

A VALIDADE DA DISPENSA DO EMPREGADO COM HIV

Ana Paula BECKER¹
Angela Vila TRINDAD²E
Eder Aurelio Costa RAMOS³

INTRODUÇÃO

A AIDS é uma doença que sofre preconceito perante a sociedade, não diferente no ambiente corporativo, sendo necessária, em alguns casos, a intervenção do Poder Judiciário. Neste artigo discorreremos sobre a discriminação e a dispensa legal do trabalhador com HIV.

DEFINIÇÃO, DIREITOS E GARANTIAS DO TRABALHO.

Trabalho é um direito inalienável do ser humano, e, indispensável para a sociedade, prova disso é que o legislador reservou vários princípios constitucionais para protegê-lo, como dignidade da pessoa humana (Art. 1º III), valores sociais do trabalho (art. 1º IV), busca do pleno emprego (Art. 1º VIII), primado do trabalho e justiça social (Art. 193 CR).

Não há na Constituição Federal direitos e garantias asseguradas específicas aos portadores do vírus do HIV, o que há são direitos a todos os cidadãos residentes no país, o que se pode afirmar que o portador do vírus tem os mesmos direitos e garantias direitos a qualquer outro brasileiro, como os já citados acima. A constituição Federal se ocupa em proteger todas as pessoas do preconceito em razão da discriminação, quanto a raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além da proteção constitucional o Brasil é signatário das convenções de números 111 e 142 da OIT, nas quais veda atos de discriminação no acesso a informação profissional, a admissão no emprego e as condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião opinião política, ascendência nacional ou origem social.⁴

Em amparo aos portadores de HIV, a lei nº 9.029/95 que versa sobre a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, entre outras regras, desta forma, é possível afirmar que qualquer tipo de exame médico que tenha um conteúdo discriminatório não pode ser exigido dos trabalhadores em nenhum

¹ Ana Paula Becker, acadêmica de Direito do 6º período das Faculdades Integradas Santa Cruz, E-mail: ana.paulabecker@hotmail.com

² Angela Vila Trindade, acadêmica de Direito do 6º período das Faculdades Integradas Santa Cruz, E-mail: angela@pluma.com.br

³ Éder Aurélio Costa Ramos, acadêmico de Direito do 6º período das Faculdades Integradas Santa Cruz, E-mail: ederramos222@hotmail.com

momento da etapa do contrato de trabalho, quer seja, pré-contratual ou fase de admissão, contratual ou pós-contratual que seria na fase de rescisão de contrato.

DAS MODALIDADES DE DISPENSA

É previsto no Direito do Trabalho algumas modalidades de dispensa: extinção por iniciativa do empregado, extinção por iniciativa do empregador, rescisão por justa causa do empregado e por fim rescisão por justa do empregador.

De acordo com Cíntia Machado de Oliveira e Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles, *“o pedido de demissão trata-se de hipótese resilitória do contrato, de iniciativa do trabalhador. Portanto, não havendo justo motivo, terá o empregado que Pré-avisar o empregador da iniciativa extintiva, com a antecedência mínima de 30 dias. A falta injustificada do aviso prévio autoriza o empregador a descontar o valor correspondente as demais verbas rescisórias (art. 487 § 2º CLT).”*(OLIVEIRA E DORNELES, 2007, P.345).

Em linhas gerais, a iniciativa do empregado que pede demissão não afronta aos direitos sociais inerentes ao contrato de trabalho, pois é decisão espontânea do empregado em realizar a rescisão do contrato.

Já para Sérgio Pinto Martins, *“O empregador pode dispensar o empregado sem justa causa, cessando, assim o contrato de trabalho. Para tanto, porém, deverá pagar as reparações econômicas pertinentes. Terá direito o empregado a aviso prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais, saldo de salários, levantamento do FGTS e indenização de 40%.”* (MARTINS, 2001, p.128).

Na dispensa pelo empregador, este não poderá apenas dispensar o funcionário sem observar os princípios constitucionais, como por exemplo, os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, pois o poder do empregador sofre limitações constitucionais sob perspectiva da função social do trabalho, no que tange a livre dispensa do empregado.

Ainda por Sérgio Pinto Martins, *“Poderá o empregador dispensar o empregado que comete falta grave, ou seja, com justa causa. A justa causa vem ser o procedimento incorreto do empregado, tipificado na lei, que do ensejo a ruptura do vínculo empregatício”.* (MARTINS, 2001, P.136).

A DISPENSA DO EMPREGADO COM HIV

Por tudo que já foi analisado, o fim do contrato de trabalho não pode ter por motivação nenhuma causa discriminatória.

De acordo com a Jurisprudência, há acórdãos tratando do tema:

“Aids. Dispensa. Discriminação. Ao virulento alastramento do vírus HIV no mundo moderno correposndeu 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 repercução mundial. Incorrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soro positivo, é flagrante a discriminação que atenda contra o artigo 3 IV, da Constituição Federal. Aids. Reintegração. Pode ser de cautela. A imediata reintegração do soro positivo, determinada em sentença originária, objetiva tão somente evitar a inquestionável presença de periculum in mora, não rara concretizado em desenlace no curso da demanda. Essa determinação, aliás, esta legalmente respaldada no poder geral de cautela do juiz.” (TRT 2º R, Proc.

029404592279, AC 02950198419, 8ºT, Relª Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, Jornal Magistratura&Trabalho, jun./jul.1995, p.11)

A LEI 12.984/2014

De acordo com a lei 12.984/2014 em seu artigo 1º, é considerado crime sob pena de reclusão de 1 a 4 anos, e multa, condutas discriminatórias contra o portador do HIV ou o doente de AIDS, em razão de sua condição.

A referida lei ainda trata em seus incisos II e III, especificamente, sobre o direito do portador do vírus em relação ao emprego, sendo vedada a exoneração ou demissão pelo simples fato da doença, e mais, traz ainda a proteção legal do direito do empregado ao pleno emprego.

ANALISANDO DECISÕES NO TRT9ª REGIÃO, VERIFICA-SE:

“TRT-PR-22-08-2014 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. CIÊNCIA DO EMPREGADOR. Nos termos do atual posicionamento da Superior Corte Trabalhista (Súmula nº 443), presume-se discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Essa presunção, contudo, supõe que o empregador tivesse conhecimento da doença (“despedida de empregado portador do vírus HIV”), até porque, sem ele, não é possível presumir discriminação decorrente de estigma e preconceito sobre algo que nem se conhece. Com efeito, se a Ré nega ter ciência da doença, incumbe ao Autor provar o fato constitutivo do direito alegado (constitutivo, no caso, da presunção relativa de discriminação), consubstanciado no efetivo conhecimento, pelo empregador, sobre a doença de que é portador, na forma do art. 818 da CLT e 333, I, do CPC, já que a Ré não pode fazer prova de fato negativo. E, só então, partindo-se da efetiva ciência, é que incide a presunção relativa de discriminação na rescisão imotivada do contrato de trabalhador portador de HIV. No caso dos autos, contudo, a Ré negou veementemente que soubesse ser o Autor portador do vírus HIV e não veio aos autos qualquer indício de prova em sentido contrário. Recurso do Reclamante a que se nega provimento.” TRT-PR-06311-2013-020-09-00-0-ACO-27153-2014 –7A. TURMA – Relator: UBIRAJARA CARLOS MENDES- Publicado no DEJT em 22-08-2014

O acórdão acima deixa clara a necessidade da ciência do réu a respeito da doença. Assim, não é possível falar em discriminação sem a ciência inequívoca do réu.

“TRT-PR-11-04-2014 DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Presumindo-se discriminatória a dispensa do empregado portador de doença estigmatizante, nos termos da Súmula 443 do C. TST, incumbia ao empregador demonstrar a existência de motivo legítimo para a despedida do empregado, que não o fato de ser portador do vírus HIV. Tendo o reclamante sofrido prejuízos e tendo sua honra aviltada em face da dispensa discriminatória praticada pela reclamada, fica caracterizado o dano moral, o qual merece reparação. Recurso do reclamante conhecido e provido. TRT-

PR-21375-2013-001-09-00-3-ACO-10937-2014 – 2A. TURMA – Relator: CÁSSIO COLOMBO FILHO – Publicado no DEJT em 11-04-2014”

O acórdão acima consigna a possibilidade de indenização por danos morais no caso da dispensa discriminatória. Interessante ressaltar que no acórdão acima restou claro a ciência do réu a respeito da doença. Assim, não comprovando o réu um motivo justo para a dispensa, concluiu-se que só poderia ser em razão da doença.

TRT-PR-07-03-2014 EMPREGADO ACOMETIDO POR DOENÇA GRAVE. EPILEPSIA. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. LIMITES AO PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR. O poder potestativo do empregador de promover a rescisão do contrato de trabalho, que decorre do direito de propriedade, não é ilimitado, haja vista que esta deve cumprir sua função social (art. 5º, XXIII, CF), sendo proscrito o abuso de direito (art. 187, Código Civil). A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF) e como objetivo fundamental, dentre outros, promoverem o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, CF). Esses preceitos são igualmente direcionados ao empregador, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A legislação infraconstitucional também veda qualquer forma de discriminação no âmbito laboral, estabelecendo o art. 1º da Lei nº 9.029/95 que fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção. Nessa linha também são as diretrizes que emanam da Convenção nº 111 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 62.150/68. É posicionamento assente na jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho que a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito é presumivelmente discriminatória (Súmula 443, TST). No caso em tela, o Autor, que prestou serviços à empresa por mais de 20 anos, foi dispensado sem justa causa, com ruptura da cobertura do plano de saúde até então oferecido, sendo que as Rés tinham conhecimento da grave moléstia que o acometia (epilepsia com quadro convulsivo) e de que havia recente recomendação médica de necessidade de afastamento de suas atividades laborais que pudessem causar riscos à sua saúde. A Rés não logrou desincumbir-se do ônus probatório de demonstrar que a dispensa do empregado portador de epilepsia decorreu de outro motivo justificável, prevalecendo a presunção de que o ato patronal foi discriminatório. Recurso ordinário das Rés a que se nega provimento, para manter a sentença de primeiro grau que determinou a reintegração do Autor e condenou as Reclamadas ao pagamento de indenização por danos morais. TRT-PR-00122-2013-666-09-00-0-ACO-06593-2014 – 4A. TURMA – Relator: LUIZ CELSO NAPP- Publicado no DEJT em 07-03-2014

No acórdão acima, verifica-se a importância da obediência dos princípios fundamentais previstos na Carta Magna. A liberdade do empregador para encerrar os contratos de trabalho sofre limitação, uma vez que a Constituição Federal prima por valores como a função social do contrato, da propriedade e, sobretudo da dignidade da pessoa humana.

Ainda a Súmula 443 do TST reforça o entendimento defendido no presente artigo e corroborado nos acórdãos acima. Reza a Súmula 443 TST:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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

Assim, verifica-se a preocupação do Poder Judiciário em humanizar as relações de trabalho.

CONCLUSÃO

Desta forma consideramos que não há abuso por parte do empregador em dispensar o empregado portador do vírus HIV, pois é seu direito legal, desde que não tenha caráter discriminatório, pague todas as verbas rescisórias e não impeça o empregado de requerer o benefício previdenciário.

O empregador que fizer distinção, beneficiando o empregado portador do vírus, poderia infringir o princípio constitucional da igualdade com relação aos portadores de outras doenças.

Assim, todo direito que é exercido de forma coerente e correta, valorando os princípios, será um direito que alcançará patamares que se sobrepõe positivamente de um sistema, alcançando de fato a função social que busca a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

WWW.TRT9.JUS.BR

MARTINS, S. P. *Dispensa do doente de Aids e Reintegração*, REVISTA IOB Trabalhista e Previdenciária, Nº 220, out/2007, p. 29.

OLIVEIRA, C. M; **DORNELES**, L. A. D. *Direito do Trabalho*, Verbo Jurídico, 2011, p.345.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de Direito do trabalho*, Saraiva, 16 ed, 1999.

MATINS, S.P. *Curso de direito do trabalho*, Dialética, 3 ed., 2001, pág 128 e 136.