Globethics Repository

Globethics

“Pensando alto” sobre direitos humanos e empresa
["Thinking out loud" on human rights and business rights]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Silva Brugger, Andrey da;Barbosa, Thais da Silva
Publisher	UFJF - Universidade Federal de Juiz de Fora
Rights	With permission of the license/copyright holder
Download date	2026-11-16 11:59:03
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/234352

"PENSANDO ALTO" SOBRE DIREITOS HUMANOS E EMPRESA: A QUESTÃO DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

Andrey da Silva Brugger[1]

Thais da Silva Barbosa[2]

RESUMO: O presente trabalha tem por objetivo "pensar alto" sobre a questão do empregado portador do vírus HIV e o tratamento dado pela ordem normativa brasileira. Em um primeiro momento, essa afirmação pode gerar a sensação de que o foco está apenas na legislação brasileira, o que não se verifica. Há um recorte espacial quanto à incidência da questão a ser pensada. Dessa forma, a análise tem seu foco na relação entre o empregado brasileiro (ou que possui sua relação de emprego ou trabalho regulada pelas leis trabalhistas brasileiras) e as empresas – nacionais ou multinacionais – que no Brasil exercem suas atividades. Para este desiderato, contamos principalmente com as formulações teóricas do liberalismo igualitário de Carlos Santiago Nino e dos estudos sobre dignidade da pessoa humana de Luis Roberto Barroso.

Palavras-chave: empregado acometido pelo vírus HIV; direitos humanos; empresa; ordem normativa; eficácia de direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a tutela do empregado portador do vírus HIV e o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Buscaremos apontar breves notas quanto a questão pelo prisma do sistema normativo constitucional brasileiro, tendo em conta alguma doutrina sobre o tema e tentando colacionar

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica, *campus Verbum Divinum*, em Juiz de Fora – MG. Pesquisador do Centro de Direito Internacional – CEDIN. Advogado-apoiador da ONG Advogados Sem Fronteiras. Advogado. andreybrugger@hotmail.com

[2] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. t.silvabarbosa@gmail.com

alguma jurisprudência para reforçar os pontos defendidos e montar uma imagem de como os tribunais têm discutido a questão proposta.

A leitura do problema adota um viés mais constitucional do que propriamente uma leitura pelo campo do "direito do trabalho", não que acreditemos que exista uma separação entre os campos[3], mas se deseja deixar claro que o ponto de equilíbrio da argumentação está nos fundamentos trazidos pela Constituição Federal e por compromissos internacionais assinados pelo Brasil e incorporados em seu sistema jurídico, lastrearemos a argumentação através do conjunto de direitos fundamentais. Essa nota introdutória é importante para que o leitor crítico e atento possa rechaçar desde logo uma impressão de que os argumentos por ventura desenvolvidos com olhos nacionais possam significar o "fechar de portas" para a realidade da globalização do trabalho. Passaremos por essa questão daqui a algumas linhas.

Nessa esteira, o referencial teórico básico se apoia na corrente política do liberalismo igualitário, com base em escritos de Carlos Santiago Nino (1997), e nos recentes estudos sobre o conceito de dignidade humana, realizados pelo professor Luis Roberto Barroso (2012), quando ele destrincha a dignidade humana em valor intrínseco, autonomia e valor comunitário. Assim, buscaremos afirmar o que nos parece essencial desta pesquisa que ainda caminha: o dever de solidariedade da comunidade brasileira como um valor capaz de atribuir substrato para o tratamento de proteção afirmativa ao empregado contagiado pela moléstia da AIDS e como o ordenamento, sem negar a livre iniciativa empresarial, também tem a dignidade do empregado em alta conta.

2. EM BUSCA DA IGUALDADE E TRATAMENTO DIGNO

O presente trabalho está marcado teoricamente pela base da corrente política do liberalismo igualitário, principalmente pelos escritos de Carlos Santiago Nino (1997), e pela noção de dignidade da pessoa humana como algo intrínseco ao ser humano, que traz autonomia ao indivíduo e encontra na comunidade abrigo como

[3] Na verdade, os autores acreditam de forma firme que o Direito é uno. Acredita mos que a divisão entre "direito constitucional" ou "direito do trabalho", por exemplo, é apenas uma questão metodológica para facilitar o ensino dos ramos do Direito.

valor desta comunidade, sendo verdadeiro princípio para interpretação de políticas e decisões.

Desta feita, teremos sempre em mente que direitos constitucionais são direitos morais que tem por mote a autonomia a generalidade e universalidade dos indivíduos (NINO, 1997, p.73). Em breve resumo, pela perspectiva do liberalismo igualitário trazido por NINO, há três princípios a serem respeitados: autonomia do indivíduo, inviolabilidade da pessoa e dignidade da pessoa. Esses princípios, como afirma o autor

> constituyen una base amplia de la cual se deriva um considerable grupo de derechos individuales que conforman la dimensión ideal sustantiva de la constitución compleja. El principio de autonomía personal determina los bienes que son el contenido de aquellos derechos; la inviolabilidad de la persona describe la función de aquellos derechos a través de establecer barreras de protección de los intereses individuales contra demandas basadas sobre intereses de otras personas o de algún todo colectivo; y la dignidad de la persona da lugar a um tratamiento dinâmico de los derechos a permitir el consentimiento de los individuos para servir de fundamento a las responsabilidades y obligaciones que los limitan. (NINO, 1997, p.82)

Assim, é sugerido a conjugação uma dos valores da igualdade e liberdade, sugere-se "uma igual distribuição de liberdade" (p.88). Assim, de início, afirmamos que o tratamento dado pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, consubstanciado nas diretrizes internacionais, auxilia – e assim deve ser – de forma primorosa na manutenção da dignidade dos empregados, mormente aqueles afetados pela moléstia do vírus HIV, que é objeto deste estudo.

Está expressa na nossa constituição que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República federativa do Brasil, como se vê do artigo 1º, III[4], da Constituição Federal.

Em recente estudo, o professor Luis Roberto Barroso (2012) trouxe uma nova visão sobre a natureza jurídica da tão proclamada dignidade da pessoa humana. Conclui, em apertadíssima síntese, que o instituto se assemelha mais a um princípio constitucional do que a um direito fundamental autônomo, posto que oriente o

[4] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana.

debate no caso concreto e serve de parâmetro na interpretação da legislação. Acreditamos que tal visão é extremamente acertada, já que fica difícil imaginar que algum direito possa prescindir da dignidade humana em um eventual conflito.

Nos estudos em questão, chama a atenção a tripartição do núcleo conceitual da dignidade humana, a saber: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Todo ser-humano possui dignidade, por ser um valor intrínseco, próprio ao fato de ser pessoa. Aqui, em nossa visão, o professor Luis Roberto Barroso dá um passo além de Kant. Embora ambos partam da noção do "homem como fim em si mesmo", sendo todos os seres humanos merecedores do mesmo respeito e consideração, de forma que não deve ser instrumento para outro homem ou para o Estado, para Kant, a dignidade vem com a razão (SANDEL, 2012, p.139). O ser racional capaz de se autogovernar pelos imperativos categóricos possuiria dignidade. Segundo o estudo do professor Luis Roberto Barroso, a pessoa nasce com dignidade, disso decorrendo que mesmo aquele que nascer com alguma enfermidade que iniba ou reduza as funções cerebrais e, portanto, o discernimento, a razão, possui dignidade. Logo, não importa as condições, digamos, físicas ou fisiológicas, não importa se do gênero masculino ou do gênero feminino, se sadio ou afetado por alguma moléstia, todas as pessoas possuem dignidade, são merecedoras de respeito e consideração. A dignidade não é algo concedido ou que possa ser perdido, trata-se de um traço essencial de ser pessoa. Essa noção é importante, porque é corrente dizer que o resultado atestando a contaminação pelo vírus HIV é praticamente a "morte civil" do infectado, posto que violências simbólicas passam a ser perpetradas contra o indivíduo, por exemplo, algumas pessoas do circulo de convivência passam a se afastar, medos existenciais passam a acometer o doente; imaginamos que a vida, antes tida como plena, passa a estar em xeque. Dessa forma, o valor intrínseco de dignidade deve ser reforçado a todo o momento.

Quanto à autonomia, é a faculdade de a pessoa buscar seus próprios interesses, ter seu próprio direcionamento do que seja a vida boa, direcionar seus esforços para seus planos, a liberdade de viver seus afetos, de dispor de seu patrimônio, de alcançar seus objetivos, em suma, escrever sua própria história. Tal

autonomia, segundo o professor Luis Roberto Barroso, consiste em razão (tomar decisões de forma bem informada, refletindo sobre os fatos apresentados), independência (ausência de coerção e privações mínimas) e, por consequência, a escolha (existência real de alternativas). Realmente, só existe autonomia, quando o cidadão possui as condições reais e simbólicas de se autodeterminar. No caso do presente estudo, o cidadão precisa saber que tem a segurança de que poderá ter as mesmas chances de disputar um certame ou de permanecer em seu posto de trabalho, seja na condição de ser um cidadão saudável ou portador de HIV ou acometido de outra moléstia. Certamente que algumas precauções serão tomadas, mas que estas não sejam discriminatórias. Nesse sentido, vale a pena conferir a Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho[5]. O valor comunitário, por sua vez, traz a questão de uma dignidade construída também pela, e através, da comunidade, das pessoas que cercam o indivíduo. O indivíduo não é apenas um pedaço no organismo social e tampouco as crenças difundidas entre os demais indivíduos devem ser desprezadas. Tais crenças devem poder ser compartilhadas por pessoas bem dispostas e livres, parte-se da premissa de que os valores são laicos. Trata-se de uma troca entre indivíduo e sociedade. A autonomia individual sofre uma restrição perante costumes, valores e até mesmo direitos de outras pessoas que são tão autônomas quanto o indivíduo em questão; esta seria uma primeira visão do valor comunitário.

Uma segunda visão sobre o valor comunitário seria enxergar pelo prisma das normas impostas pelo Estado, que também são manifestações dos consensos sociais mínimos. De forma que nos parece que a igualdade, a não discriminação e a solidariedade são traços assumidos pela comunidade brasileira. A igualdade é estampada no artigo 5º, inciso I da Carta Magna. No aspecto da solidariedade, como dito, a Constituição federal de 1988 traz em seu artigo 3º, I[6], que constitui objetivo fundamental da República federativa brasileira construir uma sociedade livre, justa e

[5] Organização Internacional do Trabalho. Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho. Acesso em: 15 de março de 2013.

[6] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária

solidária. Não há espaço, no projeto constitucional, para a exclusão (MORAES,2010,p.239). Parece-nos consensual a ideia de sermos a partir do Outro. Basta ter sensibilidade para entender que, tendo essa perspectiva da solidariedade, da inclusão, aliada à noção de vedação a discriminação de qualquer natureza (artigo 3º, inciso IV[7], Constituição Federal 1988), deve o poder público continuar fomentando a proteção ao empregado portador do vírus HIV, até como medida da promoção se sua cidadania. Essa atitude estatal é consentânea com o valor comunitário da solidariedade.

Infelizmente, para este trabalho, não temos uma pesquisa empírica para demonstrar que a solidariedade seja um valor assumidamente incorporado na comunidade brasileira. Nada obstante, consideramos que a Constituição Federal é um manual de instruções ou uma carta de apresentação de nossa comunidade, sendo assim, para o estrangeiro que queira saber quais valores nos orientam e pegue para ler nossa carta constitucional, lerá, sem dificuldades e sem apelar para hermenêuticas avançadas, que a solidariedade, a não discriminação, a igualdade, a cidadania, o valor social do trabalho e outros valores de mesma envergadura são assumidos pela comunidade brasileira, tanto que expressos literalmente na Constituição Federal vigente.

3. O PRAZER E LABOR NÃO SÃO MAIS RISCO DE VIDA (E, POR VEZES, TEM ATÉ ROCK AND ROLL).

A AIDS é tida como uma ameaça desde a década de 1980 do século passado; aniquilou vidas pelo seu efeito devastador em uma época que a medicina não estava preparada para lidar com os efeitos da doença e pela ignorância da sociedade que fazia com que o infectado pelo vírus HIV, além de suportar os efeitos da moléstia, também sofresse com o preconceito.

Essa ignorância de ignorar e/ou ignorar sabendo que ignora por parte da sociedade acabou por levar os indivíduos infectados à marginalidade social, à exclusão,

[7] Art. 3º (...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

o que também gerou efeitos no sistema de postos de trabalho. Hoje, porém, o quadro parece sinalizar uma luz no fim do túnel, luz que não é de um trem.

A medicina a e a indústria farmacêutica evoluíram e, nos dias de hoje, há o chamado "coquetel" capaz de dar sobrevida com algum grau de conforto aos soropositivos. Ainda não há cura, porém há esperança.

Desta forma, o dever de solidariedade social deve ser cobrado para através da educação diária da cidadania e as práticas institucionais, o soropositivo possa seguir sua vida sem sofrer violências simbólicas por parte da comunidade em que convive e, com o auxílio luxuoso dos remédios e tratamento médico, possa continuar dirigindo seus projetos e decidindo por si seu caminho e sua concepção sobre o que seja uma vida boa.

Embora a dificuldade de lidar com a doença persista nos dias atuais, tanto no convívio social como com a doença em si, a possibilidade (e realidade) de o soropositivo viver uma vida mais digna, na acepção usual do termo, está diretamente ligada à prestação por parte do Estado de políticas públicas de inserção do acometido, o que pode ser verificado através da própria possibilidade de conseguir os medicamentos necessários ao tratamento gratuitamente.

Hoje, o cidadão pode viver sua vida, seus afetos, seu sexo, com as drogas para combater a AIDS, com os cuidados necessários, trabalhar com tranquilidade, podendo curtir até seu rock and roll[8]. Vejamos como isso é possibilitado no plano normativo.

4. O SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A promoção da dignidade da pessoa humana e, para este estudo, principalmente a dignidade do empregado que se vê afetado pelo vírus da AIDS passa necessariamente por um sistema de direitos fundamentais que possibilite a liberdade e a autonomia do cidadão em seu mais alto grau.

[8] Referência clara e direta a Cazuza, cantor e compositor dos mais brilhantes, que também foi acometido pela AIDS.

Na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789[9] está posto no artigo 16 que "qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Isto porque a garantia de direitos – direitos fundamentais/humanos – faz com que o Estado tenha que respeitar a individualidade, o sentido de vida boa de cada pessoa; e, de outro lado, faz com que essa pessoa respeite os direitos de outras pessoas tão humanas e, portanto, tão livres quanto ela.

A previsão de um sistema de direitos fundamentais é elemento de grande relevância para o Estado de Direito, visto ser a via de limitação e condicionamento do alcance do poder estatal. Com a constitucionalização de direitos e sua consagração jurídica à categoria de fundamentais, tem-se que o Estado deverá respeitar, proteger e fomentar certos aspectos da vida individual (ALEXY,2008), como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, inserção ampla dos cidadãos no mercado de trabalho, sendo vedada qualquer discriminação quanto a escolha e demissão do cidadão que disputa ou está no posto de trabalho, visto que essas garantias individuais estão positivadas no diploma normativo de maior hierarquia. Assim, por exemplo, o comportamento que vise a distinguir negativamente trabalhadores "sadios" (sem moléstias) daqueles trabalhadores acometidos por alguma doença, no caso do presente trabalho, a AIDS, deverá levar em conta o âmbito de proteção assegurado pela Constituição aos direitos subjetivos do indivíduo, sendo que, constatado o caráter discriminatório, tal comportamento será ilegal e, principalmente, inconstitucional, merecendo ser nulo o ato de demissão, tendo por consequência a reintegração.

No Estado de Direito, a inserção do sistema de direitos fundamentais na ordem constitucional significa a positivação do indivíduo como sujeito de direitos com garantias que não podem ser suprimidas e ignoradas pelo Estado e tão pouco lesadas por terceiros. Esse sistema de direitos é o âmbito em que o Direito concretiza o auto-respeito do indivíduo (HONNETH, 2003), que passa ter os olhos da ordem normativa voltados para si. Dessa forma, cria-se uma área delimitada em que a ingerência estatal não tem lugar. Quando a mulher adquire essa consciência de um espaço para

[9] O belo texto da Declaração pode ser consultado em: < http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso: 08 de abril de 2013.

desenvolvimento de sua autonomia, ela adquire a autoconfiança para criar sua própria identidade intersubjetiva em relação ao outro (TAYLOR *apud* FERES e COUTINHO, 2011,p.156) que através desse sistema de direitos toma a atitude de buscar respeito e consideração por seus projetos de vida, visões de mundo e desejos. Esse auto-respeito tende a ser partilhado pelos indivíduos reciprocamente, ajudando na formação de uma sociedade plural, em que mulheres e homens interagem direcionados ao respeito recíproco. Obtendo o reconhecimento dos já citados valor intrínseco, valor comunitário e sendo possível a plena autonomia. Nos dizeres de Habermas (2007), o teor intersubjetivo desses direitos exige a consideração recíproca de direitos e deveres, em proporções simétricas de reconhecimento.

Esse reconhecimento demandará, por vezes, redistribuição, isto é, por vezes será necessária uma maior proteção por parte das instituições e da legislação para que determinados indivíduos sejam tutelados contra alguma forma de opressão, dentre elas a discriminação por conta de uma moléstia que os afeta. Nos dizeres de NINO (1997, p.92): "*uno puede limitar la autnomía de alguien si de ello resulta um incremento de la autonomía de las personas que son menos autónomas que aquellos cuya autonomía está siendo diminuida*".

.

5. MAIS ALGUMAS BREVES NOTAS SOBRE A QUESTÃO DA TUTELA DO EMPREGADO SOROPOSITIVO.

Sem dúvidas, o sistema de garantias fundamentais estende a análise da questão. Tendo por ponto inicial a promoção da dignidade da pessoa humana destrinchada, ainda que em síntese, alhures, podemos identificar mais algumas questões importantes para salientar essa tutela dos direitos do empregado acometido pela AIDS.

No plano nacional, para além da segurança do cidadão dada pela ciência de que disputará os postos de trabalho em iguais condições, importante aspecto da autonomia e de sua dignidade é a possibilidade de continuar dirigindo sua própria

vida. Para isso, sabe-se que a Lei 8213/1991, em seu artigo 151[10], faculta ao empregado, que não se sinta mais capaz de laborar, a aposentadoria por invalidez, chamada "invalidez social". Entretanto, no caso de o cidadão se sentir confortável para continuar a trabalhar, esse direito de acesso e permanência nos postos de trabalho deve ser garantido em sua totalidade. A escolha é do indivíduo.

Nessa esteira de resguardo dos direitos sociais da pessoa, temos a exegese do artigo 6º da Constituição Federal[11] que afirma que o direito do trabalho é um direito social e, por consequência, direito fundamental. Vale a pena ver a afirmação de Inocêncio Mártires Coelho[12] quando a este *status* alcançado pelos direitos sociais através da prática estatal:

> (...) foi graças à atuação estatal - ora mais agressiva, ora mais menos intensa – que os *direitos sociais*, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas ou generosos, lograram alcançar o *status* de *direitos fundamentais*, vale dizer, a condição de direitos oponíveis *erga omnes* – até mesmo contra o Estado, que, ao constitucionaliza-los, dotou suas normas de *injuntividade* (...). [itálico no original].

Dito isso, podemos extrair que a ordem normativa brasileira atribui aos empregados soropositivos alguns direitos subjetivos que devem ser observados por todos, a começar pelo direito à vida e à integridade física. O cidadão tem direito a exigir que seja tratado com respeito e consideração, tendo direito, inclusive, a tratamento gratuito por parte do Estado, para que sua vida seja preservada. Não se cuida aqui de evitar a morte – tarefa inglória e impossível para o ser humano -, cuida-

---

[10] Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); síndrome da deficiência imunológica adquirida-Aids; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

[11] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)

[12] MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010. (pág. 821-822).

se, na verdade, de promover condições para uma vivência digna, com respeito a sua condição e integridade do seu corpo.

O direito à integridade também alcança a integridade psíquica, psicológica, isto é, o natural distúrbio pela notícia da infecção não pode ser aumentada por humilhações por parte dos pares e, no setor de trabalho, por seus superiores. Isso implica que o indivíduo que sofre da doença deve ter sua condição psíquica também resguardada.

Importante direito resguardado é também o direito a proteção da vida privada. No que tange ao direito do trabalho, o Ministério do Trabalho emitiu a Portaria nº 1246/2010[13], que em seu artigo 2º proíbe o exame de constatação do HIV para admissão em empregos ou em outras hipóteses, como se vê:

> Art. 2º. 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.
>
> Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não obsta que campanhas ou programas de prevenção da saúde estimulem os trabalhadores a conhecer seu estado sorológico quanto ao HIV por meio de orientações e exames comprovadamente voluntários, sem vínculo com a relação de trabalho e sempre resguardada a privacidade quanto ao conhecimento dos resultados.

É bem de ver que a privacidade é resguardada, mas campanhas e programas podem incentivar cuidados e o conhecimento por parte do empregado.

Alguns outros direitos do empregado que se encontra acometido pelo vírus HIV são: saque do FGTS antecipadamente, inclusive para tratamento da doença. Para isso, o trabalhor deve solicitar ao seu médico um atestado com o Código Internacional das Doenças (CID) assim que obter ciência de sua condição de soropositivo e fazer o requerimento junto à Caixa Econômica Federal para efetuar o saque dos depósitos do FGTS. Tem também o direito a isenção do imposto de renda mediante comprovação pericial, não tributação em benefícios como aposentadoria, reforma e pensão. Como já citamos, também tem direito a auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente

[13] <http://www.solmetra.com.br/shownews.php?id=12>. Acesso em: 19 de março de 2013.

de tempo de carência desde que já seja filiado à Previdência Social quando acometido pela doença.

Quanto a questão do diálogo das fontes internas e externas também vale uma breve nota. Nosso ordenamento permite o acoplamento dialógico através dos ditames dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Carta Constitucional. O parágrafo 2º é claro ao afirmar que "[o]s direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Acrescentemos a isso o ditame do parágrafo 3º, positivado na carta constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sobre a possibilidade de "[o]s tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros" terão *status* de emenda constitucional. No "desenho normativo" brasileiro é importante o assentado no julgamento do Recurso Extraordinário 466-343/SP, quando o Supremo Tribunal Federal brasileiro construiu o entendimento de que os tratados internacionais aprovados, mas sem o quórum de emenda constitucional, possuem *status* supralegal, ou seja, estão na escala normativa abaixo da Constituição, mas "acima" das leis infraconstitucionais, o que revolucionou o entendimento quanto a hierarquia normativa no direito pátrio.

No que toca a questão da discriminação, merece destaque o que traz a Convenção 111 da OIT:

> Artigo 1º.
>
> 1 - Para os fins da presente Convenção, o termo "discriminação" compreende:
> a- toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
> b - qualquer outra distinção; exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
> 2 - As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como

> discriminação.
> 3 - Para os fins da presente Convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

O sistema normativo brasileiro, como visto, também segue a questão da vedação à discriminação[14]. Por exemplo, os seguintes dispositivos: os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1°, III); os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidário (art. 3º, I) e promover o bem de todos, independentemente de origem, raça, cor, idade e toda e qualquer forma de discriminação (3°, IV); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (7º, XXX); justiça social assegurada pela redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego (170, VII e VIII).

Nesse sentido, vejamos alguns exemplos do tratamento jurisprudencial destinado a essas notas como um todo:

> **DISPENSA. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA**. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunicado da rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção de rescindir o contrato cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. O reconhecimento de que a atitude provocou abalo moral é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Recurso provido para reconhecer a ocorrência de dano moral e condenar a ré ao pagamento de indenização. (TRT 09ª R.; Proc. 99512-2006-025-09-00-6; Ac. 32574-2008; Segunda Turma; Relª Desª Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; DJPR 09/09/2008)

> EMPREGADA PORTADORA DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. Consoante entendimento firmado pelo TST, **presume-se discriminatória a dispensa de empregada portadora do vírus HIV, cuja doença é conhecida pelo empregador**. Assim, a ausência de comprovação de fato adverso que infirme a presunção de que a despedida ocorreu por ato de segregação impõe a reintegração da empregada, em observância às regras do ordenamento jurídico que repudiam a dispensa discriminatória e arbitrária. (TRT 12ª R.; RO 02747-2006-054-12-00-2; Segunda Turma; Redª Desig. Juíza Lourdes Dreyer; Julg. 02/09/2008; DOESC 11/09/2008)

[14] Vale a pena o conhecimento da Lei 9029 de 1995. < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2013.

EMPREGADO PORTADOR DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. *Não há como presumir que tenha sido discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV, quando transcorridos mais de 10 anos após o conhecimento da ré*. (TRT 12ª R.; RO 00202-2008-016-12-00-7; Segunda Turma; Relª Juíza Lourdes Dreyer; Julg. 05/09/2008; DOESC 23/09/2008)

REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. **EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV**. DIREITO POTESTATIVO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL ENCONTRA LIMITES NOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O que se verifica, modernamente, é uma autêntica mitigação do direito potestativo de resilição contratual, em homenagem ao princípio da função social do contrato e à própria moralização das relações jurídicas no Estado Democrático de Direito, que privilegia a dignidade do ser humano. **Devida a reintegração**, pois ao mais fraco deve ser assegurado um "standard" mínimo de direitos e de proteção jurídica, que possibilite uma vida digna. Há que se observar que a propriedade tem função social, nos termos do comando constitucional. (TRT 02ª R.; RO 02172-2004-066-02-00-0; Ac. 2007/1088851; Décima Turma; Relª Juíza Marta Casadei Momezzo; DOESP 15/01/2008; Pág. 731)

EMPREGADA PORTADORA DA DOENÇA DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA NÃO CONFIGURADA. Não há como presumir que o contrato de experiência da autora não tenha sido renovado ou prorrogado ao seu término por ser ela portadora do vírus HIV, sendo necessária a prova da alegada discriminação, o que não restou configurado. (TRT 12ª R.; RO 00673-2007-043-12-85-0; Segunda Turma; Rel. Juiz Edson Mendes de Oliveira; Julg. 26/02/2009; DOESC 12/03/2009)

NULIDADE DA DESPEDIDA. DISCRIMINAÇÃO. HIV. DEPRESSÃO. situação em que não há prova nos autos de que a despedida se deu pelo fato de o autor estar contaminado com o vírus HIV, bem como da existência de nexo causal entre a depressão do autor e o trabalho por ele desenvolvido. Inviável se reconhecer a garantia no emprego pleiteada. Provimento negado. (TRT 04ª R.; RO 00211-2007-017-04-00-7; Oitava Turma; Relª Desª Conv. Maria Madalena Telesca; Julg. 07/10/2008; DOERS 20/10/2008)

MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DE VÍRUS HIV. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. Não há direito líquido e certo oponível contra decisão que, em antecipação de tutela, determina a reintegração de empregada portadora de vírus HIV. Aplicação da OJ nº 142 da SDI-II/TST. (TRT 04ª R.; MS 01800-2008-000-04-00-1; Primeira Seção de Dissídios Individuais; Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo; Julg. 18/07/2008; DOERS 30/07/2008)

REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. Havendo prova nos autos de que a despedida do empregado portador do vírus HIV não se deu por motivo discriminatório, impõe-se a rejeição do pleito de reintegração no emprego e indenização por dano moral. Ademais, contrariando a tese trazida nas razões recursais, não se vislumbra a intenção do empregador de impedir o reclamante de usufruir de direitos previdenciários que, de qualquer sorte, estão assegurados nos termos da Lei nº 7.670/88. O fato de o reclamante ser portador do vírus HIV não é pressuposto suficiente para a existência de estabilidade, não havendo, no ordenamento jurídico pátrio, regra concedendo estabilidade ou garantia de emprego ao portador do vírus. (TRT 04ª R.; RO 00043-2007-026-04-00-0; Sexta Turma; Rel. Des. Marçal Henri dos Santos Figueiredo; Julg. 09/07/2008; DOERS 18/07/2008)

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. **EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. DANO MORAL**. Impõe-se manter a sentença que, após análise minuciosa dos fatos e interpretação sistemática das normas constitucionais que garantem a dignidade da pessoa humana e repudiam o preconceito e a discriminação, vedando a dispensa arbitrária (art. 7º, I), determina a **reintegração do empregado dispensado por ser portador do vírus HIV, condenando a empresa, ainda, à reparação do dano moral causado ao obreiro**. (TRT 12ª R.; RO 01963-2007-036-12-00-0; Terceira Turma; Rel. Juiz Gerson Paulo Taboada Conrado; Julg. 08/01/2009; DOESC 22/01/2009)

REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. Aos soropositivos deve ser dado tratamento que assegure sua vida digna. A moléstia, como é sabido, é incurável, sendo necessário tratamento e medicamentos de forma permanente. A **garantia de emprego** encontra amparo na função social do contrato e vedação ao abuso de direito. No momento em que é despedido, estando debilitado psicológica e fisicamente devido ao acometimento da doença infamante, e tendo como agravante o fato de que nestas condições não vai conseguir colocação em nenhum outro tipo de atividade, **o empregado infectado com o vírus HIV deve ser protegido e ter garantia do emprego**, para o bem de poder dignamente obter sustento e manter o poder aquisitivo. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites em hipóteses tais como as de ato discriminatório ou fraudulento, assim também em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, inciso III, da CF) e de fundamentos como o da dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho (incisos III e IV do art. 1º da CF), sendo, a prática da dispensa por motivo discriminatório, incompatível com a prevalência e a realização desses princípios. Vedação ao rompimento do contrato de trabalho por ato discriminatório do empregador, garantindo, ao empregado, direito à reintegração, que encontra amparo na Lei nº 9.029/95. Reintegração ao emprego mantida. Recurso não provido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Condenação em honorários advocatícios à razão de 20% que não encontra lugar no âmbito do processo do trabalho. A verba honorária em questão é devida nos termos da Lei nº 1060/50, mormente quando declarada, pelo reclamante, sua condição de insuficiência econômica. Não se pode mais entender que a assistência judiciária fica limitada ao monopólio sindical. Honorários assistenciais devidos à razão de 15% do que se apurar sobre o valor bruto da condenação (Súmula nº 37

> deste Regional). Recurso provido, em parte. (TRT 04ª R.; RO 00753-2007-006-04-00-6; Oitava Turma; Relª Juíza Ana Luíza Heineck Kruse; Julg. 24/04/2008; DOERS 28/05/2008) CF, art. 170)

Talvez um questionamento que ficará para um próximo trabalho nosso ou do leitor crítico que até aqui nos acompanhou – já que precisaria de uma pesquisa mais empírica e detalhada - é quanto ao perigo de expressões como "a jurisprudência vem entendendo" e outros conceitos amplos que podem levar não a uma proteção do indivíduo, mas sim a um perigoso ônus de prova diabólica para a empresa, criando um desequilíbrio desnecessário e desarrazoado se houver a espécie de "estabilidade vitalícia" para o empregado quando o empregador é "pego de surpresa" e não tem como comprovar que a demissão não foi por preconceito ou discriminação.

Partindo para a conclusão, verificamos por esse breve painel normativo que o Brasil veda a discriminação, busca, na verdade, a solidariedade e a promoção da pessoa. É visto também que, admite, claramente, o capitalismo, mas com o viés social. Essa condição se espraia para os princípios informadores do "direito do trabalho", como a proteção do empregado e o princípio da aplicação da melhor norma.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou analisar a tutela do empregado portador do vírus HIV pela perspectiva política do liberalismo igualitário e o dever de solidariedade na ordem normativa brasileira, primeiro como uma mensagem de esperança, tendo em conta a evolução médico-farmacêutico do tratamento da AIDS. O prazer, os projetivos de vida e o labor não são mais risco de vida, havendo uma alegria e conforto como ouvir um bom rock and roll.

Pretendemos demonstrar o tratamento dispensado pela ordem normativa, exaltando o prisma constitucional dos direitos subjetivos garantidos ao empregado soropositivo, que merece todo o respeito e consideração por seu valor intrínseco e por ser uma diretriz constitucional o valor comunitário de dever de solidariedade.

Uma vez positivados os direitos, fica ainda mais claro que os direitos sociais têm força normativa e aplicabilidade imediata. Colacionamos também alguns

precedentes que chancelam a proteção ao empregado contra demissões arbitrárias fundadas tão somente na condição de infectado pela moléstia da AIDS.

Discutimos a importância das diretrizes internacionais, principalmente as provenientes da Organização das Nações Unidas – ONU, para resguardo e concretização de direitos no Brasil.

Enfim, para concluir, é bem de ver que as condições para a promoção da dignidade dos empregados soropositivos, que antes são pessoas humanas – por óbvio -, são tidas como importantes pelo ordenamento jurídico, dando o suporte real e simbólico para as pessoas continuarem a dirigir por si seus projetos pessoais e concepções de vida boa.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais***.** Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz (português de Portugal) – 12ª ed. – Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*. São Paulo: Saraiva, 2011

FERES, Marcos Vinício Chein; COUTINHO, Priscila de Oliveira. *Estado, Direito e Sociedade Civil: direito, criminalidade e políticas sociais.* In: Instituições de direito – Bruno Amaro Lacerda (Org.), Flávio Henrique Silva Ferreira (Org.), Marcos Vinício Chein Feres (Org.). Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2011.

HABERMAS, Jünger. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estadodemocrático de derecho en términos de teoria del discurso***.** Tradução Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 3ª ed., 2001.

_____. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política***.** Trad. George Sperber,Paulo Asto Soethe, Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 3ª ed., 2007

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* .Tradução de Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil* – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Editorial Gedisa, 1997.

Organização Internacional do Trabalho. *Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho*. Disponíevel em: http://www.oitbrasil.org.br/content/recomenda%C3%A7%C3%A3o-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho. Acesso em: 28 de Novembro de 2012.

SANDEL, Michael J. Justiça - *O que é fazer a coisa certa*. [tradução 5ª ed. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo]. – 5ª edição – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. *Para uma revolução democrática da justiça* – 3ª ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

TAYLOR, Charles. *As fontes do self.* Tradução de Adail Ubirajara. São Paulo:Loyola, 2005.