizando sob a ótica do princípio da isonomia/igualdade conclui-se que não é possível tratar igualmente indivíduos que possuem situações particulares diferentes.

No caso em questão, deve ser considerado que o portador profissional da área da saúde irá trabalhar em contato direto com sangue humano, ou em situações que possam possibilitar o contágio de forma direta ou indireta.

Com efeito, indispensável a seleção na escolha de candidatos ao cargo, eis que, mesmo sendo de extrema importância a manutenção da incolumidade física e moral da pessoa que pré-dispõe ao cargo, não se pode permitir o alastramento do Mal, por meio de contaminação de amostras de sangue ou em demais atos, como operações cirúrgicas e tratamentos odontológicos.

De se ver, então, que faz parte da função, sendo pré-requisito, tendo relação com o trabalho, não ser portador do HIV o profissional da saúde, eis que pode haver contágio involuntário, em situações especiais ou até mesmo agravamento da saúde do profissional considerando a fragilidade de seu sistema imunológico.

E, sendo assim, entendo poder haver seleção, e que de modo algum ofenderá o Princípio da Isonomia consagrado na CF/88.

Neste espeque, entende-se que inexistirá discriminação ou arbitrariedade a exigência de teste de inexistência do HIV, no ato da admissão, ou a dispensa para se afastar o perigo real de transmissão do vírus visto ser particular o fato de ser portador do HIV e haver relação entre o parâmetro exigido pelo empregador e a característica apresentada pelos prejudicados pelas exigências.

CONCLUSÃO

Concluímos, do exposto, que a dispensa injustificada do empregado portador da AIDS é presumidamente arbitrária e discriminatória já que deixa de lado todos os princípios Constitucionais e Infraconstitucionais e, por conseqüência, deixando de cumprir a finalidade legal de proteção do hipossuficiente na relação do trabalho.

Com efeito, cabe ao empregador a prova de que a dispensa foi motivada, ou seja, que se deu por ordem financeira, estratégica, ou de qualquer outra ordem.

Entretanto, no caso do profissional da área da saúde considerando que o fato de ser portador do HIV interfere no desempenho de sua função, gerando risco de mal maior não só para o empregado como para terceiros não se há de cogitar em discriminação na exigência de teste do HIV, no ato da admissão, ou na dispensa.

Não havendo qualquer prova de dispensa motivada será declarada esta discriminatória e ilegal podendo ser conferido ao trabalhador sua reintegração ao trabalho (Lei 9.029/95) uma vez que lhe é garantido analogicamente a estabilidade provisória até quando permanecer capaz para o trabalho, quando isso não se der mais então caberá ao empregador encaminhá-lo ao INSS para fazer jus aos benefícios da Lei 7670/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. editora LTR, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2 ed. rev. e aum., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 3ª ed, Editora LTR.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, 7ª Ed, Editora Atlas

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*, 23ª edição, Editora Atlas.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 6ª. Ed. Revista, atualizada e ampliada, ed. Atlas, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Jornal Magistratura & Trabalho*, nº 13, p. 11.

PEDREIRA, Afirma Luiz de Pinho. A discriminação indireta. In: *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 4 jan/dez 2000, p. 61-74.

ROCHA, Jólia Lucena da. *Estabilidade do portador do vírus HIV*. elaborado em 07.2003, extraído do portal Jus Navegandi, site jus2.uol.com.br.

SOBRINHO, José Wilson Ferreira. *O Aidético e o contrato de trabalho*. Artigo disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/49199/?noticia=DEMISSAO+DE+EMPREGADO+SOROPOSITIO+DESPEDIDA+DISCRIMINATORIA+OU+DIREITO+POTESTATIVO>.

SOUZA, Mauro César Martins. *Estabilidade provisória do trabalhador aidético: posição jurisprudencial e efetividade do processo*, GENESIS, Curitiba, Março 2001.

ANEXOS

ANEXO 1

LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995.

Proíbe 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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º 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 considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às 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, direto 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.

Art. 5º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 13 de abril de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

ANEXO 2

Lei nº 7.670 de 08.09.1988

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

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

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

I - a concessão de:

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

b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980;

d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei nº 3.738, de 4 de abril de 1960;

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do 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. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

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

Brasília, 8 de setembro de 1988; 167º da Independência e 100º da República.

JOSÉ SARNEY