

Esperando o Legisla(Deus) – Por que o Portador do Vírus HIV e o Aidético Necessitam de Proteção Trabalhista Especial?

Luiz Otávio Linhares Renault(*)

Declarem o estado de peste. Fechem a cidade.
Albert Camus. *A peste*

O gelo transparente em voos sem mais via!
Stéphane Mallarmé. *Poemas*

1. Introdução

Doenças sempre *serviram* para práticas discriminatórias. Algumas enfermidades, pela sua natureza, pela sua forma de exteriorização e de seu *desenvolvimento*, podiam e podem ser escondidas. Outras não. Quando, sem manifestação exterior, elas são *passíveis* de controle, o disfarce permitia e ainda permite ao doente uma *convivência* social *relativamente* normal. Na maioria das vezes, essa integração socioafetiva do doente depende muito do seu controle emocional e do apoio recebido dos familiares, dos amigos e da sociedade. De qualquer maneira, a compreensão, a tolerância e o amor são fundamentais, senão o ponto de partida, para que algumas dificuldades sejam vencidas.

A partir do momento em que, por uma ou outra razão, as doenças não podem mais ser escondidas, escondem-se os doentes. Afinal, a segregação é mais fácil e, na maioria das *vezes*, incomoda menos...

Foi assim que, no passado, proliferaram os hospícios, verdadeiros campos de concentração, onde os internos morriam, muitas *vezes* sem a menor assistência. Como indigentes, seus corpos eram, com frequência, doados para estudos de anatomia nas Faculdades de Medicina. *Apagavam-se*, no formal, as marcas de uma discriminação, que a sociedade insistia em não querer enxergar.

Com o passar dos anos, os manicômios foram praticamente fechados, restando algumas poucas clínicas particulares minimamente humanizadas, adotando-se em larga escala, além de novos métodos de tratamento, a terapia ocupacional, também denominada de *laborterapia*.

Fechados esses manicômios, suas pesadas portas de aço, de dor e de amargura foram abertas: ao invés de grades, fortes soníferos e eletrochoques, os internos iniciaram sua caminhada em direção à cidadania, reconquistando a dignidade humana e acima de tudo, como dizia Baudelaire, o sagrado direito de ver as *nuvens... as maravilhosas nuvens...*

Não se deve esquecer de que foi também segregando em guetos que Hitler discriminou e eliminou milhões de judeus.

(*) Professor do curso de pós-graduação da PUC-Minas. Desembargador Corregedor do TRT/3ª Região.

Antônio Francisco Lisboa, gênio do barroco mineiro, durante certo período, chegou a trabalhar escondido por causa de doença degenerativa e foi discriminado até no apelido: aleijadinho.

2. A AIDS e o Direito do Trabalho

Cultura do belo, a sociedade, embora repleta de defeitos, é intolerante, principalmente com os desesperançados, isto é, com aqueles que um dia, como disse Cecília Meireles, "já não moram em nada".

Frequentemente, tudo o que não está dentro de um preconcebido padrão contemporâneo de beleza sofre discriminação: assim se passa com a pessoa gorda, com a pessoa muito alta ou muito baixa, com o manco, com o surdo-mudo, com o cego, com tantas outras pessoas portadoras de deficiências ou de necessidades especiais.

De certa maneira, lutamos contra as rugas, contra a queda de cabelo e contra a velhice para morrermos mais esbeltos, como se o juízo final fosse um concurso de beleza.

Outro paradoxo da pós-modernidade que, esquecendo-se de nos preparar para a velhice e para a morte, transmite a falsa ideia de que a vida, isto é, os verdadeiros valores estão no corpo, e não na alma.

Sabe-se que, quando se trata de doença incurável, a discriminação aumenta, e em grau exponencial quando se trata de doença contagiante.

O que dizer, então, da AIDS, doença do século, que tanto mata e ameaça continuar sendo uma das grandes causas de óbitos em nosso país e no mundo?

Ninguém desconhece que o portador do vírus HIV e o aidético, em geral, sofrem discriminação pelo indivíduo, pelo grupo, pela sociedade e pela empresa. Pensar o contrário é ignorar a realidade.

Não se pode esquecer de que, no passado, os leprosos e os mutilados pelas máquinas da primeira revolução industrial foram também discriminados e jogados à própria sorte, por uma sociedade aparentemente liberal, porém intolerante, insensível e, acima de tudo, discriminadora. Será que o erro continua se repetindo, apesar dos avanços da Medicina? Parece que sim. Basta que se olhe para o que está acontecendo no momento atual, sem que se queira medir antecipadamente as consequências futuras dos problemas jurídicos associados com a AIDS, que continuam a crescer como a própria epidemia.

De todas as discriminações talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário, não há como enfrentar-se com dignidade a doença. E o círculo vicioso não para aí.

Com o emprego em crise, obter novo posto de trabalho formal é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético.

Será que o Direito do Trabalho, também em crise numa sociedade pós-industrial em crise generalizada, tem conseguido ou conseguirá dar uma resposta satisfatória a essa situação adversa pela qual o ser humano vem passando? O que dizer, então, dos avanços da Medicina em torno desta doença sem o correspondente avanço jurídico?

Procuraremos responder essas perguntas por etapas.

3. Uma herança sem ancestralidade

No período em que o trabalho do homem era regido pelo Direito Civil, as doenças e as mutilações eram causas dissolutivas ou suspensivas do contrato de locação de serviços: ou o contrato era rescindido, ou o trabalhador ficava sem receber a contraprestação necessária ao seu sustento (sem trabalho não havia salário), tudo de acordo com a vontade prevalente do locatário da mão de obra, parte mais forte na relação jurídica.

Com o surgimento do Direito do Trabalho, houve uma mudança de rota, deixando a enfermidade de constituir forma de descumprimento de obrigação.

A preocupação era a proteção do mais fraco.

Alteraram-se as posturas, mudaram-se os valores: esse novo ramo do Direito buscou, acima de tudo, garantir o emprego e o salário. Na mesma proporção em que se restringia a necessidade da efetiva prestação de serviços para o pagamento do salário (adquirindo significativa expansão o conceito de salário social/previdenciário), as legislações evoluíam no sentido da continuidade da relação de emprego.

O instituto da suspensão do contrato de trabalho, com o alastramento das hipóteses de interrupção, ganhou relevo. Com isso passou-se a admitir, cada vez mais, a percepção do salário, sem que o empregado trabalhasse.

O tempo atual, já se disse e se repete, é de retração do mercado de trabalho subordinado. Escasseiam-se os empregos; alastram-se as falsas cooperativas e outras formas de terceirização ilícita da mão de obra; dissemina-se a pejetização; aumentam as discriminações, dentre as quais ganham destaque as relacionadas com a AIDS, doença que desde o seu surgimento está sem controle, o que torna mais difícil ainda a existência de um espaço no mercado de trabalho, por menor que seja, para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos.

Parafraseando Camus, indaga-se: a solução seria então declarar-se o estado de peste e fechar a empresa para os portadores do vírus HIV e para os aidéticos?

Acreditamos que não.

A AIDS é uma herança sem ancestralidade — não se sabe a sua origem. Não há imunidade sobre ela. Toda a humanidade corre certo risco. O seu vírus está no sangue; está nas veias; está no amor.

A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo *Pedrotti*, é “o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi”⁽¹⁾, nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos doentes, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho.

É óbvio que algumas atividades poderiam ser preservadas, não como áreas proibidas ou intocáveis, porém sujeitas a um maior cuidado médico-científico, no momento da

(1) PEDROTTI, Irineu Antônio. Da AIDS e do direito. *Revista dos Tribunais*, ano 1982, v. 690, p. 295, abr. 1993.

contratação. Seria o caso, por exemplo, do cozinheiro de um colégio, de um restaurante ou de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros; de um enfermeiro, de uma instrumentadora cirúrgica, de um padeiro, e tantas outras atividades.

Contudo, mesmo que algumas atividades possam, em princípio e apenas por cautela, ficar sem acesso ao doente, o que não se pode negar é que existe uma gama enorme de atividades, cujo exercício é plenamente compatível com os infectados e os aidéticos.

Nessa perspectiva, o desemprego pode deixar de ser para essas pessoas a terra do exílio. A partir do momento em que se conseguir diminuir o preconceito em torno da doença, na admissão — já que é difícil provar a discriminação — e quando forem instituídas normas atribuindo garantia de emprego aos infectados com o HIV/AIDS, estar-se-á começando a lançar em evidência o verdadeiro propósito de tratar com gravidade assunto tão grave quanto o trabalho para os infectados e os aidéticos.

É importante lembrar que a AIDS pode ser contraída sem que a ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados grupos de risco. A lei da probabilidade não estabelece nenhuma imunidade a quem quer que seja: o forte ou o fraco; o rico ou o pobre; o branco ou o preto; o homem ou a mulher, o jovem ou o adulto.

Assim, pouco importa a forma pela qual a doença foi contraída. Esta é, aliás, a primeira premissa desarticuladora da discriminação, mesmo porque, até pouco tempo, havia um grupo de risco maior, os homossexuais, sobre os quais sempre recaiu forte discriminação.

Ora bem, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ensina que o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de “diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças”, ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconceitu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc.⁽²⁾

Em geral, a discriminação pode não ser hoje tão ostensiva quanto no passado: os índios e os negros foram açoitados na sua dignidade por séculos e séculos e só recentemente isso foi abertamente admitido pelas elites.

O preconceito em torno da AIDS, na maioria das vezes assentado na falta de informações médicas seguras sobre a doença, leva a discriminação ao mais alto grau de intolerância individual e coletiva, conduzindo o aidético a uma situação de desprezo, desrespeito e desespero incompatível com o direito à vida, conforme previsto no art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República.

E o pior é que tudo, na esmagadora maioria das vezes, se passa de maneira silenciosa, oculta, rasteira e sorrateira. Embora o açoite físico tenha sido abolido, a linguagem social moderna continua a mesma: a semântica não sofreu alteração e o homem discrimina

(2) FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. 31. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

calado, em profundo silêncio, sem voz; discrimina no olhar, no gesto, na ação e na omissão; discrimina, em suma, no desprezo completo ao seu semelhante. Quando se está diante de doença grave como a AIDS há pouquíssima solidariedade e quase nenhuma compaixão.

Na esfera trabalhista, como já salientado, não existe norma jurídica que de maneira expressa garanta a estabilidade ao soropositivo ou a pessoa que já desenvolveu a doença.

Observa Márcio Túlio Viana, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, que o legislador já deixara “de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI)”.⁽³⁾

Destaca, ainda, Viana que a Lei n. 9.029 aumenta a eficácia da norma constitucional básica a respeito da igualdade, nas hipóteses em que especifica — visto que as criminaliza, além de prever casos de responsabilidade pré-contratual e contratual. E acentua: “não se pode, naturalmente, aplicá-las às hipóteses não previstas, pois o direito penal não admite analogia”.⁽⁴⁾

Por razão desconhecida, a verdade é que, no imaginário vértice da legislação trabalhista, a AIDS continua despotencializada — a Lei n. 9.029/95 não lhe faz qualquer referência, o Projeto de Lei n. 41 dorme o sono dos mortos.

A discriminação no acesso ao emprego ou a estabilidade ao portador do vírus HIV e ao doente de AIDS não foi objeto de tratamento na Lei n. 9.029/95, ou em qualquer outra lei, apesar da existência de intensas e numerosas práticas discriminatórias decorrentes da deficiência oriunda dessa doença.

Isso não significa que os juízes não estejam buscando uma solução equânime para essa questão atual e tormentosa. A jurisprudência, como fonte formal de direito, vem, de algum tempo para cá, fornecendo subsídios preciosos para o intérprete.

Na primeira instância, onde nascem os debates acerca das controvérsias individuais entre o trabalhador e o tomador de serviços e onde o juiz fica frente a frente com as partes envolvidas no litígio, as suas decisões são, em temas polêmicos, marcadas pelo pioneirismo.

São vários os casos de sentenças proferidas pelas Varas do Trabalho, determinando a reintegração imediata de empregado infectado pelo vírus da AIDS e de empregado aidético, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado, por entender-se que a dispensa sem justa causa constitui ato discriminatório.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, uma das primeiras decisões nesse sentido foi prolatada em ação movida por empregado em face de empresa de transporte interestadual, e que tramitou na então 1ª Junta de Conciliação e

(3) VIANA, Márcio Túlio. Proteção contra atos discriminatórios. In: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coords.). *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 97.

(4) *Idem*.

Julgamento de Belo Horizonte. Contra a ordem de reintegração antes da coisa julgada, a empresa impetrou, com sucesso, mandado de segurança, suspenso o retorno do empregado até a solução final do processo.⁽⁵⁾

Também perante a Segunda Instância Trabalhista já se encontravam vários julgados, coibindo a prática discriminatória contra o aidético, merecendo destaque os seguintes arestos:

Discriminação — Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o art. 5º, da Constituição Federal de 1988 a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, *in casu*, podia ser feita por meio de cautelar inominada (TRT 3ª Reg. MS n. 76/93 – Rel. Juiz Darcio Guimarães de Andrade).

Servidor público — Aplicação da Lei n. 7.670/80 — Reintegração — Aidético — Dispensa antissocial 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 antissocial ou arbitrária, obstativa ao seguro doença, além de discriminatória (inteligência e aplicação do art. 5º da CF/88, art. 5º da LICC, art. 476 da CLT e princípios protetores do Direito do Trabalho). (TRT/3ª Reg. RO n. 6.763/94 – Rel. Juiz Álfio Amaury dos Santos)

Portador de vírus HIV — Despedimento injusto — Presunção de discriminação — Reintegração — O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração. (TRT/3ª Reg. RO n. 1.6691/94 – Rel. Juiz Levi Fernandes Pinto)

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho encontram-se acórdãos no mesmo sentido, conforme se vê da ementa abaixo transcrita, da lavra do Ministro Valdir Righetto:

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 eles 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. (TST/RR 21.7791/95.3 – Ac. 2ª T., 3.473/97, 14.5.97 — Rel. Min. Valdir Righetto)

Em determinado trecho de seu voto, assim se expressou o Ministro Relator:

Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda da sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atinxisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.

(5) TRT da 3ª Região, Mandado de Segurança n. 282/94.

A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que vulnera de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4. A AIDS e o Projeto de Lei n. 41-A, de 1999

Transcorridos anos e anos, a legislação não obteve grandes avanços, estagnado que se encontra o Projeto de Lei n. 41/99 desde 13.3.2003.

No contexto histórico de omissão legislativa, surgiu, em boa hora, o Projeto de Lei n. 41, de 1999, do Deputado Paulo Rocha, que reapresentou o projeto da Deputada Marta Suplicy, dispondo sobre os direitos básicos dos portadores do vírus da AIDS e dando outras providências.

Apesar de já distante no tempo, a proposição legislativa ainda possui relevo social intenso.

De lá para cá, houve avanços significativos no controle da doença, de modo que o aidético, isto é, aquele que já desenvolveu a doença, mais do que o portador do vírus HIV, ganhou uma esperança maior de uma vida normal.

Logo, é de suma importância que o Direito do Trabalho acompanhe esse avanço, fornecendo ao operador do Direito normas claras sobre a questão social tão relevante.

Bom exemplo é o Projeto n. 41/99, que, infelizmente, encontra-se esquecido nos arquivos dos computadores do Congresso Nacional. Com efeito, vejamos o que ele prevê:

Estabelece o art. 1º, daquele projeto, que os indivíduos infectados pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e os doentes de AIDS têm, entre outros, os seguintes direitos básicos: tratamento adequado; educação e aconselhamento; não ser retirado de seu ambiente social original; não ser discriminado, na habitação, no transporte, na educação e na prestação de serviços, públicos ou privados, de qualquer natureza; confidencialidade das informações sobre a sua situação.

Os arts. 2º *usque* 5º versam sobre o atendimento, diagnóstico e tratamento do portador e do doente do vírus HIV/AIDS e do doente de AIDS, independente de prévia filiação ao Sistema Previdenciário, garantida a confidencialidade, exceto quanto aos parceiros sexuais, ao cônjuge, aos pais de menores e aos profissionais de saúde envolvidos diretamente com a prestação de assistência ao doente.

Assim, ao dispor o projeto, em seu art. 1º, inciso IV, que os indivíduos infectados pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) e os doentes de AIDS têm, entre outros, o direito básico de não serem discriminados na prestação de serviços, no meu modo de ver, a intenção é a de instituir norma protetora do emprego para essas pessoas.

A criação de norma específica sobre o tema — direito de não discriminação na prestação de serviços — quando pouco inverte a presunção, que antes era favorável ao empregador.

Explico: se, em face do nosso ordenamento jurídico em vigor, a dispensa sem justa causa do empregado portador do vírus HIV ou aidético, para alguns, gera atualmente a presunção de que o empregador está pura e simplesmente exercendo o seu direito

potestativo de rescisão contratual, a partir do momento em que o projeto se transformar em lei, essa presunção inverter-se-á. A despedida, ainda que sem justa causa, criará presunção de que o portador do vírus ou o aidético estarão sofrendo discriminação na prestação de serviços⁽⁶⁾.

Embora essa questão seja extremamente polêmica, uma maneira de minorar a falta de proteção é a adoção da presunção em favor do empregado, pouco importando a existência ou não de norma específica para o aidético e para o portador do vírus HIV. Acredito que a jurisprudência, descortinando o horizonte legislativo constitucional, tem o poder-dever de fazer justiça no caso concreto. Em alguns julgamentos perante o TRT/3ª Região, manifestei essa posição, consoante se verifica das ementas transcritas.

EMENTA: ACIDENTE BIOLÓGICO — AGULHA UTILIZADA EM PACIENTE PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS — PERFURAÇÃO DO DEDO DA EMPREGADA — ESTABILIDADE PROVISÓRIA CONVERTIDA EM INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. O reconhecimento da estabilidade provisória, decorrente do acidente de trabalho ou de doença profissional, em princípio, exige a conjugação de dois requisitos: o afastamento do serviço por prazo superior a quinze dias; a percepção do auxílio-doença acidentário. Entretanto, não se pode valorizar a frieza da letra da lei em detrimento do espírito do legislador, que pretendeu proteger a saúde da trabalhadora e evitar sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, de cujo texto se deve extrair o máximo de efetividade, em contraste com a legislação ordinária, sem que essa possa obnubilar a efetividade daquela, denominada de Carta Magna, porque enverga os princípios, os objetivos, os fundamentos, os institutos e as normas do Estado democrático de direito. A jurisprudência avançou e se sedimentou sobre a desnecessidade de haver o recebimento do auxílio-doença acidentário, para que seja reconhecida a estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/91, nos casos de doença profissional, consoante a Súmula n. 378, item II/TST. Existe fundamento jurídico, lógica, equidade e justiça nesse posicionamento pretoriano. No caso em exame, incontestemente que a Reclamante sofreu acidente biológico, ao se perfurar com uma agulha utilizada em paciente portador do vírus HIV. Assim, ainda que ela não tenha usufruído o auxílio-doença acidentário ou comum, avulta o direito à estabilidade provisória, na medida em que uma exegese sistemática e teleológica do art. 118 da Lei n. 8.213/91, permite, sem muita controvérsia, concluir que à empregada, vítima de acidente biológico, se deve preservar o emprego, tendo em vista a especificidade da situação vivenciada, não parecendo justo que a empresa mantenha íntegro o seu direito potestativo de dispensá-la, ao menos durante o período de acompanhamento clínico-laboratorial acerca de eventuais contaminação. A lei é que precisa ser interpretada de acordo com as diversas situações fáticas e não a realidade que deva se acomodar à lei. Se a reintegração for desaconselhável, deve ser convertida em indenização substitutiva. (TRT/RO n. 00114/2009)

EMENTA: PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA — HIPÓTESES IMPLICITAMENTE ESCRITAS NO ART. 7º, INCISO I, E EM OUTROS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ASSIM COMO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA — PORTADORA DO VÍRUS HIV — A FACE OCULTA DA CONSTITUIÇÃO E O INTÉRPRETE — DISCRIMINAÇÃO E ABUSO DE DIREITO. O juiz deve caminhar dentro e fora da norma jurídica, isto é, em seu interior e em seu exterior,

(6) Prática frequente nas empresas sempre foi a dispensa do empregado aidético sem justa causa, com isso fugindo da acusação de discriminação, já que a rescisão contratual não estaria se dando com fundamento na doença, mas no exercício de direito potestativo.

sem ultrapassar as barreiras do ordenamento jurídico fundamental, porque o tempo e a realidade social modelam e remodelam; desenham e redesenham a dimensão institucional de determinado direito. Essa afirmativa, talvez um pouco ousada, pode soar mal aos ouvidos de muitas pessoas, afeitas ou não ao Direito. Por isso uma breve explicação: quase nunca a norma jurídica diz tudo o que deveria dizer. Nem poderia, uma vez que, além da névoa que encobre certos aspectos da vida social por vir, quanto mais casuística ela for, tanto maior a possibilidade de injustiças. O Direito possui um fim bellissimo em favor do qual devemos lutar: a realização da Justiça. Mais do que um artista, o jurista pode talhar, sem retalhos, a solução — mãos justas e equânimes para determinada controvérsia. Todavia, sem os fatos, sem a realidade, o Direito não tem vida; sua soma é nula, seu fim são fragmentos sem colagem. Nunca, como na atual quadra da história, os juizes do trabalho tiveram tanta responsabilidade socioeconômica. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tamanha importância individual e coletiva, assim como tanta repercussão. Nunca os magistrados foram tão fiscalizados, tão cobrados em produção e qualidade. Julgar é um ato solitário, que requer ciência e consciência social. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo inquietante, em seu ventríloquo diálogo, o juiz não pode desprezar o mundo que o cerca — estar em si e fora de si, para realizar a justiça em quem e para quem a pede. No momento do julgamento, o seu pensar tem de estar povoado pela realidade social, da qual é parte, agente e ator. Drummond, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: “tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo”. Os juizes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Essa a matéria bruta com a qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem, trabalham, estudam, amam e desamam, se divertem, se alegram, se entristecem, riem e choram. Lapidar o Direito e os fatos é a sua tarefa maior e mais nobre. Se os juizes não puderem estar mais-além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo; nunca aquém. Para julgar exigem-se os fatos, o conhecimento profundo da Ciência do Direito e a sensibilidade, isto é, o dom de estar no lugar do outro e perceber que a sua virtude, ser justo, dando a cada um o que é seu, se realiza fora de si. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça. O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito, são os intérpretes. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar, compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora, sem um dizer para além das palavras. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um transtexto, um metatexto. Em suma, toda norma jurídica é, de certa forma, uma cópia de quem a cria: ela se esconde nela própria; possui um lado muito visível, muito claro, mas possui também um lado oculto, obscuro, aguardando para ser descoberto no momento exato; ser analisado, interpretado, compreendido e ser aplicado aos casos novos. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca na norma jurídica. Os conceitos de discriminação e preconceito podem ser extraídos de seus próprios significados. O verbo *discriminare*, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, que vem “do latim *discriminare*, tem o significado de “diferenciar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças”, ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconceitu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio

o tempo e
ão insti-
ode soar
na breve
poderia,
, quanto
i um fim
que um
nes para
ão tem
na atual
nômica.
oletiva,
obrados
ciência
ilateral,
sprezar
e para
lo pela
tento e
mento
nto do
ho de
as são
n que
ecem,
Se os
to seu
do da
ceber
O juiz
ando
tente.
Ler é
tanto
o que
da lei
esma
um
ltam
que
rma
oria;
uro,
om-
ncia
eito
élio
de
re-
dos
dio

irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2. ed. 31. imp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986). Por sua vez, abuso de direito é o desvio de sua finalidade, cujos contornos são sociais. Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de rescisão contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. Com efeito, a proteção à empregada portadora do vírus da AIDS está entranhada na CF, nas leis ordinárias e nos princípios de Direito do Trabalho, caracterizando-se a despedida antisocial, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho. Acaso não pode o juiz dar luz e efetividade à norma constitucional mais importante para a trabalhadora brasileira — garantia de emprego — enquanto por vinte anos se aguarda uma regulamentação? Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo facho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas sobretudo à legislação inferior, de modo a iluminar e não a ser sombreada pelas leis a que dá vida, aquece e alimenta. A efetividade da Constituição Federal, composta de fundamentos, objetivos, princípios e regras, é, indubitavelmente, o passo mais firme que podemos dar em direção ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à justiça social. O resto são penhascos de ouro e de silêncio. Muita promessa, pouca realização, num país de muita desigualdade, muitos pobres, desempregados e excluídos... Passados quase vinte anos de vigência da Constituição Federal, os cidadãos reclamam mais efetividade, menos debate acadêmico a respeito dela. Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação. Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse debate, talvez outras controvérsias surjam e a concretude da Constituição, talvez, continue relegada para segundo plano. O cidadão comum, a empregada e a desempregada brasileira, a pessoa pobre, a excluída, mas também a rica, a empresária, a incluída, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais prèt à porter; menos alta costura. Enfim, menos plumas e paetês, menos brilhos e mais luzes, mais cortes e menos recortes, menos promessas e mais realizações. Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, chave para a abertura do ordenamento jurídico, e chave para o fechamento dos casos difíceis. Portanto, em certa medida, são também, paradoxalmente, fim. Há infinitos pela estrada da Constituição, sem prévia significação de que uma esteja certa e outra equivocada. Compreender o sentido teleológico da norma, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida. Logo, se, no âmago do ordenamento jurídico está a pessoa humana, núcleo de todos os núcleos, não me parece possível que possa prevalecer a dispensa, sem justa de causa, de empregada portadora do vírus HIV, apenas porque o direito de rescisão é, em tese, livre, aberto, folgado, espaçoso. Para além das hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas em lei, outras existem, reveladas pela realidade social, que foram implicitamente escritas pelo legislador e que precisam de cuidadoso desvelo, no caso concreto, para que a lei se ajuste à realidade e não a realidade à lei. (TRT/RO n. 00119/2008).

EMENTA: AIDS — EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV — DISPENSA — DISCRIMINAÇÃO — CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CONVENÇÃO N. 111 DA OIT — PROVA INDICIÁRIA — REINTEGRAÇÃO. O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o *caput* e incisos X e XLI do art. 5º, o art. 6º, o *caput* do art. 170 e 193, da Constituição Federal.

O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7º, inciso I, da Constituição. Dessa forma, o empregador enfeixa em suas mãos o poder de resilição contratual, por intermédio do qual pode dispensar o empregado sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio — falta de justa causa — com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregador, empresa privada, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo Pedrotti, é “o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi” (PEDROTTI, Irineu Antônio. Da AIDS e do Direito. In: *Revista dos Tribunais*, 1982, abril de 1993, vol. 690, p. 295), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho. Muito embora o empregador não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. Na sociedade moderna, por essência livre, democrática e pluralista, predomina a interpretação transtextual ou metatextual, que permitem uma visão atual e completa da realidade, que inúmeras vezes não se acomoda bem em textos genéricos, abstratos e concisos de dispositivos legais. A questão do *aidético* é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do *aidético*, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos ou até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da Lei n. 8.036/90, regra esta desveladora da intenção do legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da discriminação em matéria de emprego e ocupação, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção provoca a exclusão que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego. DANO MORAL — REQUISITOS — CONFIGURAÇÃO.

Fere a honra e a dignidade do empregado, o despedimento discriminatório em doença, e que atenta contra os direitos e liberdades fundamentais, inviabilizando a continuação de uma vida digna e inclusiva. Ocorrência dos seguintes requisitos: a) ato ilícito; b) nexo causal; c) culpa; d) dano. Indenização que se arbitra, quantificando-a em valores, que visam a minoração do sofrimento da vítima e a coibição de outras práticas, levando-se em consideração a natureza do ato ilícito e a capacidade econômica da empresa. (TRT/3ª RO n. 00350/2004).

Embora mereça elogios, o Projeto de Lei passou ao largo de questões que podem gerar dúvidas.

A primeira delas prende-se ao reconhecimento da própria estabilidade/garantia de emprego, pois haverá sempre os que pensam que esse direito deveria ser previsto expressamente, com todas as letras, na lei.

No meu ponto de vista, como já frisei, a partir do momento em que o projeto for convertido em lei, os empregados infectados pelo vírus HIV e os empregados doentes de AIDS adquirirão o direito de permanecer no emprego independentemente da vontade do empregador, ressalvadas as hipóteses de justa causa, assim como a demissão, que é o ato por intermédio do qual o empregado, *sponte propria*, toma a iniciativa de rescisão contratual.

A segunda questão polêmica refere-se à dúvida em torno da necessidade ou não de o empregado levar a doença ao conhecimento do empregador, para a obtenção da estabilidade. Pergunta-se: o fato gerador do direito será essencialmente objetivo, ou as partes envolvidas na relação de emprego, inclusive o empregado, precisarão ter conhecimento prévio da doença? Entendo que não há necessidade de o conhecimento, pelo empregador ou pelo empregado, ser apriorístico, isto é, antecedente à eventual dispensa sem justa causa. O empregado que já tinha assegurado na Constituição Federal (art. 5º, inciso X) o direito à intimidade, passaria a ter explicitado em sede infraconstitucional, art. 1º, inciso V, c/c o art. 5º do Projeto de Lei, norma trabalhista específica a respeito do caráter estritamente confidencial da doença. O fato gerador da proteção será objetivo e não subjetivo⁽⁷⁾, não nos parecendo, contudo, possa haver, no caso do aidético, previsão contrária em norma coletiva. Aqui trata-se de doença, em si e por si só, carregada de potencial discriminatório, que o legislador visa a erradicar ou diminuir, sem que em sede de negociação coletiva possam os sindicatos instituir norma que restrinja o direito básico à saúde, à sobrevivência, enfim, à vida digna do trabalhador.

De qualquer maneira, à luz do projeto, quer me parecer, portanto, que, sendo o empregado portador do vírus HIV ou aidético, passará ele a ter direito à estabilidade, com reintegração e salários vencidos, em caso de ter ocorrido a rescisão contratual sem justa causa, por iniciativa do empregador.

Ainda de acordo com o projeto, o empregado passará a ter direito à confidencialidade da informação acerca da doença, conforme dispõem os arts. 1º, inciso V, 4º e 5º, salvo justa causa ou permissão expressa do doente.

(7) Sob a ótica trabalhista a matéria assemelha-se à mulher grávida, conforme se pode verificar da Orientação Jurisprudencial n. 88, da SDI-I, do Colendo TST: "Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade."

Por outro lado, o projeto traz novidade quanto ao segredo de justiça.

Dispõe o art. 10 que:

Correm em segredo todos os processos e procedimentos, judiciais ou administrativos, em que direta ou indiretamente, se discute matéria relacionada ao fato de alguém ser portador do vírus HIV/AIDS.

Visa-se, com essa norma, que a divulgação da notícia crie e alastre a discriminação em torno do doente.

Sabe-se que a publicidade dos processos judiciais e dos procedimentos administrativos constituem a regra e o seu afivelamento se dá em nível de garantia constitucional. Em regra, com a publicidade protegem-se o juiz, as partes e toda a sociedade, acimentando o Estado Democrático de Direito. A transparência permite maior controle e fiscalização pela sociedade. Quanto maior o controle social, menor a possibilidade de desvios.

Com a aprovação do projeto, que, infelizmente, parece distante, a expectativa é a de que aumentará o número de ações ajuizadas por aidéticos com pedido de estabilidade, uma vez que, além da garantia do sigilo por parte do empregador, o processo tramitará em segredo de justiça.

No caso, a medida justifica-se, sem violação à ordem constitucional, pois o sigilo é garantidor do exercício de outros direitos, dentre os quais o direito ao trabalho e à própria vida.

Ferindo incisivamente a questão relativa ao emprego, o art. 6º estatui que:

O empregador e o fornecedor de produtos e serviços não podem exigir ou solicitar exame de AIDS do candidato a emprego ou do consumidor, salvo hipótese de interesse da saúde pública e de acordo com previsão em regulamentação do Ministério da Saúde.

Essa norma cessará a discussão tormentosa e, numa certa medida, diminuirá os tentáculos do projeto genoma: o empregador não poderá exigir ou solicitar exame de AIDS do candidato a emprego. E mais, no exame médico admissional, não se poderá, por qualquer outro método, investigar se o candidato ao emprego é soropositivo ou aidético.

Ficará, pois, instituída de maneira clara e objetiva a proteção à intimidade do candidato, ressalvada a hipótese de interesse da saúde pública, mas sempre de acordo com previsão expressa em regulamentação do Ministério da Saúde, que, ao expedir tais normas, não poderá, em hipótese nenhuma, fugir do espírito da lei. A proteção ao doente, que é o cerne do dispositivo, só pode ceder lugar à solicitação do exame quando o interesse coletivo o exigir. Seriam, dentre outros, os casos do candidato a emprego na linha de produção alimentícia, cujas atribuições exijam o contato físico do trabalhador com o produto, ou ainda de candidato a emprego na enfermaria de escola maternal, de hospitais e postos de saúde; consultórios médicos e odontológicos, e tantos outros.

Com o intuito de atribuir maior efetividade ao seu *desideratum*, o legislador estabelece, no projeto, espécie de responsabilidade pré-contratual, ao prever, no parágrafo único, do art. 6º, a reparação de danos. Assim, o candidato ao emprego, do qual for exigido o exame de AIDS, terá direito a indenização por danos morais e/ou materiais, sujeito, ainda, o infrator às sanções penais e administrativas.

O art. 12 prevê a substituição processual, ao estatuir que qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, pode ingressar em juízo para proteger direitos dos portadores do vírus da AIDS, ou pleitear indenização por danos causados, inclusive morais, que será destinada ao fundo criado pela Lei n. 7.347/85.

Em sintonia com a moderna doutrina das penas pecuniárias, o art. 14 prevê, independentemente de outras sanções, a multa civil de até R\$ 200.000,00, atualizável pelo índice aplicável aos débitos fiscais, a ser fixado a critério do juiz, que levará em conta a situação econômica do réu.

No que tange às sanções de natureza penal, o projeto de lei, com inflexões na esfera trabalhista, tipifica como crime:

- Discriminar portador do vírus HIV/AIDS, em especial no acesso ao local de trabalho, habitação, transporte, educação ou prestação de serviços públicos ou privados, de qualquer natureza;
- Violar, sem justa causa, a confidencialidade de registro ou resultado de exame de AIDS;
- Afirmar ou insinuar, em veículo de comunicação, sem sua autorização, ser alguém portador do vírus HIV/AIDS;
- Veicular, com fins publicitários, a imagem de portador do vírus HIV/AIDS, sem sua expressa autorização.

Para todos esses crimes, a pena é a mesma: detenção, de seis meses a dois anos, e multa, o que significa que o condenado terá, pelo menos em princípio, direito a *sursis*. Sendo a pena aplicada inferior a um ano, poderá ela ser convertida em prestação de serviços à comunidade, interdição de direitos ou limitação de finais de semana, conforme arts. 43, 44 e 77, do Código Penal. O sujeito ativo será a empregadora, pessoa física ou o representante legal da pessoa jurídica, não podendo recair a autoria do crime em preposto que esteja apenas cumprindo ordem superior.

5. Conclusão

Qualquer avanço na legislação, seja acerca da AIDS, como no caso do Projeto de Lei n. 41/99, ou de outro assunto que desafie regramento jurídico, deve nascer, ser objeto de ampla discussão, amadurecer e gerar frutos no meio social e para este se voltar, numa perspectiva de dupla realidade: uma, durante a sua gestação; outra, ao ser instituída, já que a lei, bem ou mal, elege um paradigma, na medida em que firma um ideal de conduta humana, que todos deverão respeitar.

Disse Schopenhauer que “o médico conhece todas as misérias físicas do homem; o jurista toda a sua maldade”.

No caso específico da AIDS, os fatores jurídicos e médicos se entrelaçam, laçam e lançam entre as partes envolvidas nos fatores da produção e em toda a sociedade uma reflexão maior: é preciso humanizar essa doença insidiosa e fatal, hoje com maior controle médico, e o primeiro passo nesse sentido talvez seja compreender de uma vez por todas que uma empresa, centro de imputação da relação de emprego, não é apenas

um conjunto físico, composto de bens materiais e imateriais, que só tem um objetivo a ser alcançado a qualquer custo: o lucro.

A empresa é também uma construção espiritual que se alonga e se projeta nas duas dimensões do ser humano — a exterior e a interior.

Na sua dimensão exterior, é realmente necessário que a empresa seja lucrativa. Porém, não é menos verdadeiro que os empregados devam ser remunerados condignamente, participando dos lucros e quiçá até da sua gestão, conjuntamente com o empresário.

No seu ímpeto em direção ao interior do quadro de pessoal, a empresa tem de alicerçar-se no respeito à dignidade, à saúde e à vida do empregado — ser humano — cuja boca espera por alimento (e remédio) haurido na força do seu trabalho honesto, ainda que se trate de pessoa infectada pelo vírus da AIDS ou de doente de AIDS, desde que capaz e apto para o trabalho.

Ao encerrar esta análise a projeto de lei de amplo alcance social, gostaria de salientar que toda norma jurídica pode ser lida e interpretada de várias maneiras. Não fosse isso, o direito teria de ser atualizado diariamente. Como disse Boff, “cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam. Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê, é necessário saber como são seus olhos e qual é sua visão do mundo”.⁽⁸⁾

Não fiquemos, pois, esperando pelo legislador(Deus).

É hora de vencer a inércia legislativa, interpretando o ordenamento jurídico trabalhista com a Constituição Federal aberta sobre a mesa, nunca deixando de dar-lhe prevalência, buscando, outrossim, o máximo de efetividade às suas normas em prol da Justiça e da paz social.

Se a legislação ordinária não utiliza as palavras do nosso tempo, cabe ao intérprete, ontem, hoje e amanhã, sobrepor-lhe a Constituição, iluminando o que está na penumbra.

(8) BOFF, Leonardo. *A águia e a galinha*. 26. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 9.