

AIDS NO LOCAL DE TRABALHO UM ENFOQUE DE DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO

Alice Monteiro de Barros*

SUMÁRIO

- 1. INTRODUÇÃO**
- 2. CARACTERÍSTICAS DA INFECÇÃO PELO VÍRUS HIV**
- 3. AIDS E DIREITOS FUNDAMENTAIS**
- 4. DECLARAÇÃO DA OMS E OIT SOBRE AIDS - TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS EMPREGADOS PORTADORES DO HIV OU COM AIDS**
- 5. PROCEDIMENTOS E POLÍTICAS NO TRABALHO SOBRE HIV/AIDS NO BRASIL**
- 6. INVESTIGAÇÃO DO HIV/AIDS POR OCASIÃO DA CONTRATAÇÃO OU NO CURSO DO CONTRATO - O RESPEITO AO DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR**
- 7. A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA EM ALGUNS PAÍSES**
 - 7.1. Exigibilidade do teste em face do exercício de função que implique na possibilidade de contágio**
 - 7.2. A informação e a educação**
 - 7.3. A infecção pelo HIV - Justa causa - Motivo justificado**
 - 7.4. A rescisão do contrato e conseqüente reintegração - A dificuldade de se comprovar o tratamento discriminatório**
 - 7.5. Capacidade parcial e incapacidade do soropositivo para o exercício das funções - Readaptação - Ações afirmativas**
- 8. A POSSIBILIDADE DE CONTÁGIO PELO HIV NO TRABALHO - PRECAUÇÕES**

1. INTRODUÇÃO

A existência de enfermidades tem afligido o homem desde as épocas mais remotas e os maiores problemas de saúde estão relacionados com a vida em comunidade. Doenças endêmicas ou epidêmicas estiveram presentes em todas as fases da existência humana, inclusive na antigüidade. Nos escritos hipocráticos a atenção se concentra nas doenças endêmicas, isto é, na presença contínua de certas doenças na população, entre as quais se incluem resfriados, pneumonias,

* Doutora em Direito pela UFMG, Juíza Togada do TRT da 3ª Região, Profª Adjunto IV da Faculdade de Direito da UFMG, Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

febres maláricas e inflamações nos olhos. Quando as doenças, nem sempre presentes, aumentavam em demasia, foram chamadas de epidêmicas. A transmissibilidade de certas doenças foi notada desde muitos séculos, antes mesmo de se saber a sua etiologia. As epidemias, durante milhares de anos, foram consideradas como julgamento divino, em face das perversidades humanas, sendo essa teoria teúrgica paulatinamente substituída por uma teoria científica. Essa transformação teve lugar na Grécia, nos séc. V e IV antes de Cristo, cujos médicos e pensadores se orientaram pelo mundo natural, embora não estivessem completamente divorciados de aspectos religiosos. Nessa civilização, a medicina não se resumia à cura, atentando também para aspectos da higiene.

Referências à saúde do trabalhador não aparecem na literatura médica da Grécia clássica, embora as doenças ocupacionais estivessem presentes, como se pode ver nas imagens de tocadores de flauta usando bandagem de couro em volta das bochechas para preveni-las de dilatação excessiva. Há também relatos hipocráticos sobre envenenamento por chumbo ou pneumonia de mineiro, na Grécia antiga.

Entre os romanos, as doenças ocupacionais também eram conhecidas, principalmente a dos mineiros, mesmo antes de receberem a herança grega sobre medicina e higiene. Roma conviveu com epidemias em vários momentos históricos, supondo que uma delas tenha sido a peste bubônica, destruidora do Império Oriental e cuja gravidade só se assemelha à Peste Negra. O apreço dos romanos pelo suprimento de água e pelo destino da água de esgoto, provavelmente, foi responsável pela prevenção da disenteria e da febre tifóide. Com a queda do Império Romano, as instalações higiênicas das cidades acabaram sendo destruídas também, mas o legado greco-romano foi preservado na Roma Oriental (Império Bizantino) e nos mosteiros ocidentais.

Dois epidemias marcaram a Idade Média: a Peste de Justiniano (543) e a Peste Negra (1348); entre essas duas datas, outras doenças arruinaram a Europa, como a lepra, a peste bubônica, a difteria, o sarampo, a tuberculose, a escabiose, a erisipela, o ergotismo, a varíola etc. A lepra alcançou grande proporção epidêmica nos séculos XIII e XIV e, de todas as doenças, foi a que despertou maior temor; nem mesmo a Peste Negra, no século XIV e a sífilis, no final do século XV produziram tanto pavor. A Igreja assumiu o encargo de combater a lepra, lançando um edital regulamentando o isolamento dos leprosos, os quais, antes mesmo de sucumbirem à morte física, já eram considerados mortos pela sociedade que os excluía dos direitos civis, condenando-os ao isolamento¹. Essa segregação tinha regras precisas, isto é, o leproso vinha vestido com uma mortalha, ouvia missa solene para os mortos e recebia as terras que eram jogadas sobre ele; em seguida, os padres, os parentes e amigos do doente o conduziam até o leprosário, fora dos limites da comunidade².

¹ Todos esses dados históricos foram obtidos da obra *Uma História da Saúde Pública*, de George Rosen, 2ª ed., Ed. UNESP.

² ROSEN, George. *Op. cit.*, p. 60.

Talvez o temor e a estigmatização social que outrora existiu em relação à lepra seja muito semelhante ao que hoje se tem demonstrado no tocante à AIDS, visto como “o mal que discrimina”. A desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa dos preconceitos; sempre a imprensa nacional notícia casos em que o doente é expulso de casa, das escolas, da organização social de empresa e do emprego, existindo até mesmo situações em que médicos se negaram a operar o doente, por temor³.

2. CARACTERÍSTICAS DA INFECÇÃO PELO VÍRUS HIV

A AIDS, sigla utilizada nos países ingleses e também adotada no Brasil, é a denominação popular da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) pelo Vírus da Imunodeficiência Humana. Isso significa que o sistema imunológico não mais pode proteger o corpo, facilitando o aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o Sarcoma de Karposi. A AIDS é de origem desconhecida e foi diagnosticada nos primeiros anos da década de oitenta; não é uma doença hereditária, ela se transmite pela via sexual, sangüínea e materno-filial, ou seja, por meio da gravidez e parto. Afirma-se que não há risco de contágio pela “manipulação comum de objetos” ou durante a preparação ou serviço de comidas ou bebidas⁴.

3. AIDS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A questão da AIDS comporta repercussões no mundo do trabalho.

Afirma-se⁵ que 90% das pessoas contaminadas ou que tenham contraído o vírus HIV encontram-se na faixa etária capaz de integrar a população economicamente ativa, gerando, a par de prolongados sofrimentos, conseqüências de ordem econômica, provocadas pela perda de mão-de-obra qualificada, pelos custos trabalhistas, por absenteísmo, produtividade e custos da seguridade.

Sob o prisma das relações de emprego, a questão da AIDS coloca em jogo direitos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão ao trabalho, a não ser discriminado, à preservação da intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves conseqüências que o conhecimento provoca, e, de outro lado, o direito da comunidade à saúde. Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais, para tornar efetivo o exercício desses direitos.

³ Cf. *Jornal O Globo*, de 13.03.1994, p. 13.

⁴ GOÑI SEIN, José Luis. *El sida y la relación del trabajo*. In *Relaciones Laborales*, n. 17, sept. 1997. *La Ley Actualidad*, p. 51. O autor, ao fazer as afirmações acima, cita FEZZI, M. *Aids e rapporto di lavoro*, *Lavoro* 80, 1987, pp. 890 y ss.

⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. AIDS e Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, n. 83, p. 48. No mesmo sentido: TREBILCOCK, Anne M. *El sida y el lugar de trabajo*. *Orientaciones deducibles de las normas internacionales del trabajo*. *Revista Internacional del Trabajo*, v. 108, 1980, n. 2, p. 219.

Apesar de não existir convenção ou recomendações específicas dos organismos internacionais, há instrumentos internacionais que poderão fornecer critérios para a formulação de políticas que protejam os direitos dos empregados e a saúde pública, como veremos a seguir.

4. DECLARAÇÃO DA OMS E OIT SOBRE AIDS - TRATAMENTO ATRIBUÍDO AOS EMPREGADOS PORTADORES DO HIV OU COM AIDS

Como já ressaltado, as vias de transmissão do vírus HIV, reconhecidas pelas comunidades científicas, são escassas, compreendendo a sexual, a sangüínea e a materno-filial, através da gravidez e parto.

Atenta a essas circunstâncias, a Organização Mundial de Saúde, em associação com a OIT, baixou instruções gerais sobre a temática, por meio da Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho. Dessa Declaração se infere que, na grande maioria dos ofícios ou profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para outro, seja de um empregado para um cliente ou de um cliente para um empregado (seção II, § 4º).

A mesma Declaração acrescenta que as pessoas soropositivas, sem sintomas da doença, devem ser tratadas como qualquer empregado e às que apresentam sintomas ou enfermidade relacionados com o HIV ou com a AIDS deve-se atribuir o mesmo tratamento do empregado enfermo (seção III, § 1º).

Recomenda a citada Declaração que as autoridades públicas adotem procedimentos e políticas sobre o HIV/AIDS, tanto no âmbito nacional como no âmbito empresarial, ouvidos sempre os interlocutores sociais, através de seus sindicatos, os quais poderão sugerir medidas visando combater as discriminações e oferecer as salvaguardas, quando sejam necessárias precauções sanitárias especiais.

5. PROCEDIMENTOS E POLÍTICAS NO TRABALHO SOBRE HIV/AIDS NO BRASIL

No Brasil, desde agosto de 1988, a Portaria Interministerial MTb/MS n. 3.195 instituiu, em âmbito nacional, a Campanha Interna de Prevenção da AIDS (CIPAS), a ser realizada permanentemente pelos órgãos da Administração Direta, Indireta, empresas públicas e privadas, sob a supervisão do Ministério do Trabalho e do Ministério da Saúde. A finalidade dessa Campanha é divulgar conhecimentos e estimular, no interior das empresas e em todos os locais de trabalho, a adoção de medidas preventivas contra a AIDS/SIDA. Essas medidas compreendem atividades como a realização de palestras, debates, divulgação educativa, através da imprensa falada e escrita, confecção e distribuição gratuita de cartazes, livretos, cartilhas, exibição de filmes e *slides* sobre o assunto. Às Comissões Internas de Prevenção de Acidentes compete, no âmbito das empresas em que se encontram organizadas, a promoção de campanhas de prevenção contra a AIDS, e as empresas não obrigadas a constituir CIPA deverão participar da campanha, através de seu representante junto ao órgão regional do MTb ou outra instituição, com a cooperação das entidades sindicais.

6. INVESTIGAÇÃO DO HIV/AIDS POR OCASIÃO DA CONTRATAÇÃO OU NO CURSO DO CONTRATO - O RESPEITO AO DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR

Em face das específicas vias de transmissão do vírus, a declaração internacional citada sugere não se deva exigir a investigação do HIV/AIDS antes da contratação como etapa de seleção para o trabalho (seção V, A) e acrescenta que o empregado não deve ser obrigado a informar ao empregador acerca de sua situação relacionada com o HIV/AIDS (seção V, B, 3). No mesmo sentido, têm-se pronunciado o conselho de Ministros da Saúde dos Estados-Membros da Comunidade Econômica Européia, nas conclusões adotadas por este último organismo, em 15 de dezembro de 1988, donde se infere: “não se justifica submeter a provas de detecção de anticorpos de HIV as pessoas que se pretende contratar”.

Nessa linha de idéias, manifesta-se o Conselho Federal de Medicina do Brasil, através da Resolução 1.359/92, após prever a obrigatoriedade de os médicos atenderem os pacientes portadores do HIV; assevera estarem esses profissionais, quando prestam serviços à empresa, proibidos de revelar ao empregador o diagnóstico do empregado ou candidato ao emprego, cabendo-lhe informar, exclusivamente, aspectos ligados à capacidade ou não de exercer determinada função (art. 3º da Resolução 1.359, publicada no DOU de 19.11.1992). Isto, porque a soropositividade é um dado confidencial circunscrito à esfera do íntimo, dadas as implicações sociais que a sua divulgação acarreta. Entretanto, se o médico estiver subordinado juridicamente ao empregador, o risco de este último descobrir a condição de soropositivo do empregado é maior, logo, a garantia da confidencialidade vai depender da consciência profissional e ética do médico da empresa. Lembre-se, ainda, que a revelação de segredo profissional é crime, tipificado no art. 154 do Código Penal.

Como compatibilizar essas proibições e confidencialidade com o art. 168 da CLT, que prevê obrigatoriedade de exames médicos dos empregados?

É sabido que, no Direito do Trabalho Brasileiro, vigora o sistema de exames médicos periódicos aos empregados, na forma fixada pelo Ministério do Trabalho, independentemente de epidemia. Aliás, o art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a obrigatoriedade de exame médico, por conta do empregador, quando da admissão e despedida do empregado, e, ainda, periodicamente, mesmo nas atividades que não ofereçam nenhum grau de insalubridade. A investigação clínica consistirá em exame de aptidão física, mental e abreugrafia. A exigência desta última é resultado das estatísticas que mostraram o aumento das enfermidades pulmonares, especialmente da tuberculose. Entretanto, a Portaria GM/MTPS n. 3.720, de 31.10.1990 (DOU de 01.11.90) excluiu a abreugrafia dos exames obrigatórios constantes da NR - 7⁶.

⁶ Revista LTr 54-11/1431.

Exames complementares devem ser realizados, a critério médico e em decorrência de investigação clínica e/ou radiológica, a fim de averiguar a capacidade física ou mental do empregado para a função que irá desempenhar. Por força do art. 168 da Consolidação das Leis do Trabalho, o resultado desses exames será comunicado ao empregado, observados os preceitos da ética médica.

Em princípio, essa investigação clínica é legítima, pois o empregador tem o direito de controlar a capacidade física de seus empregados e zelar pela saúde e segurança no ambiente de trabalho.

Entretanto, esses exames não poderão, em princípio, compreender investigações capazes de constatar o vírus da AIDS⁷. No período de soropositividade assintomática, as condições de saúde do obreiro não são afetadas, mantendo-se a aptidão para o trabalho. Logo, a intervenção do empregador é desproporcional ao fim proposto (avaliar a capacidade física do trabalhador), em face das graves consequências que daí advirão, pois a enfermidade tem sido considerada "infamante", levando as pessoas a adotarem atitudes de desprezo ou de pouca solidariedade para com os que padecem deste mal⁸. Ademais, frise-se, são escassas as vias de transmissão do vírus.

Se, todavia, houver possibilidade de transmissão e contágio na função que o empregado for executar, a exigência da investigação do vírus, procede, mas nunca clandestinamente ou sem autorização expressa do empregado, pois poderá ocorrer de o empregado não querer conhecer um aspecto tão sensível de sua vida privada, capaz de sacrificar sua integração na sociedade e a naturalidade de suas relações sociais. O teste, em questão, feito às escondidas do interessado, lesa a liberdade do indivíduo e o seu patrimônio moral, violando-lhe o direito à intimidade; supõe uma intromissão em um aspecto reservado da pessoa, qual seja, a sua saúde. Fatos relativos às enfermidades e respectivo tratamento pertencem à esfera do íntimo, devendo ser preservados dos sentidos dos outros. E lembre-se que a violação ao direito à intimidade implica indenização por dano moral, sem prejuízo daquela advinda de danos materiais.

Como já salientado, a Resolução 1.359/92, do Conselho Federal de Medicina do Brasil, em consonância com as normas internacionais, proíbe os médicos da empresa de revelarem ao empregador o diagnóstico do empregado ou candidato ao emprego, cabendo-lhe informar, exclusivamente, sobre aspectos ligados à capacidade ou não para exercer determinada função.

⁷ Com fulcro no art. 168 da CLT, alguns órgãos públicos, como o Ministério da Economia e a Justiça Federal da 1ª Região chegaram a exigir, no início da década de 90, teste anti-AIDS. Cf. *O Estado de São Paulo* de 18.07.92 e 24.07.92. A exigência do teste é discriminatória e atenta contra direitos fundamentais, não estando em jogo interesse público capaz de justificá-la.

⁸ GOÑI SEIN, José Luis. *El sida y la relación del trabajo. (A propósito de la sentencia del TSJ del País Vasco de 23 de abril de 1996)*. *Relaciones Laborales*, n. 17, sept. 1997, p. 59.

Ressalte-se, entretanto, que na hipótese de moléstia infecto-contagiosa, entre as quais se inclui a AIDS, deve o médico garantir o anonimato do paciente, mas comunicá-la à saúde pública, sob pena de incorrer em delito (art. 269 do nosso Código Penal). A notificação dessas doenças não compete apenas ao médico ou enfermeiro, mas a familiares do empregado, ou a outras pessoas que o acompanhem além de diretores do estabelecimento onde estiver o funcionário doente ou com suspeita da doença⁹. Ressalte-se que apenas o médico está sujeito às sanções penais citadas, pois tem ele o dever jurídico de impedir o contágio, tutelando a coletividade exposta ao perigo¹⁰.

Na França, a Lei de 31 de dezembro de 1992 introduziu o princípio geral da não-discriminação, no Código do Trabalho, segundo o qual ninguém pode estabelecer restrições aos direitos das pessoas e às liberdades individuais e coletivas que não sejam justificadas pela natureza da tarefa a desempenhar, nem proporcionais ao fim almejado (art. 120.2). É vedado ao empregador informar-se sobre o estado de saúde de um candidato ao emprego (art. 121.6 do Código do Trabalho). Ninguém terá que responder a perguntas relativas à soropositividade. Somente o médico do trabalho poderá colher informações com o objetivo de avaliar a aptidão para o trabalho; da ficha do empregado deverá constar apenas se ele está apto ou não para o exercício de suas atividades, podendo as partes impugnar essa decisão perante o Conselho *Prud'hommes*. Por outro lado, o Código Penal Francês pune com pena de reclusão e/ou multa toda a recusa de contratação baseada no estado de saúde ou handicap, salvo casos de inaptidão para o emprego, constatados por médico (art. 225). O conhecimento, pelo empregador, desse estado de saúde do empregado, no curso do contrato, não autoriza a sua ruptura, mas a suspensão de sua execução, quando ele não estiver em condição de executar suas atividades.

Na Espanha, o dever de confidencialidade, além de previsto no Código Penal, está inserido na Lei de Prevenção de Riscos Laborais, cujo art. 22 estabelece: "que as medidas de vigilância e controle de saúde dos trabalhadores respeitarão sempre o direito à intimidade e a dignidade da pessoa do empregado, além da confidencialidade de toda a informação relacionada com seu estado de saúde". Desta mesma lei se infere que o acesso à informação médica, de caráter pessoal, limita-se ao corpo médico, não se podendo facilitar tais informações ao empregador ou a outras pessoas, sem o consentimento expresso do empregado. Esses textos da legislação espanhola deixam clara a proibição de qualquer forma de comunicação da condição de soropositivo do empregado, por parte do médico, ao empregador. O que o médico deve relatar não é a patologia, mas o juízo definitivo sobre a aptidão profissional do obreiro. A proibição se impõe, para impedir o risco de marginalização na vida laboral, uma vez que o conhecimento desta patologia implica exclusão social.

⁹ No tocante à AIDS poderá ocorrer que o empregado deseje manter sigilo, inclusive em relação a familiares, acompanhantes ou qualquer outra pessoa. Nesse caso, a confidencialidade deverá ser respeitada.

¹⁰ MAGALHÃES NORONHA, E. *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 18. ed., v. IV, 1988, pp. 12-13.

O Código Penal da Espanha, no art. 200.2, tipifica também como delito de violação do sigilo profissional aquele que, “descumprindo sua obrigação de sigilo ou reserva, divulga os segredos de outra pessoa”. O profissional que assim procede estará sujeito a pena de prisão de um a quatro anos, multa e inabilitação especial para a referida profissão por dois a seis anos.

Considerando que a presença do vírus HIV, por si só, não prejudica a capacidade de trabalho de quem o contrai, o legislador italiano também interveio com o objetivo de evitar discriminação dos portadores da infecção. E dentro desta perspectiva, editou-se a Lei 135, de 1990, cujo art. 6º proíbe os empregadores, públicos ou privados, de fazer perguntas aos empregados ou candidatos ao emprego sobre a existência de um estado de soropositividade. A inobservância desse preceito enseja sanção penal. A citada Lei 135, de 1990, no art. 5º, § 1º, dispõe, ainda, que “se os sanitaristas, no exercício da sua profissão, tomarem conhecimento de um caso de AIDS ou de infecção pelo HIV, não acompanhado de um estado de morbidez, deverão prestar a necessária assistência adotando todas as medidas apropriadas à tutela da privacidade da pessoa assistida”. A revelação estatística da infecção deverá ser efetuada de modo que não se permita a identificação da pessoa. Prevê também o § 3º do art. 5º da lei italiana que “ninguém poderá ser submetido, sem o seu consentimento, a análises tendentes a constatar a infecção do HIV, salvo por motivos de necessidade clínica de seu interesse”. São permitidas análises de averiguação de infecção pelo HIV, no âmbito de programas epidemiológicos, apenas quando for mantido o anonimato, com absoluta impossibilidade de identificação da pessoa interessada. A comunicação dos resultados da averiguação do diagnóstico direto ou indireto só poderá ser dada à pessoa cujos exames se referem (§ 4º do art. 5º da Lei 135). A seguir, o § 5º do citado preceito legal prevê “que o atestado de infecção pelo HIV não pode constituir motivo de discriminação, particularmente na inscrição de escola, no desenvolvimento de atividade esportiva e para acesso ou manutenção de postos de trabalho”.

Por outro lado, o art. 7º da Lei italiana 135, de 1990, atribui ao Ministro da Saúde a tarefa de elaborar normas para a proteção contra contágio profissional pelo HIV nas estruturas sanitárias, assistenciais públicas e privadas. A Corte constitucional declarou a inconstitucionalidade parcial do art. 5º, §§ 3º e 5º da Lei 135/90, na parte que não prevê averiguação da ausência de soropositividade como condição para o exercício de atividade que implique risco à saúde de terceiro, o que será visto em tópico próprio.

Na Alemanha, a opinião que tem prevalecido não admite a indagação direta ou a submissão a um teste para averiguação da soropositividade de um candidato ao emprego, salvo se a atividade comportar risco de infecção a outros sujeitos, como no caso de funções médico-sanitárias. Nestas atividades, considera-se lícito indagar ao candidato ao emprego se padece de doença advinda da AIDS ou se é portador de uma das síndromes correlatas, quando as manifestações crônicas da doença comprometam ou possam comprometer, em pouco tempo, significativamente, a capacidade para o trabalho¹¹.

¹¹ BELLAVISTA, Alessandro. *Il controllo sui laboratori*, Torino: G. Giappichelli Editore, 1995, p. 197, nota de rodapé 102.

Nos EUA, as fontes do direito são federais, estaduais e municipais. Em cada um desses níveis, há regras que poderão proteger o aidético. No nível federal, a questão da discriminação em virtude de handicap é regida pela *Federal Rehabilitation Act*, de 1973, aplicável aos empregadores federais ou aos que se beneficiam de subvenções federais e a de 1990, em vigor a partir de junho de 92, para os empregadores privados com mais de vinte e cinco empregados. Já a Lei de 26.07.94 aplica-se aos empregadores que tiverem de 15 a 26 empregados. A primeira lei exige para a sua aplicação os seguintes requisitos: prova de que o empregador está sujeito a ela, a demonstração de um handicap, isto é, de uma deficiência que limite uma ou várias das principais atividades da vida, prova da capacidade para um trabalho e da discriminação fundada na existência do handicap, que não lhe retira a qualificação para o emprego. A infecção pelo vírus da AIDS vem sendo compreendida no contexto dessa "deficiência" e a Corte de Apelação dos EUA, após constatar que um professor estava infectado pelo referido vírus, concluiu que o empregador não provou que sua presença em classe constituiria um sério risco para os alunos, logo deveria ser reintegrado¹², sob a condição de se controlar o seu estado de saúde, a fim de assegurar que as doenças oportunistas que ele poderá desenvolver não serão transmitidas. Já a *Americans With Disabilities Act*, de 1990, destina-se aos empregadores privados e proíbe-lhes a discriminação de pessoas vítimas de handicap, exigindo precauções para favorecer o desenvolvimento profissional dessas pessoas. Essa lei contribuiu para a obtenção de uma situação uniforme em todos os estados americanos, independentemente do caráter público ou privado do emprego¹³, pois os termos por ela utilizados permitirão interpretar extensivamente o termo handicap para abranger os infectados pelo vírus da AIDS e as pessoas que já desenvolveram a doença. O direito americano considera qualificado para o posto de trabalho os portadores do vírus HIV que não desenvolveram a doença, salvo para os serviços que representem sério risco de transmissão a terceiro, como nos meios hospitalares.

7. A EFETIVIDADE DA TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA EM ALGUNS PAÍSES

Dando efetividade ao comando das normas internacionais que vedam a discriminação, em geral, o Tribunal do Distrito de Columbia, EUA, por meio da decisão proferida em 1º de julho de 1992, considerou discriminatória a não-contratação de um bombeiro aprovado nos exames físicos e intelectuais pertinentes ao cargo. Embora tivesse recebido carta comunicando a sua nomeação, o empregado foi

¹² CHALK c. *United States District Court, central district of California*, (1988) 840 F.2d701 (9th Cir). In GREGOIRE, Sylvie. *La problématique du SIDA em milieu de travail, W e L. Montréal*, 1994, p. 52.

¹³ GREGOIRE, Sylvie. *Op. cit.*, p. 53.

recusado pelo fato de haver revelado ao futuro empregador ser portador do vírus HIV. O empregado insurgiu-se contra a recusa e o tribunal considerou inaplicável à hipótese a Lei de reabilitação de 1973, cujo art. 504 dispõe que não está amparada pelas disposições que proíbem a discriminação a pessoa portadora de infecção contagiosa e que, por esse motivo, pode constituir uma ameaça direta à saúde ou à segurança de outros indivíduos ou que, pela mesma razão, não pode cumprir as obrigações inerentes ao trabalho. O Tribunal classificou o autor como pessoa minorada devido à contaminação com o vírus HIV, tendo reduzidas, de forma significativa, algumas de suas atividades, mas considerou, em face das formas limitadas de transmissão da enfermidade, que não se tratava de ameaça direta à saúde ou à segurança de outras pessoas, nas funções de luta contra o fogo ou em outras tarefas de urgência. E, quanto à aptidão para o trabalho, ficou comprovado ser o autor plenamente apto para o desempenho da função; em consequência, ordenou o Tribunal que fosse ele admitido com o pagamento dos salários retroativos e que se lhe pagasse uma indenização pelo sentimento de angústia e dano moral, bem como lhe fornecessem uma declaração assinalando a ilegalidade dessa classe de discriminação¹⁴.

A Declaração da OMS e da OIT opõe-se à constatação da existência da doença, tanto por meios diretos, como é o caso da investigação do vírus, como por meio indireto, avaliando os comportamentos de risco; assim, a Declaração, além de proibir discriminação baseada no estado de saúde, refere-se também aos preconceitos que possa ter a sociedade contra pessoas que se pensa serem particularmente propensas a contrair o vírus HIV, por integrarem grupos de risco.

A propósito da investigação do vírus da AIDS sem o conhecimento do empregado, pronunciou-se a Câmara Nacional Contencioso-Administrativa Federal da Argentina, em sentença de 7 de julho de 1994. Entendeu a jurisprudência argentina ter-se configurado desrespeito à dignidade do autor, subcomissário de polícia, o fato de a autoridade policial tê-lo submetido a exame psicofísico e, na oportunidade, sem seu conhecimento, investigar e concluir ser ele portador assintomático do HIV, iniciando os trâmites de sua saída obrigatória da polícia. O comportamento da autoridade policial violou a Lei n. 23.798 e o decreto que a regulamentou, os quais estabelecem que todo teste de detecção desse vírus deve contar com o consentimento da pessoa interessada, a qual não poderá ser prejudicada ou discriminada por sua condição de infectada, sob pena de violar o direito à privacidade e à intimidade, que encontram fundamento no art. 19 da Constituição argentina. Assinalou-se, no acórdão, o comportamento contraditório da autoridade, quando destaca que a retirada do autor visou preservar terceiros de um eventual contágio do vírus, entretanto, admite que desde a data em que se realizou a análise clínica (29 de outubro de 1992) até aquela em que se lhe outorgou a licença (setembro de 93) continuou executando suas funções, sem limitação alguma.

¹⁴ *Revista Internacional del Trabajo*, 1993/3, v. 112, n. 43, p. 424.

Concluindo, a jurisprudência argentina tornou sem efeito a retirada obrigatória do autor, determinando-lhe novos exames médicos, sem considerar os resultados da reação de *Western-Blot* (detecção de AIDS), a fim de que se lhe confira uma função adequada, que não implique risco para a saúde da população¹⁵.

E se não bastasse a Declaração já referida, a OIT editou a Convenção n. 111, ratificada pelo Brasil e por mais de cem países, inclusive a Argentina, a qual veda discriminação no acesso à formação profissional, admissão no emprego, como também nas condições de trabalho, por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º, § 1º, “a”). A mesma Convenção oferece aos Estados a possibilidade de acrescentarem, como discriminatória, após consulta aos organismos sindicais de empregados e empregadores, “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou ocupação”; entretanto, não se considera discriminatória a distinção, exclusão ou preferência, baseada na “qualificação exigida para um emprego determinado”. Logo, entre os motivos de discriminação vedados, poderá ser incluído o estado de saúde, atribuindo-se ao HIV/AIDS o mesmo tratamento concedido a outras enfermidades, inclusive provocadas por certos defeitos genéticos, que autorizam, em muitas situações, que as pessoas continuem trabalhando por determinado período.

7.1. Exigibilidade do teste em face do exercício de função que implique na possibilidade de contágio

Quando estiver comprovado cientificamente o risco de transmissão do vírus HIV no local de trabalho, torna-se necessário proteger os clientes e outros empregados contra uma possível infecção, adotando critérios que permitam determinar quando está indicado recorrer a provas de investigação do vírus. Essas provas deverão limitar-se aos ocupantes de cargos que os exponham ao perigo de transmitir o vírus ou de ser infectados por ele. Caso o candidato ao emprego não esteja em condições físicas ou mentais de executar as funções sem constituir um perigo para os demais, inviável se torna estender-lhe as medidas que vedam a discriminação, pois a pessoa não possui a “qualificação exigida para o emprego”.

E, seguindo essa diretriz, a Corte Constitucional Italiana (decisão n. 218, Casavola Pres, Mirabelli Rel, em 2 de junho de 1994) considerou inconstitucional o art. 5º, §§ 3º e 5º da Lei n. 135, de 5 de junho de 1990, sobre programa de intervenção urgente para a prevenção e luta contra a AIDS, na parte em que não prevê certificados sanitários de ausência de soropositividade à infecção do HIV, como condição para o exercício de atividades que comportem riscos para a saúde de terceiros. A questão foi levantada em ação ajuizada por Patrizia Marchioro contra a Associação de Obra Imaculada Conceição, visando à reintegração liminar ao trabalho, após ter sido suspensa do serviço, sem prejuízo da retribuição, por haver-se recusado a submeter-se a exames sanitários, junto à divisão de doenças infecciosas do Hospital de Pádua,

¹⁵ Cf. *Revista de Relasur*, n. 6, Montevidéu, 1995, p. 221.

destinados a constatar a existência de infecções pelo HIV. O citado art. 5º da Lei Italiana n. 135, de 1990, estabelece que ninguém poderá ser submetido, sem o próprio consentimento, a análise tendente a atestar infecção do HIV, senão por motivos de necessidade clínica no seu interesse, e que o atestado de infecção não pode constituir motivo de discriminação em particular, entre outros, para acesso a cargos no trabalho ou para manutenção daquele já ocupado. O art. 6º da mesma Lei proíbe o empregador de fazer perguntas diretas para atestar a existência de um estado de soropositividade em um empregado ou candidato ao emprego.

A jurisprudência italiana, embora considerasse a legislação em exame informada por princípios de alto valor social, como o de não discriminar ou isolar, nem mesmo no trabalho, as pessoas soropositivas ou afetadas pela AIDS, entendeu que a legislação italiana citada contraria o art. 32 da Constituição. Esse dispositivo constitucional considera a saúde direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, cuja tutela compreende não só a pretensão do indivíduo a condições de vida, de ambiente e de trabalho que não ponham em risco esse bem essencial, estendendo-se também ao dever de não pôr em risco, com o próprio comportamento, a saúde de outros. E, no caso em exame, entendeu a Corte Constitucional que a exigência de atestado médico feita à autora, longe de configurar controle sanitário de massa, constituía um ônus da atividade por ela exercida, a qual comporta um sério risco de contágio das pessoas assistidas. Verifica-se, portanto, que o respeito à dignidade do indivíduo compreende o direito à privacidade sobre o próprio estado de saúde e à manutenção do trabalho, quando compatível com esse estado, mas encontra um necessário limite na exigência de tutela à saúde como interesse da coletividade e de terceiros. Considerou-se, pois, que a defesa do contágio por doenças infecto-contagiosas corresponde não só a um interesse geral e social, mas a um verdadeiro direito subjetivo de cada cidadão de ser preservado dos sujeitos portadores de um mal, ao qual corresponde um dever inderrogável de solidariedade social, que torna exigíveis de todos os cidadãos formas de colaboração (voluntária ou coagida) com os fins da proteção do bem comum¹⁶.

7.2. A informação e a educação

A Declaração já mencionada reconhece que a informação e a educação são fundamentais para se manter um clima de confiança mútua, indispensável à proteção das pessoas infectadas pelo HIV/AIDS, contra toda estigmatização e discriminação (seção V, B4). Aliás, a Recomendação n. 111 (§ 4º) já sugere aos Estados que promovam “políticas tanto no emprego público como no particular, no sentido de adotarem medidas que façam com que o público compreenda e aceite os princípios da não-discriminação”.

¹⁶ Cf. *Rivista Il Diritto del Lavoro*, Roma, Anno LXVIII; nov-dic.1994, pp. 478-486.

Com os mesmos propósitos traçados pela Declaração da OMS, o Tribunal de Direitos Humanos do Canadá autorizou a rescisão indireta do contrato de trabalho de um empregado, cozinheiro de cantina, que servia à companhia ferroviária *Canadian Pacific*. O empregado confessou ser portador do vírus da AIDS e, a partir daí, a confiança foi divulgada entre os colegas de trabalho, tendo o capataz se recusado a provar a comida, advertindo a empresa de serviços de cantina que não seria possível conter os membros da brigada se decidissem agredir o cozinheiro. O Tribunal, após reconhecer o vínculo empregatício com a *Canadian Pacific* e admitir que a empresa não discriminava as pessoas soropositivas, entendeu que a mesma deixou de fornecer instruções claras com respeito à AIDS no local de trabalho, o que obrigou os empregados, como o capataz, a essas situações, em função de seus próprios preconceitos. Em consequência, condenou a empresa a pagar ao cozinheiro indenização pela perda dos salários e pelo dano à sua reputação, bem como a enviar-lhe uma carta de desculpas¹⁷.

7.3. A infecção pelo HIV - Justa causa - Motivo justificado

A infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho.

A Recomendação n. 169, de 1984, complementar da Convenção n. 122/64, da OIT, sobre política de emprego, após sugerir seja eliminada toda a discriminação, recomenda, ainda, medidas que satisfaçam às necessidades de pessoas que tenham, freqüentemente, dificuldade para encontrar emprego duradouro, podendo ser incluídos aí os portadores do HIV/AIDS.

Por outro lado, a Declaração da OMS/OIT dispõe que a infecção pelo HIV não é motivo capaz de ensejar a cessação do contrato de trabalho e, como ocorre com as demais enfermidades, as pessoas deverão continuar trabalhando, quando estão em condições de ocupar um emprego apropriado (Seção V, B8). A alusão a “emprego apropriado” induz à conclusão de uma possível alteração nas condições de trabalho das pessoas infectadas pelo HIV, mas que continuam aptas para o trabalho.

A jurisprudência argentina revela precedente em que o empregado, trabalhando na limpeza de camarotes e enfermaria de navio, foi dispensado, sob arguição de justa causa, por padecer da síndrome HIV. Entendeu o Julgado Nacional de Primeira Instância do Trabalho nº 47, através da sentença de 30 de setembro de 1994, sobre despedida de enfermo portador de AIDS, que, em primeiro lugar, o autor deveria ter prestado expresse consentimento para que se efetuasse a análise de seu sangue, o que não ocorreu; em segundo lugar, a empregadora, ciente de que o autor padecia do mal, omitiu-se em comunicar-lhe o fato, deixando que a Prefeitura Naval Argentina - tomadora dos seus serviços - o fizesse e, finalmente, o dispensasse, invocando justa causa. Considerou a jurisprudência que, embora o art. 991, inciso 4º do Código de Com. considere justa causa qualquer ocorrência

¹⁷ *Revista Internacional del Trabajo*, 1992/2, v. 111, n. 2, p. 182.

que inabilite o homem do mar ao exercício de suas funções, o referido Código fora promulgado e sancionado em 1859, logo, não poderia contemplar uma situação tão grave como a dos autos. O comportamento do empregador foi considerado discriminatório e infringente da Lei 23.798, ao dispensar o obreiro, quando deveria conferir-lhe atividade em terra. Afastou a falta grave com o argumento de que, no mundo contemporâneo de tantos padecimentos, o fato de ser portador da AIDS, enfermidade adquirida involuntariamente, jamais poderia ser compreendida como ato doloso, capaz de eximir o empregador das indenizações legais, inclusive de antigüidade e outras verbas rescisórias¹⁸.

Ademais, a Convenção n. 158, de 1982, sobre término da relação de emprego, ratificada pelo Brasil e denunciada em seguida (Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996), não autoriza a ruptura do vínculo sem uma “causa justificada”, relacionada com sua capacidade ou conduta, baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Não se poderá invocar como “causa justificada”, o fato de o obreiro ser infectado pelo HIV, encontrando-se em condições de trabalhar e tendo comportamento irreprovável. Também não se enquadra como “causa justificada” ou “necessidade de funcionamento” o medo de colegas ou clientes diante de pessoas portadoras do HIV, em locais de trabalho, que não ofereçam risco algum a outrem¹⁹.

Nem mesmo as ausências temporárias do empregado ao serviço, provocadas pelas enfermidades advindas do HIV, autorizam a dispensa com causa justificada (art. 6º da Convenção 158), assim entendidas aquelas que se fundam na impossibilidade de o obreiro trabalhar. As normas coletivas poderiam precisar os critérios definidores da “ausência temporária”.

Convém registrar que a maioria das pessoas infectadas com o HIV desejam prosseguir trabalhando, para melhorar seu bem-estar físico e mental, a par das conseqüências econômicas que revestem o fato de continuar em atividade o maior tempo possível; é que o tempo de serviço do empregado poderá repercutir na duração do seguro de enfermidade, no valor da indenização por despedida, nas prestações da aposentadoria e pensões ou do seguro-desemprego acaso devidos ao empregado²⁰.

E se não bastasse, a Convenção n. 142, ratificada pelo Brasil²¹, e a Recomendação n. 150 da OIT referem-se, especialmente, à formação e orientação profissionais das pessoas minoradas, recomendando-se assessoramento individual além de medidas para garantir a integração ou a reintegração dos minorados físicos ou mentais na vida produtiva, em um ambiente normal de trabalho.

¹⁸ Cf. *Revista Relasur*, n. 6, p. 227.

¹⁹ TREBILCOCK, Anne. *El sida y el lugar de trabajo*. *Op.cit.*, p. 226.

²⁰ TREBILCOCK, Anne. *Op. cit.*, p. 227.

²¹ Decreto 98.656, de 21.12.89.

7.4. A rescisão do contrato e conseqüente reintegração - A dificuldade de se comprovar o tratamento discriminatório

À luz da legislação brasileira, o empregado soropositivo não goza de estabilidade provisória no emprego, salvo se houver disposição expressa em norma coletiva (acordo, convenção ou dissídio coletivo). Falta uma norma de alcance geral, que adote regras específicas destinadas a proteger os soropositivos contra a conduta discriminatória ensejadora de limites dos seus direitos e expectativas, em flagrante violação à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República do Brasil, do Estado Democrático de Direito.

Se a lei ordinária 9.029, de abril de 1995, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para acesso à relação de emprego ou à sua manutenção, tivesse incluído o estado de saúde, ao lado dos motivos de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que relacionou, não haveria dificuldade na interpretação e conseqüente deferimento da reintegração do portador do HIV no emprego, pois essa lei a prevê, embora com imprecisão técnica faça menção à readmissão, mas com direito a salários. Não se pode aplicar a Lei 9.029 aos portadores do HIV, uma vez que ela contém preceito de natureza penal, insuscetível de interpretação analógica ou extensiva.

Entretanto, é possível individualizar hipóteses de tutela internacional e constitucional dos soropositivos contra a discriminação a partir do que passaremos a expor.

Em princípio, ressalte-se que a Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda a discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social. A mesma Convenção oferece aos países que a ratificaram, a possibilidade de acrescentarem como discriminatória “qualquer outra exclusão que tenha por efeito anular ou alterar a igualdade de tratamento no emprego”; entre essas exclusões pode ser inserido o estado de saúde do empregado soropositivo. Nessa mesma diretriz é a Recomendação 150, que complementa a Convenção 142 da OIT, ratificada pelo Brasil, quando sugere sejam adotadas medidas para garantir a reintegração dos minorados físicos em um ambiente de trabalho. Entre os minorados estão incluídos os portadores do HIV. Ademais, a Constituição vigente prevê, no art. 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Entre essas “outras formas de discriminação”, pode-se incluir o estado de saúde do soropositivo, na medida em que, estando delimitadas as possibilidades reais de contágio, pelo vírus HIV, não há razão que justifique a rescisão do pacto laboral.

De que adiantariam as normas internacionais e constitucionais proibitivas de discriminação, se não as colocamos no tempo ou a integramos na realidade? Sempre que possível, deverá o dispositivo constitucional ser interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia. É o princípio da “máxima eficiência”, de onde se extrai o entendimento segundo o qual a lei não emprega palavras inúteis, o que significa a impossibilidade de se banir um artigo da Constituição ou parte dele. Além de se

conferir a máxima efetividade possível ao texto constitucional, essa interpretação atende ao postulado da harmonização, pois se está atribuindo à norma constitucional um significado coerente com as demais regras de direito, inclusive com aquelas de cunho internacional.

Atento para o alcance das obrigações internacionais de proteção contra a discriminação, o intérprete, autorizado pelo texto constitucional vigente, evitará a repetição de violação de direitos humanos, entre eles os direitos sociais, reagindo contra as omissões da lei nacional e contribuindo para que possamos viver numa sociedade mais solidária e mais humana.

Assim, a dispensa do empregado portador do HIV, quando não comprovado um motivo justificável, presume-se discriminatória e arbitrária, devendo ser coibida, pois sua permanência no emprego, além do caráter de laboroterapia, irá propiciar-lhe a aquisição dos benefícios previdenciários²² que receberá quando estiver impossibilitado de continuar trabalhando, o que, certamente, ocorrerá, considerando tratar-se de doença letal.

Outro problema, que, em regra, hoje se enfrenta, não é apenas o da inserção do princípio da não-discriminação por motivo de saúde, nos ordenamentos jurídicos, pois ele já é contemplado nas legislações de países desenvolvidos, como vimos, mas a dificuldade de se comprovar o tratamento diferenciado, cujo ônus compete exclusivamente ao empregado que se considera discriminado. Dada a dificuldade de se desincumbir desse encargo, o que inviabiliza a efetivação do princípio em questão, já se sugere a inversão desse ônus em um Código-Tipo do Direito do Trabalho para a América do Sul, prevendo-se o ressarcimento dos prejuízos sofridos²³.

Aliás, uma corrente jurisprudencial, acertadamente, inclina-se nesse sentido, ao entender que se presume discriminatória e arbitrária a dispensa do portador do vírus HIV, ainda que assintomático. Senão vejamos:

²² AIDS. Doença já manifestada. Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada AIDS já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao recebimento do direito previdenciário contido na Lei 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 não remunerada, durante o prazo desse benefício, não se pondera no sentido de que o autor não 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 sua aposentadoria. TRT/SP 02920254140 - Ac. 7ª T. 35.453/94, Rel.: Juíza Rosa Maria Zuccaro, DOE 08.09.94. *Revista Synthesis* 21/95, p. 228.

²³ SANTONI, Francesco. A tutela da dignidade e da privacidade do empregado. *Princípios para um Código-Tipo do Direito do Trabalho para a América Latina*, Ed. LTr, 1996. Coord. de Gian Carlo Peroni e Sandro Schipani.

“O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração. Referências: Constituição Federal, art. 2º, IV e 7º, XXXI.”

TRT - 3ª Região - RO 16.691/94. Julgado em 26.07.95. Ac. 3ª T. Rel.: Juiz Levi Fernandes Pinto. Trabalho em Revista n. 161, dez. de 1995, p. 32 (grifou-se).

“SERVIDOR PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI N. 7.670/88. REINTEGRAÇÃO. AIDÉTICO. DISPENSA ANTI-SOCIAL OU ARBITRÁRIA OBSTATIVA AO SEGURO-DOENÇA DISCRIMINATÓRIA. NULIDADE DO ATO PATRONAL. O empregado portador do vírus AIDS não é beneficiário de estabilidade (Lei n. 7.670/88), por não ostentar a condição de servidor público. A reintegração, *in casu*, decorre do ato patronal eivado de nulidades, configurando-se a despedida anti-social ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º da CF/88, art. 5º da LICC, artigo 476 da CLT e princípios protetores do Direito do Trabalho).”

(TRT - 3ª Reg. - RO-6763/94 - Rel.: Juiz Álfio Amaury dos Santos).

“AIDS. Dispensa. Discriminação. Ao virulento alastramento do vírus HIV no mundo correspondeu ampla divulgação dos seus sintomas, de forma que as características físicas de sua manifestação já são de conhecimento das camadas esclarecidas. O caráter discriminatório do portador dessa doença é notório e de repercussão mundial. Inocorrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante a discriminação que atenta contra o art. 3º, IV, da Constituição Federal”.

TRT/SP 02940459279 - Ac. 8ª T 19.841/95. Rel.: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. DOE 01.06.95. *Rev. Synthesis* 22/96, p. 316 (grifou-se).

“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 Imuno-deficiência 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 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 - 2ª T - Ac. 3473/97 - Rel.: Min. Valdir Righetto, DJ 06.06.1997, p. 25.270. *Revista do Direito Trabalhista*, n. 7, julho de 1997, p. 61 (grifou-se).

A jurisprudência do TST, seguindo essa diretriz, negou provimento ao Recurso Ordinário interposto contra decisão proferida em Mandado de Segurança impetrado perante o TRT da 3ª Região (MS 76/93), mantendo liminar de reintegração no serviço concedida pela 12ª JCC de Belo Horizonte, através de Cautelar Inominada, de empregado aidético, com base no fundamento de ter sido ele discriminado por ocasião da dispensa. A respeito, assim se pronunciou o C. TST, através da seguinte ementa:

“Mandado de Segurança. Sendo o empregado 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 o perecimento de seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do empregado. De que adiantaria o empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a 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 suas funções enquanto apto para tal.”

(TST-RO- MS-110.056/94.5 - Rel.: Min. Armando de Brito, sessão de 07.03.95, do SDI).

E, coerente com o raciocínio constante da ementa citada acima, o mesmo tribunal já concedeu cláusula assecuratória de estabilidade no emprego ao portador do vírus da AIDS, em processo de dissídio coletivo, como se infere da ementa que ora se transcreve:

“Aidético - Dissídio coletivo - Estabilidade. Cláusula asseguradora de estabilidade no emprego ao portador do vírus da SIDA (AIDS). A despedida por força de preconceito do paciente da SIDA deve ser evitada, para que mantenha suas condições de vida, trabalhando, até eventual afastamento pela Previdência. Recurso Ordinário ao qual, no particular, é negado provimento.”

TST - RO - DC 89.574/93.8 - TRT 02 - Ac. SDC - 1.335/94. Rel. Min. Almir Pazzianotto Pinto - DJ 10.02.95 - p. 2023.

Há, entretanto, julgados que sustentam ser válida a dispensa do portador do vírus HIV, considerando sem amparo legal o pedido de reintegração²⁴, ao fundamento de que a despedida traduz direito potestativo do empregador.

²⁴ Carece de amparo legal a sentença que determinou a reintegração no emprego, pelo fato de o reclamante ser portador do vírus da AIDS. Cabia ao empregador o direito potestativo de demitir sem justa causa, não se tratando de hipótese de lacuna na lei. TRT - 4ª Reg. - RO-574/89- Ac. 5ª T. - Rel. Juiz Flávio O. Sirângelo. *Revista LTr* 55-7/795.

7.5. Capacidade parcial e incapacidade do soropositivo para o exercício das funções - Readaptação - Ações afirmativas

A partir do momento em que uma pessoa infectada pelo HIV ou AIDS está incapacitada para realizar seu trabalho, surgem problemas não só em decorrência da extinção do pacto, mas também com a determinação de sua minoração, para que sejam conferidas as medidas especiais. É, aliás, o que se infere da Declaração da OMS/OIT, quando recomenda que às pessoas que tenham enfermidades relacionadas com o HIV se lhes deva permitir o trabalho enquanto estejam em condições de ocupar um cargo apropriado.

Por outro lado, a Convenção n. 159 da OIT sobre readaptação profissional, ratificada pelo Brasil²⁵, considera inválida “a pessoa cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo, fiquem substancialmente reduzidas por causa de uma deficiência física ou mental devidamente reconhecida”. Ora, o funcionamento defeituoso do sistema imunológico do organismo, característico da AIDS e das enfermidades relacionadas com o HIV, constitui, sem dúvida, uma deficiência desse tipo. E os Estados que ratificaram a Convenção se obrigam a formular, aplicar e rever periodicamente a política nacional sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas inválidas. Essa obrigação de revisão tem particular interesse no caso da AIDS, pela necessidade de saber se a legislação nacional tem considerado essas enfermidades como causa de invalidez e, em caso afirmativo, a partir de quando.

No Brasil, a Lei 7.670, de setembro de 1988, no seu art. 1º, inclui a SIDA/AIDS como causa de concessão de licença para tratamento de saúde e conseqüente auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente de período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la. Durante estes afastamentos o contrato de trabalho estará suspenso. Caso o empregado faleça, é assegurada pensão por morte aos seus dependentes. A par desses direitos previdenciários, a mesma Lei, no art. 1º, item II, permite ao empregado portador da SIDA o levantamento do FGTS, independentemente de dissolução do contrato de trabalho.

Os Estados que ratificaram o Convênio 159 deverão instituir políticas para assegurar aos minorados igualdade de oportunidades, não se considerando discriminatórias as medidas afirmativas especiais adotadas, objetivando obter a igualdade efetiva; entre essas medidas especiais, a Recomendação n. 168 da OIT enumera: emprego em tempo parcial, fomento da difusão de informação sobre exemplos de casos de integração com êxito de pessoas inválidas no emprego, o que seria útil, tendo-se em vista a necessidade de se promover o espírito de compreensão e de facilitar uma informação essencial para manter um clima de confiança indispensável à obtenção da proteção das pessoas infectadas pelo HIV/AIDS (seção V, B4).

²⁵ Decreto Legislativo 151, de 28.08.89.

Em sintonia com esses comandos internacionais, temos no Brasil o art. 7º, XXXI da Constituição, que proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. No mesmo sentido é o art. 82 da Lei 7.853, de 1989, que tipifica como crime negar emprego ou trabalho a alguém por motivo derivado de sua deficiência, sem causa justificada. Dentro do espírito da Convenção n. 159 da OIT, editou-se no Brasil o art. 93 da Lei 8.213/91, exigindo que as empresas com determinado número de empregados preencham percentuais de seus cargos com reabilitados ou portadores de deficiência.

8. A POSSIBILIDADE DE CONTÁGIO PELO HIV NO TRABALHO - PRECAUÇÕES

Embora remota, há a possibilidade de o empregado ser contaminado pelo HIV no exercício de suas funções, daí a Declaração OMS/OIT recomendar que se tomem os cuidados necessários para evitar o perigo da transmissão de infecção sangüínea (seção V, B9). Em alguns casos, são necessárias precauções especiais, devendo conceder-se roupas e equipamentos de proteção especial, sem qualquer ônus para o empregado, informando-o sobre os riscos, através de dados científicos e ministrando-lhe formação profissional adequada. E, quando não for possível tomar as precauções especiais, o empregado poderá abster-se de realizar suas atividades no setor, aguardando as medidas cabíveis ou postular a rescisão indireta do contrato, porque sujeito a perigo manifesto de mal considerável (art. 483 da CLT).

Em face da omissão da legislação brasileira sobre a temática, procuramos, neste estudo, apresentar preceitos de normas internacionais, que poderão servir de parâmetro para que o intérprete evite a violação dos direitos humanos, reagindo contra a discriminação no ambiente de trabalho. Embora cientes de que “experiências culturais não se transmitem”, fizemos também incursões do Direito Comparado para demonstrar que os direitos humanos têm se ampliado no tempo, a fim de propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano²⁶. E com base no princípio da solidariedade, segundo o qual todos são responsáveis pelas carências ou necessidades humanas, os direitos sociais que englobam o direito ao trabalho, à seguridade social e à igualdade, entre outros, passaram também a ser reconhecidos como direitos humanos.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, 1999, p. 53.