

REFLEXÕES SOBRE A PROTEÇÃO AO TRABALHO DO EMPREGADO PORTADOR DO HIV

LEITE, Milca Micheli Cerqueira- mimicheli@hotmail.com (Mestrado em Direito/Unibrasil)

Resumo: O mundo do trabalho mudou, as pessoas mudaram e a forma como se admitem os direitos do outro também. O direito laboral passa a enfrentar questões peculiares. Esse artigo traz uma reflexão sobre a configuração de despedida discriminatória, os direitos do trabalhador portador do vírus HIV, que como qualquer cidadão é titular de direitos, um deles, o conteúdo do trabalho. A preservação de seus direitos enquanto trabalhador é inegável, mas de outro lado está o poder potestativo do empregador, que encontra óbices para demitir o empregado nessas condições, podendo ser considerada abusiva a despedida.

Palavras-chave: Mercado do trabalho, Trabalhador portador de HIV, Despedida abusiva, Discriminatória.

Abstract: The world of work has changed , people have changed and how admit the other rights as well. The labor law faces unique issues . This article reflects about the discriminatory dismissal configuration, carrier worker's rights of the HIV virus , like any citizen is entitled to rights and one of them, the content of the work . The preservation of their rights as workers is undeniable, but on the other side is the potestative power of the employer , who finds obstacles to dismiss the employee under these conditions , can be considered abusive farewell.

I EXTENSÃO DO UNIVERSO DO TRABALHO

A expansão do direito do trabalho é incontestável nos dias de hoje, o mundo do trabalho mudou, as pessoas mudaram e a forma como se admitem os direitos do outro também. Nossa Carta Política defende e encampa em seu artigo 7º o direito ao trabalho com um pilar de desenvolvimento econômico social e individual.

Há muito que o trabalho deixou de ser considerado um castigo, uma pena para os não intelectualizados para se tornar um valor social, um direito universal de

todos os homens e apresenta-se como um mandamento constitucional. O trabalho não é mais uma quimera para se tornar uma fonte de sobrevivência.

Sinônimo de vida digna, o trabalho vincula liberdade e igualdade, afastando-se gradativamente da idéia de subordinação, de alienação, há muito mais “liberdade de trabalhar” do que “dever de trabalhar”.

CARLOS DE BUEN UNNA (1997) destaca que deve-se entender o direito do trabalho em duplo aspecto, protegendo o acesso ao trabalho e a vida digna do empregado e outra que impede o empregador de obstacularizar a produtividade econômica, ele destaca:

“O direito do trabalho deve ser entendido sempre em um duplo aspecto, tanto para viabilizar o acesso a um trabalho remunerado que permita viver com dignidade, como para conservar o emprego e, assim, garantir os meios econômicos para uma subsistência razoável. (...) Ao menos hoje, sob o domínio do neoliberalismo, somente estão apresentando o direito do trabalho como um estorvo ao emprego, que entorpece as relações laborais, que impõe injustificadas cargas aos empregadores, e obstaculariza a produtividade. Em outras palavras, se lhe imputa o maior dos fracassos, acusando-o de acabar com o motivo mesmo de sua existência.”

Até um tempo atrás não existia trabalho para um idoso, para um deficiente físico, eles eram tidos como inadequados para realizar atividades, inválidos para o trabalho; mas essa realidade mudou e essa conexão entre o trabalho e o direito a tê-lo aponta para um novo horizonte.

O caminhar do direito social do trabalho permitiu novas perspectivas, novas modalidades de profissão e um repensar do direito do trabalhador. De outro lado e diante de tanta modernidade não só a satisfação das necessidades do homem mudou, mas aquela perspectiva reducionista sobre o trabalho hoje é insuficiente a satisfação das necessidades humanas e o homem precisa buscar através do trabalho suas realizações, o que não faz mais apenas em função dos frutos materiais, mas para sentir-se útil, feliz.

Surge então outra questão que é consequência da modernidade, as novas brechas que o direito tem que preencher dando resposta aos casos postos em análise, socorrendo-se da analogia para elucidar casos, dos conceitos pétreos e por aí por diante.

A dinâmica do mundo atraiu novos pensamentos sobre novos rumos alcançados pelos novos trabalhadores e pelas novas situações que esses vivem.

Muito se tem falado de dignidade da pessoa humana e parece que a solução de muitos casos passa pela análise desse princípio, que constitui um critério unificador de todos os direitos fundamentais, a questão é, se esse princípio tem caráter absoluto ou não, e se o fato de um terceiro exercendo seu direito pode ser imputado ofensor ou violador da dignidade. Não é tarefa fácil afirmar isso, SARLET (1998) já dizia que:

“(...) na esfera das relações sociais, nos encontramos diuturnamente diante de situações nas quais a dignidade de uma determinada pessoa (e até mesmo de grupos de indivíduos) esteja sendo objeto de violação por parte de terceiros, de tal sorte que sempre se põe o problema – teórico e prático – de saber se é possível, com o escopo de proteger a dignidade de alguém, afetar a dignidade do ofensor, que, pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao mesmo tempo naquela circunstância, age de modo indigno e viola a dignidade dos seus semelhantes, ainda que tal comportamento não resulte na perda da dignidade.”¹

PIOVESAN (2001) diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Então, a partir dessa ótica sobre a dignidade e sobre a caracterização do que a doutrina intitula de despedida abusiva, e que leva à precarização do trabalhador, temos que a mesma afronta a dignidade humana do contratado laboral.

II REFLEXÕES SOBRE O TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Vamos pensar no trabalhador portador do vírus HIV, ele é um cidadão como outro qualquer, titular de direitos, e que até uns anos atrás se identificado em seu ambiente corporativo como paciente portador da doença, seria discriminado e seu

¹ SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 152.

direito comprometido, por mais capaz e habilidoso que pudesse parecer, todos os olhos estavam voltados para a sua situação clínica.

O trabalhador portador do vírus HIV é um desses atores que está no centro do novo mundo do trabalho. A AIDS, sigla americana para *Acquired Immunodeficiency Syndrome* ou, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida que é reconhecida como uma epidemia mundial deixou de ser ignorada inclusive no cenário laboral. Dados divulgados pelo Ministério da Saúde estimam que no Brasil, cerca de 630 mil pessoas vivem com a AIDS, além disso anualmente cerca de 30 a 35 mil novos casos da doença são registrados no país.² O Brasil de acordo com a OMS é o quarto país em números absolutos de casos.

Esse alarmante e crescente número começou a ser coletado quando foi identificado o primeiro caso da doença, em 1980.

Depois disso a taxa vem crescendo e para se ter uma idéia do quanto, tínhamos até o final na década de 90 cerca de 17 casos para cada 100 mil habitantes, hoje esse número é três vezes maior.

As primeiras pesquisas de abrangência no país estimavam que aproximadamente 593 mil pessoas, com idade entre 15 e 49 anos, viviam com o HIV (vírus da imunodeficiência humana) e com a AIDS, o percentual era de pouco mais de 0,61%, hoje esse índice é bem mais alto.

Diante dessas informações reais, muitos ambientes corporativos, ainda que motivados a impactar habilidades profissionais e até mesmo dispor de suas tecnologias e de seu mercado investindo em pessoas, começaram a ver esse problema mais atentamente.

No Brasil, a Constituição Federal em vários dispositivos do artigo 5º, e por força do artigo 3º, inciso, IV protege o cidadão de ser discriminado, além disso a OIT (Organização Internacional do Trabalho) através das Convenções nºs 111 e 117, e a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, reafirmam o compromisso que tem a comunidade internacional de promover a "eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação".

A questão relacionada com os direitos fundamentais desse trabalhador, está em como deve reagir o empregador que for informado pelo próprio empregado ou

² Portal do Ministério da Saúde, Departamento de DST, AIDS e hepatites virais.

por um terceiro que mantém em seus quadros um trabalhador portador do vírus ou um paciente aidético.

Muitas dúvidas surgem e vão desde a noção que pode vir a ter esse gestor de negócios do valor que esse empregado tem, até o reflexo que um funcionário soropositivo tem em seu seio corporativo.

Esse mesmo empregador, se tiver um pouco mais de curiosidade ou de predisposição para entender os direitos desse trabalhador, poderá se deparar com notícias do mundo jurídico mutável de que esse mesmo empregado, seja ou não habilidoso e competente, pode ter estabilidade no emprego.

Dessa descoberta surgirão mais hipóteses, como a dúvida sobre se um processo de rescisão de um trabalhador portador do HIV deve ser diferenciado ou ainda, se a empresa está “condenada” a mantê-lo em seus quadros funcionais contra a sua vontade.

III IMPLICAÇÕES SOBRE A MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Num primeiro momento essa imposição parece ser unilateral e afrontar os princípios contratuais da boa-fé, ajustáveis integralmente aos contratos individuais do trabalho e é justamente por isso que as discussões se afluam.

Vamos adiante, no direito brasileiro existe a possibilidade de em alguns casos, manter-se o trabalhador em seu posto de trabalho, garantido-lhe o emprego em função das circunstâncias ocorridas; essa garantia, impede que o empregador exerça seu poder potestativo e rescinda o contrato de trabalho sem justa causa, salvo se o mesmo praticar falta grave.

A garantia de emprego por sua vez não é um direito irrenunciável do empregado, caso o mesmo voluntariamente decida desligar-se e o faça de forma inequívoca, renuncia o tempo que dispõe para manter-se na relação de trabalho.

Embora seja comum se falar em garantia provisória de emprego, é de certa forma incorreto se referir a essa como um “estado de fato passageiro” pois garantia, pressupõe efetividade e por isso não poder ser temporária, ao contrário da estabilidade que é uma condição transitória, como é o caso daquela obtida pelo empregado sindicalizado, pelo trabalhador que sofreu acidente de trabalho, etc., a garantia de emprego tem caráter permanente.

Nossa lei trabalhista tratou do assunto quando defendeu várias figuras obreiras em seus artigos, justificando para cada uma daquelas os motivos pelos quais devia amparar seu direito de manutenção no emprego, até porque na época da sua edição o caminhar do direito era outro.

Isso se percebe no caso do empregado sindicalista, que à época da criação da CLT em 1943, era alguém perseguido pelo seu patrão por defender seus companheiros operários, nesse momento histórico os empregados sofriam por parte dos patrões, todo tipo de retaliação calados, ainda haviam muitos rastros do empregado visto como objeto, como uma ferramenta. O mesmo ocorria com a empregada gestante, que geralmente quando comunicava seu estado gestacional para o empregador era, ato contínuo demitida; o empregador a todo custo evitava ter que manter em seu ambiente corporativo e contra a sua vontade, uma mulher grávida, frágil, que precisava amamentar e por aí por diante, era uma mistura de preconceito com a mulher no mercado de trabalho e a sua visão cifrada de prejuízo.

Mesmo com o passar dos anos, os empregados discriminados que não sejam aqueles relacionados na lei, continuam não tendo garantia expressa de trabalho específica na legislação brasileira. Isso justifica-se como dito acima, pois é impossível prever todas as situações do cotidiano, ou que possam vir a inspirar leis.

Por isso, embora o trabalhador portador de HIV ou o doente de AIDS tenha sido mencionado primeiramente na Lei 7.670/88 e depois na Lei 8.036/90 como legítimo a levantar seu fundo de garantia nos casos em que for acometido da doença ou sendo portador do vírus HIV, a AIDS é uma doença do século XX e nunca fora tão debatido no Brasil a dignidade da pessoa humana, valor moral atribuído ao ser humano.

Mesmo com as previsões constitucionais do artigo 3º inciso IV e artigo 5º da Constituição, não há dispositivo pormenorizado, que preveja, em especial casos de estabilidade provisória para o empregado soropositivo, a menos que expressamente essa questão seja ressaltada em instrumentos coletivo.

Combinando o fato de que nossa lei não dispõe expressamente acerca da manutenção do empregado soropositivo, bem como que o mesmo não pode ser considerado um portador de necessidades especiais e por fim, atrelado ao fato de que normalmente possui plena capacidade laboral, parece claro que a questão que circunda o caso é o preconceito.

Essas mudanças na legislação laboral não ocorreram em função da inércia do legislador, o que não impede no entanto, que o trabalhador esquecido busque resposta.

Em algum momento o direito não acompanhou os fatos sociais; não que isso tenha que ocorrer sempre que uma situação nova for posta à voto, isso causaria uma inconstância no ordenamento jurídico, imagine uma norma criada cada vez que algo significativo mudasse no mundo laboral, político, cultural, ou quando um clamor coletivo operário se levantasse, se criasse uma lei, estaríamos colecionando normas natimortas, o que não é nenhum elogio para um país que tem inúmeras leis esparsas, vários códigos, incontáveis medidas provisórias, etc.

IV A GARANTIA DE TRABALHO PARA OS TRABALHADORES SOROPositivos

Esse ensaio chama atenção para a carente adequação à obtenção da efetiva tutela, que embora legislada, não repensou o direito social e o conceito de igualdade de forma a consolidar os direitos do trabalhador nos aspectos da atualidade.

O direito busca solução dos casos com os elementos que tem. Com o passar dos anos e as mudanças no mundo do trabalho, surgiram novas situações que não podiam ficar a mercê das vicissitudes alheias e os empregados portadores do HIV, hoje sabedores do seu direito levaram aos tribunais o seu clamor, querendo ser ouvidos, hastearam as bandeiras da igualdade, liberdade, segurança, etc., contidas no artigo 5º da Constituição³ afirmando que foram e são discriminados quando revelam ou quando o empregador toma conhecimento da doença e aí o direito precisa resolver esse conflito latente não previsto na lei.

Essa reivindicação obreira vai mais além do que apenas um pedido de indenização compensatória, não é isso que o empregado busca, ele quer uma resposta permanente para aliviar suas preocupações, ele reclama sua garantia ao emprego como um direito fundamental e defende que esse direito a sua subsistência e da sua família, a sua dignidade, é permanente, não lhe pode ser retirada, sob pena de violar o empregador preceito fundamental.

É claro que muitos empregados portadores do vírus HIV não estão incluídos no rol dos inaptos, inabilitados, incompetentes, ao contrário, a doença ou o vírus não escolhe as suas vítimas pela classe social, embora na década de 1980 o grupo de risco fosse o dos homossexuais ou das pessoas ligadas a grupos de risco e desinformadas, isso não corresponde mais a realidade atual.

Diante disso, as discussões se inflamam ainda mais, pois ao passo que não existe proteção para o trabalhador portador do vírus HIV ser mantido no trabalho, existe uma limitação para o poder de gestão de empregador e mais do que isso, existem preceitos que protegem os direitos fundamentais do homem, o que inclui a liberdade,

³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” (Sem grifos no original)

igualdade, e a garantia de não serem discriminados⁴, e nesse ponto, a Constituição brasileira não foi tímida, relacionou um a um os direitos pertencentes ao homem.

Por outro lado, é fundamental debater o direito dos esquecidos ou se preferir, o direito das minorias.

O cidadão que for portador do vírus HIV não necessariamente está doente, a doença assintomática é o período entre a infecção e o aparecimento de sinais e sintomas relacionados à AIDS, e esse período pode variar de pessoa para pessoa, com essa informação o problema é ainda maior.

Temos ainda outra questão, que é o momento da comunicação; segundo a lei brasileira, o empregado tem até 2 anos para propor reclamatória trabalhista perante a Justiça do Trabalho, imaginando que um empregado soropositivo tenha seu contrato rescindido sem justa causa e que após 1 ano e meio tome conhecimento de sua situação, poderá ainda pleitear com base nos fundamentos elencados na Carta Constitucional a reintegração ao trabalho?

Parece que não, uma vez que seu direito foi se desvanecendo com o passar dos meses, aliás, nenhuma discriminação demonstrou ter o empregador ou seus colegas, o que de fato, justificaria o retorno ao trabalho do empregado.

De outro lado, o empregado apenas tomou conhecimento do seu estado depois de transcorrido certo tempo, terá o mesmo que pagar o preço por desconhecer seu lamentável quadro clínico? Isso não parece ser o caso de renúncia ao direito à estabilidade.

Continuando, e com relação ao empregador que observou as regras estabelecidas para a ruptura contratual mas depois, foi surpreendido com um pedido de retorno ao trabalho do ex empregado que se revelou então soropositivo e após demitido, quer exercer seu direito a ser mantido no trabalho ou melhor dizendo, voltar ao trabalho?

Por cautela, seria possível o magistrado receber o pedido autoral até que fosse provado, ou melhor, esclarecido se de fato, não havia conhecimento por parte do empregado e em certos casos do empregador de tal situação, o que poderia fazer com base nos dispositivos constitucionais, com o contido na Convenção nº 111 da OIT,

⁴ Artigo 3º IV da CF/88.

ratificada pelo Brasil⁵, e com base no art. 1º da Lei nº 9.029/95⁶, que embora não se aplique diretamente ao trabalhador soropositivo, repele a discriminação.

A questão do prazo, prova da comunicação, etc., é uma discussão ampla e que não será objeto de estudo nesse momento.

V CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESTABILIDADE DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

Diante disso tudo, afinal, o trabalhador portador do vírus de HIV tem estabilidade?

Primeiramente vamos diferenciar o portador do vírus HIV do doente, o primeiro é a pessoa acometida pelo vírus, que está incubado, ou seja, ainda não apresentou manifestações sobre o organismo mas pode ter uma vida normal, diferentemente do trabalhador doente que já passou pelo período de incubação do vírus e sente os efeitos em seu corpo, além de estar suscetível a outras doenças, infecções e outras moléstias que o atacam em razão da sua debilidade.

Vendo assim parece claro que o trabalhador doente pode ter e geralmente tem suas funções comprometidas, além disso, por conta da sua condição física, esse empregado tem muitos períodos de afastamentos ocasionais de suas funções, o que poderia tornar justificável a rescisão do seu contrato de trabalho; porém, em contrapartida, é delicado e até questionável a atitude do empregador que toma tal atitude em um momento tão delicado na vida daquela pessoa, justamente quando necessita de renda para custear o seu tratamento.

A título informativo, no Brasil, desde 1996, é distribuído gratuitamente o coquetel antiaids para todos que necessitam de tratamento, e segundo informações do

⁵ a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

⁶ “Artigo 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.”

departamento responsável, até dezembro de 2012, 313 mil pessoas recebiam regularmente os remédios para tratar da doença.

Pois bem, tratando ainda da responsabilidade do empregador, não parece justo ou juridicamente falando, não há ilegalidade no ato de despedida pelo empregador de um empregado doente quando o mesmo depende da sua atividade financeira para sobreviver, porém há uma ressalva contida no artigo 7º inciso I da Constituição⁷, que permite que a interpretação se estenda, e mais, que se criem ou se mantenham certos direitos, até é claro, que seja criada lei complementar para solução do caso e isso, como explicitado aqui, é de certa forma, um outro problema.

Essa dependência descrita pela lei faz com que essa brecha na legislação que como até o momento não foi sanada, sacrifique direitos de uns e de outros.

Embora pareça dura essa afirmativa, sabemos que no Brasil, vigem os princípios da proteção e do *in dubio pro operário* ou *pro misero*, que compreende justamente uma atenção especial ao empregado, quando lhe forem dúbios, divididos ou até mesmo houver chances do mesmo vir a ser prejudicado, seu peso é dissoluto ainda mais se amparado pela falta de lei.

Sabemos que a nossa Constituição consagra a todos o direito à saúde, educação, etc., porém a forma de efetivação desse direito é que não pode ser transferida para outro, ainda mais sendo um particular. O conjunto de lemas dos direitos humanos é deveras complexo, pressupõe a concretização dos princípios através de normas, trabalha o conceito de mínimo existência, que em si carrega a teoria das necessidades e por aí trilha a difícil tarefa de chegar a um consenso padrão sobre seus efeitos, seu conceito e alcance.

Pensando assim, parece fundamental que a matéria seja positivada no ordenamento e trate em especial o caso dos trabalhadores portadores de HIV e de outro trabalhador que sofra de doença com cura improvável, restringindo a prática (legal) de demissões imotivadas desde que discriminatória.

Para o empregador o peso é ter que reintegrar o seu empregado sem prejuízo de outras sanções, tudo isso com vistas a inibir atitudes flagrantemente condenáveis pela lei.

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Por outro lado ainda, outra grande dificuldade já objeto de preocupação é a discussão relacionada ao vínculo praticamente obrigatório de emprego, isso porque o empregador que reintegra um trabalhador soropositivo, independente do estágio da doença sempre estará na berlinda, ou seja, praticamente ficará impedido de rescindir o vínculo com esse trabalhador, pois cedo ou tarde sua atitude será julgada como preconceituosa, discriminatória, abusiva. Percebe-se o qual delicado é impor essa atitude quando sabemos que reintegração e estabilidade, não se confundem

Toda essa discussão por sua vez é abordada nos casos em que o empregado reluta para ser mantido no trabalho por vê-lo como um direito.

VI IMPLICAÇÕES DA REINTEGRAÇÃO

Em função do estigma que carregam e do preconceito social, ainda é pequeno o número de ações propostas por trabalhadores portadores de HIV ou doentes de AIDS, porém, gradativamente aumentam os processos em que a doença está no centro da relação de trabalho, que é o caso dos conflitos em função da dispensa do empregado portador do vírus HIV ou doente de AIDS, com pedidos de manutenção do emprego.

Fato é, como exposto, que, obrigar o empregador a manter em seus quadros funcionais um empregado que não corresponde mais as suas expectativas, que falta reiteradas vezes e que sofre com a hostilidade e discriminação dos colegas, trabalhando algumas vezes insatisfeito e infeliz, é transferir uma obrigação do Estado para o empregador.

A reintegração em torno do trabalhador soropositivo não é um assunto linear, CUNHA (2013) nos remete a discussão sobre a ausência de legislação e a função social destacada do contrato de trabalho:

Inexistem óbices que levem a conclusão de que um vínculo de trabalho duradouro traz consigo progressos pessoais para o trabalhador. A estabilidade no emprego oferece uma base mais sólida em vários aspectos econômicos e sociais, permite que o trabalhador desfrute de bem estar físico e mental, além de viabilizar sua inclusão em programas de assistência social e previdenciária para quando não estiver mais em sua plena capacidade de exercício laborativo.

Muitas vezes, o empregador reintegra o empregado e como dito anteriormente, percebe que o mesmo vem sofrendo assédio moral no ambiente de trabalho por parte de outros superiores, vem sendo segregado pelos colegas, e em alguns casos suas tarefas são reduzidas propositadamente, e isso infelizmente ocorre.

É claro que uma instituição que atua na área médica, um pronto atendimento, um laboratório de análises clínicas, enfim, empresas que lidam diretamente com a exposição ao vírus porque tem que manipular objetos contaminados ou atender pessoas feridas, acidentadas, não pode ser julgada discriminatória por exigir exame admissional ou periódico de HIV, a rotina dos profissionais é outra e eles precisam lidar e enfrentar o problema de outra forma. Teríamos uma excludente para um comportamento que inclui separar ou não admitir trabalhadores contaminados. Isso não significa que trabalhadores desse seguimento estejam livres de sofrerem preconceito, longe disso, afinal, já há muito tempo o que o empregado faz fora do ambiente de trabalho deixou de não interessar aos seus superiores, algumas das figuras que ensejam a rescisão por justa causa estão diretamente ligada ao comportamento do trabalhador, dentro e fora do estabelecimento comercial.

Mas o preconceito, a discriminação, a exclusão existem e marca a intimidade e a dignidade do empregado, inclusive afetando a sua auto-estima e podendo causar danos de ordem psíquica ao mesmo, que sofreu quando descobre ter uma doença incurável, depois sofre pelo medo de lhe faltar estruturas financeira e até emocionais para enfrentar.

Na atualidade, embora ainda existam entendimentos divergentes, se aponta para uma nova vertente nas decisões dos Tribunais do Trabalho, que tem se inclinado a concluir pela presunção da discriminação para toda dispensa de empregado portador de vírus HIV.

O ilustre Ministro José Luciano de Castilho Pereira exemplificou a questão demonstrando que se clientes de um restaurante soubessem que o cozinheiro é portador do vírus HIV, seria certo que os mesmos não mais frequentariam o local até que soubessem que ele foi dispensado. E como ficaria financeiramente o empregador que teimasse em mantê-lo em seus quadros?

Por incrível que pareça a sociedade não está preparada para encarar determinados fatos novos, a liberdade de expressão, de entendimento, de formas de agir acaba por funcionar muito bem no papel ou no plano subjetivo, mas quando um empregador é confrontado seja pelos seus colegas, seja pelos seus empregados a

solucionar questões que envolvem certo preconceito, ele geralmente recua, alguns preferem pagar o preço da omissão (que nesse caso acredita ser mais rara) a enfrentar a reprovação dos colegas, a perder clientes inclusive preconceituosos, mas que lhe trazem lucro que exigem não serem atendidos por um trabalhador soropositivo.

Realmente parece ser um dilema proteger o empregado aidético. Eméritos julgadores dos tribunais obreiros de todo o país tem se inclinado a confirmar o direito a reintegração de empregados portadores de HIV demitidos, o fundamento é o de que esse presume-se discriminatória. *"A dispensa arbitrária e discriminatória do empregado portador de AIDS gera o direito à reintegração em face dos princípios constitucionais que proíbem práticas discriminatórias e asseguram a dignidade da pessoa humana"*, considerou a juíza convocada Perpétua Wanderley, relatora do recurso no TST, que confirmou as decisões de primeira e segunda instância. Antes disso o tribunal regional havia observado: *"Ainda que a medicação utilizada minimize os riscos, as condições socio-econômicas do trabalhador não lhe garantem uma alimentação adequada, exercícios, acompanhamento médico, etc"*. Especialmente nesse caso, o juiz observou que a empresa que tinha 600 empregados teria que ter 4% de empregados reabilitados.⁸

Há decisões ainda mais formalistas e que reforçam os princípios do direito laboral, como ocorreu no caso de um julgamento no TST, em que o relator, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, destacou que a prova da dispensa não discriminatória, principalmente nos casos de empregado portador do vírus HIV, é do empregador, segundo os termos da Súmula 443 do TST⁹, ainda que a dispensa do empregado soropositivo conduz à presunção de discriminação, e viola o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal.

É fato o impacto que a AIDS causou no mundo, mas é necessário analisar cada ponto para não dar azo a injustiça, não importa como o individuo foi contaminado, se por negligencia, por acidente, precisam de resposta equilibrada para o caso.

Palavras-chave: Mercado do trabalho, Trabalhador portador de HIV. Despedida abusiva e discriminatória.

⁸ Outras decisões foram citadas nesse julgamento, em processos relatados pelos ministros Vantuil Abdala, João Oreste Dalazen e Lélío Bentes Corrêa. (RR 381/2004-061-03-40.7)

⁹ Súmula 443 do TST: "Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego".

VII CONSIDERAÇÕES FINAIS

Justamente em função da dificuldade em tratar do tema é que não há ainda um posicionamento majoritário para a questão da garantia de emprego para o trabalhador soropositivo, de outro lado, o que é indiscutível dado ao seu valor, é a proteção aos seus direitos fundamentais e o seu direito ao trabalho, que compreende uma vida digna.

Já a proibição do indivíduo portador de HIV, de sofrer despedida discriminatória, é uma questão sepultada, embora dependa da criação de legislação que regule esse caso e trate de sanções para os empregadores que assim o façam. Acredita-se que essas medidas repressivas devem seguir os pressupostos da responsabilidade civil e também serem capazes de coibir a prática reiterada de tais atitudes.

De outro vértice, há a função social da empresa, a sua importância para o desenvolvimento econômico do país e o poder diretivo ou potestativo do empregador, que como visto, não pode ser penalizado quando não tiver de fato praticado a discriminação no ato do desligamento do obreiro. Muitas vezes a demissão ocorre por motivos alheios à doença.

Sem contar que, o instituto da reintegração tem impactos diretos na gestão empresarial e no próprio meio ambiente de trabalho.

Todavia essa “garantia de emprego” deve ser exercida quando os hipóteses para sua ocorrência estiverem presentes, em primeiro lugar para que sejam preservados os direitos do portador de HIV e depois porque caso não haja a consciência e o agir diferente quanto a esse trabalhador, os portadores do HIV aptos para a realização de tarefas, não terão chance de trabalhar, e não haverá nenhum receio do empregador em demiti-lo.

Além das campanhas de conscientização relacionadas acima, é importante destacar que não discriminar o trabalhador, também significa por parte do empregador, manter sigilo da sua condição da saúde, propiciar mudanças das condições de trabalho do mesmo, desde que necessárias, para ele possa continuar prestando-lhe serviços, mantendo um ambiente de trabalho saudável, desenvolvendo estratégias conjuntas até mesmo com psicólogos para enfrentar o problema.

Afinal o princípio da proibição do retrocesso social é um item fundamental, ele defende a efetividade dos direitos fundamentais tratados pelo artigo 5º,

parágrafo 1º, da Constituição Federal¹⁰, que na medida do possível e excetuando as discussões sobre o que é para cada um seu direito fundamental mínimo, é necessário para amparar alguns padrões que os cidadãos, ou ainda trabalhadores, tenham, que é uma existência digna. O mestre Canotilho nos diz:

Essas inúmeras questões ainda necessitam de respostas em função da polêmica e da novidade do tema, além do que, ela passa pelo conceito e valor do que é fundamental, das necessidades do indivíduo, das suas prioridades e dos direitos que o trabalhador e empregador tem, que não podem ser ignoradas.

REFERENCIAL TEÓRICO

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004

Constituição Federal de 1988.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessada em 01/02/2014.

COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia privada: em busca dos direitos fundamentais dos trabalhadores, SARLET, Ingo Wolfgang (org). Constituição, direitos fundamentais e direito privado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CUNHA, Marco A. Rodrigues C., César, Laudeniz P., Uma Leitura Jurisprudencial da Proteção do Vínculo Empregatício e a Convenção nº 158 da OIT. *In* Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n.13, p. 215, 2013.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. São Paulo: LTr, 2006.

¹⁰ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

FILHO, Ramos Wilson. Direito Capitalista do Trabalho,

GIRARDI, Leopoldo Justino. O Trabalho no direito, Brasil: Coli, 2005.

LEDUR, José Felipe. A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. São Paulo: Atlas, 2013.

MENEZES, Cláudio Armando e outros. Direitos fundamentais e poderes do empregador. O poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador, São Paulo: LTr. vol. 73, 2009.

MORAIS, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.73 , n.590, p.16, dez. 1984

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. Revista do Direito do Trabalho nº 111, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang, Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do advogado.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. v. I, São Paulo: LTR, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos Humanos, t. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

UNNA, Carlos de Buen, Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La extinción de la relación de trabajo. UNAM – Universidad Nacional Autónoma del México.

Série G: Estudios Doctrinales, n. 188: 1997. Disponível em:
<<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=139>>, Acesso em

WANDELLI, Leonardo Vieira. Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

_____. O Direito Humano e Fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade. São Paulo, LTr, 2012.