

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO PEDRO DE CASTRO NASCIMENTO

HIV/AIDS:

Do combate à estigmatização à efetivação de direitos

CURITIBA

2016

JOÃO PEDRO DE CASTRO NASCIMENTO

HIV/AIDS:

Do combate à estigmatização à efetivação de direitos

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuszka.

CURITIBA

2016

Aos meus pais, meus mestres e meus amigos.

RESUMO

A presente pesquisa procura demonstrar a importância do respeito ao próximo, independente de qualquer fator ou condição. Todos somos seres humanos com direitos que devem ser respeitados, e como prevê nossa Carta Magna, não apenas devemos coexistir, mas devemos respeitar a dignidade do próximo em sua plenitude. Para que a dignidade da pessoa humana seja observada, muitas vezes mecanismos são necessários para a efetivação desses direitos, sendo o foco da pesquisa justamente estes mecanismos para que preconceitos presentes em nossa sociedade sejam evitados. Os portadores de HIV precisam ser tutelados pelo Direito brasileiro nas relações de trabalho para que nunca sejam desrespeitados por conta de seu estado sorológico, sendo o cerne do presente trabalho a investigação desta proteção.

Palavras-chave: HIV. Estigma. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Proteção no Trabalho.

ABSTRACT

The present research seeks to demonstrate the importance of respect for others, regardless of any factor or condition. We are all human beings with rights that must be respected, and as our Constitution provides, we must not only coexist, but we must respect the dignity of our fellow man in its fullness. In order for the dignity of the human person to be observed, mechanisms are often necessary for the realization of these rights, the focus of research being precisely these mechanisms so that prejudices present in our society are avoided. HIV patients need to be protected by Brazilian law in labor relations so that they are never disrespected because of their serological status, being the core of this work the investigation of this protection.

KEY WORDS: HIV. Stigma. Dignity of human person. Fundamental rights. Protection at Work.

1. SINDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA	10
1.2. Descoberta, disseminação e estatísticas de infecção pelo vírus.....	10
1.3. A doença propriamente dita	12
1.4. A luta desenvolvida para alcançar o maior número de infectados e os testes existentes para detecção do vírus.....	14
1.5. Linguagem e abordagem	19
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PORTADOR DE HIV	21
2.1. Direito à personalidade	22
2.2. Dignidade da Pessoa Humana.....	24
2.3. Direito à privacidade	25
2.4. Conflito entre Direitos Fundamentais	27
2.5. Não discriminação do empregado portador de HIV	29
2.6. Dano Moral	34
3. DA FASE PRÉ-CONTRATUAL AOS DIREITOS PÓS RELAÇÃO DE EMPREGO	38
3.1. Seleção de empregados.....	39
3.2. Vigência do Contrato.....	41
3.3. Dispensa discriminatória e danos morais – Súmula 443 do TST.....	43
3.4. Momento pós contratual – Direitos Previdenciários.....	48
3.4.1. Funcionários Públicos	48
3.4.2. Funcionários Celetistas	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

INTRODUÇÃO

Em nossa sociedade as situações mais inimagináveis ocorrem dia após dia, seja por um marido que bate em uma mulher, seja por um preconceito descabido contra uma raça, seja por discriminação contra a sexualidade alheia. Certo é, que a cada dia mais intolerâncias são vistas em nosso meio, e quanto mais vemos tais situações, mais elas parecem fazer parte de nosso meio e espantar menos quando diante de nossos olhos.

A sociedade brasileira não pode se acostumar com atitudes que vão de encontro com a dignidade da pessoa humana, por não ser atitude esperada de nenhum ser vivo que preze pela vida do próximo, e se isso não for suficiente, baseado em nossa Constituição, que logo em seu artigo 1º consagra a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República do Brasil, devemos repudiar ao máximo situações desumanas.

Uma das características mais marcantes do povo brasileiro disseminada pelo mundo é a diversidade, o que faz pensar que um povo tão miscigenado possa aceitar diferenças sem discriminações de forma natural, sem grandes desafios. Porém, o que podemos observar é um preconceito velado, uma disseminação de alguns discursos de ódio impensáveis para o século XXI.

Na busca pessoal de crescimento no conhecimento sobre o tema e entendimento da situação do portador do HIV, este trabalho passa por várias searas, desde as formas de infecção possíveis, enfrentando as dificuldades encontradas na busca de soluções ou mecanismos que amenizem o sofrimento dos infectados pelo HIV, até seu difícil estabelecimento na sociedade, como na busca pela dignidade tão quista por todos os humanos, que pode vir pela simples manutenção de um emprego e pelo respeito que devemos ter por todos.

As dificuldades do portador de HIV são imensas e devem ser superadas dia a dia. É tarefa de cada um de nós entendermos um pouco mais da doença e suas complicações na busca de não cercear direitos básicos de um ser humano, que por possuir uma infecção por um vírus ainda estranho às ciências

tão desenvolvidas do mundo moderno, não se torna inferior em nenhum aspecto e em relação a qualquer outro habitante deste planeta.

1. SINDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA

A Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) ou SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) significa para a ciência e para a sociedade um grande desafio. Para os primeiros, a angústia de não encontrar uma solução definitiva, uma prevenção totalmente eficaz e a incansável busca pelo conhecimento cada vez mais amplo do HIV, que é o vírus causador da AIDS, é um desafio diário, que em muitos casos traça o caminho de vida de muitos cientistas que chegam ao final da carreira sem uma resposta concreta. Já para a sociedade, os desafios estão no âmbito de entender, aceitar e compreender a cada dia os desafios trazidos por esta patologia, tendo que buscar proteger o portador de HIV para não seja excluído ou discriminado.

A AIDS, desde que foi descoberta e estudada atingiu milhares e milhares de pessoas, matando muitas delas. Tantas, que projeções indicam que se o seu vírus não for controlado até 2020, este matará mais do que qualquer Guerra Mundial já matou¹.

1.2. Descoberta, disseminação e estatísticas de infecção pelo vírus

Robert Gallo e Luc Montagnier estudaram no início dos anos 80 um retrovírus até então desconhecido, mas notavelmente devastador, que provocava várias deficiências no sistema imunológico dos indivíduos portadores. Em 1984 Gallo finalmente isolou o HIV, e depois disso tal vírus nunca mais parou de ser estudado².

No Brasil, a AIDS tem suas primeiras aparições na década de 1980, porém, como explica Elidia Tridapalli, devemos considerar que o HIV pode ficar encubado por vários anos, sendo considerado a década de 70 como data de introdução do vírus no país:

No Brasil, a AIDS foi identificada pela primeira vez em 1980 [levando-se em conta o período de infecção pelo HIV, pode-se

¹ TRIDAPALLI, Elidia. **Aids e Seus Impactos nas Relações de Trabalho: Uma Discussão Doutrinária e Jurisprudencial**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003. p. 19.

² A história da descoberta da AIDS. Disponível em <<http://www.cienciahoje.org.br>> (Acesso em 20 out. 2016)

deduzir que o vírus foi introduzido no país na década de 70], inicialmente restrita a São Paulo, sendo que o primeiro programa de Combate à AIDS, ocorreu em 1983, naquele Estado, posteriormente foram detectados casos no Rio de Janeiro, a partir do litoral Sudeste; depois, avançou para as regiões Nordeste, Centro Oeste e Norte. Atualmente, a maioria dos municípios brasileiros já registrou casos, caracterizando a tendência de “internalização” da epidemia. Porém, sua maior concentração continua sendo nos grandes centros urbanos, cidades portuárias e fronteiriças.³

O Brasil foi um dos primeiros países entre os de baixa e média renda a oferecer, em 1996, medicamentos para os portadores do HIV. Hoje fornece gratuitamente, pelo Sistema Único de Saúde, para 64% das pessoas que vivem com HIV, os medicamentos que fazem parte do coquetel necessário para uma vida digna e saudável⁴.

Os dados mais atuais fornecidos pelo relatório divulgado em 2016 pela UNAIDS, intitulado: “Lacunas na Prevenção”, indica que em 2015 havia 830.000 pessoas vivendo com HIV no país. O número de novas infecções registradas em 2015 foi de 44.000. As mortes relacionadas à AIDS chegam a 15.000 no ano de 2015.

Dentre a população geral do Brasil, os infectados correspondem a 0,39%. Já entre homens que fazem sexo com homens, a taxa de infectados é de 10,5%. Entre profissionais do sexo a taxa é de 4,9% e entre pessoas que usam drogas injetáveis é de 5,9%.

O Boletim Epidemiológico⁵ de 2016 divulgado pelo Ministério da Saúde alerta que a maior concentração dos casos de AIDS no Brasil é entre indivíduos entre 25 e 39 anos, para ambos os sexos. Estes são justamente os maiores representantes da força laboral brasileira, mostrando a importância do estudo dessa questão pelo Direito do Trabalho.

A mortalidade pela AIDS tem sido muito alta no Brasil. O Boletim Epidemiológico de 2016 ainda registrou que os 21 estados brasileiros apresentaram coeficiente de mortalidade superior ao nacional, com destaque

³ TRIDAPALLI, Elidia. **Aids e Seus Impactos nas Relações de Trabalho: Uma Discussão Doutrinária e Jurisprudencial**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003. p. 27.

⁴ Informações disponíveis no site da UNAIDS, que tem por objetivo ampliar as forças combativas e preventivas para promover qualidade de vida aos portadores. <<http://unaid.org.br/estatisticas/>>

⁵ Disponível em <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2016/59291boletim_2016_1_pdf_16375.pdf> Acesso em 20/11/2016.

ao Rio Grande do Sul (10,2 óbitos\100 mil habitantes) e Rio de Janeiro (8,7 óbitos\ 100 mil habitantes).

1.3. A doença propriamente dita

Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, ou SIDA (sigla em português), é a manifestação e complicações decorrentes da infecção do organismo pelo Vírus da Imunodeficiência Humana, conhecido como HIV.

Pode ser definida então como um conjunto de sinais e sintomas que quando juntos caracterizam uma doença, causando uma falha no sistema de defesa do corpo humano na proteção contra invasores, sendo adquirida no curso da vida ou por transmissão vertical, não sendo espontânea, precisando da provocação de agente externo, qual seja, o HIV.

O HIV é um retrovírus muito específico, o que gera tamanho desafio aos cientistas que o estudam. Ele faz conversão de DNA para RNA, o que não é uma característica usualmente vista e é usada em sua multiplicação, estocando material genético em RNA. Esse sistema de reprodução viral utiliza apenas o DNA da célula para reprodução, não exprimindo proteínas para fora da célula. As proteínas são justamente o que nosso sistema imunológico procura combater quando existem infecções como essa, por isso, em 72 horas a infecção se torna definitiva. O vírus é também muito mutável, criando dificuldades para o desenvolvimento de vacina que o neutralize.

As fases do HIV que culminam na manifestação da AIDS podem ser divididas em 3, quais sejam⁶:

1. A infecção aguda está entre a segunda e quarta semanas depois da infecção pelo HIV, sendo manifesta em doenças similares à gripe. Esta fase é denominada de HIV primária, sendo a primeira reação do corpo humano ao invasor identificado. O vírus é produzido em larga escala nesta fase, destruindo a célula CD4, importante célula em nosso sistema imunológico, para que sua reprodução seja possível.

Nesta fase a chance de transmissão para outro indivíduo é altíssima, tendo em vista a grande quantidade de vírus que o portador carrega.

⁶ Disponível em < <http://unaid.org.br/informacoes-basicas/>> Acesso em 22/11/2016.

Após essas primeiras semanas o corpo humano consegue restabelecer o nível de células CD4, deixando-as estáveis, mas não necessariamente aos níveis anteriores à infecção.

2. A segunda fase é a Latência Clínica, ou Fase Assintomática, chamada assim pelo fato de o portador muitas vezes não ficar doente e não apresentar nenhum sintoma da infecção pelo vírus.

Este estado se dá pela baixa taxa de reprodução do HIV no organismo. Quando submetidos à terapia antirretroviral o paciente pode viver sob a latência clínica por vários anos. Já um portador de HIV sem tratamento pode durar até duas décadas ou ser ultrapassada rapidamente. Nesta fase a transmissão é possível, mesmo estando em tratamento antirretroviral, onde os riscos de transmissão são reduzidos.

Caminhando para a terceira fase a carga viral do portador começa a subir novamente e a contagem de células CD4 diminui, fazendo com que os sintomas do HIV apareçam, pois o sistema imunológico encontra-se debilitado.

3. A terceira fase é a AIDS, ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, propriamente dita. Nela o sistema de defesa está seriamente comprometido, se tornando vulnerável a várias infecções, as chamadas doenças oportunistas. Para que o paciente entre nessa fase suas células ficam abaixo das 200 células por milímetro cúbico de sangue, sendo que a contagem normal fica entre 500 e 1600 células por milímetro cúbico de sangue.

O tratamento médico é indispensável, pois nesta fase a sobrevivência do paciente sem auxílio é de cerca de 3 anos, caindo para apenas 1 ano se uma doença oportunista perigosa o acometer.

Como formas mais comuns de transmissão temos o contato com secreções e contato direto com sangue. Há cópias do vírus no leite materno, no suor, na saliva.

Entretanto, a quantidade de vírus adquiridos deve ser suficiente para causar infecção. 99,5% das transmissões são por via sexual. O restante envolve drogas endovenosas, via gestação, via aleitamento materno e outros meios, menos comuns.

Portanto, são fluidos não infectantes a saliva, a urina, a lágrima, as fezes e o suor. Por outro lado, são considerados fluidos capazes de transmitir o HIV o sangue, o sêmen, as secreções vaginais e o leite materno, devendo existir

concentração de vírus suficiente no fluido responsável pela infecção e que o vírus penetre na corrente sanguínea do possível infectado.

Comportamentos de risco para a infecção são relações sexuais sem proteção, contato direto com o sangue infectado (seringas infectadas, transfusão de sangue) e transmissão vertical, antes ou após o parto⁷.

Muitas vezes o portador de HIV é tratado com desconfiança pelo medo de contrair o vírus, como se um abraço ou aperto de mão fosse capaz de trazer riscos de contaminação. Esse estigma se dá pela falta de informação da sociedade.

1.4. A luta desenvolvida para alcançar o maior número de infectados e os testes existentes para detecção do vírus

Os antirretrovirais chegaram ao Brasil em meados dos anos 90, juntamente com a estruturação de movimentos organizados de combate e prevenção à AIDS. O acesso à medicamentos foi, desde o começo, pautado por tais organizações, primeiramente buscando, por vias judiciais, que planos de saúde oferecessem o acesso à seus segurados portadores de HIV aos remédios necessários, passando à pressão ao Governo para que oferecesse acesso gratuito a todos os cidadão, pautados em previsões constitucionais de direito à saúde⁸.

Como fruto dessas pressões, foi aprovada no Brasil a Lei nº 9.313 de 14 de Novembro de 1996⁹, que dispõe:

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao

⁷ Disponível em <<http://abiaids.org.br>> Acesso em 20/12/2016.

⁸ Scheffer, M.; Salazar, A. & Grou, K. (2005). O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/ Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde

⁹ BRASIL. Lei nº 9.313 de 14 de Novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Lei**. Brasília, DF. D.O.U. de 14.11.1996.

conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.

Art. 2º As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

Essa lei positivou a obrigação já prevista constitucionalmente, de prover remédio e saúde aos cidadãos brasileiros. Lei esta, amparada pelo acordo TRIPS, sigla em inglês para “Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio¹⁰”, um dos documentos assinados durante a criação da Organização Mundial do Comércio em 1994 e que nivelou as regras de propriedade intelectual todos os países signatários, obrigando-os a concederem patentes na área farmacêutica, o que possibilitou que os medicamentos não tivessem patente, protegendo os antirretrovirais registrados no Brasil, permitindo a produção como genéricos¹¹. Sendo fundamental à implantação do programa universal de acesso aos antirretrovirais produzidos no Brasil, diminuindo o custo em relação aos medicamentos internacionais, o que surtiu efeitos nos anos seguintes, com queda de aproximadamente 40% da taxa de mortalidade em apenas 4 anos.

Após vários anos de luta política o Brasil conseguiu lidar com os desafios da fabricação de antirretrovirais nacionalmente a custos menores. Porém, a partir de 2000 vários outros medicamentos começaram a surgir, menos agressivos, porém mais caros e protegidos por lei de propriedade intelectual promulgada em 1996, colocando em cheque a qualidade de vida das pessoas vivendo com HIV. O alto custo e a impossibilidade de subsídio pelo governo brasileiro teve vários percursos até que a Resolução nº 352/05 fosse aprovada e determinasse emissão de licenças compulsórias para vários medicamentos patenteados que oneravam o orçamento do SUS¹². Dai em diante o Brasil parou com os grandes enfrentamentos capitaneados

¹⁰ Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. Disponível em <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf> Acesso em 20 nov. 2016.

¹¹ A luta continua: avanços e retrocessos no acesso aos antirretrovirais no Brasil. in Mitos vs Realidade: Sobre a resposta brasileira a epidemia de HIV e AIDS em 2016.. Julho 2016. p. 39.

¹² Segundo Scopel, C. T. (2014). Medicamento para aids em situação de monopólio e estratégias de enfrentamento da carreira patentária: o caso dolopinavir/ritonavir. Monografia de Especialização em Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz (Ensp-Fiocruz). Rio de Janeiro. in A luta continua: avanços e retrocessos no acesso aos antirretrovirais no Brasil. in Mitos vs Realidade: Sobre a resposta brasileira a epidemia de HIV e AIDS em 2016.. Julho 2016. p. 45.

anteriormente e começou a inovar pouco, e alinhando às grandes indústrias farmacêuticas, expondo os pacientes à medicamentos que hoje em dia já são vistos como ultrapassados em boa parte do planeta. O conservadorismo tomou conta das ações brasileiras que perderam força em relação às pressões internacionais em detrimento aos direitos humanos.

A par dessas dificuldades enfrentadas pela burocracia inerte ao sistema capitalista a UNAIDS possui metas ambiciosas para o por fim a epidemia da AIDS. Uma delas vêm da disponibilização de tratamentos do HIV a todos que precisam. Em um esforço compartilhado tem o objetivo de que até 2020, 90% das pessoas vivendo com o HIV saibam que têm o vírus, entre elas, 90% receberão terapia antirretroviral ininterruptamente, e destas 90% terão supressão viral, que é quando o vírus é indetectável pela sua baixa carga viral.

Para alcançar tais metas, divulgadas em seu relatório, a UNAIDS prevê estratégias que juntem direitos humanos, inclusão e respeito mútuo, pois estratégias coercitivas ferem direitos humanos fundamentais, afastando as pessoas da busca dos tratamentos que necessitam para viver. Aliado ao tratamento do HIV a entidade busca outras estratégias conjuntas para maximizar os efeitos preventivos do tratamento, incluindo a eliminação da transmissão vertical, que é a transmissão direto de mãe para filho na gestação, programa de disponibilização de preservativos, profilaxia antirretroviral pré-exposição, circuncisão masculina médica voluntária e serviços de redução de danos para pessoas que injetam drogas, buscando sempre a quebra de estigmas discriminação e exclusão social.

O tratamento do paciente portador do HIV não pode ter interrupções, necessitando de sistemas de saúde fortíssimos por todo o mundo. O tratamento previne novas infecções e melhora a qualidade de vida dos pacientes, comprovado por estudo divulgado pela UNAIDS, que acompanhou por dois anos pacientes em tratamento constatando uma diminuição de 27% de chances de desenvolvimento de doenças graves, 36% menos chance de sofrer um evento clínico definidor de AIDS e 51% menos chance de ser diagnosticado com tuberculose. Desta forma, expectativa de vida do paciente que está em tratamento pode ser comparada à normal (mais que cinquenta anos).

Importante salientar que nem todos os pacientes reagem da mesma maneira aos medicamentos ofertados gratuitamente pelo SUS, a saber, estão

disponíveis aos pacientes, conforme necessidade e prescrição médica, 22 tipos de antirretrovirais que são combinados de maneira diferente para cada paciente, sendo utilizados pelo menos 3 drogas diferentes, que causam vários efeitos colaterais nos portadores do HIV.

Existe então a possibilidade de pleitear medicamentos que não constam na RENASE, que é a lista de medicamentos oficial do SUS, por via judicial, sendo provada a necessidade de utilização de tal medicamento, respeitando o direito constitucional de direito à vida, como o voto do Ministro Gilmar Mendes destacou na Suspensão de Tulela Antecipada nº 175 destacando a possibilidade do Poder Judiciário atuar para corrigir as omissões administrativas ou as falhas produzidas pelo sistema, em razão das insuficiências da regulação ou das eventuais falhas do sistema. Conforme ficou consignado, no voto do Ministro:

Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, **há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.** Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS **são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial**¹³.

Direito à vida pode ser visto como uma expressão universal, permanecendo adormecido na Constituição, não sendo nulos, mas muitas vezes, não reclamados. Em algum momento, este direito será reclamado e estará disponível a quem o fizer¹⁴.

A razão pela qual o SUS não fornece todo e qualquer medicamento em seu rol previsto é a existência do princípio da reserva do possível, em que as limitações orçamentárias limitam as ações governamentais. Porém, em casos excepcionais o mínimo existencial deve ser proporcionado pelo Estado, preservando a dignidade humana, prevalecendo o direito à vida e à saúde em detrimento ao interesse financeiro do Estado, sempre respeitando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a existência de hipossuficiência econômica do beneficiário, a gravidade da doença, a existência de registro do

¹³ Supremo Tribunal Federal - STA: 175 CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009.p. 23.

¹⁴ GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 152.

medicamento na ANVISA e a comprovação de que o medicamento fornecido pelo SUS não trouxe os resultados esperados para o paciente.¹⁵

O STF vem decidindo questões referentes a medicamentos de forma casuística, não estendendo os efeitos de suas decisões *erga omnes*, pois a caso contrário, estaria sentenciando a falência do Sistema Único de Saúde. Como exemplo vejamos a Suspensão de Tutela Antecipada nº 260 SC:

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada, ajuizado pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Blumenau/SC (Ação Civil Pública n.º 2008.72.05.000566-7) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Agravo de Instrumento n.º 2009.04.00.029752-8/SC). Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, com pedido de tutela antecipada em face da União Federal, a fim de obrigá-la a importar o medicamento Isentress (RALTEGRAVIR), independentemente de licitação, para atender ao Sr. Edgar Depine e a todos os eventuais pacientes infectados por HIV e resistentes aos demais medicamentos que possuam prescrição médica na Subseção Judiciária de Blumenau.

[...]

O tratamento da AIDS é feito com medicamentos antirretrovirais, cuja associação com fins terapêuticos é denominada terapia antirretroviral, conhecida como coquetel. A partir do surgimento de casos de resistência à terapia medicamentosa, constatou-se a necessidade de introdução do exame de genotipagem, o qual permite a reorientação do tratamento e a seleção de esquemas de resgate para os pacientes em falha terapêutica.

[...]

A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público. A União, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência de dano aos cofres federais, limitando-se a requerer a aplicação do princípio da reserva do possível. Neste ponto, o pedido formulado tem nítida natureza de recurso, sendo entendimento assente desta Corte que a via da suspensão não é sucedâneo recursal, como destacam os seguintes julgados: SL 14/MG, rel. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; SL 80/SP, rel. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 56-AgR/DF, rel. Ellen Gracie, DJ 23.6.2006. Por outro lado, inexistentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a ausência do fornecimento do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à dignidade de vida do paciente. A alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, também não procede, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida. Nesse sentido, ressalte-se que a Farmacêutica e Bioquímica Christiane Effting Kling Donini - funcionária do Ambulatório DST/AIDS Blumenau - informou que não havia notícia de requisições por parte de outros pacientes dos medicamentos Intelence (etravirine) e Isentress

¹⁵ STA 162/RN, DJU: 25/10/07; SL 188/SC, DJU: 01/02/08; STA 138 RN, DJU 19/09/07; SS 3345/RN, DJU 19/09/07.

(raltegravir) (fl. 272).Portanto, no caso em análise, não vislumbro grave ofensa à ordem e à economia públicas, valores protegidos pela Lei no 8.437, de 1992.Acrescente-se, ainda, que, em 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento a nove agravos regimentais interpostos contra decisões da Presidência desta Corte, para manter determinações judiciais que ordenavam ao Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema único de Saúde (SUS) a pacientes portadores de doenças graves, em situações semelhantes a dos presentes autos, o que reforça o posicionamento ora adotado. (STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355, Tribunal Pleno, de minha Relatoria).Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão.Brasília, 20 de abril de 2010.Ministro GILMAR MENDES Presidente¹¹

(STF - STA: 260 SC, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 20/04/2010, Data de Publicação: DJe-082 DIVULG 07/05/2010 PUBLIC 10/05/2010)

Portanto, o fornecimento de medicamento ao portador do HIV, ao que possui suspeita de infecção e os testes laboratoriais devem ser ofertados pelo Sistema Único de Saúde com base no RENAME na maioria dos casos, ou de caso para caso, judicialmente estabelecido o fornecimento de medicamentos que não contam no rol do Ministério da Saúde.

1.5. Linguagem e abordagem

Em nossa sociedade a abordagem de pessoa HIV positivas é um tabu e muitas vezes feita de maneira incorreta. Importante, primeiramente delinear que uma pessoa que é infectada com HIV não necessariamente desenvolveu a AIDS, estando seu sistema imunológico intacto¹⁶.

A UNAIDS¹⁷ traz em sua página mantida na internet, várias expressões que devem ser evitadas quando relacionadas ao tema, por exemplo: Devemos evitar confusão entre HIV e AIDS, o primeiro é um vírus, o segundo é uma síndrome clínica. Nunca devemos falar em vírus da AIDS, pois o mesmo não existe, e muito menos o vírus do HIV, que seria redundante. Jamais devemos utilizar o termo aidético, por trazer uma carga pejorativa e ofensiva muito grande, devendo tratar a pessoa infectada como pessoa soropositiva ou

¹⁶ BARBOSA, Magno Luiz. **AIDS: O Direito e Algumas Reflexões Sobre seu Impacto nas Relações de Emprego**. 1. ed. (ano 2007). 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.p 29.

¹⁷ Disponível em < <http://unaids.org.br/terminologia/>> Acesso em 21/11/2016.

vivendo com HIV. Ainda indica que não existe teste de AIDS e sim de HIV, além de não existir indivíduo infectado com AIDS.

A entidade ainda traz outros termos que devem ser evitados. Tal abordagem é importante para acabar com o preconceito inclusive no ambiente laboral, sendo importante ao passo de que pessoas discriminadas ou que vejam discriminação ao seu redor podem ficar inertes em procurar tratamentos, ajuda de profissionais, informar o parceiro sexual de sua situação, usar preservativos com receio de que desconfiem de sua sorologia, dificultando o combate a epidemia que assola o mundo.

Vemos em nossa sociedade alguns estigmas, que são fatores de diferenciação normalmente injustificados, gerando a exclusão social e a neutralização das qualidades do indivíduo¹⁸.

¹⁸ BACILA, Carlos Roberto. Estigma – um estudo sobre preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 28.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PORTADOR DE HIV

Os portadores de HIV, assim como todos os brasileiros, têm direitos e deveres, mas por se tratar de uma parcela mais frágil da população, possuem legislação própria que o tutela, assim como mulheres, idoso, crianças, entre outros, protegendo essa gama da sociedade de preconceitos e discriminações. O texto constitucional e as leis discriminam situações, gerando regimes diferentes de tratamento e atribuindo direitos e obrigações a algumas pessoas, e não a outras, na medida em que se subsumam em categorias diversas, recebendo regulação distinta no que pertence a direitos e obrigações.

A importância da positivação de tais direito é que quando não o são, juízes ante uma pretensa falta de respaldo escrito, atual como se tais direitos não existissem, contudo, não significando a transformação automática deles em realidade¹⁹, sendo necessária toda uma construção para efetivá-los.

Mostra disso foi a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da AIDS, aprovado no encontro nacional de ONG que trabalham com AIDS, que preceitua o seguinte:

- I - Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a aids.
- II - Os portadores do vírus têm direito a informações específicas sobre sua condição.
- III - Todo portador do vírus da aids tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.
- IV - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.
- V - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/aids, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.
- VI - Todo portador do vírus da aids tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que visar a recusar aos portadores do HIV/aids um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação em atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.
- VII - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.
- VIII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/aids, sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do

¹⁹ GODOY, Miguel Gualano de. Op. cit.,p. 151.

vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.

IX - Ninguém será submetido aos testes de HIV/aids compulsoriamente, em caso algum. Os testes de aids deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, controle de transfusões e transplantes, estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser transmitidos por um profissional competente.

X - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.

XI - Toda pessoa com HIV/aids tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania.²⁰

Atenta ainda Celso Antonio Bandeira de Mello que:

“a lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstancias peculiarizadoras de uma categorias de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”²¹.

A Declaração possui nuances que serão melhor exploradas no decorrer deste trabalho, mas desde logo podemos afirmar que dignidade, direitos de personalidade e intimidade do portador de HIV têm especial atenção da legislação brasileira, apesar de já previstos no art. 5º, *caput*, da Constituição da República²², a abrangência do direito à igualdade não se limita a equiparar os cidadãos em relação a uma dada norma, mas que esta seja editada sob a ótica dos preceitos da isonomia.

2.1. Direito à personalidade

Cada indivíduo deve ter sua personalidade respeitada, sendo o direito à personalidade aquele que o ser humano tem em face à sua própria condição. Direitos naturais, inatos e independem do Estado para efetivá-los, tendo como

²⁰ Site do Departamento de IST, AIDS e hepatites virais. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>> Acesso em: 08 dez. 2016.

²¹ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 39.

²² 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: (...).

fundamento a essencialidade do ser. Quando desrespeitados, a dignidade do trabalhador é desrespeitada²³.

Dentre eles pode-se notar o direito à integridade física, psíquica, moral e intelectual do ser humano, encontrando-se protegidos nos artigos 11 ao 21 do Código Civil²⁴, buscando dar um caráter de formação da essência da pessoa. São expostos de maneira não exaustiva e são expressão da cláusula geral da tutela da pessoa humana contida na Constituição Federal, contudo não se esgotam nesses diplomas legais, estando também em leis dispersas.

Para Miguel Reale²⁵, cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental que se desenrolou pela história, criando para cada sociedade um valor diferente, cada civilização teve suas ideias e suas ideias expressas em sua percepção de direito à personalidade.

²³ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os direitos do trabalhador portador do HIV.** In Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região : Vol. 3, n. 27 (jan./fev. 2014) p.9.

²⁴ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.
Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.
Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.
Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.
Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.
Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.
Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.
Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.
Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.
Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (Vide ADIN 4815)
Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

²⁵ REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 24 nov. 2016.

Os direitos da personalidade protegem a dignidade da pessoa humana ao passo que a protege de atentados provenientes de outros indivíduos²⁶. Tal apontamento é importante para esclarecer, conforme Marcos de Almeida Villaça Azevedo, que a soropositividade não implica e nem pode implicar em limitações da cidadania e dos direitos da personalidade, podendo o portador de HIV manifestar toda e qualquer atividade intelectual e profissional para sua realização pessoal, defendendo-se de qualquer atentado contra sua integridade física, a sua vida e a sua intimidade²⁷.

Nesta seara nossa Constituição protege os indivíduos também em seu caráter subjetivo, como nos mostra José Afonso da Silva descrevendo a integridade moral prevista em nossa Carta:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-se, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da família, que se impões ao respeito dos meios de comunicação social (atr. 221, IV). Ela, mais do que outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Dai porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental.²⁸

Desta feita, tem-se, por exemplo, que o trabalhador não pode ter seu direito de pleitear um emprego, cargo público ou colocação apenas pelo motivo de ser portador de HIV. Práticas discriminatórias são largamente rechaçadas por lei que serão abordadas em momento posterior deste trabalho.

2.2. Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é prevista na Constituição Brasileira em seu artigo 1º. III, de iniciativa privada do Estado e elevada a categoria de princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

²⁶ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. P 131.

²⁷ AZEVEDO. Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002. P. 59.

²⁸ SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002. p. 200

É princípio constituinte dos Estados Democráticos, deixando, no final do século XX de ser apenas conceito moral e político para ser um princípio jurídico²⁹. A dignidade da pessoa humana independe de gênero, orientação sexual, raça ou estado sorológico, estando ligada às escolhas voluntárias que cada ser humano deve ser capaz de tomar, sendo justamente o que funda e diferenciam a raça humana dos outros animais³⁰.

A autonomia dos seres constitui a dignidade, sem interferências ou decisões externas, desenvolvendo a personalidade da maneira como achar pertinente, não se esquecendo de proporcionar ao próximo as condições mínimas para uma vida saudável, vivendo em uma sociedade equilibrada, vivendo coletivamente, vivendo em igualdade.

Impedir o portador de HIV de exercer qualquer atividade da vida em sociedade é impedi-lo de viver como ele é.

2.3. Direito à privacidade

A intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis segundo o art. 5º X da Constituição Federal, sendo um direito conexo ao da vida segundo o entendimento de José Afonso da Silva³¹.

Pode-se entender a privacidade como um conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito³². Desta forma, o indivíduo deve gerenciar sua vida e informações atinentes a ela sem ser incomodado, sob risco de não poder ser considerado livre se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em:** <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 25 nov 2016

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 60

³¹ SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002. p. 204.

³² J, Matos Pereira, **Direito de Informação**, p.15 in SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002. p. 205.

Dentro do direito à privacidade temos o direito à intimidade, que muitas vezes é confundido com o direito à privacidade, porém podem ser diferenciados, bem como o direito à vida privada, que também possui laços estreitos com intimidade e privacidade. A Constituição de 88 não se propôs a delimitar tais direitos, desta forma, conceituou amplamente tais institutos para promover a maior proteção possível ao indivíduo e sua privacidade, sendo não só um meio de isolamento de algumas faces da vida privada que não se quer expor, mas também uma reação contra discriminações, como por exemplo, as advindas da divulgação da situação soropositiva de um indivíduo em seu ambiente de trabalho, haja vista o grande estigma ainda existente, sendo necessária uma tutela que vise proteger a integridade moral do portador de HIV, sob pena, de que se não respeitada a vontade do indivíduo, estar-se-á diante de uma violação do art. 5, X da Constituição.

No mesmo sentido a Resolução 1.359 do Conselho Federal de Medicina, aprovada em 1992 reforça o direito ao sigilo da sorologia do portador de HIV: “O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com AIDS; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente”³³.

Importante salientar que este Direito do portador de HIV de sigilo pode ser mitigado em casos de risco de contaminação de outrem, como prevê o próprio artigo segundo da Resolução do CRM em seu parágrafo único. A pessoa portadora do vírus tem o dever de informar sua situação em casos de exposição potencial da possibilidade de transmissão, sob pena de responsabilidade civil e criminal sob tal omissão.

Os indivíduos dividem sua vida em vida exterior e interior, conceito importante para a delimitação do que seria a proteção à vida privada. O aspecto exterior pode ser pesquisado, estudado e divulgado, pois é público. Já a vida interior deve ser respeitada, dizendo respeito à própria pessoa, membros

³³ Disponível em < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1359_1992.htm> Acesso em 24 nov. de 2016.

de sua família e amigos, inviolável nos termos da Constituição³⁴. A delimitação do que se considera vida externa e interna deve ser feita casuisticamente.

Honra e imagem também são abarcados pela nossa Constituição. O primeiro é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação, sendo direito fundamental da pessoa resguardar tais qualidades³⁵, não devendo ser especuladas por sujeitos alheios, podendo haver lesão da honra concomitantemente ou não com lesão ao direito à intimidade. Já o direito à imagem tutelado Constitucionalmente no art. 5º inciso X é o da imagem retrato, que é a identidade física do sujeito, por exemplo, em imagens divulgadas pelo empregador de seus empregados sem a autorização devida, cabendo dano material e moral devido à tal violação. A imagem atributo também é tutelada no art. 5º inciso V, onde a imagem que a sociedade tinha do sujeito é afetada, sendo que “o fato de uma pessoa estar contaminada pelo vírus HIV não impede que a mesma frequente uma escola, uma biblioteca e uma faculdade”³⁶, sendo ofertado ao ofendido o direito de resposta e indenização proporcional ao agravo sofrido.

A violação da privacidade possui remédios constitucionais, alguns até reprimidos penalmente, garantindo também direito a indenização por dano moral ou material decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas³⁷.

2.4. Conflito entre Direitos Fundamentais

Que o portador de HIV deve ser protegido largamente por conta de suas condições mais frágeis não temos dúvidas, porém quando estes direitos entram na esfera de proteção de outrem, do Direito Fundamental de terceiros, qual é a resposta que temos frente às proteções existentes?

³⁴ SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002. p. 207.

³⁵ SILVA. José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002. p. 208.

³⁶ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002. p. 114.

³⁷ TRIDAPALLI, Elidia. **AIDS e seus impactos nas relações de trabalho, uma discussão doutrinária e jurisprudencial**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 154.

Um exemplo seria na transmissão do vírus da AIDS, que é configurada como ilícito civil e penal³⁸, sujeito, portanto à indenização e pena privativa de liberdade. Não precisa ocorrer a transmissão para consumir o crime na esfera penal e responsabilidade na esfera civil, devendo ser indenizado a realização de exames periódicos para constatação de não exposição ao vírus e possíveis abalos emocionais sofridos. Tal possibilidade vem do art. 1525 do Código Civil que prevê que a responsabilidade Civil independe da Criminal, podendo ser ao mesmo tempo processada pelo crime cometido e indenizando o acometido pela infecção³⁹.

Tal ponderação se torna importante também ao analisarmos casos em que a profissão do portador de HIV traz perigo de infecção à outrem, caso em que o interesse público primário poderá se sobrepor à garantia individual de inviolabilidade da intimidade e da vida privada do soropositivo. Nessa categoria encontram-se profissionais da saúde e pessoas que mexem com sangue humano.

Cláusula 24 - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - Em caso de recomendação médica ou por solicitação e interesse do empregado portador do vírus HIV, preservado o sigilo de informação, a ECT promoverá o seu remanejamento para outra posição de trabalho que o ajude a preservar seu estado de saúde, vedada a sua dispensa sem justa causa.

Parágrafo único - A ECT realizará ações junto a entidades públicas, visando facilitar a obtenção de medicamentos para tratamento do empregado de que trata esta cláusula, bem como autorizará a realização de todos os exames necessários ao tratamento, observando-se as regras do Correios Saúde. (TST - AgR-DC - 6942-72.2013.5.00.0000 Data de Julgamento: 08/10/2013, Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)⁴⁰

Nestes casos específicos a realização de exames para fins de verificação da sorologia é permitida, porém sempre com a anuência do empregado, que não poderá ser demitido caso haja recusa na aferição de sua sorologia.

³⁸ Art. 131 do Código Penal: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio – Pena: reclusão, de 01 (um) a 04 (quatro) anos, e multa.”

³⁹ AZEVEDO. Marcos de Almeida Villaça. AIDS e Responsabilidade Civil. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002. P. 67.

⁴⁰ Acordo Coletivo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos 2014/2015. Disponível em <<http://blog.correios.com.br/acordocoletivo/wp-content/uploads/2014/11/Proposta-da-ECT-para-o-Acordo-Coletivo-de-Trabalho-2014-2015-16-09-2014.pdf>> Acesso em 01/12/2016.

2.5. Não discriminação do empregado portador de HIV

Preconceito é um conceito antecipado, sem uma base séria, existindo um conceito prévio sobre determinado assunto ou condição, que via de regra são falsos. Prejulgamento, juízo de valor preconcebido sobre. Opinião ou pensamento acerca de algo ou de alguém cujo teor é construído a partir de análises sem fundamentos, sendo preconcebidas sem conhecimento e/ou reflexão⁴¹.

O vírus da imunodeficiência humana não escolhe sexo, raça cor ou classe social para infecção, portanto, acomete qualquer parcela da sociedade, instruída ou não, estando presente em vários nichos e escalas das relações de trabalho.

Muitas lutas são travadas para construir uma sociedade mais informada, tirando velhos estigmas enraizados em nosso meio, por exemplo, os que acreditam que a AIDS seria doença de gays, drogados ou prostitutas. Tais esforços tem sido demonstrados pelas várias campanhas realizadas com apoio dos governos locais e de entidades mundiais, como a ONU, que recentemente, em reunião de alto nível realizada em Nova York em junho de 2016, adotou várias medidas⁴² para acelerar luta contra a AIDS e acabar com sua epidemia até 2030, sendo alguns de seus objetivos específicos voltados para o trabalho e a não discriminação dos portadores de HIV nesses ambientes, por exemplo:

“63 (c): Comprometemo-nos a intensificar os esforços nacionais para criar diretrizes legais e sociais de políticas em cada contexto nacional, a fim de **eliminar o estigma, a discriminação e a violência relacionados ao HIV**, incluindo a vinculação de prestadores de serviços aos locais de cuidado da saúde, **ambiente de trabalho**, de educação e outras localidades, e promoção do acesso a prevenção, tratamento e cuidados do HIV e o apoio e acesso **não discriminatório** a educação, cuidados de saúde, emprego e serviços sociais, fornecendo proteções legais para pessoas vivendo com HIV, que estejam em risco de contraí-lo ou que sejam afetadas pelo vírus, incluindo em relação ao direito à herança e o respeito à **privacidade e confidencialidade**, bem como promover e proteger todos os **direitos humanos e liberdades fundamentais**.

63 (d): Destacamos a necessidade de atenuar o impacto da epidemia sobre os trabalhadores e suas famílias e dependentes, locais de trabalho e economias, tendo em conta, particularmente, todas as

⁴¹ Definição em <<https://www.dicio.com.br/preconceito/>> Acesso em 20 nov. 2016

⁴² Declaração Política sobre HIV e AIDS: Acelerar a Resposta para lutar contra o HIV e acabar com a epidemia de AIDS até 2030. Disponível em <http://unaids.org.br/wp-content/uploads/2016/11/2016_Declaracao_Politica_HIVAIDS.pdf> Acesso em 24 nov. 2016.

convenções pertinentes da Organização Internacional do Trabalho, bem como as orientações fornecidas pelas recomendações da Organização Internacional do Trabalho pertinentes, entre elas a Recomendação sobre HIV e AIDS e o mundo do Trabalho, 2010 (No. 200), e **convocamos empregadores, sindicatos funcionários e voluntários para tomar medidas destinadas a eliminar o estigma e a discriminação, proteger, promover e respeitar os direitos humanos** e facilitar o acesso a prevenção, tratamento, cuidados e apoio do HIV;

63 (e): Comprometemo-nos com as estratégias nacionais para a AIDS que empoderem as pessoas que vivem com HIV, estejam em risco de contraí-lo ou que sejam afetadas pelo vírus de forma a **conhecer os seus direitos e acessar os serviços jurídicos e legais para prevenir violações de direitos humanos, incluindo estratégias e programas destinados a sensibilizar os agentes policiais, membros do legislativo e judiciário, treinamento dos profissionais de saúde em não-discriminação, confidencialidade e consentimento esclarecido**, apoiando campanhas de aprendizagem nacional em direitos humanos, bem como o monitoramento do impacto do ambiente jurídico sobre a prevenção, tratamento, cuidados e apoio relacionados ao HIV;

O Estado do Paraná em 2004 já tinha sancionado a Lei nº 14.362, que vedava a discriminação contra portadores do HIV ou pessoas com AIDS, porém, em 2014 adveio lei Federal que criminalizou tal conduta com a Lei nº 12.984/2014:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - negar emprego ou trabalho;

III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI - recusar ou retardar atendimento de saúde⁴³.

Para conceituação de discriminação podemos utilizar os ditames da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 19 de janeiro de 1968 através do Decreto nº 62.150. A Convenção não tratou especificamente do HIV para conceituar discriminação, porém sua

⁴³ BRASIL. Lei nº 12.984, de 17 de junho de 2014. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm> Acesso em 22 nov. 2016.

redação é notável, considerando qualquer forma de discriminação uma afronta aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos dos Homens:

Art. 1 — 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 oportunidade 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 às condições de emprego⁴⁴.

Tal convenção ainda pregava o comprometimento de seus signatários para criação de políticas nacionais que proporcionassem a igualdade de oportunidades em matéria de emprego e profissão, incentivando a edição de leis que procurem satisfazer os objetivos da convenção, bem como revogar dispositivos contrários a ela.

A consolidação das Leis do Trabalho traz em seus artigos 5º e 461 as noções de igualdade e não discriminação, porém sem especificar o que seriam abusos e discriminações no ambiente laboral. Para suprir tal lacuna, foi editada Lei específica nº 9.029/1995 que trouxe um rol taxativo de discriminações não toleradas no acesso ou manutenção das relações de trabalho.

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

⁴⁴ Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção nº 111: Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupações)**, 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em 23 nov. 2016

- 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.⁴⁵

Porém, tal lei não foi capaz de abarcar o tema AIDS e HIV em seus incisos, não sendo utilizada por juízes para promover a reintegração de portadores de tal doença quando da dispensa discriminatória, como prevê os artigos 4º desta Lei, que foi capaz de proteger apenas as discriminações taxadas em lei⁴⁶.

Mais tarde, no ano de 2010, a OIT voltou a tratar do tema discriminação, agora com enfoque especial sobre o HIV com a Recomendação 200, lançando cartilha contendo várias diretrizes a serem tomadas pelos países signatários. Vejamos algumas delas⁴⁷:

- Reafirmando a impor tância da atuação da Organização Internacional do Trabalho ao cuidar da questão do HIV e da Aids no mundo do trabalho e a necessidade da Organização intensificar esforços para alcançar a justiça social e combater a discriminação e a estigmatização relativas ao HIV e à Aids em todos os aspectos de seu trabalho e de seu mandato
- Verificando que o estigma, a discriminação e a ameaça de perda de emprego experimentados pelas pessoas afetadas pelo HIV ou pela Aids são barreiras ao conhecimento de sua própria situação relativa ao HIV, o que aumenta a vulnerabilidade dos trabalhadores ao HIV e prejudica seu direito a benefícios sociais
- Não deve haver nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de mais vulnerabilidade à infecção pelo HIV;

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/L9029.HTM> Acesso em 23 nov. 2016.

⁴⁶ GUALAZZI, Alexandre Augusto. **“AIDS” e direito do trabalho – questões de direito material e processual** – São Paulo: LTr, 2005. P. 46.

⁴⁷ Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Recomendação Sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho**, 2010. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/recomendação-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho>>. Acesso em 23 nov.2016

Destacam-se as garantias dos Direitos Humanos, ao local de trabalho, proibição de discriminação e estigmatização, prevenção, tratamento e proteção à privacidade

Vale ressaltar que recomendações da OIT, ao contrário de Convenções ratificadas pelo Brasil, não geram automaticamente direitos subjetivos individuais por não constituírem fonte formal de direito. O que fazem são sugestões aos legisladores, que adotam ou não seus preceitos nos ordenamentos internos⁴⁸. Desdobramento disto, é que recomendações não podem ser objeto de compromissos internacionais, ao contrário de Convenções.

A OIT também editou um Código de Práticas sobre AIDS/HIV e o mundo do trabalho, onde aponta o local de trabalho como uma chance para a contenção dos efeitos da disseminação da epidemia da AIDS e do próprio preconceito e discriminação⁴⁹, sendo essencial ao local do trabalho a não discriminação, igualdade de gênero, ambiente de trabalho saudável, diálogo social, confidencialidade, continuação da relação de emprego, prevenção, cuidado e apoio.

Para garantia da concretização da cidadania do soropositivo o acesso ao sistema público de saúde deve ser garantido, os demais direitos fundamentais devem ser respeitados, entre eles o da personalidade, vida, liberdade, intimidade privacidade, honra e também direito ao acesso ao mercado de trabalho e direitos que todos os cidadãos trabalhadores possuem, sendo uma forma de afirmação da dignidade prevista no artigo 6º da Constituição Federal.

O acesso ao trabalho é inclusive o que garante uma sobrevivência ao portador de HIV, uma vez que com seus proventos é possível melhor alimentação e cuidados necessários para controle da doença.

O ordenamento jurídico não possui norma específica que vede a análise da codificação genética de um candidato a emprego objetivando a investigação de sua sorologia, mas vemos aí uma prática discriminatória que certamente pode ser vista como antijurídica, pois tal conduta seria uma discriminação

⁴⁸ BARACAT, Eduardo Milléo; GUNTHER, Luiz Eduardo. **O HIV e a AIDS: Preconceito, Discriminação e Estigma no Trabalho**. Revista Jurídica UNICURITIBA v. 1, n. 30 (2013). P. 415.

⁴⁹ **Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do Trabalho**/ Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o mundo do Trabalho. 3 ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

injustificada. Injustificada, pois a condição de portador de HIV não torna ninguém menos capaz de determinados trabalhos, sendo permitido na CLT em seu artigo 168, apenas exames que comprovem aptidão ou capacidade física e mental para desenvolver determinadas atividades, não sendo a sorologia de primeira importância para tais investigações, e por isso, sua exigência é considerada discriminatória⁵⁰.

Pode também a prática discriminatória vir em momento posterior, quando a empresa ou colegas de trabalho ficam sabendo da condição sorológica de outro empregado, sofrendo uma segregação injustificada e indo contra os fundamentos do Direito do Trabalho, que surgiu para compensar desigualdades existentes entre empregados empregadores.

A superioridade hierárquica do empregador, se utilizada de maneira desproporcional, pode gerar danos morais ao empregado, o que veremos a seguir.

2.6. Dano Moral

Dano é o abalo ou ofensa⁵¹, podendo ter caráter patrimonial ou moral, sendo essa segunda face do dano importante ao indivíduo lesado, trazendo sofrimento, mágoas e depressão, atingindo bens como a paz, tranquilidade de espírito, liberdade, e honra⁵².

Pelo caráter tão subjetivo dos bens atingidos se torna difícil uma exata reparação, advinda na legislação brasileira com a Constituição de 88. Outrora se teve a indenização pela dor sofrida como algo estranho ao ser humano,

⁵⁰ Consolidação das Leis do Trabalho- “Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I - a admissão;

II - na demissão;

III – periodicamente.

§ 1º - O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) por ocasião da demissão;

b) complementares.

§ 2º - Outros exames complementares poderão ser exigidos, a critério médico, para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer.”

⁵¹ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

⁵² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

sendo tido como uma indenização inconcebível. Porém com o tempo, viu-se que o que estava indenizando era à vítima lesada, balanceando os danos sofridos com algo reparado em troca deste dano⁵³.

O direito à personalidade tem papel central na indenização por dano moral, devendo ser protegidos aspectos interiores e exteriores da pessoa a fim de proteger a dignidade da pessoa humana.

No âmbito laboral as ofensas capazes de gerar dano moral estão presentes pela própria estrutura que se dão as relações de emprego. Geralmente ocorrem em relação ao empregado, o que não obsta que ocorram com o empregador.

Tais ofensas podem ser através do assédio moral, que se caracteriza por toda e qualquer conduta abusiva em forma de comportamentos, palavras, atos e gestos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou a integridade física ou psíquica da pessoa⁵⁴.

O quantum indenizatório é avaliado de caso a caso, não havendo um parâmetro pré-estabelecido, pois cada caso é diferente e deve ser analisado, cada ser humano absorve uma ofensa de maneira diferente do outro.

No Direito do Trabalho o dano moral é caracterizado com a constatação de três premissas, são elas: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexo etiológico ou causalidade entre o dano e a ação alheia⁵⁵.

Pode ser caracterizado também por força de abuso de direito, no caso do empregador, um abuso comumente visto no Direito do Trabalho é a dispensa, que para não ser considerada abusiva e imotivada deve fundar-se em motivação disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Dispensas por justa causa sem fundamentos são as que mais geram direitos a danos morais. Quando o empregador despede o empregado com acusações de incompetência, desonestidade, insubordinação, entre outras, ele ofende o crédito, o bom nome, o conceito social e até o lar do trabalhador⁵⁶.

⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2003, p. 146.

⁵⁴ HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano.** Tradução de Maria Helena Kuhner. 12^a. edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 65. in MIKOS, Nádya Regina de Carvalho. **Indenização Para Reparação De Dano Moral Sofrido Pelo Empregado: Incertezas E Efeitos Dos Critérios Doutrinários e Jurisprudenciais.** Curitiba, 2011. p 58.

⁵⁵ BARBOSA, Magno Luiz. Op. Cit. p 94.

⁵⁶ BARBOSA, Magno Luiz. Op. Cit. p 96.

Importante destacar a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedidos de Danos morais nas relações de emprego, muito discutida até o advento da Emenda Constitucional nº 45 que alterou o artigo 114 da Constituição Federal, dando competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar indenizações por dano moral decorrentes das relações de trabalho. No caso de danos morais decorrentes de demissão discriminatória ao portador de HIV/AIDS, a competência também é da Justiça do Trabalho, como no caso adiante, onde foi concedido danos morais pelo tratamento discriminatório pelo qual o empregado foi submetido:

TRT-PR-26-11-2010 EMPREGADO PORTADOR DE HIV - TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO PELO EMPREGADOR - CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Comprovado que prepostos do empregador passaram a adotar atitudes discriminatórias em relação a empregado portador de HIV, após o conhecimento da enfermidade, como forma de resguardar à dignidade humana e o valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória, é impositiva a condenação em indenização por danos morais. Este provimento torna concretos, na ordem jurídica pátria, destacadamente no ambiente de trabalho, os direitos fundamentais inscritos na Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, especialmente o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego. Recurso ordinário do réu a que se nega provimento para manter a sentença que deferiu indenização por danos morais.

TRT-PR-02955-2009-643-09-00-6-ACO-37578-2010 - 2A. TURMA

Relator: MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU

Publicado no DEJT em 26-11-2010⁵⁷

Danos morais podem ser requeridos quando ações discriminatórias não acontecem, pois a Constituição previu a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, cabendo ao legislador criar mecanismos para garantir a proteção judicial desses direitos⁵⁸. Desta forma, o ordenamento emite normas para que o indivíduo discriminado se eleve por ações afirmativas, também chamadas de discriminação positiva, que se veem em leis que procuram a inclusão de portadores de deficiência com reserva de

⁵⁷ PARANÁ; Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. Disponível em <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4065408> Acesso em 24 nov. 2016.

⁵⁸ BARBOSA, Magno Luiz. Op. Cit., p. 102.

vagas, buscando por tal tipificação, trazer reequilíbrio social ao contemplar parcelas da sociedade que por alguma razão ficaram à margem de alcançar direitos constitucionais básicos, sendo abarcado pelo princípio da igualdade formal vigente em nossa Constituição.

3. DA FASE PRÉ-CONTRATUAL AOS DIREITOS PÓS RELAÇÃO DE EMPREGO

As relações de trabalho estão pautadas por aspirações de liberdades fundadas em garantias constitucionais que asseguram o exercício de cidadania, tendo como princípios basilares a dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos meios e instrumentos de valorização social do trabalho, como está previsto na Constituição do Brasil logo em seus primeiros artigos.

O Estado de Direito é fundado na legitimidade dos governos e das instituições políticas, legalidade dos atos da administração e controle judiciário que garanta a aplicação das leis⁵⁹.

Leis fortes são necessárias para efetivar os princípios que o Estado busca proteger, sendo fiscalizada por vários centros de poder, que controlam uns aos outros, buscando a construção de uma sociedade justa e igualitária, sem preconceitos de qualquer espécie, sem discriminações. Este deveria ser um papel totalmente absorvido pelo Estado, porém, como se sabe, necessitamos de instrumentos particulares para efetivação de todos estes princípios, sendo muito importante, hoje em dia, a Responsabilidade Social da Empresa, que deve promover a saúde e segurança de seus funcionários, proteção do meio ambiente na luta contra a corrupção, apoio em casos de desastres naturais e respeito aos direitos humanos das comunidades em que operam⁶⁰.

Para atingir tais objetivos a empresa deve exercer essa responsabilidade externa e internamente. Internamente deve motivar seus funcionários a ter um desempenho otimizado, em ambiente agradável, contribuindo para o bem estar, ganhando a lealdade e dedicação de seus empregados. Externamente deve focar na comunidade que está por volta dela⁶¹.

Feita tal introdução, passaremos a analisar a tutela das leis brasileiras aos portadores de HIV, dos ditames que devem ser respeitados pelas empresas por força de lei ou por Jurisprudência consolidada, da fase de contratação à fase de extinção do contrato, passando também por algumas

⁵⁹TRIDAPALLI, Elidia. Op. Cit. p. 75.

⁶⁰ Ibidem. p. 77.

⁶¹ MEIRA, Paulo Ricardo. Em que posso ajudar? A responsabilidade social no varejo brasileiro, p.1 In TRIDAPALLI, Elidia. **AIDS e Seus Impactos nas Relações de Trabalho: Uma Discussão Doutrinária e Jurisprudencial**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.p.77.

análises dos efeitos pós vínculo. Pois em âmbito trabalhista, as práticas discriminatórias podem ocorrer em três etapas, sendo para Amauri Mascaro Nascimento⁶², “na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa direta à dignidade e igualdade do trabalhador”.

3.1. Seleção de empregados

A seleção de empregados é uma tarefa exercida pelo empregador, não podendo ter interferência abusiva de algum órgão ou entidade governamental, sendo fruto do princípio da livre iniciativa, fundada na ordem econômica nacional, constitucionalmente prevista.

A livre iniciativa tem na sua essência a liberdade de criar, organizar, definir o objeto da atividade econômica, dirigir execução de atividades e administração de um negócio⁶³, o que invariavelmente, envolve trabalho humano, surgindo aí o dever de observância, juntamente com a liberdade da livre iniciativa, dos valores que respeitem os princípios da dignidade da pessoa humana.

Desses dois princípios podem surgir vários conflitos entre a liberdade de iniciativa e a preservação de direitos fundamentais, que devem ser ponderados e sua colisão deve ser analisada, como nos ensina Robert Alexy⁶⁴, um princípio deverá ceder, não significando a invalidade do cedente, em relação ao outro em determinada situação e sob determinadas condições.

Seria interessante que existisse uma regulamentação sobre o direito à informação para admissão no trabalho, que não existe no Brasil. O que o empregado tem de informar, o que o empregador não pode exigir, e o que ele não pode dizer por ser aspecto de vida íntima⁶⁵. O empregado poderia dizer

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito contemporâneo do trabalho. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 405

⁶³ CERVO, Fernando Antônio Sacchetim. A livre iniciativa como princípio da ordem constitucional econômica. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26778/a-livre-iniciativa-como-principio-da-ordem-constitucional-economica>> Acesso em 01 dez. 2016.

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo. Malheiros, 2011, p. 92.

⁶⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. **Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre liberdade de expressão no trabalho**. Brasília, 18 nov. 2012. Entrevista concedida a Carmem Feijó e Ricardo Reis. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/ministro-alexandre-agra-belmonte-fala-sobre-a-liberdade-de-

desde logo qual é a sua religião, e manifestar o desejo de folgar no dia dedicado por ela ao descanso, e a empresa se ajustaria a isso.

Existe sim, uma obrigatoriedade de exame admissional, prevista na CLT em seu artigo 168, porém o exame de HIV não consta na lista do Ministério do Trabalho como exame passível de realização compulsória. Logo, lembrando o princípio da legalidade: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei que preveja”, ou ainda da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que prevê em seu artigo XII que: “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência [...]”, sendo ilegal a testagem sorológica por parte da empresa sem autorização expressa do empregado, sob pena de atentado direto à intimidade do mesmo.

A Constituição, em seu art. 5º inciso X, garante a preservação da intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, desta forma, o indivíduo portador de HIV não é obrigado a declarar sua condição e tem o direito de que a sua condição sorológica não seja revelada a ninguém, inclusive seu empregador. Essa condição deve ser preservada pelos profissionais da saúde, inclusive sendo uma norma do Conselho Federal de Medicina em sua Resolução nº 1.665/03⁶⁶ que dispõe sobre a ética em relação ao tratamento de pacientes soropositivos, como podemos ver:

Art. 9º - O sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, nos termos da lei, e notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos.

Parágrafo único - O médico não poderá transmitir informações sobre a condição do portador do vírus da SIDA (AIDS), mesmo quando submetido a normas de trabalho em serviço público ou privado, salvo nos casos previstos em lei, especialmente quando disto resultar a proibição da internação, a interrupção ou limitação do tratamento ou a transferência dos custos para o paciente ou sua família.

Podemos ainda recorrer a análise da Lei nº 9.029/95 em seu art. 2º, que trata da gestante, considerando crime a exigência de testes ou exames relativos à esterilização ou o estado de gravidez, em uma interpretação

expressao-no-trabalho/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print> Acesso em 25 nov. 2016.

⁶⁶ Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1665_2003.htm> Acesso em 25 nov. 2016.

analógica pode servir aos testes para detecção de vírus HIV na corrente sanguínea do candidato.

Os exames admissionais devem se pautar a avaliar a aptidão do candidato aquela função pretendida, visando a manutenção e promoção da saúde e da qualidade de vida, garantindo que a saúde do empregado seja a mesma no momento da contratação e da possível futura dispensa⁶⁷, para fins de comprovar possível desenvolvimento de doença laboral ou provar que tal estado já era presente antes da contratação, servindo de escudo para possíveis processos. Ainda a boa relação de trabalho deve ser regida pela boa-fé e pela ética, aspectos que o portador de HIV não teve afetação alguma pelo simples fato de sua infecção.

3.2. Vigência do Contrato

Uma vez contratado, a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para interrupção no contrato de trabalho, como atenta Alice Monteiro de Barros⁶⁸. Sendo refutadas quaisquer práticas que venham a configurar ato preconceituoso ou discriminatório contra o indivíduo portador do HIV.

No mesmo passo, não podem ser exigidos exames sorológicos durante a vigência do contrato, apesar da previsão da CLT de exames periódicos para avaliação física do empregado, que devem se restringir, como já dito, às aptidões do funcionário ao exercício de suas funções laborais, sendo uma afronta aos princípios constitucionais a obrigatoriedade de submissão dos funcionários à exames de HIV.

A responsabilidade social da empresa é essencial para promover a saúde e segurança de seus funcionários. Quando se trata de empregados portadores de HIV esta responsabilidade aparece de maneira mais forte ainda. Esta responsabilidade está expressa em várias Convenções e Recomendações da OIT, em Declarações da Organização Mundial da Saúde e de ONG's espalhadas pelo mundo.

⁶⁷ BARBOSA, Magno Luiz. Op. Cit.p 124.

⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed.São Paulo: LTr, 2010.p. 1202.

As empresas, em conjunto com o Governo, têm o dever de informação para com os funcionários, alertando dos cuidados necessários para com o vírus da AIDS, formas de contágio e transmissão, tratamento e cura, além de quebrar estigmas criados pela sociedade, fazendo com que barreiras discriminatórias não existam no ambiente de trabalho. Esse dever foi instituído pela Portaria Interministerial MTb/MS nº 3.195 que instituiu a Campanha Interna de Prevenção da AIDS, que devem ser realizadas permanentemente por órgãos da Administração Direta e Indireta, empresas Públicas e Privadas, sob a supervisão do Ministério do Trabalho e do Ministério da Saúde⁶⁹.

A OIT emite um repertório de Recomendações práticas sobre o HIV de tempos em tempos, onde procura atenuar os impactos do HIV no mundo do trabalho, assistir aos trabalhadores portadores do vírus e eliminar estigmas relativos à doença. Prevê para isso um ambiente de trabalho saudável e seguro, evitando transmissões e adaptando o trabalhador ao seu estado de saúde, confidencialidade, continuidade da relação de emprego, mesmo diante de descoberta de infecção, além de prevenção e apoio ao infectado⁷⁰.

Como forma de promoção da melhoria de ambiente de trabalho na empresa, é permitido a realocação do funcionário acometido pelo vírus da AIDS de forma a muda-lo de posto de trabalho, manejar suas funções e adaptar horários de trabalho, por exemplo, sem nunca prejudicar o funcionário pelo simples fato de sua condição de saúde. Estas mudanças não são vistas como discriminatórias, como no julgado a seguir:

*DANOS MORAIS - DOENÇA CONTAGIOSA. Determinação para que empregada portadora de HIV não manuseie objetos cortantes é medida razoável, para que se evite riscos no ambiente de trabalho, não podendo ser considerada ordem ilegal. Trata-se do poder diretivo da Empresa, não ensejando dano moral, sobretudo, por se tratar de cautela no cuidado com seus empregados, diante da possibilidade de contágio. (TRT-PR-xxxxx-2011-001-09-00-2- 1ª TURMA - Relator: ADAYDE SANTOS CECONE - DEJT em 04-09-2012BE).*⁷¹

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 96.

⁷⁰ **Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho** / Organização Internacional do Trabalho, [Programa da OIT sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho].—3ª ed. - Brasília: OIT, 2010. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hiv_aids_2010_278.pdf> Acesso em 01 dez. 2016.

⁷¹ *In*: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Revista Eletrônica Trabalho e HIV**, v.3, n.27, jan/fev. 2014. p. 169.

3.3. Dispensa discriminatória e danos morais – Súmula 443 do TST

No ordenamento jurídico brasileiro, para efeito legal, doenças graves são aquelas citadas na legislação Previdenciária (Lei 8.213 de 24 de julho de 1991) e/ou na legislação do Imposto de Renda (Lei 7713/88, inciso XIV do art. 6º).

A Lei nº 8.213 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, em seu artigo 151 conceitua algumas doenças entendidas como graves, sendo elas: 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.

No texto da súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, não há uma conceituação precisa sobre o que é doença grave, ficando a cargo da autoridade julgadora a sua definição, de forma subjetiva, apenas amparada pela Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2.998, de 23 de agosto de 2001, Ministério da Previdência e Assistência Social e da Saúde, sendo feita de forma diferente de magistrado para magistrado. Desta forma, como Paulo de Tarso e Hellom Lopes expõem em seu artigo⁷², o TST deu poder ao intérprete da lei para analisar o que seria doença grave entre as conhecidas, sendo capaz de se enquadrar em formas de preconceito como motivo para o término do contrato de trabalho, ampliando a proteção ao empregado.

A construção feita na jurisprudência brasileira até se chegar na Súmula 443 do TST baseou-se no fato de que a doença é como qualquer outra, como câncer, hanseníase, entre outras, e mesmo a medicina não tendo encontrado a cura a AIDS, o seu diagnóstico não os condena diretamente à morte. Deve-se dar então, a oportunidade para desenvolvimento das habilidades assim como à qualquer outro empregado. Assim, ao ocorrer a dispensa do portador de HIV, o

⁷² CRUZ, Paulo de Tarso Rocha da; ARAÚJO, Hellom Lopes. **Estigma ou Preconceito? Uma análise crítica da Súmula 443 do TST à luz da condição jurídica do empregado portador do Vírus HIV ou de outra doença grave.** Revista Pensar Direito, v.5, n. 2, Jul./2014. p. 6.

empregador deverá provar que o procedimento não foi discriminatório, como ensinou Volia Bomfim Cassar⁷³ ainda em 2009.

Foram consideradas também as dificuldades com o tratamento e desenvolvimento da doença, que por algum fator poderia tornar o trabalho exercido pelo empregado inapropriado para sua condição, cabendo então os seus direitos previdenciários.

Na construção da Súmula 443 também foram lembrados os preceitos da Recomendação nº 169 da OIT no sentido de proteger os que têm dificuldades em encontrar empregos duradouros, incluindo os portadores do HIV. A dispensa praticada de forma discriminatória em face do empregado portador do vírus HIV poderá lesionar não só a sua imagem atributo, mas também a sua honra objetiva, bem como a subjetiva⁷⁴.

As leis nº 7.770/88⁷⁵ e 8213/91⁷⁶, também foram utilizadas na construção da Súmula, pois preveem a proteção não só dos direitos à dignidade humana,

⁷³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357 in GUNTHER, Luiz Eduardo. O HIV e a AIDS : preconceito, discriminação estigma no trabalho : aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 46-67, jul. 2015.

⁷⁴ ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos da Personalidade e o Trabalhador Portador do Vírus HIV**. Revista Eletrônica Trabalho e HIV. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. n. 27 – Jan/Fev 2014. p. 15. Disponível em https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24243/mod_resource. Acesso em 23 nov. 2016.

⁷⁵ Lei nº 7670/88: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

- a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;
- b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea b, da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;
- c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980;
- d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei nº 3.738, de 4 de abril de 1960;
- e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Parágrafo único. O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover.

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.”

⁷⁶ Lei nº 8.213/91: “Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças:

mas dos direitos previdenciários do soropositivo, sendo sua dispensa discriminatória uma forma de cerceamento dos direitos ao tratamento previdenciário, incorrendo em desrespeito à Lei nº 9.029/95 que já previa em seu artigo 4º a readmissão do funcionário demitido por ato discriminatório.

Os precedentes da Súmula do TST por diversas vezes demonstraram comprovadas práticas de atos discriminatórios disfarçados sob roupagem de dispensa sem justa causa

A Súmula 443 do TST procura então presumir a dispensa discriminatória, mesmo na ausência de prova de nexo causal, admitindo prova contrária por parte do empregador⁷⁷, tendo a seguinte edição:

Súmula nº 443 do TST:

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

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego⁷⁸.

Logo, a citada Súmula tem suma importância ao passo de que para o empregador, a dispensa sem justa causa pode facilmente ser justificada por qualquer outro motivo que não a doença do empregado, já para o empregado, se o ônus da prova fosse dele, a comprovação da dispensa discriminatória seria muito dificultada, cabendo então ao empregador a comprovação dos motivos lícitos para a dispensa, diferentes das dispostas no art. 482 da CLT.

Caso a comprovação por parte do empregador não ocorra, a dispensa discriminatória é presumida, devendo ser estabelecida a reintegração do empregado aos quadros da empresa, não podendo, contudo, ser confundido

tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, 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) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.”

⁷⁷ GUNTHER, Luiz Eduardo. **O HIV e a AIDS : preconceito, discriminação estigma no trabalho : aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 46-67, jul. 2015.

⁷⁸ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula nº 433**. Brasília, DF. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília. Disponível em: <
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443> Acesso em 28 nov. 2016.

com o instituto da estabilidade, pois a reintegração⁷⁹ tem função de garantir ao trabalhador portador do vírus da imunodeficiência humana a continuidade de sua remuneração e convívio com a sociedade enquanto tiver condições de o fazer, garantindo também a continuidade das contribuições à Previdência Social, que serão de suma importância caso as condições do infectado piorem e seja necessário o afastamento de suas atividades laborais, necessitando de auxílio para manter sua dignidade e ter acesso aos meios necessários para uma sobrevivência saudável.

Sobre a Súmula nº 443 do TST, Raquel Betty de Castro Pimenta⁸⁰ aponta que:

“Tal entendimento está de acordo com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que vedam todas as formas de discriminação, e com a ideia de que a inserção social do portador do HIV através de sua manutenção no trabalho é essencial para o tratamento e enfrentamento da doença e para a realização de sua dignidade humana”.

Maria Inês de Assis Romanholo⁸¹ fez uma análise com base na obra de Robert Alexy de alguns casos em que os princípios de liberdade de iniciativa e da dignidade da pessoa humana tiveram que ser confrontados, como dito anteriormente, um princípio deverá ceder, não significando a invalidade do cedente, em relação ao outro em determinada situação e sob determinadas condições.

De um lado está o direito do empregador de dirigismo de seus negócios, exercendo a livre iniciativa e demitindo sem justa causa. De outro, a proibição de discriminação e a igualdade de tratamento. Qual deveria prevalecer?

Na análise feita sob a ótica da presente monografia a resposta pode ser fácil, porém se trata de um *hard case*, onde não temos um princípio que se mostre absoluto em relação ao outro, devendo ser analisado a fundo e

⁷⁹ MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo. Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 71, 2007, p. 590.

⁸⁰ PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A Súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de doença grave.** Revista do TST, volume. 79, nº 3 de jul/set 2013. Brasília. p. 231.

⁸¹ ROMANHOLO, Maria Ines de Assis. **A Colisão entre livre iniciativa e Direito Fundamental à Igualdade de Tratamento, com Proibição de Discriminação, Na Súmula 443 do TST.** Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Jul/Dez 2014. V.6. n. 2, p. 168 e seguintes. Disponível em <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/83>> Acesso em 24 nov. 2016.

concretamente os casos, como aconteceu nos precedentes da Súmula nº 443 do TST.

Nos casos paradigmáticos que levaram a edição da Súmula o trabalhador portador do HIV tinha condições físicas e psicológicas para realizar seu trabalho cumprindo seu contrato, sendo dispensado sem justa causa de forma discriminatória por sua doença.

Utilizando-se da análise de interesse com peso maior entre o cerceamento de uma qualidade do empregador de demitir quem bem entender sem justa causa, ou a preservação da dignidade do trabalhador e a não discriminação, claramente observamos que a solução juridicamente e humanamente correta é a de proibição da demissão arbitrária ou sem justa causa por presunção de discriminação e consequente reintegração do empregado com o pagamento de todas as verbas salariais devidas desde a dispensa.

Restringir a livre iniciativa do empregador, contrariando um princípio da ordem econômica é muito menos grave do que restringir o direito à igualdade, coadunando a discriminação e descarte de um trabalhador acometido por uma doença grave que por si só já traz dificuldades e estigmas para a vida, não sendo razoável permitir que o seu direito de trabalhar seja restringido por meio de uma dispensa imotivada e sem causa, que culminaria na exclusão do empregado não só do ambiente de trabalho, mas de certa forma, da sociedade.

Desta forma, as cortes nacionais têm analisado os casos trazidos à justiça, e se comprovados os requisitos para a presunção de dispensa discriminatória, a reintegração é determinada:

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PORTADOR DE HIV. REINTEGRAÇÃO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443. Presume-se discriminatória a despedida imotivada de empregado ocorrida logo após a realização do exame que confirmou o diagnóstico reagente ao vírus HIV. A natureza e gravidade da doença aliada à ausência de motivação faz presumir que, em verdade, o empregador pretendeu se livrar de futuros afastamentos e do risco de permanecer com um empregado doente em seus quadros.

(TRT-5 - RecOrd: 00005443820135050011 BA 0000544-38.2013.5.05.0011, Relator: LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2014.)

Muitas vezes esse pedido de reintegração pode vir com um pedido de danos morais, já abordado anteriormente, sendo caracterizado assédio moral e desrespeito ao princípio da personalidade da pessoa.

Em alguns casos, contudo, o afastamento do acometido pela AIDS não é discriminatório ou preconceituoso, e sim, uma necessidade que a doença o trouxe, tonando a sua retirada do ambiente de trabalho necessária, retirando sua força de trabalho do mercado.

3.4. Momento pós contratual – Direitos Previdenciários

Primeiramente devemos falar do momento da demissão, onde a CLT em seu art. 168 previu também exames na demissão do funcionário, tendo a função de proteger o trabalhador no sentido de verificar suas condições físicas para continuar no mercado de trabalho⁸², ou seja, procurar outro emprego e não ter em sua capacidade laboral um problema para ser admitido.

Tem função protetiva para o empregador também, pois se a demissão ocorrer e o funcionário não tiver condições de exercer outras funções e retomar seu espaço no mercado de trabalho, se provocado, o Judiciário pode determinar a reintegração do funcionário com o pagamento dos salários durante o período de afastamento⁸³.

Nessa fase, como nas outras fases da relação de emprego, o exame para averiguação do estado sorológico do paciente não é permitido, pois apenas deve-se investigar a aptidão física do indivíduo para exercer outros cargos.

3.4.1. Funcionários Públicos

Quando se trata de funcionários públicos, temos a lei nº 8.112/90 que determina a aposentadoria compulsória do servidor diagnosticado com HIV, vejamos:

Art. 186. O servidor será aposentado:

⁸² TRIDAPALLI, Elidia. **AIDS e Seus Impactos nas Relações de Trabalho: Uma Discussão Doutrinária e Jurisprudencial**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003. p. 114.

⁸³ Ibidem, p. 114.

I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei, e proporcionais nos demais casos;

[...]

§ 1º Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Porém tal aposentadoria pode significar a exclusão precoce do indivíduo portador do HIV do ambiente de trabalho, retirando o mesmo do convívio social e impossibilitando o uso de sua força laboral, que ainda era forte e de muito valor.

3.4.2. Funcionários Celetistas

Os dispositivos legais que regulam as relações de trabalho na esfera previdenciária em relação ao portador de HIV são: a Lei da Previdência Social Geral nº 8.213/91, a Lei nº 7.760/88, a Lei nº 8.742/93 e a Constituição Federal.

Importante destacar desde já que os benefícios previdenciários previstos ao portador de HIV não exigem número mínimo de contribuições, de acordo com a Lei nº 8.213/91 em seu artigo 151:

Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, 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) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

O portador de HIV tem direito à auxílio doença se a incapacidade para o labor for superior a quinze dias e inferior a doze meses, conforme redação da Lei nº 7.670/88 em seu artigo 1º, I, “e”.

O auxílio-doença deixa de ser pago quando o segurado recupera a capacidade e retorna ao trabalho ou quando o benefício se transforma em aposentadoria por invalidez. Nesses casos, a concessão de auxílio-doença ocorrerá após comprovação da incapacidade em exame médico pericial da Previdência Social.

Passado esse período, o portador de HIV faz jus à aposentadoria por invalidez, devendo passar por perícia médica de dois em dois anos para o benefício não ser suspenso, devendo parar de ser paga quando o portador do vírus recuperar a capacidade laborativa e voltar ao trabalho, conforme o mesmo artigo da Lei nº 7.670/88:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - a concessão de:

[...]

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

Recentemente o critério para concessão de aposentadoria por invalidez foi alterado, inclusive sendo assunto sumulado na Turma Nacional de Uniformização⁸⁴, ficando com a seguinte redação:

Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença⁸⁵.

Tal uniformização foi necessária tendo em vista a grande quantidade de demandas judiciais que pleiteavam a aposentadoria em face de uma negativa que se baseava unicamente na condição física do portador de HIV, sendo que a doença não se resume a isso, devendo ser analisado todo o quadro do

⁸⁴ **TNU aprova súmula 78**. Brasília, 12/09/2014. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/setembro/tnu-aprova-sumula-78>> Acesso em 28 nov. 2016.

⁸⁵ TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=78>> Acesso em 02 dez. 2016

contribuinte para que sua dignidade seja respeitada mesmo que sua saúde exterior, seu físico não demonstre fraquezas.

A pensão por morte é outro direito previdenciário previsto aos dependentes do portador de HIV, também presente no art. 1º, I, “e” da Lei 7.670/88.

Outro importante auxílio ao soropositivo é o Saque do FGTS, que independe da rescisão do contrato de trabalho, assim como o saque do PIS-PASEP, em interpretação ampliativa do dispositivo expresso no artigo 1º, II da Lei nº 7.670/88:

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:
II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Temos ainda o benefício de Prestação Continuada, que independe de qualquer vínculo com a Previdência Social, não se tratando então de um benefício previdenciário, mas sim de um salário à pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família.

Todos estes são meios de garantir a dignidade do portador de HIV em forma de uma prestação pecuniária do Estado, previstos no artigo 196 da Constituição Federal, que tem o dever de não abandonar seus habitantes à própria sorte, devendo, na medida do possível, auxiliá-los em sua batalha contra esta doença tão grave e de difícil trato, com várias faces e vertentes, que é a AIDS.

CONCLUSÃO

Todo o trabalho apresentado se baseia em um grande princípio: a dignidade da pessoa humana. Ela deve ser tutelada juridicamente após o ato que a desrespeita, no caso em tela por meio de reintegração e indenizações a título de dano moral, buscando combater a discriminação e estigmatização presente na sociedade.

Neste trabalho o objetivo foi demonstrar a fragilidade de uma parcela da sociedade que representa uma força laboral muito valiosa, porém muito fragilizada e carente de apoio. Uma parcela da sociedade formada por todas as classes, credos, idades, raças, não sendo exclusiva de algum “grupo de risco” como se imaginava antigamente, estando enraizada em nosso meio e por isso a importância de seu estudo e compreensão.

O portador de HIV deve ter no ambiente de trabalho um porto seguro, um marco para afirmação de sua dignidade. Por isso é primordial um ambiente de trabalho consciente, saudável e que promova tal dignidade, podendo ser instrumento para a educação de uma sociedade inteira, pois no ambiente de trabalho estão os jovens, os chefes de família e os que estão prestes a se aposentar, representando boa parte da sociedade, o que pode significar que a mudança de pensamento no ambiente de trabalho pode ser um reflexo da sociedade fora dele, sendo inadmissível discriminações e estigmatizações inertes às relações de emprego, sejam de empregador para empregado, seja de empregados entre si ou na tutela jurídica que se dá à esta relação.

As discussões deste trabalho foram no sentido de alertar para que a dignidade da pessoa humana deva ser respeitada a cada instante e busca chegar a um momento em que a tutela jurídica não seja necessária para efetivá-la, afinal o que difere um ser humano do outro? O que devemos levar em consideração para o respeito ao próximo e a sua personalidade? A resposta não foi encontrada nesta monografia, mas certamente o estado sorológico não chega perto de responder a tais indagações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. São Paulo. Malheiros, 2011.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos da Personalidade e o Trabalhador Portador do Vírus HIV**. Revista Eletrônica Trabalho e HIV. Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. n. 27 – Jan/Fev 2014. p. 15. Disponível em https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24243/mod_resource. Acesso em 23 nov. 2016.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os direitos do trabalhador portador do HIV**. In Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região : Vol. 3, n. 27 (jan./fev. 2014).

AZEVEDO. Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigma – um estudo sobre preconceitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARACAT, Eduardo Milléo; GUNTHER, Luiz Eduardo. **O HIV e a AIDS: Preconceito, Discriminação e Estigma no Trabalho**. Revista Jurídica UNICURITIBA v. 1, n. 30 (2013).

BARBOSA, Magno Luiz. **AIDS: O Direito e Algumas Reflexões Sobre seu Impacto nas Relações de Emprego**. 1. ed. (ano 2007). 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. 2. Ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito**

constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 25 nov 2016.

BELMONTE, Alexandre Agra. **Ministro Alexandre Agra Belmonte fala sobre liberdade de expressão no trabalho.** Brasília, 18 nov. 2012. Entrevista concedida a Carmem Feijó e Ricardo Reis. Disponível em <http://www.tst.jus.br/web/guest/pmnoticias/-/asset_publisher/89Dk/content/mi-nistro-alexandre-agra-belmonte-fala-sobre-a-liberdade-de-expressao-no-trabalho/pop_up?_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print>m Acesso em 25 nov. 2016.

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados: Centro Gráfico, 2011. 150 p.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de Maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9.8.1943.

BRASIL. Lei nº 9029, de 13 de Abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Lei.** Publicado no Diário Oficial da União de 17.4.1995.

BRASIL. Lei nº 7670 de 8 de setembro de 1988. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências. **Lei.** Publicado no Diário Oficial da União 9.9.1988.

BRASIL. Lei nº 12.984, de 17 de junho de 2014. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm> Acesso em 22 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 8213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Lei**. Brasília, DF, DOU 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei nº 8742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Publicado no Diário Oficial da União de 8. 12. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.313 de 14 de Novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Lei. Brasília, DF. D.O.U. de 14.11.1996.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357 in GUNTHER, Luiz Eduardo. **O HIV e a AIDS : preconceito, discriminação estigma no trabalho : aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 46-67, jul. 2015.

CERVO, Fernando Antônio Sacchetim. **A livre iniciativa como princípio da ordem constitucional econômica**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/26778/a-livre-iniciativa-como-principio-da-ordem-constitucional-economica>> Acesso em 01 dez. 2016.

CRUZ, Paulo de Tarso Rocha da; ARAÚJO, Hellom Lopes. **Estigma ou Preconceito? Uma análise crítica da Súmula 443 do TST à luz da condição jurídica do empregado portador do Vírus HIV ou de outra doença grave**. Revista Pensar Direito, v.5, n. 2, Jul./2014.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUALAZZI, Alexandre Augusto. **“AIDS” e direito do trabalho – questões de direito material e processual** – São Paulo: LTr, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **O HIV e a AIDS : preconceito, discriminação estigma no trabalho : aplicação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 4, n. 42, p. 46-67, jul. 2015.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral : a violência perversa no cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 12ª. edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001.

J, Matos Pereira. **Direito de Informação**, p.15 in SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do principio da igualdade**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MIKOS, Nádia Regina de Carvalho. **Indenização Para Reparação De Dano Moral Sofrido Pelo Empregado: Incertezas E Efeitos Dos Critérios Doutrinários E Jurisprudenciais**. Curitiba, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2003.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. **A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo.** Revista LTr. Legislação do Trabalho, v. 71, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho.** São Paulo. Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Aline Tiduco Hossaka Moletta Nascimento. **Proteção do Empregado portador do HIV no ambiente de Trabalho.** Curitiba, 2014.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção nº 111: Convenção sobre Discriminação (Emprego e Ocupações)**, 1958. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>>. Acesso em 23 nov. 2016.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Recomendação Sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho**, 2010. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/recomendação-sobre-o-hiv-e-aids-e-o-mundo-do-trabalho>>. Acesso em 23 nov.2016.

PARANA. Lei nº 14.362/2014. Veda discriminação aos portadores do vírus HIV ou a pessoas com AIDS. **Lei Estadual.** Publicado no Diário Oficial nº. 6713 de 22 de Abril de 2004.

PARANÁ; Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma. Des. Marlene T. Fuverki Sugimatsu. Disponível em <http://www.trt9.jus.br/internet_base/jurisprudenciaman.do?evento=Editar&chPlc=4065408> Acesso em 24 nov. 2016.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A Súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de doença grave.** Revista do TST, volume. 79, nº 3 de jul/set 2013. Brasília.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade.** Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em 24 nov. 2016.

Repertório de recomendações práticas da OIT sobre o HIV/Aids e o mundo do trabalho / Organização Internacional do Trabalho. **Programa da OIT sobre**

HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3ª ed. - Brasília: OIT, 2010. Disponível em <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hivaids_2010_278.pdf> Acesso em 01 dez. 2016.

ROMANHOLLO, Maria Ines de Assis. **A Colisão entre Livre Iniciativa e Direito Fundamental à Igualdade de Tratamento, com Proibição De Discriminação, na Súmula 443 do TST.** Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Jul/Dez 2014. V.6. n. 2, p. 168 e seguintes. Disponível em <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/83>> Acesso em 24 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHEFFER, M.; SALAZAR, A. & Grou, K. **O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/ Aids no Brasil por meio de ações judiciais.** Brasília: Ministério da Saúde.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 21ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2002.

Site do Departamento de IST, AIDS e hepatites virais. Disponível em <<http://www.aids.gov.br/pagina/direitos-fundamentais>> Acesso em: 08 dez. 2016.

STA 162/RN, DJU: 25/10/07; SL 188/SC, DJU: 01/02/08; STA 138 RN, DJU19/09/07; SS 3345/RN, DJU 19/09/07.

Supremo Tribunal Federal - STA: 175 CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009.

Supremo Tribunal Federal - STA: 260 SC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 20/04/2010, Data de Publicação: DJe-082 DIVULG 07/05/2010 PUBLIC 10/05/2010.

TNU aprova súmula 78. Brasília, 12/09/2014. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/setembro/tnu-aprova-sumula-78>> Acesso em 28 nov. 2016.

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Revista Eletrônica Trabalho e HIV**, v.3, n.27, jan/fev. 2014.

Tribunal Regional do Trabalho-5 - RecOrd: 00005443820135050011 BA 0000544-38.2013.5.05.0011, Relator: LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 02/10/2014.

Tribunal Superior Do Trabalho. **Súmula nº 433.** Brasília, DF. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho. Brasília. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443> Acesso em 28 nov. 2016.

TRIDAPALLI, Elidia. **Aids e Seus Impactos nas Relações de Trabalho: Uma Discussão Doutrinária e Jurisprudencial.** Florianópolis: Editora OAB/SC, 2003.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=78>> Acesso em 02 dez. 2016.