

DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO EMPREGADO COM AIDS E DIREITO A REINTEGRAÇÃO.

José Gomes da Costa Neto¹

Resumo: O presente artigo é resultado de pesquisa doutrinária e jurisprudencial e tem como objetivo a análise da concessão da antecipação dos efeitos da tutela para a reintegração do empregado com Aids que é demitido em razão da discriminação da doença. São ponderados vários aspectos que tangenciam o assunto, especialmente no que se refere: a) considerações estatísticas sobre o vírus HIV; b) forma de transmissão do vírus HIV; c) discriminação do trabalhador no ambiente de trabalho; d) proibição do exame do hiv para fins de emprego; e) orientação do CFM e exame de hiv; f) demissão arbitrária do trabalhador aidético e reintegração, terminando com a apresentação das conclusões finais.

Palavras-chave: Demissão do empregado com Aids, ato discriminatório, aplicação da Lei 9.029/95, direito à reintegração.

1 – CONSIDERAÇÕES ESTATÍSTICAS SOBRE O VIRUS HIV

Trabalhos científicos recentes sugerem que o HIV teve origem na África e que os homens possivelmente foram contaminados já na década de 40 e 50. Oficialmente, a AIDS conhecida por Síndrome da Imunodeficiência – SIDA foi reconhecida em 1981, nos EUA.

No Brasil, os primeiros dois casos de AIDS foram publicados em 1982 e eram referentes a pacientes da região sudeste.

O Ministério da Saúde² divulgou dados oficiais informando que desde a década de 80 até dezembro de 2003, foram registrados 310 mil 310 casos de aids no Brasil. Desse total, 220 mil 783 foram verificados em homens e 89 527 em mulheres. Portanto é um quadro que se apresenta preocupante uma vez que não há até o momento perspectiva de cura para essa doença epidêmica e que certamente afetará a vida do trabalhador, ceifando a sua saúde e por vezes abreviando o seu tempo de vida.

1 Advogado atuante no Estado do Rio Grande do Norte, Conselheiro Estadual da OAB/RN, Membro da Comissão de Exame de Ordem da OAB/RN, Presidente da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/RN, Concluinte do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da FAL.

² Aids no Brasil – Dados de Aids e casos de Aids. Disponível em <http://www.aids.gov.br/final/dados/aids.htm>. Acesso em 22/10/2004.

2 - FORMA DE TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV

O vírus HIV foi isolado em fluidos corporais como saliva, lágrimas e urina, entretanto como estudos comprovam, a infectividade dos vírus desses fluidos são extremamente baixas. A literatura médica entende que o HIV só pode ser transmitido de forma sexual, sanguínea e vertical.

Antigamente, falava-se em grupo de risco, que era, basicamente, os homossexuais e os usuários de drogas injetáveis. Hoje, fala-se em comportamento de risco e isso inclui a ausência de preservativos nas relações heterossexuais. Nos países desenvolvidos, as relações homossexuais ainda são responsáveis por grande parte dos casos de AIDS, mas os heterossexuais contaminados estão aumentando proporcionalmente com a epidemia.

Outra forma de transmissão é a sanguínea. Muitos países estão cada vez mais se preocupando com a qualidade do sangue utilizado em transfusões, como o Brasil, por isso poucos casos de transmissão sanguínea ainda ocorrem por esse meio. Definitivamente, o meio mais eficaz de contágio através do sangue é devido a drogas injetáveis, compartilhando agulhas e seringas. Isso fez com que muitos países adotassem programas para distribuir seringas e agulhas entre os usuários de drogas, não com o intuito de estimular o vício, mas sim de prevenir a doença.

A forma de transmissão vertical é a decorrente da exposição da criança ao vírus durante a gestação, parto ou aleitamento materno. O risco pode diminuir em até 67% se a gestante usar AZT durante a gravidez e no momento do parto. O AZT ainda deve ser administrado ao recém-nascido por seis semanas. Nesses casos, devem ser usados leite industrializado ou leite humano de mulher sem o vírus HIV.

3 - DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHADOR NO AMBIENTE DE TRABALHO.

Apesar do avanço no esclarecimento quanto ao contágio do HIV, ainda há muitos empregadores e colegas de trabalho com a visão preconceituosa por causa do receio do contágio da doença. Essa atitude discriminatória se constitui muitas vezes em assédio moral, visando o isolamento do trabalhador dos demais colegas de trabalho para que ele peça a sua demissão.

Em situações igualmente humilhantes, o trabalhador portador do HIV é afastado para desempenhar funções menos qualificadas quando não é demitido arbitrariamente por pura discriminação.

Ao contrário de discriminar, cabe ao empregador a adoção de medidas preventivas contra o preconceito, pois o convívio com o trabalhador com HIV não gera risco de contaminação ou transmissão da doença. Deve-se, portanto, implementar uma política de programas educativos, fornecendo aos empregados às informações sobre essa enfermidade.

4 - PROIBIÇÃO DO EXAME DO HIV PARA FINS DE EMPREGO.

O simples fato de um empregado ser portador do HIV não retira sua aptidão para o trabalho. Inclusive, a Lei 9.029/95 veda qualquer prática discriminatória, a exemplo de exame ou teste de HIV antes e durante a relação de emprego de qualquer trabalhador, sob pena de ser imputada multa administrativa pelo Ministério do Trabalho de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, acrescido de cinquenta por cento, em caso de reincidência.

No mesmo sentido, merece destaque o artigo 4º da Resolução nº1359/92 do Conselho Federal de Medicina, transcrito abaixo, que proíbe ao médico a prática do exame de HIV para candidatos a emprego.

É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório, ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda em estabelecimentos prisionais.

A jurisprudência em regra é unânime quanto à ilegalidade da exigência do teste do HIV. Em tese aduz que o soropositivo possui todos os direitos de um trabalhador comum e que empresas não podem exigir teste sorológico enquanto condição de admissão ou de manutenção do emprego, nem demitir o empregado portador, pois o despedimento por tal motivo se revela discriminatório.

4 - ORIENTAÇÃO DO CFM E EXAME DE HIV.

Na verdade, o trabalhador portador de HIV/AIDS apesar de sua peculiaridade, tem as mesmas obrigações e direitos que um empregado sadio à medida que deverá respeitar todas as normas laborais, a exemplo do regulamento da empresa, CLT e convenção coletiva, sob pena de cometer justa causa para rescisão contratual.

Vale acrescentar que o trabalhador portador do vírus pode trabalhar em qualquer atividade, entretanto, existem algumas situações em que não são recomendadas devido aos riscos de ferimento e infecção para o próprio portador.

Nesse sentido, parecem ser razoáveis as recomendações do Conselho Federal de Medicina (CFM) quando em benefício do trabalhador e com o consentimento por escrito deste, sem afrontar a Lei 9.029/95, faz algumas ponderações que merecem respeito.

A primeira ponderação quanto a não exigência do exame do HIV seria para aqueles candidatos ao trabalho em hospitais gerais nas funções de médicos, enfermeiros, atendentes e dentistas, desde que com o consentimento do paciente, sendo este o primeiro a ser informado do resultado, pois na condição de portador do HIV, o mesmo poderá estar mais exposto às infecções oportunistas. Assim, uma vez que a imunidade do organismo do trabalhador com HIV é menor, obviamente, está muito mais propenso a contrair infecções hospitalares e vir a prejudicar a sua saúde.

Na verdade, não se trata de discriminação, mas de uma precaução em benefício do trabalhador para evitar prejuízos à sua saúde. Parece uma cautela sensata, pois a empresa estaria se preocupando em não causar risco à saúde de seu trabalhador.

A segunda situação, desde que haja o consentimento do paciente, seria o exame de HIV para aqueles candidatos cuja função é manipular sangue humano e hemoderivados, pois neste caso, haveria o risco do trabalhador eventualmente se ferir no ambiente de trabalho e a sua revelia, contaminar os produtos manipulados. Igualmente, parece ser uma ponderação muito razoável, mesmo o serviço sendo executado com cuidado e bem fiscalizado pelo empregador, haveria a possibilidade da contaminação do sangue que seria repassado para outras pessoas.

Sugerindo haver um conflito de “princípios da intimidade” em face do “princípio da vida”, o procurador do trabalho, Ivo Eugênio Marques, entende que os portadores de HIV que trabalham em hospitais e bancos de sangue, devem ter sua intimidade limitada quanto ao

exame do HIV. Abaixo, está a transcrição de artigo “Aids e o Direito do Trabalho” da revista da Procuradoria do Trabalho.

A única exceção a este princípio diz respeito às atividades cujo exercício por portadores do HIV coloca em risco outras pessoas, como por exemplo, o trabalho em hospitais e bancos de sangue. São situações especiais em que o direitos a privacidade vem a ser limitado pelo direito à vida, particularmente dos pacientes. Aliás, o espírito da legislação e o princípio da não-discriminação, em tal caso, não estaria arranhado se fosse, aí, exigida a realização de exames para detectar não apenas o vírus HIV como quaisquer outras enfermidades infecto-contagiosas que implicassem em risco para outras pessoas, igualmente protegidas pela ordem constitucional.”

“Penso que não seria igualmente ofensiva a realização de exames médicos periódicos nos empregados com o intuito de detectar tais doenças. É o que ocorre, por exemplo, nas doações de sangue, em que os doadores são submetidos a diversos exames: a defesa do direito à vida pode, eventualmente, significar algum dano à privacidade.

De toda a sorte, merece a devida atenção às ponderações do ilustre jurista, bem como, a opinião do CFM que representa a classe médica a nível nacional. Obviamente, os argumentos citados deverão servir para o aprimoramento legislativo futuro, pois atualmente, a positividade do HIV não pode ser condição prévia e categórica de recusa do candidato ao emprego, pois como foi explicado, há vedação legal nesse sentido. Com efeito, é bastante influente o argumento de se prevalecer o direito da saúde pública quando estiver em confronto com o direito a preservação da intimidade do trabalhador. Logo, a proibição do exame de HIV poderá comportar exceções, diante de um caso concreto que seja submetido à apreciação do Poder Judiciário.

5 - DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR AIDÉTICO E A REINTEGRAÇÃO.

Questão tormentosa é saber se o trabalhador portador do vírus HIV tem estabilidade no emprego e conseqüentemente o direito a ser reintegrado ou readmitido no caso de demissão por discriminação, ou ainda, se a discriminação seria resolvida com a condenação a indenizar o trabalhador com danos morais?

A doutrina está dividida basicamente em duas correntes: a negativa e a positiva. A primeira, da qual faz parte o juiz do trabalho, Sérgio Pinto Martins, entende que o empregado aidético não tem estabilidade no emprego, porquanto não existe previsão legal neste sentido, e considerando que o empregador tem o direito potestativo de despedir seu empregado, desde que o indenize com todas as verbas devidas. Este entendimento está reproduzido na decisão, ora transcrita.

“Nem a Constituição Federal, nem a Lei Ordinária (Lei nº.9.029/95), contemplam o empregado, portador do vírus do HIV, com qualquer garantia do emprego ou estabilidade. Assim, a constatação de eventual prática discriminatória no despedimento autoriza a compensação com indenização em razão de dano moral, mas jamais a reintegração.” (TRT 2ª Reg., RO – 02940419307, Rel. Juíza Inês Santos Alves da Cunha).

Igualmente, está filiada a corrente negativa, a juíza do trabalho, Geralda Pedroso, que vem a reconhecer a discriminação, entretanto, entende que esta dever ser resolvida com a condenação a reparar o dano moral. Nesse sentido é o julgado transcrito:

AIDS. Discriminação. Danos morais. O trabalhador, portador do vírus HIV, que passou a ser tratado pelo superior hierárquico de a coisa e estorvo, em virtude de doença de que padece, faz jus à indenização por danos morais sem qualquer margem de dúvidas. É inafastável a repugnância que nos toma conta quando sabemos existir em nossa sociedade, muitas vezes próximas ao nosso convívio, pessoas com mentalidade tão medíocre e comportamento

tão desumano e pequeno, ocupando cargos e dirigindo vários subordinados. Estes, sem dúvidas, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade. “(TRT 24^A Reg., RO – 1.594/97, Rel, Juíza Geralda Pedroso)

A jurisprudência tem vacilado na maioria das vezes ao apreciar o pedido de reintegração, mesmo ciente de que o empregado com AIDS, dispensado imotivadamente tem chances reduzidíssimas de arrumar outro emprego. Assim foi decisão da 2^a Turma do TST³, na apreciação de empregado aidético que foi dispensado arbitrariamente. A sentença transcrita argumentou haver ausência de previsão legal, entretanto, decidiu pela reintegração do empregador com AIDS.

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 a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao aidético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida”(RR0217791/1995. Acórdão 3473/1997, DJU 6.6.1997, Relator: Ministro Valdir Righetto).

³ Sobrinho, Zéu Palmeira em Estabilidade, ed. LTr, pág. 116, 2002.

Os juízes trabalhistas Francisco das C. L. Filho⁴ e Zéu Palmeira Sobrinho⁵, que defendem a corrente positiva, entendem que há previsão normativa para a reintegração do trabalhador com Aids, vez que o Brasil ratificou a Convenção nº111 da OIT que proíbe a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Por sua vez, o artigo 1º da Lei nº 9.029/95, ao vedar o rompimento do contrato de trabalho por qualquer prática discriminatória por parte do empregador, seria aplicada por analogia ao empregado aidético para determinar a reintegração, pois o princípio nela consagrado é de proteção ao trabalhador contra todo tipo de ato discriminatório.

A diferença de opinião dos magistrados citados, está apenas no fato de que o primeiro entende que para que a despedida seja considerada arbitrária o empregador deve ter conhecimento da doença. Assim, o empregado deveria provar que o empregador sabia da condição de saúde do empregado ao despedi-lo. O segundo magistrado utiliza o princípio da inversão do ônus da prova em benefício do trabalhador, obrigando ao empregador o ônus de provar que a demissão não foi discriminatória.

No tocante à diferença das opiniões dos positivistas, penso que a razão está com o segundo magistrado, vez que o empregado não é obrigado a comunicar a sua condição de portador do vírus da Aids, por ausência de previsão legal. Ora, fazer prova de que o empregado avisou ao patrão sobre a doença, causaria ao trabalhador doente o constrangimento e a humilhação de expor sua intimidade e a sua imagem a outras pessoas sem que essa atitude tivesse qualquer utilidade ou benefício. Acrescente-se que não se pode exigir prova da comunicação da doença ao patrão, pois estaria sendo violado o inciso X do artigo 5º da Carta Magna que protege a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Ademais, o magistrado do trabalho tem ampla liberdade na direção do processo e conforme previsão do artigo 765 consolidado, poderá inverter o ônus da prova levando em consideração a hipossuficiência do empregado. No caso do portador do HIV, conforme ensina o jurista Zéu Palmeira, a regra hermenêutica determina que pertence o cômodo a quem sofre o incômodo. Nesse sentido, o Enunciado 212 do TST vem entendendo que o ônus de provar o término do contrato de trabalho é do empregador.

⁴Filho, Francisco das Chagas Lima. Despedida do Empregado Aidético. <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-009.htm>. Acesso em 22/10/04.

⁵ Sobrinho, Zéu Palmeira em Estabilidade, ed. LTr, pág. 119, 2002.

Assim sendo, em caso de demanda do empregado requerendo a reintegração, cabe ao empregador provar que a demissão não foi por discriminação, sob pena de ser concedida a antecipação de tutela para reintegração do empregado.

Apesar de não ser um caso típico de estabilidade prevista no ordenamento jurídico pátrio, é forçoso admitir ainda que provisoriamente, a existência da estabilidade para o empregado portador do vírus HIV, pois o magistrado só não deverá conceder a reintegração ao emprego, caso a reclamada provar a culpa do reclamante, ou seja; fique provado que a demissão foi por justa causa dada pelo empregado.

Ora, como é sabido, o doente de AIDS por estar com a saúde comprometida, necessita adquirir remédios caros e muitas vezes não distribuídos pelo Sistema Único de Saúde. Por este motivo, mister ser pleiteada em caráter de antecipação de tutela a reintegração, pois a demora da prestação jurisdicional poderá tornar inútil o processo, vez que a AIDS pode se desenvolver de forma rápida e fatal para o trabalhador.

Havendo a prova de que o reclamante é portador do HIV e que o mesmo foi demitido, por cautela e atentando para o equilíbrio entre as partes, deve o magistrado conceder a antecipação dos efeitos da tutela. Isto porque há fortes indícios que autorizam a presunção de ter havido a despedida por ato discriminatório, vez que naturalmente, o trabalhador precisa do seu emprego para sobreviver, adquirir remédios e alimentos, ainda mais se tratando de um portador do HIV.

Portanto, para o caso de um trabalhador com HIV, não é verossímil que o mesmo tenha pedido a demissão. Aplica-se o princípio geral de direito do trabalho, segundo o qual, havendo dúvida, deve-se decidir em favor do operário, inclusive, por que é a parte mais frágil na relação processual. Assim, é necessária a concessão da antecipação dos efeitos da tutela para garantir o equilíbrio de forças, ainda que provisoriamente, até que seja feita prova desconstituindo a tese do reclamante.

Por este motivo, ao deferir à reintegração, o magistrado na verdade estará admitindo, ainda que provisoriamente ter havido a demissão por discriminação diante da verdade formal que ora se apresenta nos autos, muita embora, a decisão final possa ser outra após a utilização do princípio da primazia da realidade.

Uma vez concedida à reintegração, não há prejuízo para o trabalhador, que estará provisoriamente estabilizado no emprego com a garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários. Igualmente não há prejuízo para a empresa, pois a mesma estará sendo

beneficiada com a prestação de serviço daquele empregado. Futuramente, se o trabalhador, não apresentar mais condições de trabalho para continuar no emprego, o mesmo poderá obter o auxílio doença, ou até mesmo, ser aposentado por invalidez pelo INSS. Nesse sentido é a decisão do TRT da 2ª região.

Aids. Doença já manifestada. Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus, ou seja, quando a doença denominada Aids, já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao recebimento do Direito Previdenciário contido na Lei nº7.670, 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 Tribunal do Direito, outubro/94, pág. 11).

Na verdade, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela para à reintegração, certamente traria prejuízos de difícil reparação para o reclamante, vez que o salário tem o caráter alimentar e em regra geral o emprego é a única de onde o trabalhador pode retirar recursos para a sua sobrevivência. A ausência do salário para o trabalhador poderia impedir a aquisição de remédios necessários à manutenção de sua vida, além de causar transtornos psicológicos, a exemplo da depressão que necessariamente traria influência negativa sobre sua saúde.

Penso que o procedimento acima não fere o devido processo legal, pois caso a empresa prove ter havido demissão por justa causa, o magistrado poderia revogar a

antecipação dos efeitos da tutela de reintegração, fazendo voltar às partes ao estado em que se encontravam.

Por ser aplicada a Lei no caso a Lei 9.029/95, não cabe a condenação em dano moral, mas alternativamente, a previsão do inciso II do artigo 4º com a opção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida de juros legais. Essa última alternativa é menos benéfica para o empregado, vez que a empresa poderá ser condenada em dobro, mas não ser satisfeito o crédito na execução. Ademais, o trabalhador dependendo do seu estado de saúde, poderia não ter condições físicas de suportar as demoras do processo judicial de execução. Apesar da boa intenção do legislador em fixar indenização em dobro ao empregado, parece-me ser uma alternativa pouco benéfica para o trabalhador, pois se não houver como proceder a execução, comprometerá a efetividade do processo.

6 - CONCLUSÕES FINAIS.

A Aids é um problema de epidemia mundial, entretanto, a doença não se transmite pelo convívio no ambiente de trabalho, portanto, não há motivos para receios e preconceitos.

A discriminação deve ser combatida pelos empregadores, pois estes podem proporcionar informações aos trabalhadores desmistificando tabus e evitando preconceitos.

A discriminação de trabalhador poderá trazer para a empresa, a aplicação de multas pesadas e propiciar situação provisória de estabilidade do empregado portador do vírus HIV, além da possibilidade de ter que indenizar em dobro o empregado discriminado.

A proibição do exame HIV para trabalhadores não é absoluta, pois a intimidade do trabalhador poderá ser limitada, quando houver situação de risco para a saúde pública. Havendo choque entre o direito individual e direito social, prevalecerá este, a exemplo do trabalho com manipulação de sangue poder se exigir o exame negativo de HIV.

A decisão que concede a reintegração, pressupõem a presunção de que houve a demissão por razão de discriminação, em razão do raciocínio de que o trabalhador tem como única fonte de sobrevivência os recursos oriundos do emprego e em virtude do empregado estar em posição de grande desvantagem em razão de ser portador do vírus HIV. Logo, ainda que provisoriamente, o magistrado adia o devido processo legal, em virtude da rapidez que o caso exige para conceder a reintegração do reclamante, sob pena do trabalhador vir a falecer

e o assim o processo não ter efetividade. A demissão por discriminação de trabalhador com HIV gera nova espécie de estabilidade provisória, em face da previsão legal da readmissão ou reintegração criada pela Lei 9.029/95.

ABSTRACT

This article is resulted of a doctrinaire research and jurisprudential that has the objective of analysis the concession of the anticipation of the effects of the it tutors for the employee's reintegration with Aids that is dismissed in reason of the discrimination of the disease. They are considered several aspects that tangencies the subject, especially in what it refers: statistical a) considerations about the virus HIV; b) form of transmission of the virus HIV; c) the worker's discrimination in the work atmosphere; d) the prohibition of the exam of the HIV for employment ends; and) orientation of CFM and HIV exam; f) arbitrary dismissal of the worker eidetic and reintegration, finishing with the presentation of the final conclusions.

Key-words: the employee's Dismissal with Aids, I tie discriminatory, application of the Law 9.029/95, right to the reintegration.

REFERÊNCIAS

Aids no Brasil – Dados de Aids e casos de Aids. Disponível em <http://www.aids.gov.br/final/dados/aids.htm>. Acesso em 22/10/2004.

Filho, Francisco das Chagas Lima. Despedida do Empregado Aidético. <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-009.htm>. Acesso em 22/10/04.

Sobrinho, Zéu Palmeira em Estabilidade, ed. LTr, pág. 116, 2002.

Marques, Ivo Eugênio em Aids e o Direito do Trabalho, ed. LTr, Procuradoria do Trabalho, nº 19, 1996.