

DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV/AIDS NO AMBIENTE DE TRABALHO: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

*Luiz Henrique Vieira**

*Leda Maria Messias da Silva***

SUMÁRIO: Introdução; 2 Considerações sobre o vírus HIV e sobre a AIDS; 2.1 Formas de propagação do vírus; 3 Considerações a respeito dos direitos da personalidade; 3.1 Os direitos de personalidade e os portadores do vírus HIV/AIDS; 3.1.1 O direito à vida e à integridade física; 3.1.2 O direito à integridade psicológica; 3.1.3 O direito à intimidade e vida privada; 3.1.4 O direito de não ser discriminado; 4 O princípio da não discriminação; 4.1 A presunção de discriminação de portador do vírus HIV/AIDS; 4.2 A lei 9.029/95 e a extensão de sua proteção aos portadores do vírus HIV/AIDS; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O vírus HIV é o responsável pelo surgimento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), mais vulgarmente conhecida no Brasil como AIDS. Trata-se de uma relação de causa e consequência. O vírus introduzido no organismo do indivíduo passa a atacar seus mecanismos naturais de defesa, tornando-o frágil e suscetível a diversas outras doenças consideradas oportunistas. Diz-se, desta maneira, que o indivíduo não morre de AIDS, mas, sim, das doenças que se aproveitam da baixa imunidade do organismo para nele se hospedar. Dentre os direitos da personalidade, impõe-se o destaque àqueles que possuem especial relevo em relação aos pacientes de AIDS, tais como o direito à vida e à integridade física e psicológica, o direito à intimidade e à vida privada e o direito a não ser discriminado.

PALAVRAS-CHAVE: Vírus; Personalidade; Trabalhador.

* Especialista em Filosofia Jurídica e Política pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - CESUMAR; Docente dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Trabalho da Faculdade Pitágoras; Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB- Londrina. E-mail: luizvieira@sercomtel.com.br

** Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais, Sub-área de Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP; Docente de graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR; Docente da Universidade Estadual de Maringá - UEM. E-mail: leda.dir@cesumar.br

DISCRIMINATION OF HIV/AIDS-INFECTED PERSON ON THE WORK MILIEU: AN ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE

ABSTRACT: HIV virus causes the Acquired Immunodeficiency Syndrome, commonly known as AIDS, as its effect. Introduced into one's organism the virus attacks the natural defense mechanisms; the former becomes fragile and liable to various other opportunistic diseases. In fact, AIDS does not cause the subject's death; rather, the immediate cause is the diseases that are hosted thereby through the organism's low immunity. The person's rights enhance the AIDS patients' prerogatives, namely, the right to live, the right to physical and psychological integrity, the right to intimacy and private life and the right not to be discriminated.

KEYWORDS: Virus; Person; Worker.

PREJUICIO DEL PORTADOR DE SIDA EN EL ENTORNO LABORAL: ANALISIS JURISPRUDENCIAL

RESUMEN: El virus VIH es el responsable por el surgimiento de la Síndrome de la inmunodeficiencia humana, más vulgarmente conocida como SIDA. Se trata de una relación de causa y consecuencia. El virus introducido en el organismo del individuo pasa a atacar sus mecanismos naturales de defensa, volviéndolo débil y susceptible a diversas enfermedades consideradas como oportunistas. Bajo este sesgo, se afirma que el individuo no se muere de SIDA, sino de las enfermedades que se instauran en su organismo aprovechándose de la debilidad del sistema inmunológico. En relación a los derechos de personalidad, se imponen de forma destacada aquellos que poseen especial importancia para los pacientes de SIDA, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y psicológica, el derecho a la intimidad y a la vida privada y el derecho a no sufrir perjuicio.

PALABRAS-CLAVE: Virus; Personalidad; Trabajador.

INTRODUÇÃO

Contemporâneas ao surgimento da AIDS e até hoje umbilicalmente interligadas, a discriminação e a segregação acompanham os portadores do vírus HIV e, ainda em maior escala, os que manifestam os sintomas desta malévola doença. Desde ao seu surgimento na década de 80 a AIDS dizimou milhares de vidas, seja pela sua voracidade e ausência de cura e tratamento eficaz, seja pelo efeito devastador e secundário que atinge os infectados pelo vírus: o preconceito. Este efeito se faz sentir ainda com maior intensidade no mercado de trabalho, mormente em uma economia ainda carente de postos de trabalho e com uma enorme oferta de braços.

A confusão sinonímica entre portadores do vírus HIV e doentes de AIDS e a falta de informações a respeito das formas de contágio acentuam esse preconceito, muitas vezes conduzindo o doente à marginalidade e à exclusão social.

Se, no entanto, na década de 80 a AIDS era sinônimo de morte, atualmente é sinônimo de esperança. O desenvolvimento, nas últimas décadas, de drogas capazes de inibir a multiplicação do vírus HIV promoveu uma transformação profunda no seio da sociedade e nas relações jurídicas de um modo geral. A prescrição destes medicamentos fez aumentar a sobrevida dos portadores do vírus, possibilitando-lhes o exercício da vida em condições de normalidade. Com isto, os soropositivos podem se inserir no mercado de trabalho e desenvolver normalmente e sem restrições as atividades cotidianas.

A sobrevida trazida pela evolução da indústria farmacológica, todavia, não foi suficiente, ainda, para afastar o fantasma do preconceito. Diuturnamente o portador do vírus HIV convive com violações aos seus direitos mais caros, tais como o direito a uma vida digna, à integridade física e psicológica, à intimidade, à vida privada e, em especial, o direito de não ser discriminado.

Estas violações se mostram presentes, também, no ambiente de trabalho do empregado portador da sorologia positiva, não sendo raras as situações de dispensas discriminatórias, fundadas única e exclusivamente na moléstia de que é portador o obreiro. Se de um lado os empregados nestas condições ainda se ressentem da falta de diplomas legislativos mais claros e efetivos, de outro a jurisprudência evoluiu no sentido de se considerar presumida a discriminação operada na dispensa do portador do vírus HIV, o que transfere ao empregador o ônus de comprovar que a dispensa se fundou em outros critérios que não a doença.

Faz-se importante, neste contexto, a análise do problema enfrentado pelos portadores do vírus HIV no seu ambiente de trabalho, bem como uma análise do comportamento jurisprudencial a respeito da matéria.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O VÍRUS HIV E SOBRE A AIDS

Confundem-se e são tratadas como sinônimas, no cotidiano popular, as expres-

sões “portador do vírus HIV” (vírus da imunodeficiência humana) e “doente de AIDS” (síndrome da imunodeficiência adquirida). Não são, todavia, expressões equivalentes, muito embora possa existir uma relação de causa e consequência, pela qual o portador do vírus venha, também, a desenvolver a síndrome conhecida como AIDS.

O vírus conhecido como HIV age sobre o sistema imunológico do seu portador, atacando-o sem piedade e provocando a destruição dos mecanismos naturais de defesa, deixando o indivíduo à mercê de ser contaminado por quaisquer espécies de doenças, dada a sua baixa (ou nenhuma) imunidade.

A respeito do vírus HIV discorre Marcos de Almeida Villaça Azevedo:¹

Esse vírus, denominado vírus da imunodeficiência humana (VIH), também conhecido como HIV, danifica, violentamente, o sistema imunológico da pessoa, que fica suscetível a toda sorte de doenças e infecções, inclusive as que raramente são contraídas.

Diferenciando o vírus da imunodeficiência humana e AIDS, ensina Maria Helena Diniz:²

SIDA ou AIDS é a síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo, facilitando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, sendo causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV).

A destruição do sistema imunológico, causada pelo vírus, é a responsável pelo surgimento de diversas outras doenças, consideradas oportunistas, tais como pneumonia, tuberculose, etc e que, não raramente, levam seus portadores à morte. O vírus HIV, neste cenário, não é causa da morte do seu portador, mas o agente que irá provocar a deterioração das defesas naturais do organismo e permitir sua invasão por outras doenças que poderão levar o indivíduo a óbito. Este colapso organizado pelo vírus HIV é a síndrome conhecida como AIDS.

Ruth de Gouvêa Duarte, citada por Regiane Margonar³, discorre sobre a AIDS:

Em inglês, a sigla AIDS é formada pelas iniciais da expressão Acquired ImmunoDeficiency Syndrome, que, traduzida

1 AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. AIDS e responsabilidade civil. São Paulo, SP: Atlas, 2002, p. 34.

2 DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006, p. 225.

3 DUARTE, Ruth de Gouvêa apud MARGONAR, Regiane. O empregado portador do vírus HIV/AIDS. São Paulo, SP: LTr, 2006, p. 19.

para o português, é Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). No Brasil, porém, é corrente o uso da sigla AIDS.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou a comumente chamada AIDS é, portanto, desencadeada pela presença do vírus no organismo. Pode-se afirmar, desta maneira, que o doente de AIDS, necessariamente, é portador do vírus HIV. A recíproca, no entanto, não é verdadeira. O portador do vírus da imunodeficiência pode deixar de desenvolver a doença, quando então se assevera que o “indivíduo pode ser portador do vírus HIV, sem, contudo, estar sofrendo de AIDS.”⁴

O fato de o indivíduo infectado não apresentar os sintomas da síndrome, no entanto, não exclui a possibilidade de transmissão do vírus a uma terceira pessoa, o que pode ocorrer a partir do momento do contágio. A partir deste (contágio) existe um período mais ou menos longo (ocorre variação de indivíduo para indivíduo, sendo de, em média de seis meses a seis anos⁵), considerado como período de incubação, em que o indivíduo infectado não desenvolve os sintomas típicos da AIDS, muito embora seja um transmissor potencial do vírus causador desta síndrome.

2.1 FORMAS DE PROPAGAÇÃO DO VÍRUS

A AIDS passou a ser considerada uma epidemia em razão da facilidade de propagação do seu vírus causador. No Brasil, o primeiro caso foi verificado em 1980, porém reconhecido como tal apenas em 1982. De lá para cá foram notificados 544.846 casos, de acordo com o Ministério da Saúde⁶.

A transmissão do vírus ocorre pela troca de fluidos corporais, com o posterior ingresso na corrente sanguínea. De início, a AIDS foi associada diretamente ao homossexualismo masculino e aos usuários de drogas injetáveis, os quais eram enquadrados em estigmatizados grupos de risco. Essa associação inicial talvez seja, ainda hoje, a principal responsável pela discriminação sofrida pelos soropositivos:

O percurso dessa doença causava certo estranhamento. Primeiro, afirmaram que só afetava homossexuais masculinos. Logo depois, surgiu a história dos macacos africanos que

4 MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 19.

5 MENDONÇA, Clara Pechmann apud, MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 20.

6 HISTORIA da Aids. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>> Acesso em: 4 nov. 2010.

teriam transmitido o vírus aos humanos. Em seguida, usuários de drogas começaram a ser infectados. Até esse momento, apenas grupos considerados marginais, fora-da-lei, desviantes haviam sido atingidos. Sedimentava-se o estigma do ‘grupo de risco.’⁷

As primeiras veiculações na imprensa davam conta da existência de uma “peste gay”⁸, reduzindo a incidência da doença aos grupos formados por homossexuais (também aos usuários de drogas injetáveis, mas em uma escala menor) e acentuando o preconceito até então reinante.

Modernamente, contudo, não mais se sustenta a utilização da expressão “grupos de risco”, sendo mais adequado falar-se em comportamentos ou situações de risco, haja vista que há muito já se sabe que a transmissão do vírus não se restringe a determinados grupos: “Com o passar do tempo, foram surgindo os casos de doenças transfusionais, heterossexuais contaminados e transmissão materno-fetal, o que foi modificando a visão popular do problema.”⁹

Ressalte-se que a transmissão viral em razão de transfusões de sangue terminou por expor as “mazelas do comércio de sangue e hemoderivados”¹⁰ levando à infecção de milhares de hemofílicos, dentre outros.

Percebeu-se, desta maneira, que o vírus HIV não estava circunscrito a grupos determinados e que, na verdade, era efetivamente a troca de fluidos corporais com conseqüente ingresso na corrente sanguínea que ocasionava a transmissão, fosse, em se tratando de contágio através de contato sexual, a relação homo ou heterossexual. Nem todos os fluidos corporais, a princípio, são capazes de transmitir o vírus HIV, conforme adverte Marcos de Almeida Villaça Azevedo:¹¹

Entre esses fluidos, somente o sangue, o sêmen ou a secreção da próstata, a secreção vaginal e o leite humano são capazes de transmitir o vírus da AIDS, em virtude da alta concentração de HIV que pode ser encontrada neles.

Esses fluidos contaminados transmitem com relativa facilidade o vírus HIV,

7 SOARES, Rosana de Lima. *Imagens veladas: Aids, imprensa e linguagem*. São Paulo, SP: Annablume, 2001, p. 85.

8 Em matéria veiculada pelo Jornal Notícias Populares em 26/12/1983, o título chamava a atenção dos leitores ao mencionar que a “PESTE-GAY JÁ APAVORA SÃO PAULO”, fazendo alusão expressa à existência da mais terrível doença do século.

9 ANGEMARI-CAMON, Valdemar Augusto. *O doente, a psicologia e o hospital*. São Paulo, SP: Pioneira Thomson Learning, 2004, p. 34.

10 CASTILHO, Euclides Ayres. *Aids (1981-97): o rastro da tormenta*. Revista USP, São Paulo, n. 33, p. 6-19, mar./mai. 1997, p. 8.

11 AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça, *op. cit.*, p. 35.

especialmente nas relações sexuais desprotegidas, no compartilhamento de agulhas por usuários de drogas intravenosas, em função da utilização de materiais contaminados e não esterilizados, pelo leite humano, através do contato direto com sangue contaminado, como, por exemplo, na transmissão da mãe para o filho, conforme relata Regiane Margonar ao transcrever a lição de Clara Pechmann Mendonça¹². Embora o vírus HIV esteja também presente em outras secreções, tais como a saliva, lágrimas e urina, não existe notícia de transmissão através do contato com tais fluidos, haja vista a baixa concentração do vírus, que não permite a transmissão.¹³

Evidente, ainda, que as formas de transmissão são exemplificativas, sendo certo que o contato com determinados fluidos corporais contaminados em situação de risco acentuado (perigo de ingresso na corrente sanguínea) pode levar à contaminação pelo vírus HIV. Não menos evidente, também, que o vírus não se propaga senão pela troca ou contato com tais fluidos, não havendo probabilidade, por consequência, de transmissão em razão de outras formas de contato físico, tais como aperto de mão, beijo, abraço, etc, o que indubitavelmente, coloca o ambiente de trabalho, em condições de normalidade, a salvo de qualquer tentativa de envolvimento com o vírus da imunodeficiência humana.

3 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Os direitos de personalidade repousam no solo fecundo do princípio da dignidade humana, erigido a fundamento e razão da existência do Estado Democrático de Direito pela Carta Política de 1988.

Discorrendo a respeito de uma teoria geral dos direitos da personalidade e citando Limongi França, Elimar Szaniawski conceitua os direitos de personalidade como sendo “as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”¹⁴.

Na mesma esteira de pensamento leciona Silvio Romero Beltrão:

Com os direitos da personalidade, quer-se fazer referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem as manifestações da personali-

12 MENDONÇA, Clara Pechmann, apud, MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 22.

13 Ibidem, p. 36.

14 SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da personalidade e sua tutela. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993, p. 35.

dade do próprio sujeito.¹⁵

Vislumbra-se, portanto, com a teoria dos direitos da personalidade que são assim classificados ou considerados aqueles direitos capazes de “dar conteúdo à personalidade”, na difundida expressão cunhada de Adriano de Cupis.¹⁶

Os positivistas, entre os quais se inclui Adriano de Cupis, entendem que se encontram situados no rol dos direitos de personalidade apenas aqueles direitos que forem reconhecidos pelo Estado. De outra banda, os jusnaturalistas apregoam que a existência dos direitos de personalidade seria anterior à própria existência do Estado, que deve se resumir a reconhecê-los e protegê-los. Neste sentido a lição de Carlos Alberto Bittar:

Entendemos que os direitos de personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria.¹⁷

Este reconhecimento anunciado por Carlos Alberto Bittar deve ocorrer justamente porque estes direitos existiriam “antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem”¹⁸ e são fundamentados na “dignidade da pessoa humana”, conforme assevera Silvio Romero Beltrão.¹⁹

Elimar Szaniawski apregoa que os direitos de personalidade são desdobramentos do princípio da dignidade humana e ambos integrantes da teoria do direito geral de personalidade:

A dignidade do homem e o direito ao livre desdobramento de sua personalidade são, portanto, elementos integrantes do direito geral de personalidade que, através da ordem jurídica, são garantidos como um direito subjetivo a respeito de todas as pessoas.²⁰

15 BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da Personalidade*. São Paulo, SP: Atlas, 2005, p. 24.

16 CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo, SP: Quórum, 2008.

17 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. São Paulo, SP: Forense Universitária, 2003, p. 7.

18 *Ibidem*, p. 8.

19 *Ibidem*, p. 24.

20 SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 56.

A dignidade da pessoa humana existe independente da vontade ou reconhecimento por terceiros. Reside no íntimo de cada indivíduo, sendo dele indissociável e independente de sua posição social ou de seu maior ou menor sucesso profissional e/ou financeiro. Neste sentido, mostram-se importantes as considerações traçadas por Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da dignidade e sua conceituação como valor intrínseco ao ser humano:

[...] cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.²¹

Alçado à condição humana, todo homem traz em seu íntimo uma redoma de dignidade que é absolutamente intangível, como, aliás, preceitua a Constituição Alemã. Neste contexto, com o respeito que se deve aos inúmeros pensamentos contrários, não se pode admitir que os direitos de personalidade, fundados no princípio da dignidade da pessoa humana, encontrem-se na dependência do reconhecimento por parte do Estado. Ao contrário, existem e são independentes do reconhecimento pela ordem estatal.

Considerando como direitos da personalidade aqueles que emanarem da condição humana, independentemente do reconhecimento pela Constituição ou Código Civil e, ainda, falando na existência de uma cláusula geral (aberta) dos direitos da personalidade, ensina Sílvio Romero Beltrão:²²

O fundamento dos direitos especiais da personalidade está na cláusula geral, como emanção do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana, com a imposição de que to-

21 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004, p. 114.

22 BELTRÃO, Sílvio Romero, op. cit., p. 55.

das as manifestações desta dignidade sejam juridicamente tuteladas. Assim, o reconhecimento do regime aberto dos direitos da personalidade fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, onde todos devem respeitar tal princípio, objetivando sua caracterização como direito absoluto. Além dos tipos previstos na Constituição Federal e no Código Civil, são direitos da personalidade os que verdadeiramente forem emanção da personalidade humana.

Falar na existência de um regime aberto dos direitos da personalidade implica no reconhecimento de que os assim chamados direitos de personalidade não se encontram aprisionados no rol de direitos traçados pelo ordenamento jurídico, sendo considerados como tais todos aqueles que pertencerem à pessoa pelo simples fato da sua existência e estiverem fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana. A existência de uma cláusula aberta em relação aos direitos da personalidade mostra-se como premissa importante no desenvolvimento dos direitos pertinentes aos portadores da sorologia positiva.

3.1 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E OS PORTADORES DO VÍRUS HIV/AIDS

Dizer que os portadores do vírus HIV/AIDS são detentores dos considerados direitos da personalidade seria fazer afirmativa do óbvio. A discussão estabelecida, portanto, de forma sucinta diante do objetivo deste estudo, é em relação a alguns direitos de personalidade em espécie, tais como o direito à vida, à integridade física e psicológica, à intimidade e vida privada e ao direito a não ser discriminado.

3.1.1 O direito à vida e integridade física

Ainda hoje padecem os doentes de AIDS da ausência de avanços maiores no que diz respeito ao encontro da cura deste indigitado mal que, invariavelmente, conduz seus portadores à morte. Ainda assim, permanece intocável o direito à vida dos seus portadores.

Os portadores do vírus HIV/AIDS possuem o direito de exigir do Estado ou particulares (direito fundamental ou de personalidade, verso e reverso da mesma moeda) o respeito e a observância do seu direito à vida, exigindo tratamento respeitoso e digno, assim como, na ausência de condições financeiras, o fornecimento de medicação e internamento gratuitos, quando necessário, de forma a preservar-lhes o bem maior e razão da existência dos direitos de personalidade: a própria vida.

Importante que se frise, neste particular, que o direito à vida não se restringe ao direito de manter-se vivo, até porque a ninguém é dada a possibilidade de preservar a vida de outrem contra as fatalidades do cotidiano. O direito à vida se expande para atingir o direito a viver de forma digna e é neste contexto que este importante direito da personalidade abraça os portadores do vírus HIV/AIDS.

Aponta neste sentido o magistério do pranteado Professor Carlos Alberto Bittar:²³

Mas, inicialmente de cunho individualista, vem ganhando esse direito, com o avanço da doutrina, alcance mais expressivo, com a inserção da idéia de dignidade na qualificação da vida; daí os vários programas assistenciais, sob responsabilidade do Estado – ou instituições privadas.

Decorrência do direito a uma vida digna, o que implica, também, na garantia a um tratamento digno, encontra-se o direito à integridade física, porquanto os doentes de AIDS possuem o direito à manutenção de sua integridade e a incolumidade de seu corpo, cumprindo ao Estado o estabelecimento de ações afirmativas e programas que possam lhes assegurar este direito.

3.1.2 O direito à integridade psicológica

Ainda em nosso século, até mesmo pelas estreitas vias da contaminação, a AIDS é motivo de segregação e, não raro, de marginalização dos seus portadores.

O diagnóstico da doença pode conduzir seu portador a uma profunda depressão, misto de impotência e vergonha perante seus pares em sociedade. Assevera Marcos de Almeida Villaça Azevedo que:

[...] o diagnóstico de soropositividade pode ser vivido como um ‘cataclisma apocalíptico’, pois a presença, dentro de si, de um vírus destrutivo produz estupefação no funcionamento mental e lança o sujeito em um precipício desintegrador, sem nenhum ponto onde possa agarrar-se.²⁴

A situação é agravada, ainda, por outros fatores. A sociedade, especialmente a ocidental e capitalista, não possui adequado preparo para lidar com questões relacionadas à morte, elegendo como prioridades o culto à beleza, poder, etc. Aliado a este fator é preciso considerar que o vírus HIV/AIDS acomete, principalmente

23 BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed. São Paulo, SP: Forense Universitária, 2008, p. 72.

24 AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça, op. cit., p. 62.

jovens entre 20 e 49 anos²⁵ e, portanto, em plena idade produtiva. E não é só. Muitas vezes a própria recepção familiar não vem em auxílio às necessidades do portador do vírus.

Evidente, portanto, que a descoberta da doença pode impingir traumas de toda à ordem no indivíduo, sejam eles passageiros ou permanentes. Daí a necessidade da manutenção de sua integridade psicológica, lhe advindo o direito a exigir que não ocorra ou cesse qualquer expediente, nas palavras de Carlos Alberto Bittar²⁶, que “possa afetar a saúde mental e o equilíbrio da pessoa, sendo recomendável a contínua incrementação de instrumentos sanitários estatais para a preservação da higidez mental do povo.”

Disto deflui, naturalmente, o direito de não sofrer qualquer espécie de humilhação ou chacota, em razão do diagnóstico positivo para a doença, principalmente em seu ambiente de trabalho.

3.1.3 O direito à intimidade e à vida privada

De importante repercussão empírica, especialmente no meio ambiente de trabalho, o direito à intimidade e à vida privada como corolários dos direitos da personalidade são constantemente questionados em relação aos portadores do vírus.

Saliente-se, de início, que a linha tênue que separa estas duas figuras (intimidade e vida privada) quase sempre leva os intérpretes a uma confusão semântica e não raras vezes a considerar as duas expressões como sinônimas.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes²⁷ afirmam em relação à distinção terminológica entre intimidade e vida privada:

Podemos vislumbrar, assim, dois diferentes conceitos. Um, de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro, de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o ‘eu’ e os ‘outros’, de forma a criar um espaço que o titular deseja impenetrável mesmo aos mais próximos.

Intimidade possui relação direta com o direito de permanecer ou manter sua vida invisível aos olhos alheios, o direito de guardar algo apenas para si ou deixá-lo circunscrito ao seu recôndito familiar. A linha divisória entre intimidade e vida privada é tênue e não encontra unanimidade entre os autores. João de Lima

25 ANGEMARI-CAMON, Valdemar Augusto, op. cit., p. 35.

26 BITTAR, Carlos Alberto, op. cit., 2008, p. 121.

27 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, SP: Saraiva, 2002, p. 110.

Teixeira Filho²⁸, apregoando conceito discordante a respeito de intimidade, a ela se refere como sendo:

[...] tudo aquilo que se passa entre quatro paredes, reservadamente para a própria pessoa ou para o círculo mais restrito de sua família e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configuradora do dano moral.

Mais razão parece ter Regiane Margonar que, compilando as lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, assevera que o correto seria falar-se apenas em violação da vida privada do empregado portador do vírus HIV e não violação da intimidade,²⁹ ao argumento que as violações aos direitos dos portadores, enquanto empregados, ocorre em relação a sua vida social e não na intimidade de sua vida privada.

Diante dos contornos que assume o contrato de trabalho, muito especialmente diante dos elementos que caracterizam o vínculo de emprego, mormente a subordinação, encontra-se o empregado portador da moléstia exposto à violação do seu direito à privacidade. E não é só. Também o candidato a um emprego pode sofrer injustificadas invasões ao seu direito à privacidade, todas elas combatidas e repelidas pelo ordenamento.

Não se justifica, desta maneira, qualquer tentativa empresarial no sentido de se exigir testes pré-admissionais ou periódicos onde se tenha por objetivo verificar a soropositividade do empregado ou candidato ao emprego.

Neste sentido, embora tardiamente, a Portaria nº 1246, de 28/05/2010, do Ministério do Trabalho e Emprego³⁰ proibiu veementemente a realização de qualquer “testagem” do trabalhador em relação ao HIV, quer nos exames admissionais, quer nos periódicos ou mesmo nos demissionais.

Muito antes, contudo, a jurisprudência já se encaminhava no sentido de não permitir a realização desta verificação em decorrência do direito do empregado na manutenção de sua vida privada a salvo de indiscrições, inclusive de seu em-

28 SÜSSEKIND, Arnaldo et al. Instituições de direito do trabalho. São Paulo, SP: LTr, 1996, p. 631.

29 MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 114.

30 Art. 2º da Portaria MTE 1.246/2010: “Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV”(BRASIL. Portaria MTE nº 1.246, de 28 de maio de 2010. Exames Médicos Admissionais e Periódicos - Testagem HIV Proibição. Diário oficial [da] república federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 maio 2010).

pregador, cujo poder diretivo não lhe permite a invasão da seara da privacidade de seus subordinados ou candidatos a um emprego:

RECURSO ORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DE AIDS - RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA. Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o aidético do que sua dispensa imotivada. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a empresa consciente de suas responsabilidades sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º, caput, da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento quanto a esta matéria.

(TRT/SP 2ª REGIÃO, AUTOS 00228-2006-035-02-00-6, julgamento ocorrido em 01/12/2009, publicado no DJSP em 18/12/2009, Desembargador Relator: Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva, Acórdão nº 2009.1064060)

Isto tudo é uma decorrência evidente do direito do empregado ou candidato a um emprego de não expor detalhes de sua vida privada que ele não pretende que venha a público e que somente a ele interessam.

Especificamente a respeito do doente de AIDS disserta Marcelo de Almeida Villaça Azevedo:³¹

Relativamente às pessoas portadores do vírus da AIDS, é vedada a divulgação de sua condição mórbida, não podendo adentrar-se em sua esfera de confidencialidade, que

31 AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça, op. cit., p. 64.

é reservada ao próprio intelecto. Devem ser observados os sagrados princípios que salvaguardam a dignidade humana de quem quer que seja.

De fato, a AIDS, principalmente em seu estágio assintomático em nada atrapalha o desenvolvimento da prestação laborativa e tampouco coloca em risco a saúde ou a vida de outros empregados, não interessando a ninguém a revelação da condição de soropositivo do empregado ou candidato ao emprego, que deve ter o direito de decidir a quem e quando revelar sua doença.

3.1.4 O direito de não ser discriminado

O direito de não ser discriminado alçou *status* de princípio do direito do trabalho, tamanha sua importância em um século em que se pretende a implantação de um estado de bem-estar social, o que corresponde ao direito de não sofrer nenhuma espécie de segregação em virtude de critérios que não sejam efetivamente técnicos.

Maurício Godinho Delgado³² conceitua discriminação como sendo a “[...] conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

A associação da AIDS a um “câncer gay” ou mal do século, no início do processo de descoberta da doença, aliada à ausência de informações a respeito das formas de contágio, conduz indubitavelmente, ainda hoje, o soropositivo a um degradante ciclo discriminatório que pode abranger, inclusive e principalmente, o seu ambiente de trabalho:

Quando se conhece a condição de portador do vírus, a vida pessoal do ser humano sofre um grande alvoroço, face ao desespero que essa ciência incute na sua alma. Daí se iniciam processos de discriminação que atingem o portador, em sua vida profissional e familiar.³³

Justamente por isto a “não discriminação”, enquanto princípio, possui especial relevância no âmbito do direito do trabalho. Tratado como princípio da não discriminação por Américo Plá Rodriguez, que o distingue do princípio da isonomia que, para o autor, seria mais amplo, merece destaque e tratamento diferenciado no âmbito do presente estudo.

32 GODINHO, Maurício Delgado. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo, SP: LTr, 2009, p. 718.

33 JORGE NETO, Francisco Ferreira. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo, SP: Atlas, 2009, p. 314.

4 O PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

O direito moderno preocupa-se em combater a discriminação em todas as suas formas. Especial atenção merece o portador do vírus HIV/AIDS, porquanto a simples circunstância de ser ele portador de uma moléstia invariavelmente letal já representa um fardo muito grande a ser suportado e odiosas práticas discriminatórias apenas contribuiriam para acentuar os efeitos da moléstia.

Maurício Godinho Delgado sustenta que o princípio da não discriminação “[...] seria, em consequência, a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante”³⁴

O princípio da não discriminação, neste compasso, estaria a vedar a utilização de determinados fatores de ordem pessoal ou social (do empregado) como motivo para impingir-lhe tratamento diferenciado no meio ambiente de trabalho, seja para vedar-lhe o acesso ao emprego, seja para obstar-lhe a progressão na carreira.

O professor uruguaio Américo Plá Rodriguez, citado por Maurício Godinho Delgado, admite o princípio da não discriminação, embora não admita o princípio da isonomia. O argumento utilizado pelo autor é o de que o Direito não tem por objetivo coibir todas as diferenças, mas apenas aquelas que não encontrarem justificativa, ou seja, as diferenças oriundas da discriminação³⁵.

Norberto Bobbio também concebe o princípio da não discriminação como princípio universal e ao comentar o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e os enunciados normativos que dele podem ser extraídos, assevera que “são todas formulações do mesmo princípio, segundo o qual deve ser excluída toda discriminação fundada em diferenças específicas entre homem e homem, entre grupos e grupos [...]”³⁶

No âmbito nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil elegeu como um de seus objetivos fundamentais o combate a “[...] quaisquer formas de discriminação.”³⁷

A preocupação com a discriminação no ambiente de trabalho não é nova e tampouco está circunscrita ao âmbito nacional. A Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção de nº 111, em seu artigo 1º, procurou conceituar a discriminação nas relações laborais, ao aduzir que:

34 GODINHO, Maurício Delgado, op. cit., p. 719.

35 RODRIGUEZ, Américo Plá, apud, GODINHO, Maurício Delgado, op. cit., p. 719.

36 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992, p. 70.

37 Inc. IV do art. 3º da Constituição Federal. “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988).

Discriminação é a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão.³⁸

A conceituação trazida pela Convenção da OIT é convergente com a linha de raciocínio até então empreendida, no sentido de que é possível a existência de tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, desde que estas “diferenças” não tenham por origem um fato discriminatório. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, apenas a título ilustrativo, permite tratamento salarial diferenciado a pessoas que exercem a mesma função, desde que uma delas (modelo ou paradigma) possua uma diferença de tempo de serviço na função superior a dois anos.³⁹

A proibição do tratamento diferenciado ocorre quando inexistir justificativa para o ato ou a justificativa for pautada em motivo que não possa ser considerado válido. Não se move, assim, o Direito do Trabalho, na direção de eliminação de todas as diferenças verificáveis no ambiente de trabalho, até porque são próprias da dinâmica empresarial, mas apenas as efetivamente injustificadas.

4.1 A PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA DISPENSA DE PORTADOR DO VÍRUS HIV/AIDS

Historicamente os portadores da sorologia positiva para o vírus enfrentam toda a sorte de discriminação. A associação, até hoje viva e presente, inobstante equivocada, entre conduta sexual, AIDS e morte movimentam um processo preconceituoso que pode se iniciar no seio da própria família e invariavelmente terminar por estender seus tentáculos ao ambiente de trabalho do seu portador. A ausência de um conjunto normativo específico, contudo, tem causado certa resistência em se admitir o direito à estabilidade para o portador do vírus HIV/AIDS.

O ordenamento ainda não contempla, de forma específica e expressa, a hipótese de estabilidade para o portador do vírus HIV/AIDS, compreendendo-se estabilidade como o direito do empregado de não ser dispensado, salvo mediante o cometimento de uma falta considerada grave o suficiente para romper a con-

38 BRASIL. Conveções OIT – Brasil. Convenção 111: Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão. 5 Jul. 1958. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_111.pdf> Acesso em: 19 out. 2010.

39 A este respeito, ver parágrafo 1º do art. 461 da CLT (BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 ago. 1943).

fiança existente entre os contratantes e não mais permitir a continuidade do pacto laboral.

Demonstrando esta propalada resistência, Sérgio Pinto Martins⁴⁰ assevera, com o que não se pode concordar, que não há que se falar em estabilidade ou reintegração, salvo as hipóteses do empregado estar com seu contrato de trabalho suspenso para tratamento da doença ou se a dispensa tiver como objetivo de obstar o direito à licença para tratamento de saúde de empregados que já tenham desenvolvido a AIDS. Para o autor, os dispositivos Constitucionais que tratam da proibição da discriminação (art. 5º, XLI), despedida arbitrária (art. 7º, inc. I) ainda carecem de regulamentação e assevera:

É possível afirmar que se a doença ainda não se manifestou e a pessoa apenas é portadora do vírus HIV, não se pode falar em reintegração, pois o empregador, com a dispensa, não está obstando o direito do obreiro ao recebimento do benefício previdenciário. Dessa forma, pode o empregador exercer livremente o seu direito potestativo de dispensa do trabalhador, bastando pagar os consectários legais decorrentes da rescisão do contrato de trabalho, entre eles, a indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS.⁴¹

Tramita a passos curtos no Senado Federal um projeto de lei de autoria da Senadora Roseana Sarney que, conquanto não traga previsão específica de estabilidade, prevê restrições à dispensa discriminatória ou mesmo sem justa causa do portador da moléstia, inclusive com fixação de indenização para a hipótese de sua inobservância.⁴²

Evidente que diante da ausência de regramento específico, necessita o portador do vírus HIV/AIDS de uma maior proteção judiciária como forma de se permitir a proteção a sua dignidade em face da debilidade legislativa. Inobstante a ausência de previsão legal (específica) para a existência de estabilidade aos portadores do vírus, fato é que o ordenamento proíbe a dispensa discriminatória.

Sabe-se, também, que a comprovação da discriminação nem sempre é tarefa das mais simples, o que se acentua por vários fatores, tais como a hipossuficiência do empregado em face do empregador (ainda mais do empregado portador do vírus), o temor reverencial, a indiscutível vantagem do empregador na reunião e

40 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

41 *Ibidem*, p. 443.

42 Sobre o assunto, ver o projeto de lei 145/2006 (BRASIL. Projeto de Lei do Senado, nº 145 de 2006. Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências. Diário oficial [do] Senado Federal, Brasília, DF, 19 maio 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40056>> Acesso em: 20 nov. 2010).

organização de provas. Isto sem se falar, ainda, que a discriminação pode acontecer de maneira velada, o que dificulta sobremaneira a sua comprovação em juízo.

Sensível a estes fatos, a jurisprudência nacional tem se desenvolvido no sentido de considerar discriminatória a dispensa do portador do vírus HIV/AIDS, transferindo-se ao empregador o ônus de provar que a dispensa ocorreu por motivos de ordem técnica, econômica ou disciplinar. Presume-se, desta maneira, que a dispensa do doente de AIDS ou portador do vírus tenha-se operado em virtude de motivo discriminatório.

O Tribunal Superior do Trabalho, de um modo geral, tem fixado seu entendimento neste sentido, conforme se observa da ementa da lavra da Ilustre Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi:

RECURSO DE REVISTA - REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexistir norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte.

Recurso de Revista não conhecido.

(TST, RR - 906/2004-006-04-00, 3ª Turma, Rel. Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, julgado em 18/10/2006, DJ 10/11/2006).

No mesmo sentido a decisão relatada pelo Eminentíssimo Ministro João Orestes Dalazen:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.

2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.

3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, “caput” e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui

pela reintegração do Reclamante no emprego.

4. Embargos de que não se conhece.

(TST, ERR 439041, 2ª Turma, Rel. Min. JOÃO ORESTE DALAZEN, julgado em 05/05/2003, DOE SP 23/05/2003).

No âmbito dos Tribunais Regionais as decisões têm seguido, salvo exceções, a mesma linha de pensamento difundida pelo TST, muito embora existam vozes destoantes, conforme se pode verificar de decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

TRT-PR-25-11-2005 EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. A contaminação pelo vírus HIV e a doença AIDS dela decorrente, como é sabido tem causado grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldades muitas vezes até para sobreviver. Entretanto, quando o empregado alega discriminação pelo seu estado de saúde por parte do empregador, deve fazer a competente prova.

TRT-PR-00307-2005-071-09-00-1-ACO-30569-2005 - 1A. TURMA - Relator: CLAUDIA CRISTINA PEREIRA PINTO DE ALMEIDA - Publicado no DJPR em 25-11-2005.

A decisão transcrita, com todo o respeito que se deve ao entendimento manifestado pela Egrégia Turma do Nono Regional, parece andar na contramão da construção e evolução jurisprudencial, mormente em um século onde se pretende a implantação de um Estado do bem-estar social e a eliminação das diferenças mediante a valorização da dignidade da pessoa humana.

Majoritária e felizmente, entretanto, inclinam-se os Regionais pelo entendimento externado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Neste aspecto, torna-se interessante observar que as decisões neste sentido levantam, pelo menos, duas considerações técnicas necessárias: a) se não há estabilidade, qual a razão para que os Tribunais determinem a reintegração do empregado? b) Haveria direito absoluto do empregado portador do vírus à manutenção do emprego?

As decisões que se encaminham por este trilhado manifestam, invariavelmente, a preocupação com a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da não discriminação, como fundamento para se acolher a reintegração do empregado. Esta (reintegração), portanto, não é fruto de algum regime ou sistema estável, mas, sim, decorrência do reconhecimento da violação aos princípios ora mencionados. Neste sentido assente Regiane Margonar, ao afirmar que “A reintegração, portanto, é o remédio que se encontrou para fazer valer estes princí-

pios constitucionais fundamentais.⁷⁴³

O Tribunal Superior do Trabalho tem norteado suas decisões neste sentido, negando a existência de regramento específico a prever a estabilidade, porém admitindo a reintegração em função do repúdio às práticas discriminatórias engendradas por alguns empregadores contra os portadores do vírus HIV/AIDS.

Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV – Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST – ERR 205359/1995 – SBDI 1 – Rel. Min. Leonardo Silva – DJU 14.05.1999 – p. 00043).

Em outra decisão proferida, também, pelo Tribunal Superior do Trabalho, cujo relator foi o Eminentíssimo Ministro Milton de Moura França, a dispensa discriminatória é novamente espancada por aquela Corte:

REINTEGRAÇÃO - PORTADOR DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A dispensa do empregado, porque portador do vírus HIV, é discriminatória e, por conseguinte, afronta os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição Federal de 1988. Recurso de revista não conhecido integralmente. (TST-RECURSODEREVISTA:RR6255672720005025555 625567-27.2000.5.02.5555, **Publicação**: DJ 06/02/2004).

A doutrina, por seu turno, tem seguido os mesmos passos. Francisco Ferreira Jorge Neto⁴⁴, embora admita a ausência de regras que prevejam estabilidade ao soropositivo, aduzindo de forma expressa que não existe norma que discipline qualquer espécie de garantia de emprego aos portadores do vírus HIV/AIDS, admite a impossibilidade de dispensa dos soropositivos:

Aos que contraíram a doença são devidos o respeito, a solidariedade e a esperança da sociedade, logo, não se pode admitir a dispensa, por parte do empregador, em relação ao trabalhador portador do vírus HIV. No mínimo,

43 MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 161.

44 JORGE NETO, Francisco Ferreira, op. cit..

seria uma dispensa discriminatória [...].⁴⁵

De outra banda impende analisar, ainda, a questão do direito do empregado à manutenção do seu emprego em razão de ser portador do vírus HIV/AIDS. Evidente que não há, nesta hipótese, um direito absoluto à manutenção do emprego. O que se proíbe em face dos princípios antes descritos é a dispensa discriminatória, entendendo-se como tal a que não se funda em motivos de ordem técnica, econômica ou disciplinar, o que afasta, desde logo, qualquer pretensão em se erigir este direito do obreiro a um direito incontestado.

O Tribunal Superior do Trabalho aponta seu entendimento neste sentido:

ESTABILIDADE. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA/AIDS). Comprovado nos autos que o Autor foi dispensado em razão do enxugamento de pessoal na empresa, pois reduzido drasticamente o número de funcionários do setor em que trabalhava. Igualmente demonstrada a ausência de qualquer conduta discriminatória contra o Reclamante, no curso do contrato de trabalho e no momento da dispensa. Ausente qualquer violação constitucional ou legal. Arestos inespecíficos (Súmula 296 do TST). Recurso de Revista não conhecido.

(TST, RR - 21881/2002-651-09-00, 2ª Turma, Rel. Min. JOSÉ SIMPLICIANO FONTES DE F. FERNANDES, julgado em 20/09/2006, DJ 29/09/2006)

A presença do vírus no organismo do empregado, portanto, não o torna imune a uma possível dispensa. O portador da moléstia pode ter seu contrato de trabalho resilido desde que aquela (moléstia) não tenha sido a motivação para a escolha e atitude do empregador.

4.2 A LEI Nº 9.029/95 E A EXTENSÃO DA SUA PROTEÇÃO AOS PORTADORES DO VÍRUS HIV/AIDS

Em 13 de abril de 1995 foi publicada a Lei nº 9.029, que, logo em seu artigo primeiro, trouxe expressa proibição à adoção de qualquer prática que redunde em discriminação ou possa limitar o acesso ou à manutenção no emprego.⁴⁶ Ao

⁴⁵ . Ibidem, p. 315.

⁴⁶ Art. 1º da Lei nº 9.029/95 - "Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa

relacionar os critérios entendidos pelo legislador como discriminatórios, não houve a menção à doença ou moléstia que pudesse se assemelhar ou aproximar aos portadores do vírus HIV/AIDS.

Diante desta omissão legislativa, a doutrina passou a se debater em torno da aplicabilidade do novel regramento àqueles atingidos pela moléstia:

A respeito da Lei 9.029/95, discute-se, também, se o seu art. 4º contempla a discriminação ao portador do vírus HIV. Isso porque, ao proibir a dispensa por ato discriminatório, o referido artigo não trata do portador do vírus HIV.⁴⁷

A despeito desta premissa, conclui a autora, citando e acompanhando o entendimento de Luiz Otávio Linhares Renault, que a referida lei não seria aplicável aos portadores, porquanto, diante das várias referências efetuadas pelo legislador, não houve alusão às referidas pessoas. Aduz, também, que se este fosse o intento do legislador, por certo a norma traria previsão específica.

Também perscrutando deste mesmo raciocínio, leciona Sérgio Pinto Martins:⁴⁸

A Lei 9.029/95, que versa sobre a proibição de exigência de atestados de gravidez e esterilização, entre outras regras, não poderá ser utilizada por analogia para reintegração de doente de AIDS, pois refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2º, I e II, a), a estado de gravidez (art. 2º, I) ou a controle de natalidade (art. 2º, II, b), preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença.

Com o respeito que se deve, não parece ter sido esta a intenção do legislador. O próprio artigo primeiro da Lei nº 9.029/95, em sua parte inicial, menciona a proibição de “qualquer prática discriminatória”, demonstrando que a referência a sexo, origem, raça, etc, serviram apenas para exemplificar a impossibilidade de se praticar qualquer espécie de discriminação.

Os dispositivos da Lei nº 9.029/95 se coadunam com o espírito trazido a lume pelo legislador constituinte no inc. IV do art. 3º, da Constituição da República,

para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.” (BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Diário oficial [da] republica federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 abr. 1995).

47 MARGONAR, Regiane, op. cit., p. 134.

48 MARTINS, Sérgio Pinto, op. cit., p. 443.

que, além de contemplar as exatas e mesmas referências, ainda anuncia a vedação a “quaisquer outras formas de discriminação.”⁴⁹

Parece bastante evidente, portanto, que a preocupação externada pelo legislador foi apenas a de exemplificar situações discriminatórias, não trazendo um rol taxativo de hipóteses de aplicabilidade.

Importante lembrar, ainda, com esopeque na difundida teoria de Robert Alexy⁵⁰, que a regra posta pela Lei nº 9.029/95 representa o simples enunciado normativo que expressa a vontade de uma norma maior e não necessariamente escrita (na hipótese vertente, a norma que proíbe ou não admite qualquer espécie de discriminação). Em se tratando de norma e não de enunciado normativo, a sua identificação deve ocorrer no campo daquela e não desta: “é recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo.”⁵¹

Os Tribunais do Trabalho, de um modo geral, tem acolhido a aplicabilidade da Lei nº 9.029/95, procurando extrair do enunciado normativo expresso por seus dispositivos o verdadeiro sentido da norma. A decisão abaixo transcrita, proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, conquanto revele a exigência de comprovação do ato discriminatório, o que contraria o entendimento já esposado e discutido neste trabalho, demonstra o entendimento desta Corte pela aplicabilidade dos preceitos da Lei nº 9.029/95:

AIDS - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA – O ordenamento jurídico pátrio não assegura a estabilidade ao portador do vírus da AIDS. Veda contudo tratamento discriminatório conforme exegese do inciso IV, do artigo 3º da Constituição da República e artigo 1º da Lei nº 9.029/95. Portanto, para fazer jus à readmissão ou à indenização, nos termos do art. 4º, da Lei, é imprescindível prova robusta de que o fato gerador da despedida decorreu de ato discriminatório do empregador. Recurso a que se nega provimento. (TRT/02-RO-02990253500/1999; 6ª Turma; Juiz Relator: RENATO DE LACERDA PAIVA).

Também o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região entende aplicáveis os dispositivos da supracitada legislação, invocando de forma expressa a Lei nº 9.029/95 para fundamentar o acolhimento da readmissão de empregado dispensado por apresentar sorologia positiva:

49 Constituição Federal, art. 3º, inc. IV.

50 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda, 2008.

51 Ibidem, p. 54.

[...] Não é demais ressaltar que o empregador é responsável pelos atos praticados pelos seus empregados e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir (CC, art. 932, III). Em que pese inexistir em nosso ordenamento jurídico normativo legal que impeça a dispensa do portador do vírus HIV, comungo do entendimento esposado pelo eminente Ministro João Oreste Dalazen, mencionado pelo autor em sua peça de ingresso, no sentido de que 'o repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, CF/88) e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado democrático de direito (art. 1º, III, também da CF/88) sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. Invocam-se, também, como razões de decidir, e por analogia, os termos da Lei nº 9.029/95, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, e que assegura, nos casos por ela mencionados, a readmissão do empregado discriminado, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas [...]' (00395-2006-007-10-00-4 RO, PUBLICADO NO DEJT EM 15/01/2010).

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região aponta seu entendimento igualmente nesta direção, invocando a inteligência dos artigos 1º e 4º da Lei nº 9.029/95:

PORTADOR DE VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO - CONVENÇÃO OIT 159 - READAPTAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAIS. 1. A proteção contra discriminação cobra do intérprete exegese pró-ativa que efetivamente implique o operador do direito na viabilização concreta do bem jurídico perseguido. Na hipótese do portador do vírus HIV, a tutela contra discriminação desse trabalhador, tanto no âmbito da empresa, como no do estabelecimento, pode ser alcançada a partir da presunção da existência de dispensa discriminatória, quando não exista motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, para a despedida, salvo robusta prova em contrário. Inteligência dos artigos 1º. e 4º. inciso I, da Lei nº 9.029/95. 2. A discriminação velada, inconsciente e até involuntária um fenôme-

no que deve ser combatido, mas uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada pelo Judiciário. A releitura do instituto da readaptação profissional, principalmente à luz da perspectiva aberta pelo artigo 1º. da Convenção OIT 159, uma das formas de ponderação dos bens jurídicos postos em confrontação, na difícil e delicada questão que envolve a integração do portador de vírus HIV na vida social da empresa (TRT 3ª R 3T RO/9067/02 Rel. Juiz Jos Eduardo de Resende Chaves Júnior DJMG 05/10/2002 P.06).

Interessante observar, neste aspecto, a interpretação sistemática elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, demonstrando de forma inequívoca a busca pela vontade dominante da norma:

RECURSO DE EMBARGOS. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. A jurisprudência desta Corte Superior entende por presumidamente discriminatória a despedida do empregado sempre que o empregador tem ciência de que o trabalhador é portador do HIV, e não comprova que o ato foi motivado por outra causa. Aplicação e interpretação dos arts. 3º, inciso IV, 5º, inciso XLI, e 7º, inciso I, da Constituição Federal, da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, dos arts. 1º e 4º da Lei nº 9.029/95 e arts. 8º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho. Embargos não conhecidos. (Processo: E-ED-RR - 2438/2001-069-09-00.3 Data de Julgamento: 06/11/2008, Relator Ministro: Vantuil Abdala, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 14/11/2008).

Inclina-se, portanto, a jurisprudência no sentido de reconhecer que a Lei nº 9.029/95, a despeito de não capitular de forma expressa sua extensão aos portadores do diagnóstico soropositivo, a eles se aplica uma vez que abrange suficientemente qualquer forma de discriminação, quer no tocante a critérios de admissão, quer no tocante à manutenção do emprego ou por ocasião da sua terminação. Agem com acerto os tribunais ao interpretarem desta maneira, porquanto o bem maior protegido pela legislação em comento é, em última instância, a dignidade do trabalhador, mediante a abolição de quaisquer práticas discriminatórias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vírus da imunodeficiência humana (HIV), transmitido principalmente através do contato com determinados fluidos orgânicos, ataca as defesas naturais do organismo humano, deixando-o vulnerável ao ataque de diversas outras doenças. A manifestação do vírus e a deterioração do organismo por ele provocada caracterizam o aparecimento da doença conhecida como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou vulgarmente conhecida como AIDS.

O portador do vírus ou da doença sofre, historicamente, discriminação no seio da sociedade, principalmente em virtude da ausência de conhecimento a respeito das suas formas de transmissão e, ainda, em razão de, quando do seu surgimento, ter sido associada ao comportamento sexual de seus portadores.

No meio ambiente de trabalho a discriminação pode acontecer de forma direta ou indireta, considerada esta última a discriminação velada, através da utilização de subterfúgios, tais como o isolamento, a ausência de progressão na carreira, etc.

A dificuldade de comprovação da discriminação, mormente a indireta, tem conduzido a jurisprudência a considerar presumida a sua existência na hipótese de dispensa de empregado portador do vírus.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, de forma específica, qualquer espécie de estabilidade ao soropositivo. Veda, no entanto, a dispensa discriminatória. Ao albergar o princípio da não discriminação, o ordenamento restringe o direito potestativo do empregador de resilir o contrato de seus empregados. Entende-se como discriminatória a dispensa que estiver fulcrada em motivo que não possa ser considerado válido, tal como o estado de saúde do empregado, por exemplo.

Neste compasso, a lei nº 9.029/95, que tem por escopo evitar a discriminação no ambiente de trabalho, muito embora não mencione especificamente os portadores do vírus, a eles é plenamente aplicada tendo em vista que as hipóteses por ela fixadas são meramente exemplificativas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo, SP: Malheiros Editores Ltda, 2008.

ANGEMARI-CAMON, Valdemar Augusto. **O doente, a psicologia e o hospital**. São Paulo, SP: Pioneira Thomson Learning, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e responsabilidade civil**. São Paulo, SP: Atlas, 2002.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**. São Paulo, SP: Atlas, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. São Paulo, SP: Forense Universitária, 2008.

_____. **Os direitos da personalidade**. 6. ed. São Paulo, SP: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: Campus, 1992.

BRASIL. **Portaria MTE nº 1.246, de 28 de maio de 2010**. Exames Médicos Admissoriais e Periódicos - Testagem HIV Proibição. **Diário oficial [da] republica federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 maio 2010.

_____. Projeto de Lei do Senado, nº 145 de 2006. Dispõe sobre restrições à despedida arbitrária ou sem justa causa do empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), do Vírus HCV (Hepatite C) e de doença grave e contagiosa, e dá outras providências. **Diário oficial [do] Senado Federal**, Brasília, DF, 19 maio 2006. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=40056>> Acesso em: 20 nov. 2010.

_____. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário oficial [da] republica federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 abr. 1995.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil - 1988. **Diário oficial [da] republica federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. **Convenções OIT – Brasil**. Convenção 111: Convenção Concernente à Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão. 5 Jul. 1958. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/rel_internacionais/conv_111.pdf> Acesso em: 19 out. 2010.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário oficial [da] republica federativa do Brasil**, Brasília,

lia, DF, 9 ago. 1943.

CASTILHO, Euclides Ayres. Aids (1981-97): o rastro da tormenta. **Revista USP**, São Paulo, n. 33, p. 6-19, mar./mai. 1997.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo, SP: Quórum, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo, SP: LTr, 2009.

HISTORIA da Aids. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>> Acesso em: 4 nov. 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, SP: Atlas, 2009.

MARGONAR, Regiane. **O empregado portador do vírus HIV/AIDS**. São Paulo, SP: LTr, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2004.

SOARES, Rosana de Lima. **Imagens veladas: Aids, imprensa e linguagem**. São Paulo, SP: Annablume, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo, SP: LTr, 1996.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993.

Recebido em: 02 Maio 2011

Aceito em: 17 Maio 2011

