

O direito a ter direito – A proteção ao trabalhador soropositivo

Antonio Baptista Gonçalves

Resumo: O Estado Democrático de Direito combate a discriminação sexual e o legislador não se quedou inerte ao longo dos anos sobre o assunto, porém, o problema reside na causa e não na consequência; isto é, a solução perpassa não pela efetivação dos direitos dos soropositivos, mas sim, pela garantia de que um soropositivo possa ter direito a exercer o seu direito de expor a doença, com base nos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade em uma sociedade que se diz aberta e plural. A tutela jurídica dos soropositivos nas relações de trabalho, em especial no campo das discriminações, será tratado de forma ampla, a fim de proteger aquele que injustamente é demitido por um empregador preconceituoso, um funcionário que não respeita o ambiente de trabalho e demais casos para assegurar um ambiente saudável e a harmonia nas relações de trabalho, inclusive com a reintegração em caso de demissão discriminatória, como determina a Lei nº 9.029/95.

Palavras-chave: Soropositivo. Proteção constitucional. Discriminação.

Sumário: **1** Introdução – **2** O soropositivo – **3** A discriminação do soropositivo no ambiente de trabalho – **4** A defesa da dignidade da pessoa humana – **5** A Constituição e a proteção ao soropositivo – **6** O direito a ter direito – **7** Os instrumentos protetivos – **8** Conclusão – Referências

1 Introdução

Quando se trata do tema tutela jurídica do trabalhador soropositivo a tratativa esperada tende a ser sob o enfoque trabalhista da questão. Em nosso caso, preferimos ir por outro caminho, sem negligenciar, evidentemente, o enlace com a seara trabalhista. Contudo, daremos um olhar mais bem centrado em outro cenário jurídico, o constitucional, para, aí sim, ofertar uma complementação do Direito do Trabalho.

É inegável que uma pessoa soropositiva necessita de cuidados especiais que uma pessoa sem a enfermidade dispensa. E tal zelo reflete-se no ambiente de trabalho. No entanto, além do respeito, da atenção que o trabalhador naturalmente merece, também deve ser levada em conta a defesa da dignidade da pessoa humana, a defesa da não discriminação e, fundamentalmente, o respeito ao direito de a pessoa ter o seu direito — como aprofundaremos um pouco mais adiante em particular.

No entanto iniciemos a tratativa do tema pela questão mais central: o soropositivo.

2 O soropositivo

Quando uma pessoa é soropositiva¹ para o HIV²/AIDS,³ não significa que sua qualidade de vida irá ser radicalmente alterada, uma vez que dependerá muito da manifestação do vírus.

Com o avanço da medicina, hoje, o controle da doença é muito maior e existem casos de longevidade de portadores de HIV,⁴ como o ex-jogador de basquete norte-americano Earvin

“Magic” Johnson, que se declarou portador do vírus em princípio da década de noventa e segue tendo uma vida sem grandes restrições.

Não é escopo desta obra adentrar nos tipos de tratamento e controle da doença. No entanto, é importante ressaltar as formas de contágio, pois, para uma pessoa leiga ou preconceituosa, a doença está ligada ao homossexualismo,⁵ o que não é nem de longe a única hipótese de contágio ou aquisição.

2.1 As formas de contágio ou transmissão da doença

As formas de transmissão da doença são: através de relações sexuais, compartilhamento de seringas comuns entre usuários de drogas injetáveis, pessoas que dependem de transfusão de sangue para sobreviver e hemofílicos.

Engana-se aquele que pensa que somente homossexuais e bissexuais são os responsáveis pela disseminação da doença, pois, segundo dados estatísticos, as mulheres representam quase metade das 40,3 milhões de pessoas vivendo com HIV ou AIDS no mundo.⁶

Sobre o tema, Patrícia Emilia Bragal, Maria Regina Alves Cardoso e Aluisio Cotrim Segurado:

Acredita-se que, devido à complexa interação de fatores biológicos, socioeconômicos e culturais, a epidemia da AIDS vem se difundindo com maior velocidade entre as mulheres, sendo esta tendência observada de modo mais destacado nos países em que a transmissão heterossexual é predominante 2,3.

Em nenhum outro país a feminização da epidemia deu-se de forma tão marcante quanto no Brasil 4, com redução da razão homem/mulher entre os casos notificados de AIDS de 18:1 em 1983 para 1,8:1 a partir do ano 2000 5. Essa mudança significativa no perfil epidemiológico da doença impôs enormes desafios para o cuidado de pessoas vivendo com HIV. Apesar de estruturados levando inicialmente em conta uma clientela predominantemente masculina, os serviços passaram ao longo do tempo a conviver com novas e crescentes demandas relacionadas ao cuidado de mulheres vivendo com HIV.⁷

Logo, as mulheres são infectadas por seus parceiros, que podem ser eventuais ou de longa data. Todavia, o que impressiona é a elevada participação na estatística, o que sugere que as relações heterossexuais são responsáveis por boa parte da transmissão da doença, devido ao não uso de preservativos.

No entanto, ainda existe uma série de crendices populares que associam a transmissão da doença ao mero contato físico, a um beijo, ao perigo em se estar perto de uma pessoa soropositiva em locais de suor intenso como sauna e atividades esportivas e uma série de bobagens que apenas fomentam algo muito mais danoso: a discriminação.

3 A discriminação do soropositivo no ambiente de trabalho

A discriminação no ambiente de trabalho, infelizmente, é muito comum.⁸ Seja contra a mulher, contra um homossexual ou contra um portador de enfermidade, ou até mesmo um portador de doença que pode ou não se manifestar como um soropositivo.

O ambiente de trabalho é local de elevadas controvérsias no mundo moderno. Dentre os problemas, temos as disputas em relações de poder entre homens e mulheres. O homem, em sua condição de macho alfa, não aceitou bem a migração da mulher de dentro do lar para dentro do escritório. E menos ainda quando elas começaram a ocupar os postos de comando.

Agora, ainda munidos do machismo e da virilidade, além das mulheres, os homens ainda viram em seu universo viril o dividir de espaço com gays, lésbicas e bissexuais.

Como consequência não é difícil o externar de um preconceito ou, até mesmo, o exercício de uma discriminação. Porém, ao menos no Brasil, a discriminação nas relações de trabalho tem sido relativamente coibida através da Lei nº 9.029/95.⁹

É bem verdade que a lei enfatiza mais a questão da discriminação de mulher grávida, porém, por analogia é possível se aplicar a norma para casos de discriminação por orientação sexual no local de trabalho, de acordo com o artigo 1º da própria Lei.

No entanto ainda não é incomum a discriminação nas relações de trabalho em decorrência da homofobia por conta da orientação sexual. E devido à ignorância e, principalmente, ao desconhecimento popular associar a homofobia em decorrência da orientação sexual com o soropositivo, pois como dissemos, a maior incidência dos casos é decorrente de relações heterossexuais.

E nesse diapasão o soropositivo pode ser vítima da discriminação de seu superior sem motivos aparentes, apenas e tão somente por ser portador de uma enfermidade, pela qual o superior se sente ameaçado.

A consequência pode ser a ocorrência de punições e advertências sem motivo aparente, motivadas por "comportamentos inadequados", leia-se: ser soropositivo. Os pretextos são vários: pouco profissionalismo, comportamento incompatível, dificuldades de relacionamento saudável com os demais funcionários, esses são apenas alguns exemplos usados para punir o funcionário, quando boa parte dessas justificativas é infundada e se calcam exclusivamente na discriminação em decorrência de o funcionário ser soropositivo.

Assim, quando empregados sofrem discriminação em virtude de serem soropositivos algumas das medidas do empregador como "reprimenda" a seu "comportamento inadequado" passam por assédio moral, em alguns até sexual, humilhação, perseguição ou "convites" ou sugestões para que o empregado, se estiver insatisfeito, peça demissão.

E, apesar de que ninguém em condições normais goste de ser humilhado, vítima de piadas, chacotas e preconceitos, a pessoa pode precisar e muito do emprego. Logo, suportar as humilhações por conta do contracheque no final do mês passa a ser uma necessidade e não mais uma opção.

Ao perceber isso, o empregador incrementa os maus tratos. Tudo para exasperar sua discriminação e satisfazer seus preconceitos internos.

Então, se as condições de trabalho não forem mais as ideais, ofertamos algumas soluções:

- converse com seu chefe e exponha sua insatisfação para com a conduta adotada por ele. Em alguns casos, uma confrontação faz com que a superioridade hierárquica se esvaia e o chefe passe a lhe tratar com respeito e lisura ou, ao menos, diminua a discriminação;
- se após a conversa o problema persistir, ou pior, o chefe aumentar ainda mais a perseguição, então, documente as ordens discriminatórias, copie os *e-mails* para um local fora do seu local de trabalho e o confronte novamente, porém, dessa vez grave a conversa;
- assim, não será necessário demitir-se, porém, não haverá caminho outro senão o ajuizamento de uma ação por assédio moral ou sexual, se for o caso.

No entanto, nada obsta que o funcionário que se sentir prejudicado ou discriminado em virtude de homofobia faça uma reclamação trabalhista para buscar uma indenização por danos morais em decorrência de assédio moral.

4 A defesa da dignidade da pessoa humana

Nenhuma pessoa é obrigada a ser maltratada dentro de seu ambiente de trabalho em decorrência de ser soropositivo.

O Direito mudou, aliás, sempre acompanha a evolução e o caminhar da própria sociedade. E, em especial após os acontecimentos derivados das duas Grandes Guerras Mundiais que assolaram a humanidade no século XX, o que se buscou foi à proteção do ser humano enquanto sua própria existência, sua vida e sua dignidade.

O ser humano buscou, através dos Direitos Humanos e da adequação normativa dos países ao conjunto de Tratados e Convenções Internacionais primar pela defesa de um grupo de direitos tidos como fundamentais a todos os indivíduos dentro de uma dada sociedade.

Cabe, portanto, ao Estado garantir e assegurar a proteção dos direitos fundamentais. E, nada obsta que o indivíduo, quando se sentir prejudicado ou tiver o seu direito fundamental reduzido ou relativizado, busque a devida proteção jurisdicional.

A doutrina, em sua maioria, contempla a relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, uma vez que a proteção do cidadão, da pessoa é atividade vital do Estado Democrático de Direito. Logo, o conjunto desses direitos individuais é denominado de direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco:

O catálogo dos direitos fundamentais na Constituição consagra liberdades variadas e procura garanti-las por meio de diversas normas. Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.¹⁰

Mas, afinal, o que vem a ser dignidade da pessoa humana?

Dignidade, do latim *dignitas*, significa merecimento, respeito, nobreza.¹¹ Dignidade refere-se a um conceito de que o ser humano merece uma consideração, isto é, um valor, portanto, dignidade da pessoa humana é o respeito ao valor da pessoa enquanto ser humano.¹²

E nesse conceito não se leva em consideração qualquer diferença econômica, cultural, social, religiosa, sexual ou racial, pois todos, indiscriminadamente, devem ser respeitados enquanto seres humanos.

José Afonso da Silva:

Direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.¹³

Castanheira Neves:

A dimensão pessoal postula o valor da pessoa humana e exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. Assim, se o homem é sempre membro de uma comunidade, de um grupo, de uma classe, o que é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a comunidade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. Pelo que o juízo que histórico-socialmente mereça uma determinada comunidade, um certo grupo ou uma certa classe não poderá implicar um juízo idêntico sobre um dos membros considerado pessoalmente — a sua dignidade e responsabilidade pessoais não se confundem com o mérito e o demérito, o papel e a responsabilidade histórico-sociais da comunidade, do grupo ou classe de que se faça parte.¹⁴

O objetivo é demonstrar que não existem diferenças entre os seres humanos e que todos devem ser respeitados igualitariamente, sem nenhum tipo de juízo de valor; utilizando um conceito religioso, mote da obra, o homem é a imagem e semelhança do criador, logo, maltratar ou não respeitar a dignidade da pessoa humana será o mesmo que afrontar o próprio criador.

Ronald Dworkin:

Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. E nossa descrição também explica por que a indignidade é mais grave quando sua vítima não mais sofre em decorrência dela. Afinal, uma pessoa que aceita a indignidade aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas, que seu transcurso é intrinsecamente menos importante.¹⁵

Alexandre de Moraes sinaliza a responsabilidade do ordenamento jurídico em proteger a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta

singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹⁶

José Manuel M. Cardoso da Costa:

Na verdade, afirmar a “dignidade da pessoa humana” é reconhecer a autonomia ética do homem, de cada homem singular e concreto, portador de uma vocação e de um destino, únicos e irrepetíveis, de realização livre e responsável, a qual há de cumprir-se numa relação social (e de solidariedade comunitária) assente na igualdade radical entre todos os homens — tal que nenhum deles há de ser reduzido a mero instrumento ou servo do “outro” (seja outro homem, seja o Estado).¹⁷

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta o dever do Estado em assegurar a dignidade para a sociedade:

Não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente — mas não exclusivamente — dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos.¹⁸

A dignidade da pessoa humana adquiriu importantes contornos e força no pós-guerra e, no século seguinte, a questão foi abordada pela maioria dos países que defendem a liberdade, a comunhão entre os povos e o Estado Democrático de Direito. Alguns o fizeram de forma expressa em suas Constituições, enquanto outros aderiram a Tratados e a outros elementos protetivos de direitos humanos.¹⁹

A doutrina confirma a necessidade da intervenção estatal no sentido de assegurar a proteção dos direitos fundamentais aos membros da sociedade e, assim, garantir a paz social e a harmonia das relações sociais.

J.J. Canotilho:

A força dirigente dos direitos fundamentais a prestações (económicos, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjectivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).²⁰

Regina Quaresma:

A dignidade da pessoa humana é princípio que perpassa todo o ordenamento constitucional. Tudo o que se expressa constitucionalmente tem por fundamento a dignidade da pessoa humana. Esta se exprime a partir do momento em que são garantidas condições de vida digna para todos os cidadãos, abertos os canais de participação da cidadania nos assuntos públicos e conferidas condições para que se exerça em graus cada vez maiores a potência criativa, através de um processo de liberação e autodeterminação do ser humano.^{[21](#)}

Ingo Wolfgang Sarlet:

Pode-se afirmar com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais que somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.^{[22](#)}

Reza o art. 1º, III, da Constituição Federal:

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 [...]

A dignidade humana guarda uma intrínseca relação com os direitos fundamentais, pois esta garante e confere um norte interpretativo desses próprios direitos.

A dificuldade é o Estado compreender e aceitar o seu papel de garante e efetivador dessa norma fundamental, pois cabe a ele inserir e assegurar a norma jurídica na realidade social.

Nesse sentido temos o artigo 3º da Constituição Federal de 1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]

Então, no que tange ao combate à homofobia, à discriminação, ao preconceito e demais atos que não respeitam a diferença, cabe ao Estado criar e efetivar mecanismos efetivos de proteção para assegurar o direito de os soropositivos terem seus direitos respeitados e, acima de tudo, terem direito a terem direito, isto é, declararem serem portadores de uma enfermidade sem medo ou temor de represálias de uma sociedade preconceituosa.

Luís Roberto Barroso acerca do tema e a relação com os princípios constitucionais:

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que esses princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social.^{[23](#)}

Ao Estado a missão de tirar do plano teórico e tornar realidade prática a efetivação dos princípios

constitucionais da igualdade e da liberdade. Porque ser diferente não significa ser doente, um problema, ou muito menos ser alvo de perseguições ou afronta ao seu direito de escolher algo que não é igual ao convencional ou à maioria, mas plenamente compatível com a diversidade de uma sociedade plural e democrática.

5 A Constituição e a proteção ao soropositivo

Antes de adentrarmos propriamente dos direitos fundamentais, faz-se necessária a análise da função precípua do Estado Democrático de Direito,²⁴ como estabelece a Constituição Federal através dos artigos 1º e 3º:

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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim é o objetivo do Estado Democrático Brasileiro como determina a Constituição Federal em seu artigo 3º: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e, ainda, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

Luís Roberto Barroso:

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas.²⁵

Ademais indispensável se faz a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: [...] um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

De tal sorte que podemos destacar ser função do Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E, também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos direitos fundamentais.

Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

O Estado presta serviços atendendo à necessidade coletiva direta, quando esta necessidade é

imprescindível para a coletividade, ou seja, o serviço prestado atinge diretamente a sociedade. Isto ocorre quando o Estado atua na ordem econômica e social. São necessidades permanentes da coletividade e não apenas quando houver distúrbios, como no caso das necessidades coletivas indiretas. Exemplos: transportes, correio, petróleo, educação, previdência social etc.²⁶

Portanto, cabe ao Estado Democrático de Direito efetivar os direitos individuais do cidadão, isto é, a assunção do pleno exercício da igualdade e da liberdade²⁷ para a efetivação dos direitos fundamentais.

Pontes de Miranda e os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais, ou são direitos fundamentais supra-estatais, ou direitos fundamentais não-supra-estatais. Esses se acham tão intimamente ligados ao ideal que presidiu à feitura da Constituição, que se concebem, nela, como direitos básicos.²⁸

E os direitos fundamentais estão consagrados na Constituição Federal Brasileira no artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Todos são iguais perante a lei em uma sociedade que todos têm direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. São esses os primados fundamentais. E dentre eles, no que tange ao assunto em tela, cabe-nos tratar de dois princípios: igualdade e liberdade.

5.1 Igualdade

O conceito de igualdade²⁹ assumiu papel preponderante no mundo moderno em decorrência de sua associação direta com a democracia. A igualdade entre os cidadãos é a base fundamental do Estado Democrático de Direito.

A tratativa do conceito de igualdade perpassa pela análise jurídica do tema, uma vez que é de conhecimento notório que os seres humanos são deveras desiguais entre si, seja por características físicas, psicológicas ou preferências políticas, educacionais, sexuais etc.

Então ao Direito cabe normatizar que todos os habitantes de uma comunidade têm os mesmos direitos e deveres uns para com os outros e entre eles e o Estado. É a isonomia das relações sociais.

Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais.³⁰

A Constituição, como vimos, estabelece que todos são iguais perante a lei. Assim, todos devem ser tratados da mesma forma, independentemente de sua predileção política, religiosa, sua condição econômica e social, ser portadores de enfermidades etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para as possibilidades de desrespeito ao primado constitucional:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada;

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” — que não descansa no objeto — como critério diferencial;

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente;

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.³¹

Ao Estado cabe efetivar o direito de as pessoas serem diferentes dentre uma igualdade, isto é, cada um pode exercer suas preferências e escolha livremente, desde que não exista discriminação, ofensa ou limitação à escolha de outro, uma vez que todos são iguais para fazerem suas opções e todas devem ser respeitadas de forma isonômica.

5.2 Liberdade

A liberdade³² e sua análise são fundamentais para a compreensão do direito que as pessoas possuem de poder escolher o caminho que melhor lhe aprouver.

Assim, a filiação a determinados grupos que seguem os mesmos ideais, preferências políticas, religiosas, de pensamento, de orientação sexual etc.

Amartya Sen e a importância da liberdade:

A valorização da liberdade tem sido um campo de batalha há séculos, de fato, milênios, e ela tem partidários e entusiastas, bem como críticos e severos detratores. [...] A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá mais oportunidade de buscar nossos objetivos — tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros.³³

A Constituição Federal determina que todos são iguais perante a lei. Assim, as pessoas são livres para escolherem suas ideias, educação, influências, crença, inclinações políticas e, por conseguinte, optar por partilhar essas ideias com outras pessoas e formarem grupos com afinidades similares.

De tal sorte que, assim como a igualdade, a liberdade proporciona um aflorar cada vez maior de grupos que surgem para afirmar suas ideias. E para que não exista conflito de interesses, o Direito regula normas mínimas de convivência social.

De tal sorte que o Direito assegura, dentro de um Estado Democrático de Direito, as liberdades a seus cidadãos, que poderão se reunir, manifestar, escolher sua religião, manifestar sua opinião, declarar ter uma doença, ser soropositivo etc.

6 O direito a ter direito

Como vimos, a Constituição Federal Brasileira assegura o direito aos cidadãos de terem a liberdade de escolherem suas filiações políticas, suas crenças religiosas, sua opção sexual etc. E por conta disso todos devem ser igualmente respeitados.

No entanto, o nosso entendimento é de que o Direito trata sempre da consequência da escolha e não da efetivação da mesma.

Senão vejamos: o ordenamento jurídico nacional coíbe a discriminação, o preconceito e o racismo. Todavia, não efetiva o direito que uma pessoa tem a efetivar o seu direito.

Independentemente das leis protetivas o ranço social e a falta de cultura são maiores do que a efetivação de um direito. Uma pessoa não consegue, ainda hoje, na sociedade plural e aberta, ter a garantia do seu direito de ter direito.

Uma coisa é a Constituição dizer que a discriminação não é permitida, contudo, outra bem diferente é assegurar que uma pessoa pode, livremente, declarar seu direito sem sofrer nenhum tipo de represália social.

O Direito existe como instrumento de repressão para desvios de conduta e para garantir uma convivência harmônica entre os membros de uma sociedade. Mas, até hoje, ainda não se encontrou o caminho para se garantir que uma pessoa possa assumir um posicionamento de forma livre.

Logo, ser um soropositivo e declarar-se portador de uma doença pode causar uma série de transtornos ao seu cotidiano e às relações de trabalho. A razão é por não ser respeitado o seu direito a ter o direito de ser diferente da maioria.

Ainda hoje, com total acesso aos meios de comunicação, com a internet, a globalização, a facilidade em conhecer outras culturas e costumes, é possível se afirmar que a sociedade brasileira ainda tem dificuldade em aceitar aqueles que não são considerados "iguais ou normais".

Como se falar sobre ser soropositivo fosse um crime ou algo que deve ser coibido. Uma rotulagem, um preconceito incompatível com uma sociedade que se diz aberta e plural e que possui o primado fundamental da defesa da dignidade da pessoa humana.

O ordenamento jurídico nacional ainda não conseguiu criar uma solução para efetivar o direito a se ter direito, em especial, o direito à diferença.

O direito à diferença passa por uma carência anterior: a efetivação do direito a ter direito.

Uma pessoa não pode viver com medo de uma agressão ou uma reação ruim da sociedade apenas e tão somente porque contraiu uma doença, a qual a maioria associa a uma conduta nociva.

Para isso temos de defender a efetivação da defesa da dignidade da pessoa humana e as consequências para a sociedade preconceituosa e discriminatória.

7 Os instrumentos protetivos

Como já ressaltamos, ao empregador que tiver seus direitos ofendidos no ambiente de trabalho poderá debater a situação com seu superior ou, até, processar a empresa pelos danos causados. Porém, agora, iremos adentrar um pouco mais sobre os instrumentos protetivos no ambiente de trabalho.

7.1 A discriminação no ambiente de trabalho

A discriminação no ambiente de trabalho³⁴ pode ocorrer de formas variadas, como uma crítica à forma de se vestir, um comentário acerca da falta de profissionalismo do soropositivo, ou um *e-mail* trocado entre funcionários acerca da conduta e comportamento do soropositivo.

Note-se que, até o momento, referimo-nos apenas a discriminações produzidas entre colegas de trabalho. Para esses casos, a solução é a comunicação do fato ao superior e a solicitação de providências. O superior pode dirimir o problema com uma mera conversa ou, se for o caso, com uma advertência formal e até uma suspensão.

Se, ainda assim, o soropositivo sentir-se ofendido, nada obsta o ingresso na justiça de uma ação de indenização por dano moral contra o ofensor.³⁵

Entretanto, se as ofensas partirem do empregador ou de algum outro superior, como ridicularização do soropositivo perante os colegas, afirmações inverossímeis de falta de desempenho, incentivos à demissão, todas calcadas em sua condição de saúde, cabe ao soropositivo buscar soluções.

De início uma conversa para tentar contornar o preconceito. Se a atitude for inócua, o soropositivo poderá rescindir o contrato de trabalho e ingressar na justiça do trabalho com um pedido de indenização por danos morais e, também, por alguma eventual irregularidade na relação empregatícia, caso o empregador deixe de pagar algo que lhe era devido.

Note que a justiça trabalhista irá cumular as ações em uma só, tanto a análise trabalhista, quanto a indenização, visto que o dano se produziu dentro do ambiente de trabalho e com pessoas desse meio.

Importante salientar que se o empregador, em decorrência do empregado ser soropositivo, demitir seu funcionário em virtude da doença, mascarando sua discriminação³⁶ através de artifícios para constranger e forçar a demissão do funcionário, igualmente caberá um ingresso de uma reclamação trabalhista.

Sobre o tema já decidiu a Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual uma empresa demitiu seu funcionário, um sushiman, sem justa causa em decorrência do mesmo ser portador do vírus HIV. A empresa negou que a dispensa tenha ocorrido por discriminação, mas não se "recorda" de que tenha sido avisada da doença. Alega que a demissão do sushiman teria se dado devido a desentendimentos com outros empregados. O argumento foi rechaçado pelas instâncias ordinárias, pois, se houvesse motivo para a ruptura do contrato de trabalho, como insinua a empresa, este jamais teria sido extinto sem justa causa.³⁷

Ademais, com base na Lei nº 9.029/95, poderá o empregado demitido injustamente pleitear sua imediata reintegração aos quadros de funcionários da empresa.³⁸

Ainda acerca do ambiente de trabalho, temos outra importante consideração a ser feita na relação do superior com o empregado soropositivo: os *e-mails*.

Questão que muitas vezes passa à margem da tratativa das relações de trabalho,³⁹ o empregador não está autorizado a interferir na comunicação pessoal do empregado e, muito menos, circular, via *e-mail*, anedotas ou qualquer tipo de chacota que atinjam direta ou indiretamente a imagem, a honra, a intimidade ou a vida privada do trabalhador soropositivo.

Se este sentir-se ofendido ou agredido moralmente pela atitude de seu superior ou até de um colega de trabalho que circulou *e-mail* atentatório à sua dignidade, igualmente caberá o ingresso na justiça para buscar a reparação do dano mediante ação de indenização por dano moral.⁴⁰

Na mesma esteira incorre aquele que acessa, por conta de seu cargo, o *e-mail* do funcionário e divulga, inadvertidamente, conteúdo particular do mesmo, a fim de denegrir ou prejudicar sua imagem e expor sua vida pessoal e sua intimidade. Ocasão esta que igualmente poderá ser proposta ação de indenização por dano moral.

Por fim, uma breve análise acerca da qualidade de vida do empregado no ambiente de trabalho e, em especial, a relação com o tema proposto.

Sobre o tema, Leda Maria Messias da Silva e Livia Maria Bressani de Oliveira:

Entende-se por meio ambiente do trabalho o conjunto de condições existentes no local de trabalho relativo à qualidade de vida do trabalhador (art. 7º, XXXIII, e art. 200, ambos da Lei Maior). Meio ambiente de trabalho é um conjunto de fatores, sendo que físico, quando se envolve a saúde do trabalhador e as condições em que está subordinado a trabalhar; psicológico, quando envolve todo tipo de assédio e sofrimentos psíquicos vivenciados pelo trabalhador, e como estes influenciam em sua qualidade de vida.⁴¹

Quando uma pessoa busca uma oportunidade no mercado de trabalho, é evidente que a remuneração está entre os principais atrativos do aceite do emprego. No entanto, existem outros aspectos que devem ser levados em consideração, como os benefícios complementares à

remuneração e, especialmente, o ambiente de trabalho.

Afinal, um ambiente saudável e harmonioso contribui sobremaneira para o incremento da produção do empregado. De tal sorte que, se houver discriminação, hostilidades, perseguições para o empregado em virtude de este ser soropositivo, esse ambiente estará corrompido e será danoso para sua produção e desempenho, ocasionando intranquilidade, aflições e até podendo resultar em doenças, como síndrome do pânico ou depressão.

Novamente Leda Maria Messias da Silva e Livia Maria Bressani de Oliveira:

O meio ambiente sadio do trabalho é um direito transindividual, inerente ao direito da personalidade, por ser um direito de todo trabalhador, que está elencado no artigo 200, II e VIII, da Constituição Federal de 88.⁴²

Trata-se de uma obrigação social constitucional do Estado, ao mesmo tempo em que se trata de um interesse difuso, ou mesmo coletivo.⁴³

Ao empregador cabe o tratamento com respeito e isonômico para com todos os seus funcionários,⁴⁴ e a Constituição Federal, como vimos, confere a igualdade a todos. Em específico nas relações de trabalho, a Magna Carta manifesta a defesa da isonomia de forma expressa no art. 7º, XXX e XXI.⁴⁵

Assim, o empregador não pode estabelecer remuneração diferente para o mesmo cargo em virtude de o empregado ser portador de deficiência e, tampouco, diferenciar funções em decorrência da deficiência. Se o fizer, caberá ação de indenização por danos morais.

8 Conclusão

A tutela jurídica das relações de trabalho para os soropositivos envolve uma série de aspectos que, de início, uma pessoa leiga pode não se aperceber: a harmonia no ambiente de trabalho, uma boa relação de respeito com os superiores, uma sadia convivência social envolvendo a questão da enfermidade são apenas alguns dos aspectos que contribuem para a manutenção da qualidade de vida de um soropositivo. Porém, esse cenário, na maioria das vezes, existe apenas no plano teórico, porque no plano prático existe um divórcio com o respeito, e a lisura dá espaço à discriminação e ao preconceito.

As razões da discriminação são variadas e envolvem, dentre outras coisas, desconhecimento e uma reação exasperada ao novo, ao que não está no rótulo do considerado normal. Com isso, agressões verbais, violências psicológicas, constrangimentos, assédios podem ser apenas algumas das respostas hostis de um colega de trabalho, ou mesmo de um superior hierárquico acerca da doença que pode ou não resultar no vírus da AIDS.

Como nos primórdios do surgimento da doença associou-se o contágio ao fato do contaminado ser pertencente a um grupo de risco, em geral os homossexuais, então, a homofobia manifesta-se fortemente contra os soropositivos.

Ao invés de se buscar o diálogo e, principalmente a informação, o que se vê são represálias,

discriminações, aumento de serviço, salários desiguais e tudo o mais que for possível para forçar o pedido de demissão do funcionário, para que o convívio diário com alguém “anormal” cesse e a paz volte a reinar na empresa.

Todavia, o que vemos é o Judiciário não mais pactuando com essas aberrações comportamentais dos empregadores e, se comprovada a demissão injusta, o empregado pode escolher se deseja ser reintegrado ao antigo emprego.

De tal sorte que a realidade trabalhista envolvendo os soropositivos, se ainda está longe do ideal, ao menos já começa a exercer os preceitos constitucionais da igualdade e da liberdade.

Nesse diapasão ainda falta a efetivação do que reputamos ser mais importante: a garantia do direito a ter direito por parte de um soropositivo. Este deve ter assegurada a liberdade de poder optar divulgar a sua doença sem o temor de uma homofobia, de uma represália e/ou um constrangimento.

Exatamente neste aspecto que a Constituição e o legislador ainda pecam, pois tratam da consequência e se esquecem do mais importante: a causa da discriminação, isto é, o não respeito ao direito de se ter direito a ser diferente.

A justiça trabalhista esta atenta à discriminação, que o legislador também faça o seu trabalho ao reparar essa lacuna normativa e efetivar os direitos de uma pessoa poder efetivar suas próprias escolhas livremente. Somente assim, teremos a harmonia e a paz social tão preconizadas pela Carta Constitucional.

The Right to Be Entitled – The Protection to Worker Seropositive

Abstract: The democratic rule of law against sex discrimination and the legislature did not inert tipped over the years on the subject, but the problem is not the cause and consequence, that is, not the solution passes through the realization of the rights of seropositives, but yes, by ensuring that a seropositive may be entitled to exercise their right to expose your own sickness based on the constitutional principles of equality and freedom in a society that says open and plural.

Key words: Seropositive. Constitution protection. Discrimination.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In*: ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRAGAL, Patrícia Emilia; CARDOSO, Maria Regina Alves; SEGURADO, Aluisio Cotrim. Diferenças de

gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo, Brasil. *Caderno Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 11, nov. 2007.

CANOTILHO, J.J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de. *Direito constitucional: estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Grande Enciclopédia Larousse Cultural. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional: a Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.

MALLET, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, Pernambuco*, v. 19, n. 36, p. 35-64, 2009.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. Direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra e *tal.* (Coord.). *Manual de iniciação ao direito*. São Paulo: Pioneira, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. v. 4.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

QUARESMA, Regina; GUIMARÃES, Francisco de. Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de*

1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dinelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a “esquecida” Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, v. 43, p. 47-82, 2011.

VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, v. 11, n. 1, p. 115-144, jan./jun. 2011.

1 O fato de a pessoa ser soropositiva não significa que terá sua morte por conta da AIDS e, inclusive existem casos de pacientes que não manifestaram problemas no sistema imunológico e convivem normalmente com a enfermidade. O problema e o zelo é não transmitir a doença a terceiros, em especial, via relações sexuais, pois poderá haver a manifestação do HIV e até da AIDS.

2 HIV é a sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana. Causador da AIDS, o vírus ataca o sistema imunológico, responsável por defender o organismo de doenças. As células mais atingidas são os linfócitos T CD4+. E é alterando o DNA dessa célula que o HIV faz cópias de si mesmo. Depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção.

Ter o HIV não é a mesma coisa que ter a AIDS. Há muitos soropositivos que vivem anos sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença. Mas podem transmitir o vírus a outros pelas relações sexuais desprotegidas, pelo compartilhamento de seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação. Por isso, é sempre importante fazer o teste e se proteger em todas as situações. Fonte: <<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

3 Descrita pela primeira vez nos EUA em 1981, a AIDS é provocada por um retrovírus hoje denominado HIV (*Human Immuno-deficiency Virus*), responsável pela infecção primária, embora se acredite que outros elementos ainda não identificados desempenhem papel importante no desenvolvimento da síndrome. O quadro de deficiência imunológica (desaparecimento das reações imunitárias do organismo) é consequência da destruição, pelo vírus, de células de defesa denominadas linfócitos T4. Com a destruição dessas células, o reconhecimento de antígenos é

prejudicado, cessa a produção de anticorpos pelos linfócitos da série B, e outros linfócitos que dependem da presença dos T4 permanecem desativados. A doença manifesta-se principalmente por tumefações ganglionares, infecções viscerais provocadas por germes oportunistas (que se aproveitam da debilidade orgânica) e lesões cancerosas raras (sarcoma de Kaposi, linfoma cerebral). A pneumonia provocada pelo *Pneumocystis carinii* é a infecção oportunista mais comum, detectada em 57% dos casos. A toxoplasmose, a criptococose e as afecções provocadas por citomegalovírus são outras infecções frequentemente encontradas nos indivíduos imunodeprimidos (Grande Enciclopédia Larousse Cultural, p. 131).

4 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) [(DINIZ. *O estado atual do biodireito*, p. 225)].

5 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. [...] As primeiras veiculações na imprensa davam conta da existência de uma "peste gay", 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 (VIEIRA; SILVA. Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, p. 119-120).

6 Até 2004, estimava-se que mais de 38 milhões de pessoas viviam com o HIV em todo o mundo, a maioria delas entre 15 e 49 anos, e que, do início da epidemia até 2005, 28 milhões de trabalhadores em todo o mundo tenham perdido suas vidas em consequência da AIDS. Segundo projeções da OIT, o número total de pessoas com idade para trabalhar falecidas por causa do HIV/AIDS alcançará 48 milhões em 2010 e 74 milhões em 2015, se não tiverem acesso a tratamento adequado. Ainda segundo a OIT, 2 milhões de integrantes da força de trabalho mundial ficarão impossibilitados de trabalhar por causa do HIV/AIDS, número que até 2015 ultrapassará com folga os 4 milhões.

No Brasil, até junho de 2010, haviam sido registrados 592.914 casos de AIDS desde 1980, sendo que a taxa de incidência oscila em torno de 20 casos por 100 mil habitantes. Apenas em 2009 foram notificados 38.538 casos da doença. Outro dado relevante é que ainda a faixa etária em que a AIDS é mais incidente, em ambos os sexos, é a de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado de trabalho. Fonte: <http://unicuritiba.edu.br/sites/default/files/page/2011/09/2011_baracat_-_controle_do_empregado_pelo_empregador.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2012.

7 BRAGAL; CARDOSO; SEGURADO. Diferenças de gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo, Brasil. *Caderno Saúde Pública*.

8 Apesar das vedações constantes na Constituição Federal: "Art. 3º Constituem objetivos

fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Na mesma esteira temos a previsão normativa da Organização Internacional do Trabalho – OIT, através da Convenção de nº 111, em seu artigo 1º, que procurou conceituar a discriminação nas relações laborais, ao aduzir: “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”.

⁹ “Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa 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.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética; b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Parágrafo único. São sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo: I - a pessoa física empregadora; II - o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista; III - o dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

¹⁰ MENDES; BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 296.

¹¹ DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, p. 1040; SILVA. *Dicionário jurídico conciso*, p. 256. Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público.

¹² Fábio Konder Comparato: “Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo

homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma" (*A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 21- 22).

¹³ SILVA. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 183.

¹⁴ Apud MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, p. 190-191.

¹⁵ DWORKIN. *Domínio da vida Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, p. 339.

¹⁶ MORAES. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 128-129.

¹⁷ COSTA. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. In: BARROS. *Direito constitucional: estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, p. 191.

¹⁸ SARLET. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, p. 132.

¹⁹ Jussara Maria Moreno Jacintho, acerca da realidade portuguesa e da premência dos Estados em efetivarem a proteção da dignidade da pessoa humana, afirma: "a nossa ordem jurídica não enquadrou a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais. Preferiu elencá-la como um dos princípios fundamentais do Estado. Essa colocação, sem sombra de dúvidas, encerra uma opção que direciona e impulsiona o princípio da dignidade humana não apenas para a interpretação dos direitos fundamentais, como de toda Constituição. De ressaltar-se que a dignidade, para ser respeitada e promovida, prescinde da sua expressão textual. Ela decorre da própria evolução humana, do consenso histórico que houve por bem se afirmar, ainda que com resistência por parte de vários Estados. Daí percebe-se que *pari passu* com o direito à dignidade, ou o direito a ver respeitada a sua dignidade, há também a escolha pelo valor, semanticamente elaborado como princípio, que assume o papel de vetor da interpretação constitucional" (JACINTHO. *A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional: a Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios*, p. 100).

²⁰ CANOTILHO. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 365.

²¹ QUARESMA; GUIMARÃES. Princípios fundamentais e garantias constitucionais. In: PEIXINHO; GUERRA; NASCIMENTO FILHO. *Os princípios da Constituição de 1988*, p. 402.

²² SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 60.

²³ BARROSO. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: ROCHA; MEYER-PFLUG. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*, p. 114-115.

²⁴ Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente

observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social (SUNDFELD. *Fundamentos de direito público*, p. 56-57).

²⁵ BARROSO. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In: ROCHA; MEYER-PFLUG. *Lições de direito constitucional: em homenagem ao Professor Jorge Miranda*, p. 115.

²⁶ MARTINS. Direito tributário. In: MARTINS *et al.* (Coord.). *Manual de iniciação ao direito*, p. 346.

²⁷ Pontes de Miranda: "A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (quórum maior, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que seja sacrificado os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram" (PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*, p. 51).

²⁸ PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade, igualdade: os três caminhos*, p. 51, 85.

²⁹ 1. Fato de não apresentar diferença quantitativa. 2. Fato de não se apresentar diferença de quantidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrar-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas, aparências, intensidades; uniformidade; paridade; estabilidade. 3. Princípio segundo o qual todos os homens são submetidos à lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações (DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, p. 1569).

³⁰ BANDEIRA DE MELLO. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 12.

³¹ BANDEIRA DE MELLO. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 47-48.

³² 1. Grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal (a justiça em termos absolutos é contrária a 1). 2. Conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei (DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA, p. 1752).

³³ SEN. *A ideia de justiça*, p. 261-263.

³⁴ Os portadores do vírus HIV e da AIDS sofrem importante discriminação, sobretudo no mundo do trabalho, tanto na contratação, quanto na manutenção do contrato de trabalho, sendo extremamente danoso quando são despedidos pelo empregador.

O argumento do empregador, via de regra, é o do prejuízo à atividade econômica que o empregado portador do vírus HIV ou da AIDS pode acarretar, por meio de indisposição junto aos colegas de trabalho, ou do afastamento dos clientes. Existe, muitas vezes, o preconceito do próprio empresário, decorrente da ignorância e desinformação do meio social onde vive.

A 99ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada em junho de 2010, em Genebra, adotou a Recomendação nº 200, relativa ao vírus HIV, a AIDS e o mundo do trabalho. De acordo com essa Recomendação, a OIT visa a intensificar sua ação em favor do respeito aos compromissos assumidos, nacional e internacionalmente, com vistas a proteger os direitos e a dignidade dos trabalhadores e de todas as pessoas direta ou indiretamente atingidas pelo vírus HIV e pela AIDS. Fonte: <http://unicuritiba.edu.br/sites/default/files/page/2011/09/2011_baracat_-_controle_do_empregado_pelo_empregador.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2012.

³⁵ Código Civil. "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

³⁶ A discriminação patronal, assim, não se restringe a apenas alguns aspectos da relação de emprego. É possível que venha a se alastrar para abranger todo o ser do contrato individual de trabalho, viciando por completo a base nuclear do Direito do Trabalho.

O comportamento discriminatório patronal, por sua vez, manifesta-se através de duas formas distintas: direta e indiretamente.

Diretamente, concretiza-se mediante imposições proibitivas, que tratam de modo menos favorável os membros de determinado grupo. Ocorre, por exemplo, quando o empregador simplesmente impede a contratação de mulheres, por puro e simples preconceito sexual. A adoção da postura discriminatória, portanto, ocorre de forma explícita, sem rodeios.

De forma indireta, por outro lado, a discriminação patronal manifesta-se através de um tratamento formalmente neutro, mas que materialmente possui um efeito adverso sobre determinado grupo. Há, pois, uma conduta camuflada por parte da entidade patronal, que adota postura discriminatória, sem, contudo, revelar explicitamente tal posição. Para ser evidenciada, torna-se necessário averiguar as consequências adversas da conduta aparentemente neutra (TEIXEIRA. Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a "esquecida" Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória. *Revista Magister de Direito do Trabalho*).

³⁷ Fonte: <http://www.conjur.com.br/2003-nov-17/sushiman_demitido_aids_sp_indenizado>. Acesso em: 11 nov. 2012.

³⁸ "Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."

Sobre o tema algumas decisões dos Tribunais:

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 inexista 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 nº 906/2004-006-04-00. 3ª Turma. Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Julg. 18.10.2006. *DJ*, 10 nov. 2006).

Não obstante inexistir 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 nº 205359/1995. SBDI 1. Rel. Min. Leonardo Silva. *DJU*, p. 00043, 14 maio 1999).

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. Recurso de Revista: RR nº 6255672720005025555625567-27.2000.5.02.5555. *DJ*, 06 fev. 2004).

³⁹ No Brasil o tema da intimidade das partes envolvidas no contrato de trabalho sempre teve menor importância. Durante várias décadas foi completamente negligenciado, inclusive pela doutrina. Mesmo os melhores manuais de Direito do Trabalho não atentaram para a importância do assunto (MALLETT. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região*, p. 37).

⁴⁰ Constituição Federal, art. 5º: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

⁴¹ SILVA; OLIVEIRA. A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, p. 291.

⁴² Constituição Federal. “Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...]

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; [...]

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

⁴³ SILVA; OLIVEIRA. A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, p. 292.

⁴⁴ A aplicação do princípio da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, entretanto, revela-se mais marcante quando analisado sob o prisma da atuação do empregador perante os membros da

classe operária. Ou seja, sob a ótica da imposição do postulado da não discriminação sobre toda a conduta patronal.

O empregado, antes de tudo, é um ser humano. Um ser humano que trabalha, colocando o seu suor para servir o empregador, e, em última análise, a própria sociedade. Como tal, está assegurado o direito a um tratamento isonômico pelo Estado e pelos seus pares. O postulado da igualdade entre os homens, portanto, não se limita a um aspecto da vida do homem, mas circunscreve toda a vida social. Inclusive o âmbito laboral. E, por via de consequência, os efeitos da violação dos seus preceitos extrapolam a relação individual entre o empregado e o empregador, alcançando interesses maiores do Estado e da sociedade.

A conduta discriminatória do empregador, em tais termos, tem por finalidade prejudicar de modo ilícito um empregado em particular ou um grupo de empregados, no tocante à contratação, ao desenvolvimento da relação ou ao próprio exercício da função laborativa. Na discriminação patronal, uma distinção ilegítima é feita pela entidade empregadora em relação a empregados, de forma a gerar uma diferença de tratamento sem justificativa, em prejuízo ao princípio da isonomia. Havendo uma diferenciação fundamentada em motivo legítimo, como aquele oriundo da exigência de determinada qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de certa profissão, a distinção é considerada lícita, inexistindo discriminação. Ocorrendo uma distinção ilegítima, entretanto, a discriminação se manifesta nos atos praticados pelo empregador em prejuízo aos empregados atingidos pela conduta nociva (Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a “esquecida” Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória. *Revista Magister de Direito do Trabalho*).

⁴⁵ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.”

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

GONÇALVES, Antonio Baptista. O direito a ter direito: a proteção ao trabalhador soropositivo. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, nov./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=83778>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

Como citar este conteúdo na versão impressa:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico impresso deve ser citado da seguinte forma:

GONÇALVES, Antonio Baptista. O direito a ter direito: a proteção ao trabalhador soropositivo. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 13-38, nov./dez. 2012.



EDITORIA
FÓRUM