

# **A AIDS NO DIREITO DO TRABALHO\***

**Tatiane Garcia Silvério de Oliveira**  
Acadêmica da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

Há inúmeras ações na Justiça do Trabalho visando a reintegração do empregado aidético. Embora o assunto não seja pacífico, é necessário que a lide seja resolvida com base na lei e nas provas.

Os que entendem ser de direito do empregado soropositivo a reintegração ao emprego, fundamentam-se no princípio da igualdade, consagrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal. No entanto, não havendo lei que trate sobre o assunto, entende outra corrente, não haver impossibilidade de dispensa do empregado aidético com base apenas no dispositivo constitucional, sob a fundamentação de que se trata tal dispositivo de norma constitucional de eficácia limitada.

A despedida arbitrária tem como sanção o pagamento à indenização de 40% do FGTS. Desta forma, em não havendo lei que regule o assunto, tendo o empregador procedido ao pagamento correto das verbas rescisórias, poderá ele exercer o direito potestativo de despedir o empregado aidético.

Não há, entretanto, a dispensa, quando o empregado soropositivo estiver percebendo auxílio-doença, sendo seu contrato de trabalho suspenso (art. 476, CLT), e, podendo haver a reintegração no caso de injusta dispensa.

Tem o aidético direito ao auxílio-doença ou aposentadoria, independente do período de carência, desde que a doença se manifeste após sua filiação à Previdência Social, bem como pensão por morte aos seus dependentes (art. 1º, I, "e", Lei 7.670). Enquanto a doença não se manifestar, não há direito a qualquer benefício.

Não há que se falar em reintegração do empregado soropositivo quando a doença ainda não se manifestou, tendo em vista que não obsta seu direito em receber benefício previdenciário.

Fora as hipóteses taxativas da lei, não há o direito à estabilidade no caso do empregado aidético, salvo se houver previsão em norma coletiva da categoria.

Assim, para o caso de reintegração do empregado aidético vigora o princípio constitucional que dispõe que *in verbis*: "ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei" (art. 5º, II, Constituição Federal).

A doutrina que entende ser o empregado soropositivo portador do direito à estabilidade, entende que a norma constitucional que protege o direito à intimidade e a não discriminação é auto-aplicável e não carece de complementação para ser invocada.

O direito potestativo do empregador não seria absoluto e, ainda, face as disposições contidas no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das

---

\* Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito sob orientação do Profº MSc. Nei Frederico Cano Martins.

Leis Trabalhistas, o juiz não poderia se eximir de apreciar o caso do empregado portador do vírus HIV sob a mera alegação de inexistência de norma que garanta a ele estabilidade, devendo sim valer-se da analogia e dos princípios gerais de direito.

Desta forma, pretende-se analisar os vários aspectos que envolvem relevante tema no Direito do Trabalho.

## A doença

A AIDS é hoje uma das doenças mais destruidoras do sistema imune do ser humano. Trata-se de uma infecção causada pelo vírus denominado HIV, que gera uma deficiência seletiva quantitativa e qualitativa da imunidade natural do organismo.

A síndrome da imunodeficiência adquirida até o momento não é curável pelos agentes terapêuticos conhecidos e é disseminada pelo contato íntimo, através do ato sexual, pelo uso de tóxicos, por administração venosa e por meio de transfusão de sangue.

A doença tem atingido a classe trabalhadora, principalmente aqueles que lidam diretamente com pessoas portadoras do vírus, como os médicos, o corpo de enfermagem, o pessoal da limpeza, instrumentadores cirúrgicos, odontólogos e demais empregados da saúde.

Mas, não só estas pessoas estão sujeitas aos problemas que a contaminação com o HIV pode gerar; também os trabalhadores já portadores do vírus estão a mercê da discriminação e falta de amparo legal em relação a moléstia.

Apesar do grande impacto social gerado pela doença, não há no Ordenamento Jurídico Brasileiro, norma que trate expressamente de qualquer proteção ao empregado aidético, principalmente no âmbito do Direito do Trabalho.

## A legislação

Embora não haja previsão legal do direito do empregado aidético permanecer no trabalho, é possível protegê-lo dos atos discriminatórios do empregador através dos mandamentos constitucionais que protegem a intimidade do cidadão através dos princípios da não-discriminação e do dever de não violação da intimidade.

Ressalta-se que há no Congresso Nacional o projeto de lei nº 267 de 1999, de autoria do Senador Lúcio Alcântara do PSDB do Ceará, onde se pretende alterar a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5452, de 1º de maio de 1943, em seu artigo 492, para nele prever a estabilidade do empregado aidético.

O art. 492 da CLT dispõe sobre a estabilidade decenal, extinta com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que adotou em seu art. 7º, III, o fundo de garantia por tempo de serviço como sistema único, preservando o direito adquirido daqueles que, quando da nova Constituição, já possuíam tal estabilidade.

Assim, nos termos do art. 1º do citado projeto de lei, seria o artigo 492 da CLT acrescido da letra "A", dispondo da seguinte forma *in verbis*: "*O empregado portador do vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas*".

Com certeza, é imprescindível que haja preceito legal que garanta ao soropositivo direito a preservação da relação de emprego, no entanto, tendo em vista que o art. 492 da Consolidação das Leis Trabalhistas estaria tacitamente revogado pelas disposições da Constituição de 1988, tal previsão de estabilidade ao empregado aidético deveria vir estipulada em legislação especial.

## **Do dever da não-violação da intimidade**

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu art. 5º, X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada.

Pode-se definir intimidade como sendo o conjunto de aspectos ou particularidades inerentes a pessoa, como por exemplo, hábitos, qualidades, defeitos etc.

No Direito Italiano, o Estatuto dos Trabalhadores, em seu art. 8º, consagrou o princípio de tutela do trabalhador contra toda forma de indagação sobre suas opiniões e sobre sua vida privada que não fosse relevante para os fins de sua atividade profissional.

Para o portador do vírus HIV, trata-se a tutela da intimidade de grande instrumento de proteção a sua personalidade, já que, tal direito é antagônico ao direito de acesso a informações.

Vale ressaltar que alguns autores (Silva, 1997:202; Santos, 1999:18), fazem distinção entre direito à intimidade e direito à privacidade, tratando o primeiro como sendo a esfera secreta do indivíduo e, o segundo, como conjunto de informações sobre o indivíduo que a ele cabe decidir se deva ou não preservar.

Assim, qualquer forma de manifestação do pensamento ou qualquer atitude que exponha ou possibilite o acesso a informações referentes à intimidade do indivíduo, sem seu consentimento, constitui ilícito de violação ao dever de não-violação à intimidade.

Desta forma, o empregado portador do vírus HIV tem o direito de ver preservada sua intimidade em relação a seu estado de saúde.

## **Do interesse social**

Em relação ao direito do empregado aidético ver preservado seu direito à intimidade e a privacidade, não tendo sua condição de saúde divulgada, também emerge a questão da prevalência do interesse público sobre o privado.

No Brasil, adotou-se o modelo francês, ou seja, inexistente qualquer possibilidade de realização obrigatória de testes sorológicos de maneira sistemática.

Segundo as Recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT, o empregador é livre para decidir quem deve empregar, mas não lhe é permitido exigir o teste sorológico enquanto condição de admissão ou de manutenção do funcionário no emprego, quer ele seja funcionário público ou celetista, sob pena de ficar caracterizada a violação ao direito à intimidade.

No tocante aos exames sorológicos compulsórios para detecção do vírus da AIDS, é necessário que a pessoa submeta-se voluntariamente pois, constitui um constrangimento psíquico.

Neste aspecto, o direito constitucional social da saúde encontra limites no direito constitucional individual à tutela da intimidade e da vida privada, nos termos do art. 5º, X da Constituição Federal de 1988.

Na esfera do Serviço Público Federal, a exigência de teste anti-HIV é proibida através da Portaria 869 de 11 de agosto de 1992, tanto no que se refere a exames admissionais, quanto nos exames demissionais e periódicos.

## Exceções à regra de tutela da intimidade

Há exceções ao direito de manutenção da condição de portador do vírus do HIV. Há determinadas circunstâncias que impõem ao soropositivo o dever de informar o seu estado de saúde, ou mesmo de se submeter à realização de testes sorológicos. É necessário, no entanto, que a realização do exame tenha caráter preventivo, tendo como critério para sua imposição, o fator de risco de contaminação.

São estas exceções as hipóteses de doação de sangue, órgãos ou substâncias humanas.

O art. 2º da Resolução nº 1359/92 do Conselho Regional de Medicina permite a revelação do resultado mediante notificação das autoridades sanitárias.

## Do princípio da não-discriminação

O princípio da não-discriminação está diretamente ligado ao princípio da igualdade, consagrado em nossa Constituição em seu art. 5º, “caput”.

Quanto à não-discriminação propriamente dita, podemos encontrá-la no art. 3º, IV, da Carta Magna, onde estão dispostos os objetivos fundamentais da República, sendo eles o dever de *in verbis*: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Em relação ao trabalhador, encontramos dois dispositivos constitucionais que o protegem contra a discriminação, sendo o inciso XXX do art. 7º, que prevê a *in verbis*: “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, e o inciso XXXI do mesmo artigo 7º, que prevê a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

A lei nº 9459/97, que modificou a Lei nº 8081, a qual define crimes resultantes de preconceitos de raça ou cor, ampliou os tipos penais, incluindo em seu art. 20 que *in verbis*: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de 01 a 03 anos e multa”, complementando, assim, o dispositivo constitucional.

De modo geral, o dever de não-discriminação está descrito no inciso II, do art. 5º da Constituição, onde dispõe que *in verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Em relação ao ressarcimento indenizatório por discriminação, a norma constitucional contida no inciso X do art. 5º da Carta Magna, complementa o art. 159 do Código Civil, possibilitando a reparação decorrente de ato discriminatório.

## **Do conceito da discriminação**

Podemos afirmar que a discriminação está calcada na grande lição que resume o princípio da isonomia, ou seja, se igualdade é “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*”, por exclusão, temos que há discriminação quando iguais são tratados desigualmente e vice-versa.

Assim, é certo que para haver o tratamento desigual é necessário que haja semelhanças e diferenças entre os indivíduos que possam ser selecionados, sem no entanto, quebrar o princípio da isonomia.

Vale ressaltar que, para que fique caracterizada a violação ao dever de não-discriminação, é necessário que haja dolo na conduta do indivíduo, concretizando-se a discriminação com a prática do ato considerado humanamente degradante.

## **A AIDS e a discriminação**

Como o direito brasileiro não possui uma norma específica que trate do dever de não-discriminação do indivíduo pelo seu estado de saúde, entende-se que a discriminação a AIDS é análoga a discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, amparadas pela norma constitucional.

Sendo a AIDS uma doença transmissível e, por hora, incurável e mortal, profissionais ligados a área da saúde têm se esquivado de prestar pronto atendimento aos enfermos soropositivos face o risco de contaminação.

O soropositivo tem direito a receber tratamento médico, devendo ser fornecido ao profissional da saúde meios eficazes de se proteger da contaminação, para que não ocorra atos de violação à dignidade o paciente aidético.

## **O exame admissional e os princípios constitucionais**

A Constituição Federal prevê em seu art. 7º, XXXI, a *in verbis*: “*proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*”.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, estipula em seu art. 168, a obrigatoriedade da realização de exames médicos, os quais serão feitos quando da constituição e da rescisão do contrato de trabalho, além dos exames periódicos.

O artigo supra citado, prevê em seu parágrafo segundo que, em decorrência da investigação clínica, *in verbis*: “*outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer*”.

Assim, só se justificaria a realização do teste sorológico da AIDS no teste admissional, quando a presença do vírus HIV estivesse vinculada à capacidade laborativa do empregado.

No entanto, a realização do exame sorológico do sangue, vinculado ao contrato de trabalho, só poderá ser realizado com autorização do empregado face o princípio da intimidade (Constituição Federal, art. 5º, X).

Desta forma, não constituindo a soropositividade inaptidão para o trabalho, o empregador que se recusar a firmar contrato de trabalho com um indivíduo reconhecidamente aids, está infringindo o dever de não-discriminação.

## Da estabilidade do empregado aids

Tendo em vista a aparente inexistência de norma específica que garanta ao empregado soropositivo a permanência no emprego, surge a dúvida sobre a possibilidade ou não da dispensa do trabalhador aids e, ainda, se seria possível reintegrá-lo quando injusta e arbitrariamente despedido em razão de ser portador do vírus HIV.

Primeiramente, faz-se necessário analisar o conceito de estabilidade para que se possa averiguar a possibilidade de aplicação analógica a casos de empregados aids, bem como a aplicabilidade da norma constitucional na garantia a reintegração do soropositivo ao trabalho.

Assim, vejamos:

## Da estabilidade

Segundo Amauri Mascaro do Nascimento (1998:408):

*“Estabilidade, no sentido jurídico da palavra, é o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto inexistir uma causa relevante expressa em lei e que permita a sua dispensa. É o direito ao emprego. É o direito de não ser despedido. É a garantia de ficar no emprego, perdendo-o unicamente se houver uma causa que justifique a dispensa indicada pela lei. Funda-se, portanto, no princípio da causalidade da dispensa. Destina-se a impedir a dispensa imotivada arbitrária, abusiva”.*

A estabilidade, segundo assevera este mesmo autor, difere da garantia de emprego, instituído este mais amplo, que engloba a estabilidade, relacionando-se com a política de emprego.

## Estabilidade geral

No Brasil, esta estabilidade só pode resultar de negociação coletiva, face a disposição do art. 7º da Constituição, que faculta a dispensa mediante pagamento de indenização.

Trata-se da penalidade que sofre a empresa no caso de ruptura do contrato de trabalho de forma arbitrária ou sem justa causa, sendo tal penalidade a multa de 40% (quarenta por cento), calculada sobre os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

## **Estabilidade especial**

Decorre de uma condição especial em que se encontra o empregado, perdurando a estabilidade enquanto existir a situação que a criou.

Dentre as estabilidades especiais, temos no direito brasileiro a estabilidade do dirigente e representante sindical; representante da CIPA; acidentado; representante em órgão colegiado e da gestante.

Também há estabilidades que resultam de convenções e acordos coletivos como é o caso do menor em idade de prestação de serviço militar; estabilidade pré aposentadoria, além de figuras criadas através de negociações diretas entre sindicatos e empresas.

No direito brasileiro, o instituto da estabilidade remonta de 1915, quando os funcionários públicos tinham garantida a estabilidade no emprego após 10 (dez) anos de efetivo exercício no cargo.

Assim, aos poucos, o instituto em questão foi estendido à generalidade dos trabalhadores, quando da edição da Lei nº 62/35, que estendeu a estabilidade decenal a todos os empregados que não a possuíam, salvo o caso dos rurais e domésticos.

Com a Lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei nº 5107/66), a estabilidade decenal passou a ser optativa, caindo de vez por terra com a Constituição Federal de 1988, que adotou como regime único o sistema do FGTS, a todos os empregados, salvaguardando, é claro, o direito adquirido.

## **Classificação das estabilidades**

Segundo Nei F.C.Martins (1995:59), as estabilidades provisórias devem ser classificadas quanto suas fontes e quanto suas causas. Assim, quanto suas fontes temos:

- a) constitucionais: do dirigente sindical, da gestante e do dirigente da CIPA;
- b) originária de lei complementar: do servidor candidato;
- c) originárias de leis ordinárias: do acidentado, do membro da CIPA não dirigente, do trabalhador reabilitado, do deficiente habilitado, dos membros do Conselho Curador do FGTS, dos membros dos Conselhos da Previdência Social, dos dirigentes de cooperativas de empregados, do servidor público em época de eleições;
- d) originárias de fontes extra-legais: estabilidades previstas em normas e em contratos individuais do trabalho.

Quanto as causas têm-se:

- a) originárias da situação física do empregado: da gestante, do acidentado, do deficiente habilitado e do trabalhador reabilitado;

b) originárias da representação: do dirigente sindical, do “CIPEIRO”, dos membros representantes dos empregados nos Conselhos do FGTS e da Previdência, do dirigente de cooperativa de empregados;

c) originárias de questões eleitorais: do servidor público em períodos eleitorais e do empregado candidato em eleições;

d) originárias da autonomia individual ou coletiva da vontade: estabilidades provisórias previstas em contratos individuais de trabalho e em acordos e convenções coletivas;

e) originárias da atividade jurisdicional do Estado: estabilidades provisórias previstas em dissídios coletivos, inclusive em acordos neles homologados.

## Estabilidade do empregado aidético

Feito o intróito quanto ao instituto da estabilidade, passamos a analisar agora se o empregado aidético teria direito a algum tipo de garantia de emprego.

Para responder a tal indagação, duas correntes foram formadas, sendo uma positiva e outra negativa em relação à questão.

### Tese pela negatividade

Os adeptos desta corrente entendem que inexistente comando legal que preveja a estabilidade ao empregado aidético e, ainda, que não é possível que se aplique a analogia para reintegrá-lo no emprego, uma vez que, não se trata de caso de lacuna na lei, já que não há norma que garanta expressamente a estabilidade ao empregado aidético.

Tal corrente fundamenta tal afirmação no art. 5º, II, da Constituição, que dispõe: *in verbis* “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Assim, inexistindo lei específica que preveja a reintegração do empregado soropositivo despedido injustamente, não estaria ele amparado pelo instituto da estabilidade provisória.

Segundo os doutrinadores que sustentam a tese negativa, o empregador possui o direito potestativo de despedir o empregado, desde que pague corretamente as verbas rescisórias a que esse faz jus. Neste caso, só seria possível falar-se em reintegração se o despedimento fosse obstativo ao direito de licença do aidético para tratamento de saúde, nos termos da Lei 7670/88 (art. 1º, I, “a”). Aqui, haveria uma exceção pois, a dispensa impediria que o empregado soropositivo tivesse acesso à assistência médica prestada por entidades conveniadas com o empregador.

Mesmo no caso acima citado, não se trataria de caso de estabilidade provisória, mas sim de nulidade do despedimento.

Não há, segundo os estudiosos, qualquer ferimento ao tratamento isonômico, já que, a lei ordinária que deva tratar da reintegração do aidético ao emprego, inexistente.

Finalmente, entendem que o inciso XLI, do art. 5º da Constituição, que trata do dever de não-discriminação, é de eficácia limitada, não podendo ser invocado para efetivar a reintegração do soropositivo.

No mais, segundo o juiz Sergio Pinto Martins, em artigo AIDS e Direito do Trabalho, *Revista do Advogado*, nº 54, p. 37/42, dezembro, 1998, ressalta que:

*“Não havendo lacuna na lei, apenas inexistindo comando legal que preveja estabilidade ao doente de AIDS, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o doente de AIDS no emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é julgar e não legislar, violando o princípio da separação dos poderes (art. 2º da Lei Magna).*

*Inexiste norma injusta a ser aplicada pelo juiz, para que este atenda os fins sociais a que a lei se dirige e as exigências do bem comum (art. 5º, LICC), pois não se verifica a hipótese de se corrigir os rigores da lei. No momento, não há lei determinando estabilidade ao doente de AIDS e, por conseqüência, o direito de ser reintegrado em sua anterior função na empresa.”*

Concluem os adeptos da tese negativa que, quando o empregador desconhecer a condição de soropositivo do empregado e, despedi-lo ignorando tal situação, a dispensa é perfeitamente regular, não ferindo nenhum princípio geral de direito, não ocorrendo dispensa discriminatória ou obstativa de qualquer direito.

Admitem, no entanto que, se o empregador conhecer do fato de ser seu empregado aidético e, despedi-lo, ficando caracterizada a discriminação, deverá ser ele reintegrado; não por ser possuidor de estabilidade provisória, mas sim por ser a dispensa nula, pois calcada em ato discriminatório.

## **Tese pela positividade**

Os que entendem ser o empregado soropositivo portador do direito à permanência no emprego, integram a chamada corrente positiva.

Fundamenta tal corrente o entendimento de ser o empregado aidético portador da garantia face as seguintes afirmações:

1 – A Constituição, em seus arts. 5º, “caput” e 7º, XXX e XXXI, protege o empregado contra qualquer espécie de despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo devida sua reintegração, principalmente quando o ato de dispensa praticado pelo empregador estiver eivado de nulidade, caracterizado pela discriminação;

2 – O art. 7º, I, da Constituição, combinado com o art. 8º da CLT, resguarda o princípio da garantia de emprego;

3 – O princípio da não-discriminação, consagrado pela Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, garante o tratamento isonômico como característica do Direito do Trabalho, não permitindo que haja distinção pelas condições físicas e de saúde do trabalhador, desde que haja a possibilidade de cumprimento do contrato;

4 – A mera alegação de inexistência de norma que garanta o empregado aidético a permanência no emprego afronta diretamente o princípio da isonomia, contido no art. 5º, “caput”, da Constituição;

5 – Cabe ao magistrado, no exercício de suas atribuições, valer-se dos costumes e dos princípios gerais de direito, além da analogia, para solucionar conflitos não previstos pelo Ordenamento Jurídico, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil;

6 – Ressalta-se, ainda, o princípio da seguridade social, também previsto pela Constituição Federal de 1988, que se expressa através do Sistema Nacional de Seguridade Social, do qual o trabalhador participa a partir da celebração do contrato.

Assim, concluem que, a despedida pura e simples do empregado aidético caracteriza um comportamento arbitrário do empregador, traduzindo-se em abuso do direito de despedir, ou seja, despedida arbitrária.

Desta forma, cabível a reintegração do empregado que fora dispensado em decorrência apenas da existência da moléstia, quando o portador do vírus HIV estiver fisicamente em condições de trabalhar e cumprir o contrato.

Em não sendo possível a reintegração, por não possuir mais o empregado soropositivo condições para o trabalho, fará jus ele, segundo esta corrente, à indenização do período em que ficou sem emprego, face a atitude discriminatória do empregador.

## Da manifestação da doença

A principal diferença entre as duas correntes reside no fator de verificação da manifestação ou não dos sintomas da moléstia no portador do HIV.

Assim, entende a corrente negativa que o empregado soropositivo só teria direito à reintegração em caso de dispensa evidentemente discriminatória, onde os sintomas da doença já estejam visíveis.

Para a corrente positiva, ainda que não haja qualquer manifestação orgânica do vírus no empregado aidético, se o empregador ciente da soropositividade de seu empregado, o despede em virtude de ser ele portador do vírus HIV, tem-se que há direito à reintegração no emprego, ainda que não seja possível a constatação visual da doença.

## A AIDS e a insalubridade

É considerada a insalubridade quando a atividade ou operação exercida pelo empregado o exponha a agentes nocivos a saúde.

O art. 190 da Consolidação das Leis Trabalhistas, remete ao Ministério do Trabalho a incumbência de definir quais as atividades que se consideram insalubres.

Assim, a insalubridade só existirá a partir da inclusão da respectiva atividade na relação baixada pelo Ministério do Trabalho.

Desta forma, conclui-se que, somente estará o empregador obrigado a pagar o respectivo adicional quando a atividade por este exercida constar da relação expedida pelo órgão ministerial.

Também a Súmula nº 460 do STF indica que: *in verbis* “para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministério do Trabalho.”

Mas, embora o art. 190 da CLT seja expresso quanto à necessidade de previsão da atividade na relação expedida pelo Ministério do Trabalho, há entendimentos de que é possível, o pagamento do respectivo adicional quando ficar caracterizado através de perícia que o agente nocivo agride o empregado acima dos limites de tolerância permissível. Neste sentido: (TST, E-RR 194.886.195.0, Rider de Brito, Ac. SBDI - I 2.366 1 97).

Diante de tais entendimentos, paira a dúvida: o empregado que tem contato direto com portadores do vírus HIV, teria direito ao adicional de insalubridade?

De acordo com o art. 190 da CLT, combinado com o que dispõe a Súmula nº 460 do STF, o empregado que mantém contato direto com aidéticos não teria direito ao adicional de insalubridade, tendo em vista ser clara a norma que só considera insalubre a atividade relacionada pelo órgão ministerial, ainda que, constatação diversa desse a perícia.

Para os que entendem que a insalubridade se comprova e se caracteriza através de perícia (onde conste a existência de agente nocivo acima dos limites toleráveis e que agrida o empregado), aqueles que trabalham em contato direto com pessoas portadoras do vírus HIV, deveriam receber o respectivo adicional.

Neste caso, entendemos que há uma lacuna na lei, cabendo ao juiz analisar cada caso concreto para averiguar as possibilidades de conceder ou não o adicional de insalubridade.

Podemos mesmo pensar em ação de reparação de danos para o empregado que se contamina com o vírus da AIDS em razão de sua função.

## **Suspensão do contrato de trabalho**

Nos casos em que o empregado soropositivo estiver sob os cuidados do INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social), recebendo auxílio-doença ou outro benefício previdenciário, não poderá o empregador exercer seu direito potestativo de despedir, pois estaria impedindo o trabalhador de receber seus salários na continuidade da relação de emprego (art. 9º, CLT) e também de manter sua condição de segurado da Previdência Social.

Nestes casos, se dispensado o empregado, haveria o direito a reintegração, por não produzir qualquer efeito a dispensa.

Ressalta-se que isso só será possível nos casos de já ter a doença se manifestado no empregado aidético, situação esta que ensejará a suspensão do contrato de trabalho, nos termos do art. 476 da CLT.

Entende a corrente pela negatividade da estabilidade do empregado aidético que, em não tendo a doença se manifestado, o empregador poderá exercer seu direito potestativo de despedir, desde que pague corretamente as verbas rescisórias.

A corrente pela positividade da estabilidade do empregado aidético entende que este deva permanecer no exercício de suas atividades enquanto puder fazê-las, não

devendo ser despedido, mesmo que a doença não tenha se manifestado, ficando o contrato suspenso quando o trabalhador com a doença já manifesta estiver sob os cuidados do INSS.

## **Fundo de Garantia por Tempo de Serviço**

O doente de AIDS pode levantar seu FGTS para realizar tratamento, independente da rescisão do contrato de trabalho. É uma hipótese excepcional facultada pela Lei 7670/88.

## **Segredo de Justiça**

Nos processos em que se discute a situação do empregado soropositivo, seria necessário que o juiz decretasse o segredo de justiça, principalmente quando a ocorrência do fato se der em cidade pequena.

O segredo de justiça visa proteger o doente, para que não seja sua situação de saúde exposta, ficando ele sujeito a qualquer tipo de discriminação.

O art. 155, I, do Código de Processo Civil não é claro quanto aos casos em que há interesse público mas, entende-se que neste caso, poder-se-ia aplicar a norma constitucional que protege o direito à intimidade.

## **Do julgamento das ações que têm como parte pessoa soropositiva**

Há no Congresso Nacional o Projeto de Lei 3.635-A, de 1997, que pretende priorizar o julgamento de ações trabalhistas e indenizatórias contra o Estado e a Fazenda, onde a causa de pedir trate de demissões imotivadas que tenham como Reclamante pessoas soropositivas, desde que, a doença já tenha comprovadamente se manifestado (art. 1º do Projeto), sendo o mesmo aplicado no caso de ações indenizatórias contra o Estado e a Fazenda Pública (art. 2º do Projeto).

Na justificação do citado projeto de lei, tem-se como principal preocupação os dramas financeiros pelos quais passam os soropositivos para manter o tratamento do qual necessitam.

## **Dano moral**

A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o direito à indenização por dano moral em seu art. 5º em dois incisos, V e X. Enquanto, para boa parte da Doutrina, o Código Civil já previa a possibilidade de reparação ao dano moral em seu art. 159.

Maria Helena Diniz, em parecer dado na *Revista Jurídica Consulex*, Indenização por dano moral, nº 3, ano I, p. 29, março, 1997, dispõe que:

*“ (...) para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima etc.”*

No caso do empregado soropositivo, os requisitos exigidos para a configuração do dano moral advêm do afastamento discriminatório, que gera sentimentos de incapacitação, de revolta, de desespero, de descrença, de diminuição moral e derrota, gerando profunda lesão ao patrimônio subjetivo do empregado.

O retorno ao emprego com o pagamento do respectivo período de afastamento nem sempre são suficientes, sendo necessário a reparação ao dano moral criado com o despedimento discriminatório, sendo neste caso, necessário que se prove: a) a ocorrência da ação ou omissão discriminatórias; b) a autoria pelo empregador e/ou prepostos; c) as conseqüências malignas que o atingiram em seus valores mais íntimos.

Desta forma, conclui-se ser possível cumular o pedido de reintegração com o pagamento de indenização por danos morais.

Embora haja divergência na Doutrina e na Jurisprudência quanto à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o dano moral trabalhista, este caso específico, qual seja, do empregado portador do vírus HIV, parece demonstrar que a Justiça Laboral é a mais conveniente para tratar o assunto, já que diretamente ligado à relação empregatícia.

Quanto à fixação do “quantum” indenizatório, deve este ser calculado proporcionalmente, considerando-se a intensidade da dor sofrida pelo lesado e a situação econômica do causador do dano.

A indenização por danos morais ao empregado que sofre ato discriminatório por parte de seu empregador é totalmente possível e, a Jurisprudência corrobora unânime neste sentido, vejamos:

**“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, sim, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade". (TRT 24ª Região RO 1594/97 - Ac. TP 214/98, 4.2.98, in LTr. 62-10/1420)*

Assim, não há que se cogitar apenas em indenização material, senão também a reparação por dano moral, quando o empregado soropositivo, além da perda imotivada do emprego, sofre com atos atentatórios à sua moral, dignidade e integridade psíquica, decorrentes de seu estado de saúde, sendo o pagamento desta uma questão de justiça.

## **O tema na Jurisprudência**

Conforme já abordado em capítulos anteriores, existem duas correntes que dispõem sobre a reintegração do empregado aidético, sendo uma pela positividade, ou seja, seria este portador do direito à reintegração no emprego e, outra corrente pela negatividade, ou seja, o soropositivo não possuiria direito algum à reintegração no emprego.

A Jurisprudência tem se manifestado de maneira diversificada, conforme se constata com as citações feitas a seguir. Vejamos:

## **Julgados favoráveis à reintegração do empregado soropositivo**

**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, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides ele submetidos. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República*

*Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida. (TST RR 217791/95.3 -Ac. 2ª T. 3473/97, 14.5.97, Rel. Min. Valdir Righetto, in Revista LTr. 61-08/1098).*

*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, sim, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade. (TRT - 24ª Região, Rec. Ord. nº 1594/97; Relª Juíza Geralda Pedroso; j. 04.02.1998; v.u; ementa, in LTr 62-10/1420).*

*AIDS - REINTEGRAÇÃO - Mandado de Segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O periculum in mora é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer funções enquanto apto para tal. (Proc. N. TST - ROMS - 110056, Acórdão nº 310/95, DJ de 6 de março de 1995, Relator Ministro Armando de Brito in LTr. 61-08/1098).*

*EMENTA: Empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. Comprovado que a dispensa se deu em decorrência da doença – de cunho fatal e deprimente, marcada pelo preconceito e pela discriminação social –, tem-se por caracterizado o ato arbitrário e atentatório ao respeito e à dignidade humana. O comportamento patronal esperado consistia na entrega ao empregado do atestado necessário à obtenção, junto à Previdência Social, do auxílio-doença, de modo a possibilitar a suspensão do contrato de trabalho, nos termos do art. 476 consolidado e impossibilitar a dispensa do reclamante. A adoção imotivada de conduta diversa não pode ser indiferente ao direito, impondo-se a declaração da nulidade do ato, sob pena de o sacramentar esta Justiça Especial. (TRT – 1ª R – 6ª T – RO nº 22135/95 – Relª. Juíza Dóris Castro Neves – DJRJ 06.07.98 – p. 148).*

*“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 percebimento do Direito Previdenciário contido na Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988. É sobejamente sabido que o empregado gravemente enfermo, com doença letal em desenvolvimento, não pode ser demitido. O art. 476 da CLT é claro ao informar 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 aposentadoria.” (TRT 2ª Região, Proc. 25.414/92, in Jornal Tribuna do Direito, outubro/94, p. 11).*

## **Jurisprudência desfavorável à reintegração do empregado soropositivo**

*EMENTA: Reintegração – Demissão – Empregado portador do vírus HIV. A AIDS é uma doença que está causando grande impacto na humanidade, e os portadores dessa 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 esta, 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 portadores de outras doenças infecto-contagiosas que ainda hoje são consideradas infamantes, isto é, enfermidades cujos portadores do 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, desprovida.*

*DECISÃO: À unanimidade, não conhecer da preliminar por negativa de prestação jurisdicional conhecida do tema demissão de empregado portador de HIV por divergência de julgados e, no mérito, por maioria, nega-lhe provimento. Vencidos os Exmos. Srs. Ministros Armando de Brito, relator, Thaumaturgo Cortizo que davam-lhe provimento. Redigirá o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Néelson Antônio Daiha, revisor. Os Exmos. Srs. Ministros Armando de Brito e Thaumaturgo Cortizo requereram juntada de justificativa de voto vencido ao pé do acórdão. (TST – 5ª T – RR nº 287010/96-8 – Rel. Min. Néelson Antônio Daiha – DJ 24.09.99 – p. 294)*

Conforme se verifica, tem sido diverso o entendimento dos Tribunais a respeito do tema, o que mais uma vez demonstra a necessidade que se tem em possuir uma legislação específica para a questão, pois, considerando-se que, o soropositivo pode ter a doença agravada a qualquer momento, não podendo ficar à espera do demorado Poder Judiciário para ver seu direito resguardado.

## **Direito comparado**

A AIDS é um problema mundial e, assim, como o Brasil, outros países se defrontam com o problema do empregado soropositivo.

Nos Estados Unidos o *aidético* é considerado deficiente físico, recebendo, assim, efetiva assistência social do Estado. No âmbito do direito laboral, é garantido ao soropositivo o direito a não sofrer qualquer tipo de discriminação quando de sua admissão ou em relação aos demais empregados. Apenas se verifica tratamento diferenciado no tocante ao empregado *aidético* que exerce função passível de colocar em risco a saúde de terceiros, como é o caso do enfermeiro, do odontólogo, do médico etc. A legislação americana prevê, ainda, o direito à reintegração do empregado portador do vírus HIV ou daquele que já se encontra com a doença manifesta, garantindo também privilégio salarial em relação aos demais empregados.

Na Itália há legislação específica que proíbe a discriminação do soropositivo no âmbito de trabalho, não estando específico, entretanto, o direito à reintegração no emprego. A Lei 320 de maio de 1970 prevê severas multas àqueles que descumprem a lei que protege o *aidético* de qualquer discriminação. Também está vedado neste país a realização de exames com o escopo de detectar o vírus HIV nos pretensos candidatos ao posto de trabalho ou naqueles que já integram o corpo da empresa.

## **Teoria adotada**

Diante das perspectivas analisadas sobre o tema, a tese pela positividade, que defende ser o empregado *aidético* possuidor de direito à reintegração no emprego, é a mais correta mas, com algumas considerações que vêm a se somarem àquelas já levantadas pela corrente positiva.

Mas, antes de se levantar as considerações sobre a corrente pela positividade, faremos, por exclusão, o porquê da não concordância com a corrente pela negatividade. Assim, vejamos:

A corrente pela negatividade, sustenta que, não é o empregado soropositivo portador do direito à reintegração no emprego, com as seguintes premissas:

a) Em que pese a relevância da questão, deve-se evitar qualquer posição emocional sobre a matéria, devendo a lide ser decidida em consonância com a lei e com a prova produzida nos autos.

Tal entendimento não deve prevalecer pois estar-se-ia reduzindo a nobre função do juiz a mero aplicador da lei.

Ricardo Sampaio, em parecer AIDS, Raça, Sexo e Dano Moral, *Revista Jurídica Consulex*, v. I, ano II, nº 18, p. 26, junho, 1998, cita o brilhante ensinamento de Milton Campos:

*“(...) a posição do juiz não é a da escravidão, mas a da fidelidade. A lei é a tentativa de reduzir à simplicidade da norma uma realidade complexa. Quem a aplica há de senti-la, nas palpitações e nas turbulências subjacentes, sob pena de não extrair dela a riqueza humana que ela resume.”*

b) 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;

Tal afirmação não se sustenta tendo em vista dois motivos, quais sejam:

1º) O princípio da isonomia contém uma norma jurídica, que é autoaplicável, contido no artigo da Constituição Federal que trata dos direitos fundamentais. Trata-se portanto de garantia constitucional, que confere a seus titulares meios para impor a exigibilidade e o respeito de seus direitos.

O dispositivo constitucional é destinado ao cidadão e não ao legislador ou ao julgador. No mais, sendo o Poder Judiciário um dos poderes que integra o Estado democrático, a ele também cabe o resguardo dos princípios que regem tal soberania.

Montesquieu (1994:171), já previa que, embora houvesse a separação dos três poderes para garantir a existência do Estado soberano, cada um deles, individualmente, exercia a função executiva, legislativa e judiciária.

2º) O princípio da legalidade não pode ser invocado para justificar a não reintegração do aidético, tendo em vista que o juiz não pode se eximir de resolver a lide invocando lacuna ou inexistência da lei. Para tais casos existe e vigora o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 8º da CLT, que concede ao juiz o poder de decidir, quando da inexistência ou lacuna da lei, através da analogia, equidade e “outros princípios e normas gerais de direito”.

No mais, como bem assevera José Afonso da Silva (1997:178):

*“(...) a eficácia e a aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito Positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”*

c) O inciso XLI do art. 5º da Constituição dispõe que: *in verbis* “a lei punirá qualquer discriminação dos atos atentatórios dos direitos e liberdades fundamentais”. No entanto,

tal dispositivo constitucional é de eficácia limitada e, não tendo sido editada lei ordinária correspondente, o empregado soropositivo não pode ser reintegrado com base nele.

Também aqui a corrente negativa esbarra na aplicabilidade da norma constitucional. Ora, o próprio parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Michel Temer (1997:24), dispõe sobre a eficácia das normas constitucionais, para isso invocando o ilustre prof. José Afonso da Silva, assim vejamos:

a) Normas constitucionais de eficácia plena: são aquelas de aplicabilidade imediata, direta, integral, independentemente de legislação posterior para a sua inteira operatividade;

b) Normas constitucionais de eficácia contida: são aquelas que têm aplicabilidade imediata, integral, plena, mas que podem ter reduzido seu alcance pela atividade do legislador infraconstitucional;

c) Normas constitucionais de eficácia limitada: são aquelas que dependem “da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhes a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”.

Conclui Michel Temer que os princípios fundamentais podem ser aplicados na sua plenitude, até que sobrevenha legislação regulamentadora, quando for o caso, de sua utilização.

Desta forma, entende-se que, a norma constitucional do inciso XLI, art. 5º, da Constituição encerra princípio fundamental, que garante ao cidadão sua plena aplicabilidade até que lei ordinária regulamente o tema. Enquadra-se tal disposição constitucional nas normas de eficácia contida, o que não lhe retira a possibilidade de ser invocada no caso concreto.

No mais, deve ser levado em consideração que, o Brasil ratificou a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual proíbe a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Tendo tal Convenção sido aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64 e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19.01.68, encontra-se em pleno vigor, fazendo parte do Ordenamento Jurídico brasileiro e podendo, portanto, ser invocada para coibir a dispensa discriminatória do empregado aidético.

Também entende-se que, a Lei 9029 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), pode perfeitamente ser aplicada analogicamente, nos termos do art. 8º da CLT combinado com o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, aos casos de despedida arbitrária e discriminatória do empregado aidético.

d) O empregador tem o direito potestativo de despedir o empregado, bastando-lhe pagar as verbas rescisórias devidas. No entanto, o despedimento não produzirá efeitos se for obstado o direito de licença do aidético para tratamento de saúde (art. 1º, I, “a”, Lei nº 7670/88), devendo nesta hipótese haver a reintegração. O portador do vírus HIV tem direito a auxílio-doença ou aposentadoria, mas isto apenas após a manifestação da doença (art. 1º, I, “e”, do mesmo diploma legal).

O direito potestativo do empregador não é absoluto face a disposição do art. 7º, I, da Constituição, que confere ao trabalhador garantia de emprego.

José Afonso da Silva (1997:281) dispõe que “*garantia de emprego significa o direito do trabalhador conservar sua relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa*”.

E continua o renomado autor, quanto à disposição do art. 7º, I, da Constituição:

*“Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata, de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (despedida arbitrária e justa causa), que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória da garantia de permanência de emprego.”*

Ainda quanto ao direito potestativo do empregador em dispensar seus empregados, temos entre nós a discutida Convenção 158 da OIT, que foi ratificada pelo Governo Brasileiro, onde se exige a justificação para a despedida do trabalhador. De acordo com a Convenção, deve a dispensa estar relacionada com a capacidade ou comportamento do prestador de serviço ou, baseada nas necessidades de funcionamento da empresa ou estabelecimento.

Diante de tal fato, a questão que surge é: se possui o empregado condições e capacidade de desenvolver plenamente sua atividade e, ainda, tendo ele um bom comportamento, o que justificaria sua despedida?

A verdade é que não há nenhuma norma que proíba o empregado de trabalhar, devendo apenas ser observada suas condições e possibilidades de saúde, cuidando-se para que não haja a transmissão da doença.

Pode ainda o empregador, sob prévio ajuste com o empregado, adaptá-lo a outra tarefa, condizente com seu estado de saúde e suas habilidades.

Finalmente, não se pode esquecer que o art. 2º da CLT impõe ao empregador os riscos da atividade econômica.

Quanto ao auxílio doença ao empregado doente, entende-se que também o soropositivo que não tenha ainda apresentado os sintomas da doença tenha direito a reintegração, uma vez que poderá se valer da licença saúde para realizar tratamento preventivo.

e) Ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF/88), sendo certo que nenhuma norma legal concede estabilidade ao doente.

Também neste ponto não deve prevalecer a corrente negativa pois, embora não haja norma que expressamente preveja a estabilidade ao empregado doente, o Ordenamento Jurídico brasileiro conta com leis e princípios que lhe garantam o direito de não ser despedido senão por justa causa, devidamente comprovada pelo empregador através do devido processo legal.

No mais, conforme ensinamento do já citado José Afonso da Silva (1997:401):

*“(...) o princípio da legalidade vincula-se a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes. O art. 5º, II, ao estatuir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, dá margem a controvérsia quanto ao significado da expressão “em virtude de lei”, querendo alguns que basta a existência de uma lei autorizativa de atos com aquele conteúdo, enquanto outros entendem que o conteúdo restritivo da ação há que decorrer diretamente da lei. Parece-nos, no entanto, que razão cabe a Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do direito italiano, esclarece que “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade”. Isso quer dizer que os elementos essenciais da providência impositiva não que constar da lei.”*

Assim, havendo em todo o Ordenamento Jurídico brasileiro normas várias que garantam ao afetado permanecer no emprego sob os fundamentos de ser sua despedida em razão da doença arbitrária, uma norma que garantisse especificamente a estabilidade viria apenas caracterizar os elementos essenciais deste direito.

## **Conclusão**

Diante do exposto, opta-se pela corrente positiva pois:

1º) São as dispensas discriminatórias proibidas pela Lei 9029/95, que se estende analogicamente aos portadores do vírus HIV e, pelos princípios constitucionais gerais e específicos, contidos nos art. 3º, 5º e 7º da atual Lei Maior;

2º) A Convenção nº 111 da OIT proíbe a discriminação de emprego e ocupação e, faz tal Convenção parte do Ordenamento Jurídico brasileiro;

3º) O direito potestativo do empregador não é absoluto face a disposição do art. 7º, I, da Constituição, que confere ao trabalhador garantia de emprego;

4º) A dispensa discriminatória do portador de AIDS pode gerar simultaneamente um dever de reintegrar e de reparar danos morais;

5º) O empregador que despede o empregado soropositivo para obstar o direito do empregado de valer-se da licença que lhe confere o art. 1º, I, “a”, da Lei 7670/88, fica obrigado a reintegrá-lo;

6º) Devem os empregadores arcar com os riscos que a atividade econômica impõe, inclusive o de arcar com a reintegração do soropositivo despedido arbitrariamente;

7º) O empregador deve, ainda, ao invés de despedir o afetado, se impossível ou inconveniente mantê-lo na função, tentar uma readaptação em outra;

8º) Tendo em vista a possibilidade de indenização por danos morais sofridos, o pedido de reintegração deve ser cumulado com aquele, tramitando ambos na Justiça do Trabalho;

9º) O artigo 114 da Constituição Federal confere à Justiça do Trabalho o poder normativo, o que também preenche a lacuna da legislação, que ainda não prevê expressamente qualquer garantia em favor do trabalhador portador do vírus HIV;

10º) A Lei 9.029 de 13 de abril de 1.995, proíbe a prática discriminatória no acesso ao emprego ou na sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, e pode ser analogicamente aplicada no caso do soropositivo, considerando-se que, a disposição do art. 1º da citada Lei é meramente exemplificativo. Ressalte-se que, referida Lei, em seu art. 4º, veda implicitamente o despedimento discriminatório e possibilita ao empregado optar pela reintegração no emprego ou pagamento de indenização.

Desta forma, entende-se que o Ordenamento Jurídico pátrio encontra-se provido de normas e princípios plenamente aptos a assegurar ao empregado afetado o direito de não ser despedido, salvo por justa causa apurada através do devido processo legal.

É evidente que o Ordenamento Jurídico brasileiro carece de uma lei que venha tratar especificamente do empregado que se encontra infectado pelo vírus HIV, pois, enquanto não se edita uma norma especial destinada a este assunto, fica o empregado afetado ao desamparo, esperando que a justiça analise seu caso em concreto para, então, decidir de acordo com a tese adotada pelos julgadores, se possui ele algum direito.

Nossa Constituição de 1988 garante, como vimos, que não seja o soropositivo sujeito à discriminação e à despedida arbitrária mas, isso ainda é pouco pois, tendo em vista a gravidade da doença, não é possível que o empregado espere por longo tempo a decisão de nossa demorada justiça.

Em havendo uma norma que trate exclusivamente do assunto, os empregadores irão se sentir recuados a realizar tal ato imoral de discriminar e despedir sem justo motivo o empregado afetado, o que diminuirá o número de reclamações na Justiça do Trabalho, dando, ainda, ao soropositivo, maior segurança quanto aos seus direitos.

## Bibliografia

BRASIL, Senado Federal. *Projeto de lei, obtido via Internet*. <http://www.indproje.htmindproje.htm>, 2000.

CAMINO, Carmen. *AIDS e Trabalho. Seleções Jurídicas ADV*, s.l., ed. esp., p. 7-9, novembro, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Indenização por dano moral*. *Revista Jurídica Consulex*, ano I, nº 3, p. 29, março, 1997.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Despedida do Empregado Aidético*. Revista Jurídica Consulex, ano I, nº 5, p. 37-9, maio, 1997.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade Provisória no Emprego*. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. *AIDS e Direito do Trabalho*. Revista do Advogado, nº 54, p. 37-42, dezembro, 1998.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis. Introdução, Tradução e Notas de Pedro Vieira Mota*. 3ª Ed. aumentada. São Paulo: Saraiva, 1994.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 24. Ed. rev e ampl. São Paulo: LTr, 1998.

SAMPAIO, Ricardo. *AIDS, Raça, Sexo e Dano Moral*. Revista Jurídica Consulex, v.I, ano II, nº 18, p. 24-9, junho, 1998.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. Ed. rev e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 13. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.