

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS
REFLEXOS NAS RELAÇÕES SOCIAIS E
EMPRESARIAIS**

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E278

Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Augusto Alcântara Machado, Clóvis Marinho de Barros Falcão, Cristhian Magnus De Marco– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-055-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. 3. Relações sociais. 4. Relações empresariais I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS REFLEXOS NAS
RELAÇÕES SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande alegria e satisfação, honrados mesmo, que apresentamos à comunidade acadêmica esta obra coletiva, composta por 26 (vinte e seis) artigos defendidos após prévia, rigorosa e disputada seleção no Grupo de Trabalho (GT) intitulado Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais durante o sempre esperado Encontro Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Já sua vigésima quarta edição, o prestigiado evento, que compõe o calendário jurídico nacional, foi constituído de 44 (quarenta e quatro) Grupos de Trabalho e desenvolveu-se entre os dias 03 e 06 de junho de 2015, na Universidade Federal de Sergipe (UFS), em Aracaju (SE). Teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do milênio. Consoante destacado no texto de apresentação do evento e veiculado na página web do CONPEDI, buscou-se com tal temática revelar a dimensão do desafio que as diversas linhas de investigação do Direito enfrentam nos dias atuais, considerando a complexidade do processo de globalização. Assim ocorreu, de fato.

Os artigos que compõem a presente coletânea possuem grande relevância, pois fruto do desenvolvimento da pesquisa do Direito no Brasil; demonstram rigor técnico, originalidade, além de relacionar os desafios constitucionais para o desenvolvimento da cidadania nas décadas iniciais do milênio.

Entre os temas tratados na obra ora apresentada, particularmente com foco no Direito Constitucional e no Direito Internacional, evidencia-se a preocupação dos autores com a dignidade humana nas relações de trabalho e com os direitos humanos fundamentais do trabalhador em especial. Não menos importantes foram os trabalhos que enfrentam os limites do capitalismo, a função social da empresa, a judicialização do direito à saúde, a eficácia dos serviços públicos, bem como os artigos que abordam a proteção jurídica da vida privada, o direito à informação, a mediação e o acesso à justiça.

A presente obra coletiva é de grande valor científico. Dela podem ser extraídas visões questionadoras do direito, suas problemáticas, sua importância para a concretização dos

direitos humanos fundamentais e, particularmente, seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Ótima leitura a todos!

Aracaju, julho de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Professor Doutor Clóvis Falcão (UFS)

Professor Doutor Cristhian Magnus De Marco (UNOESC)

DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR: PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

HUMAN RIGHTS WORKER: PREJUDICE AND DISCRIMINATION OF EMPLOYEE CARRIER HIV VIRUS

**Leyde Aparecida Rodrigues dos Santos
Grasiele Augusta Ferreira Nascimento**

Resumo

São consideradas doenças infectocontagiosas, as doenças causadas por bactérias e vírus na sua maioria, podendo ser transmitidas de uma pessoa para outra. Dentre as muitas doenças, esse artigo aborda a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou a denominação popular AIDS ou HIV positivo, que comporta reflexão cuidadosa no Direito do Trabalho, visto que se trata de uma enfermidade que inquieta o homem desde o século passado e que ainda existem lacunas na esfera trabalhista em determinados questionamentos. Além da fragilidade física e mental em face do seu estado de saúde, o indivíduo considerado HIV positivo, pode sofrer discriminação no mercado de trabalho, não só pela mazela que acompanha a doença, mas muitas vezes pela falta de adoção de políticas de prevenção e esclarecimentos no local de trabalho. O preconceito e a discriminação afrontam os Direitos Humanos do trabalhador e a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana e ao despirmos de todos os nossos preconceitos, fica fácil entender as diversas vedações médicas amparadas nos termos da legislação em vigor, evitando que a discriminação seja mais um fator a excluir o trabalhador do mundo do trabalho.

Palavras-chave: Doenças infectocontagiosas, Discriminação, Portador de hiv, Dignidade humana, Despedida discriminatória.

Abstract/Resumen/Résumé

Are considered contagious infectious diseases, diseases caused by bacteria and viruses mostly, and may be transmitted from one person to another. Among the many diseases, this article addresses the Acquired Immune Deficiency Syndrome (SIDA) or AIDS or HIV popular denomination positive, which involves careful thought in Labour Law, since it is a disease that restless man from the last century and that there are still gaps in labor in certain questions. In addition to the physical and mental frailty in the face of their health status, the individual considered HIV positive, can suffer discrimination in the labor market, not only for illness that accompanies the disease, but often the lack of adoption of prevention and clarification of policies in the workplace. Prejudice and discrimination confront human rights worker and the effective realization of human dignity and the undressing of all our prejudices, it's easy to understand the various medical seals supported under the legislation in force, preventing discrimination is more a factor to exclude the employee from the workplace

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Infectious diseases, Discrimination, Hiv carrier, Human dignity, Discriminatory farewell.

INTRODUÇÃO

Tema expressivo que aborda doenças infectocontagiosas que podem ser manifestadas em trabalhadores e que se apresentam de etiologia complexa e de rápida efusão.

O propósito dos efeitos trabalhistas ganham em muitos casos, proporções extraordinárias e alarmantes com a manifestação da doença em vários setores da atividade humana, gerando situação de insegurança na esfera laboral.

Tomando por referência as discussões científicas sobre o tema, o estudo referencia dentre todas as doenças infectocontagiosas, a AIDS ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida que leva à perda progressiva da imunidade e como tal, de notoriedade social.

Torna-se pertinente a preocupação acadêmica, ao analisarmos a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso IV concomitante com o artigo 3º, inciso III que aborda o princípio fundamental do valor social do trabalho moldado pelos objetivos fundamentais da República: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, ou seja: inexistência de preconceitos ou qualquer discriminação que venham sofrer os portadores de doenças infectocontagiosas.

Cuida essa obra científica, edificar um panorama abrangente das doenças infectocontagiosas, bem como seus conceitos, interpretações sobre o tema e aspectos jurídicos no âmbito do trabalho.

Importante ressaltar a relação existente entre empregado e empregador diante desta questão delicada que é a saúde. Com a enfermidade, advém o fator originador da privação do trabalho e como consequência o detrimento para sua sobrevivência, podendo se estender na violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não bastasse a fragilidade física e mental sofrida pelo portador do vírus HIV positivo, há também o constrangimento do preconceito e discriminação, que afrontam os Direitos Humanos do trabalhador e a efetiva concretização da dignidade da pessoa humana.

Destarte, compõe interesse jurídico de nosso estudo preponderantemente os trabalhadores regidos pela CLT, que em face às doenças infectocontagiosas possam se tratar, ser respeitados e receber todos os cuidados protocolados pelo Ministério da Saúde.

1. CONCEITOS E TERMINOLOGIAS – IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

Ressalte-se que o tema em questão, será interpelado à luz do princípio universal da dignidade da pessoa humana. Todavia para conduzirmos nossos pensamentos, é considerável

que explanemos brevemente alguns conceitos básicos e terminologia afim de melhor assentamento na compreensão desse estudo.

A terminologia “doença” é derivada do latim *dolentia* (dor), “e empregado para indicar qualquer alteração havida na saúde de uma pessoa ou um desarranjo ocorrido em seu organismo”. É de sentido equivalente à *moléstia e enfermidade*. (PLÁCIDO, 2002, p. 287).

O autor ainda ressalta que a doença profissional “é a designação dada pelo Direito trabalhista à moléstia ou enfermidade adquirida no exercício de uma profissão, em consequência mesmo do exercício dela.” (PLÁCIDO, *ibidem*, p.287).

Para o dicionarista Aurélio Buarque Holanda, o termo “doença” constitui-se na “falta ou perturbação da saúde; moléstia, mal, enfermidade”. (HOLANDA, 1988, p. 228).

O ministério da saúde (1977, p. 28-29) elaborou um documento com as definições médico e hospitalar. Senão vejamos:

VI - EPIDEMIOLOGIA E IMUNOLOGIA – CONCEITOS

[...]

22. DOENÇA - Alteração ou desvio do estado fisiológico em uma ou várias partes do corpo. Distúrbio da saúde física ou mental.

23. DOENÇA CONTAGIOSA - Doença transmitida, de indivíduo a indivíduo, sem intermediação.

24. DOENÇA INFECTO-CONTAGIOSA - É preferível substituir esta expressão por "doença transmissível".

25. DOENÇA INFECCIOSA - Doença do homem, ou dos animais, resultante de uma infecção.

26. DOENÇA TRANSMISSÍVEL - Doença causada por um agente infeccioso ou suas toxinas e contraída através da transmissão desse agente, ou seus produtos, do reservatório ao hospedeiro suscetível, diretamente de uma pessoa ou animal infectado ou, indiretamente, por meio de um hospedeiro intermediário, de natureza vegetal ou animal, de um vetor ou do meio ambiente inanimado.

Em se tratando de doenças contagiosas ou infectocontagiosas no ambiente de trabalho, é impossível não fazer menção a discriminação em casos de empregados portadores de tais enfermidades.

Como forma de ampliar os horizontes desse estudo, faremos referências às terminologias: preconceito e discriminação, muitas vezes presentes diante de um portador de doenças contagiosas. Embora possa haver uma similitude entre as duas terminologias existem uma dissemelhança tênue.

O preconceito é como uma opinião negativa de forma precipitada sem conhecimento necessário sobre determinado assunto, levando a discriminação, exclusão e até a violência.

A discriminação é o tratamento desigual aos que possuem direitos iguais, com a negativa de mesmas oportunidades. Pode ser sofrida por diferentes grupos como: étnicos, religiosos... ou individualmente.

A discriminação no trabalho é negar a pessoa do trabalhador, os seus direitos.

É o não reconhecimento de que todos são iguais em dignidade e direitos, sem distinção de qualquer natureza; e de que a igualdade de todos, como princípio, decorre da concepção de natureza humana do homem. Tal princípio fundamental, que hoje se constitui autêntico direito positivado pela ordem constitucional brasileira, necessita constantemente ser reafirmado e garantido, para impedir que seja continuamente violado por meio de discriminações injustificadas, as quais que resultam por provocar desigualdades sociais. (COUTINHO, 2001, p. 6-7).

Nos termos de Fioravante e Massoni (2005, p. 464), o preconceito é o juízo prematuro “que induz a que se acredite saber sem saber se preveja sem indícios seguros suficientes, se chegue a conclusões sem ter as certezas necessárias”.

A constatação é que em ambos os casos, o não reconhecimento das diferenças, pode criar um padrão de violência aos valores.

Quando se conceitua a discriminação ressalta a igualdade de oportunidades, como forma de se respeitar o princípio jurídico-constitucional e identificar práticas que são traduzidas em maior igualdade no ambiente de trabalho em todos os sentidos, como: colocação, nível de salários e condições de trabalho.

Canotilho (1993, p. 567), ao tratar da igualdade de oportunidades, assevera:

Esta igualdade conexas-se, por um lado, com uma política de “justiça social” e a com a concretização das imposições constitucional tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais. Por outro, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de dignidade da pessoa humana) consagrada no art. 13º / 2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra discriminações, objectivas ou subjectivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).

Assim, o poder estatal é comprometido com uma ordem jurídica que norteou valores e princípios universais.

Nesse sentido, criar mecanismos para tornar efetivar tais princípios e não apenas para garantir os direitos humanos do trabalhador, a fim de constituir instrumentos de confrontos à discriminação e a proporcionalidade de igualdade de oportunidades no emprego.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO

Em Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana constitui condição essencial e inarredável da ordem jurídico-constitucional.

O verbete “dignidade” vem do latim *dignitatem*, do italiano *degnità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, com a significação de: decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade (BUENO, 1968, p.1018).

No cenário jurídico nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho são fundamentais e há de se destacar como garantias constitucionais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A Magna Constituição Federal de 1988 representou a harmonização do Estado como “Democrático de Direito”, e assim pela elevação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, a fim de pretender o bem comum (DIAS, 2000).

Há de se reverenciar a dignidade da pessoa humana tanto pela doutrina nacional como pela estrangeira como fonte de todos os valores jurídicos e inerentes ao homem, os quais são tutelados como forma de garantir a existência digna, como valor fundamental deste sistema.

Cabe aqui a indagação: quem é titular dos direitos da dignidade? Contudo, muitos são os documentos que fazem menção ao tema.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento marco na história dos direitos do cidadão, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 e que estabelece pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos.

Nesse sentido a dignidade da pessoa é inerente a todos e está veiculada no preâmbulo, como também no artigo 1º., conforme veremos respectivamente (BRITO FILHO, 2002, p. 20):

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais a inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (Grifo nosso)

[...]

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Grifo nosso).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, com importância relevante da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tratado celebrado pela Organização de Estados Americanos durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 1969, passando a vigorar em 1978.

Nos termos do artigo 11 do referido documento que aborda a proteção da honra e da dignidade, exhibe o item 1: “Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.”¹ (Grifo nosso).

A Constituição Federal de 1998 expõe a dignidade da pessoa humana no artigo 1º. no inciso III, senão vejamos:

¹ Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 03 Mar.2015.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana

Contudo o referido diploma no artigo 5º.² prevê que: “Todos são iguais perante a lei [...]” (Grifo nosso)

Assim, é fácil concluir, que a variação se encontra na expressão: “todos”, ou seja: a dignidade da pessoa humana é extensiva a todos os seres humanos do planeta que já nascem atribuídos de liberdade e igualdade em dignidade e direitos (Rocha, 2004, p.17), e como tal, titulares dos direitos da dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana está inteiramente ligado aos direitos humanos universais, isto é, àqueles direitos que não guardam vinculação com as diferenças culturais. Esses direitos simplesmente existem porque se é homem ou mulher porque se pertence à humanidade (MARGONAR, 2006, p. 92).

Importante ressaltar que nos ensinamentos de Rizzato Nunes³, a Segunda Guerra Mundial foi um marco para que o Direito se evoluísse, pois foi a partir daí que o sistema jurídico passou a se preocupar com as violações ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, não é possível falar – não deve ser possível falar – em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia de intangibilidade da dignidade da pessoa humana. É que há uma evolução construtiva da razão ético-jurídica que impõe essa conduta. Independentemente dos demais aspectos positivos alcançados por outros momentos da história, o que a experiência nos trouxe a partir da segunda metade do século XX com o genocídio nazista da 2ª. Grande Guerra foi essa consciência. É importante notar o ponto fulcral que permite fazer essa afirmação: sempre houve atrocidades na história da humanidade – ainda há, infelizmente. Podemos ficar com vários exemplos, tais como a escravidão, as torturas e mortes da inquisição, injustiças e matanças ocorrentes a todo o momento, em todos os lugares. Acontece que, nessas ocorrências, o Direito que as acompanhava ainda as legitimava [...] (NUNES, 2002, p. 25).

É fato que na grandeza do princípio da dignidade humana, pode-se constatar quando ocorre o desrespeito e a violação desse preceito. Violações ao nobre princípio sempre existiram e ainda existem e ao violá-lo está se violando um sistema de regras, “pois violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos” (SILVA, *apud* ZIMMERMANN, 2004, p. 244).

² Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 03 Mar.2015.

³ Segundo Rizzato Nunes: O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 50/51: “[...] está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas [...]”.

Importante reforçar que o ordenamento jurídico garante o reconhecimento, o respeito e a proteção a qualquer pessoa humana. Nessa linha de pensamento, Sarlet (2004, p.69-70) brilhantemente expõe sobre o tema:

Com efeito, parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ser ela própria concedida pelo ordenamento jurídico. (...) Assim, quando se fala, no nosso sentir equivocadamente, em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana. Por esta razão, consideramos que neste sentido estrito – de um direito à dignidade como concessão – efetivamente poder-se-á sustentar que a dignidade da pessoa humana não é nem poderá ser, ela própria, um direito fundamental.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, está positivado na nossa Constituição Federal, embora possamos sustentar que é um direito natural, independentemente de estar escrito de maneira positiva nos ordenamentos jurídicos (MARGONAR, 2006, p. 94).

3. NEXO ENTRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Expor o princípio da não discriminação deslumbra imperiosamente uma ponderação sobre o princípio da igualdade.

O verbete discriminar é revestido de conteúdo negativo como: “perceber diferenças, distinguir, por à parte, ou tratar mal por características étnica, cultural, religiosa, etc.” (HOUAISS, 2004, p. 252).

O liame não discriminação e igualdade, impõe na construção conjunta a partir da referência ao homem.

Esse estreito nexo entre não discriminação e igualdade se percebe de imediato quando se lê qualquer trabalho versando princípio de igualdade. Em verdade, neles só se logra defini-la mediante a determinações das discriminações desautorizadas. Isso porque a igualdade absoluta entre os homens encontra desmentidos inafastáveis quer em tudo quanto à ciência nos põe como saber, quer em tudo quanto à reflexão filosófica nos infunde como sabedoria (PASSOS, 2007).

A discriminação é assunto abordado por muitos autores jurídicos, todavia a análise do tema se confunde em conceitua-la, senão vejamos.

Margonar (2006, p. 166-167) ao explicar a difícil tarefa em conceituar discriminação, cita Delgado (DELGADO, 2000, *apud* MARGONAR, 2006):

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside muitas vezes no cru preconceito, isto é, um juízo

sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, etc.). Mas pode, é óbvio, também derivar a discriminação de outros fatores relevantes a um determinado caso concreto específico.

A mesma autora cita Flávio Piovesan (PIOVESAN, 1998, *apud* MAGONAR, 2006):

[...] a discriminação significa toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos, político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.

Assim, a constatação da discriminação é fato marcante em algum momento da vida como, por exemplo: no deficiente, no gordo, na carência de beleza, nas doenças infectocontagiosas e em muitas outras situações que advém de falta ou excesso de algo.

A Convenção no. 111 da Organização Internacional do trabalho ratificada pelo Brasil por meio da promulgação do Decreto 62.150 de 1968 define a discriminação como:

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 emprego.⁴

Hannah Arendt (2007, p. 188), filósofa política, em sua obra “A condição Humana” menciona que se os homens não fossem iguais, seriam incapazes de compreender-se entre si e os seus antepassados, de fazer planos para o futuro das gerações vindouras.

Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da acção para se fazerem entender. Com simples sinais e sons poderiam comunicar as suas necessidades imediatas e idênticas.

Existe uma igualdade essencial na condição humana como espécie e uma desigualdade singular em que o homem pode exprimir a diferença, distinguir, e comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa.

⁴ Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> Acesso em: 03 Mar.2015.

Desde os tempos mais antigos e em todas as formas de sociedade, a questão da igualdade é a posição que o homem ocupa na estrutura social. O problema da desigualdade é inerente ao homem, o qual repercute em sistemas políticos distintos.

Bandeira de Mello (2003, p.10) nos ensina que a lei não deve ser fonte de privilégios. Deve ser um instrumento regulador da vida social que tem como objetivo, tratar equitativamente todos os cidadãos. “(...) dúvida não padece, que ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.”

Essa temática nos remete ao filme *Philadelphia*⁵ que retrata a SIDA (ou Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) ou AIDS e traz à tona todas as discriminações sofridas pelo advogado Andrew Beckett (Tom Hanks), que trabalha em um grande escritório advocatício em Filadélfia. No drama, o advogado, homossexual que mantém um romance homoafetivo com Miguel Alvarez (Antonio Bandeiras) é portador do vírus HIV e é demitido após a comprovação da doença.

Na película, observam-se os vários acontecimentos da luta enfrentada pelo então discriminado Andrew que sai à procura de um advogado de defesa para a sua causa, e após consultar vários colegas sem sucesso, encontra o Dr. Joe Miller (Denzel Washington), um homofóbico declarado, que no primeiro momento discrimina-o como os outros, entretanto posteriormente aceita representar os interesses de Andrew na justiça.

Importante mencionar que o filme se passa em 1993, ano de muitas dúvidas ainda sobre o vírus da AIDS, protagonizado nos Estados Unidos, leito da Declaração da Independência americana que dentre os preceitos, com primor tutelava os princípios de igualdade, dos direitos naturais do homem e da soberania do povo. Entretanto, o filme não tratou de focar a doença SIDA ou AIDS, mas sim a discriminação que já existia à época e aí que surge a cuidadosa mensagem do drama: o tratamento discriminatório contra as pessoas com diferentes opções de vida e escolhas em qualquer ambiente, dentre eles: o local de trabalho, sem valorar a competência profissional.

Em meios a esse enredo criativo e imaginativo, nos faz pensar que o preconceito, a discriminação ainda é presente nos dias atuais, principalmente no Brasil, onde a educação por ser deficiente geram trabalhadores com pouca informação.

⁵ Drama lançado em 1993, com título original: *Philadelphia*. Dirigido por Jonathan Demme estrelado por: Tom Hanks, Denzel Washington, Mary Steenburgen, Antonio Bandeiras.. De nacionalidade: EUA. Longa-metragem distribuído pela SONY PICTURES.

Felizmente o legislador consagrou a discriminação como crime por meio da Lei no. 12.984 de 02 de junho de 2014⁶ entrando em vigor na data de sua publicação, que define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de Aids, *in verbis*:

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 saúde.

À vista do exposto, verifica-se que no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer dispositivo que tutela a garantia para o empregado com doenças infectocontagiosas especialmente ao empregado portador do vírus HIV. Todavia, faz-se necessário abordar brevemente duas situações: o portador do vírus HIV e o doente. O primeiro é possuidor do vírus, entretanto de forma incubada e sem apresentar sintomas ou qualquer manifestação da doença e já com os cuidados médicos de controle. O segundo, o doente propriamente dito, onde já se deu a fase de incubação e sente os seus efeitos com a fragilidade das células de defesa se desenvolvendo em rápidas mutações do vírus por meio de infecções ou outras moléstias.

Nessa celeuma, o doente passa a ter a sua mão-de obra comprometida em relação aos demais colegas de trabalho, já que podem ocorrer muitos afastamentos devido a sua debilidade. Assim, esse trabalhador, pode se tornar um peso para o empregador.

Em outras palavras, o Estado transfere para a empresa a responsabilidade e obrigação de cuidados e garantias.

Transfere um dever que é do Estado em promover a saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (grifos nossos).

⁶ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm> Acesso em: 07 mar.2014

A Lei 8.080/90, em seu artigo 2º complementa: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. (grifos nossos).

O fato é que o Estado garante vários diplomas legais que auxiliam no combate discriminatório, garantias e benefícios no ambiente de trabalho, senão vejamos:

No espírito de trabalho decente e em respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa infectada ou afetada pelo HIV/Aids, não deve haver discriminação de trabalhadores com base em situação real ou presumida de HIV. A discriminação e a estigmatização de pessoas que vivem com HIV/Aids inibem os esforços para a promoção da prevenção contra o HIV/Aids (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] (OIT, 2010, p. 33).

A Lei 9029/1995 que visa proteger o empregado de qualquer prática discriminatória para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Vale ressaltar que a referida Lei não trata expressamente da discriminação à doença, como nos ensina (MARTINS, 2013, p.17).

O doutrinador entende que a Lei não expressa à garantia do emprego ao doente de AIDS, com exceção do beneficiário previdenciário, o qual o contrato de trabalho é suspenso nesse período.

Nesse cenário, o benefício da Lei 7670/1988, admitindo aos portadores de HIV o saque depositado no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).

Não menos importante, o amparo da CLT no artigo 8º, que tem sido a base de reclamações trabalhistas em se tratando de dispensa discriminatória do empregado portador de HIV, concedendo-lhe o direito à permanência no emprego, solidificado pelo entendimento da Súmula nº 443⁷ do Tribunal Superior do Trabalho (TST), *in verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. (TRT, 2012)

⁷ MENDANHA, (2013, p. 71) comenta sobre a Súmula 443 do TST: “Observamos que esta súmula presume como discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. No nosso entendimento, trata-se de uma presunção relativa, e, portanto admite prova em contrário (*juris tantum*). Assim, caberá à empresa fazer essa prova”.

Isto posto, a fim de pormenorizar esse estudo sobre os diplomas legais que tutelam a discriminação ao portador de doenças infectocontagiosas no ambiente de trabalho versaremos algumas decisões jurisprudenciais que são consideradas desmedidas as despedidas imotivadas, ainda que suscetíveis de reintegração laboral, a exemplo das que se seguem.

REINTEGRAÇÃO – EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS – CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA.

Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao empregado portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, ao magistrado incumbe a tarefa de valer-se dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a ele submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao afetado o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio da isonomia insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil. (RR-217791/95, publicado em 14/5/97).

Nesse sentido é o acórdão apresentado por Alice Monteiro de Barros, *in verbis*:

AIDS. Doença já manifestada. Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada AIDS já se manifestou, a dispensa sem justo motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao recebimento do direito previdenciário contido na Lei n. 7.670, de 8 de setembro de 1988. É sobejamente sabido que o empregado gravemente enfermo, com doença letal em desenvolvimento, não pode ser demitido: o art. 476 da CLT é claro ao informar que o empregado que está em auxílio-doença ou auxílio-enfermidade é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício; não se pondere no sentido de que o autor não estava em seguro-doença ou auxílio-enfermidade, uma vez que a reclamada impediu-lhe a obtenção desse benefício quando o demitiu. Não pode a reclamada obstar o reclamante de perceber o benefício previdenciário e talvez a sua aposentadoria (BARROS apud MARGONAR, 2006, p. 164).

Nesse sentido tem sido a orientação dos Tribunais regionais bem como do TST, conforme ementas abaixo selecionadas:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA HEPATITE C. FALSA CAUSA PARA O DESPEDITAMENTO. DISCRIMINAÇÃO. Empregado portador do vírus HCV - hepatite C -, debilitado pela enfermidade incurável, sofrendo distúrbios colaterais que transtornaram sua fisionomia, deve ter assegurada a sua manutenção no emprego, ainda que por analogia aos artigos 1º e 4º, da Lei 9.029/95. Sua situação é similar à do portador do vírus HIV, não merecendo ser penalizado com a omissão da lei, que caminha a passos curtos. A discriminação mostra-se patente, revelando os autos a arguição, pela ré, de falsa causa para a dispensa. Recurso provido.

(TRT-24 - RO: 1312200302124001 MS 01312-2003-021-24-00-1 (RO), Relator: MARCIO V. THIBAU DE ALMEIDA Data de Julgamento: 18/08/2004, 1ª Vara do Trabalho de Dourados - MS Data de Publicação: DO/MS Nº 6329 de 17/09/2004, pag. 50).

Destarte, necessário pontuar também que cabe ao empregador, informar por meio de campanhas, palestras, esclarecimentos a seus empregados sobre qualquer tipo de discriminação, em especial os portadores de doenças infectocontagiosas, a exemplo da AIDS, caracterizando ofensa à condição humana a demissão deste empregado.

4. PROTOCOLO MÉDICO EM CASO DE DOENÇA INFECTOCONTAGIOSA.

Há uma discussão entre os profissionais de saúde sobre os riscos intrínsecos em relação às atividades laborais e às possibilidades do empregado adoecer em decorrência destas.

A enfermidade infectocontagiosa além de colocar em risco à saúde dos colegas de trabalho, afeta as pessoas de forma relevante e como consequência, o medo de conviver socialmente, perda do emprego ou ascensão profissional e a opressão por produtividade.

As doenças infecciosas se alastraram pela história humana. Pode-se citar a praga de Atenas⁸ e os efeitos sobre os Atenienses, um dos registros mais famosos e antigos de uma devastadora doença infecciosa. A “peste negra ou “peste bubônica”⁹, na idade média, sendo a morte em proporção da população em muitas regiões Europeias. (FARIA, 2000).

No século XX, talvez a epidemia mais alarmante, a AIDS, se tornou a grande praga e gerando grandes preocupações dos profissionais envolvidos com a saúde.

Com esse quadro alarmante da AIDS e outras doenças infectocontagiosas, os profissionais da saúde motivados por essa epidemia, passaram a discutir sobre os riscos ocupacionais no ambiente de trabalho e as atividades laborais. Daí a obrigatoriedade nas empresas privadas e públicas dos exames médicos do trabalho: admissionais, periódicos, mudança de função, retorno ao trabalho e demissionais que fazem parte de um Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) pela Norma Regulamentadora nº 7 (NR7).

A Norma Regulamentadora nº 7 (NR 7) tem objetivo de prevenção e promoção da saúde do trabalhador, senão vejamos:

7.1 DO OBJETO

7.1.1 Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.¹⁰

⁸ Tucídides foi um historiador da Grécia Antiga. Escreveu a História da Guerra do Peloponeso, pelo qual foi testemunha. Foi o primeiro a notar que as pessoas que sobreviviam às epidemias de peste em Atenas eram poupadas de surtos posteriores da mesma doença. Em um futuro remoto, seria a base da prática de vacinação. Informações colhidas disponíveis em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Tuc%C3%ADdides>> Acesso em: 21 fev. 2015.

⁹ No século XIV foi a época marcada de muita dor, sofrimento e mortes na Europa. Peste Bubônica foi apelidada pelo povo de Peste Negra que matou cerca de um terço da população europeia, sem escolher as vítimas, podendo ser: reis, príncipes, senhores feudais, artesãos, servos, padres entre outros foram pegos pela peste. Informações colhidas disponíveis em: < http://www.suapesquisa.com/idademia/peste_negra.htm> Acesso em: 21 fev. 2015.

¹⁰ NR 7 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Publicação D.O.U. Portaria nº 3214 de Junho de 1978. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080814295F16D0142E2E773847819/NR-07%20%28atualizada%202013%29.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2015.

O Ministério da Saúde por meio da Coordenação de Saúde do Trabalhador criou uma Comissão de Especialistas do Trabalho a fim de elaborar uma listagem de doenças profissionais do trabalho para uso de profissionais médicos, Sistema Único de Saúde (SUS), perícia médica e INSS. Essa relação tem o objetivo de nortear as condutas de tais profissionais.

A Saúde do trabalhador constituiu objeto da saúde pública, bem como as relações entre empregado e empregador. Nessa concepção, é por meio de ações de vigilância e a identificação de riscos presentes que há a prevenção, promoção e a proteção da saúde presente nos ambientes de trabalho.

Entre os determinantes da saúde do trabalhador estão compreendidos os condicionantes sociais, econômicos, tecnológicos e organizacionais responsáveis pelas condições de vida e os fatores de risco ocupacionais – físicos, químicos, biológicos, mecânicos e aqueles decorrentes da organização laboral – presentes nos processos de trabalho. Assim, as ações de saúde do trabalhador têm como foco as mudanças nos processos de trabalho que contemplem as relações saúde-trabalho em toda a sua complexidade por meio de uma atuação multiprofissional, interdisciplinar e intersetorial. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001, p.17)

Foram criadas duas listas: “A e B”, publicados nos anexos do decreto nº 3.048 de 6 de maio de 1999¹¹, cuja finalidade seria orientar os procedimentos médicos-periciais. A listagem “A” abordou os agentes ou fatores de risco de natureza ocupacional relacionados com a etiologia de doenças profissionais e de outras doenças relacionadas com o trabalho. A lista “B” abrangia as doenças infecciosas e parasitárias relacionadas com o trabalho, todavia, essa orientação foi revogada.

Ao contrário disso, o Ministério da Saúde lançou o guia de doenças infecciosas e parasitárias e na Parte II desse guia, relacionou as doenças infecciosas de interesse para Saúde Pública e tem como propósito possibilitar que os profissionais de saúde possam ter à mão para consulta, durante a rotina de trabalho. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010)

São listadas 69 patologias consideradas doenças infecciosas, tais como: tuberculose, hepatites virais, leptospirose, febre amarela, dengue, tétano, AIDS, e outras.

Importante ressaltar que em se tratando de doenças infectocontagiosas, por vezes torna-se difícil consolidar relação com o ambiente de trabalho.

Assim o Ministério da Saúde elaborou manual de procedimentos e orientações ao profissional médico do trabalho.

A prevenção das doenças infecciosas e parasitárias relacionadas ao trabalho baseia-se nos procedimentos de vigilância em saúde do trabalhador: vigilância epidemiológica de agravos e vigilância sanitária de ambientes e condições de trabalho, utilizando conhecimentos médico-clínicos, de epidemiologia, higiene

¹¹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 23 fev. 2015.

ocupacional, ergonomia, toxicologia, entre outras disciplinas, a percepção dos trabalhadores sobre seu trabalho e saúde e as normas e regulamentos vigentes. Esses procedimentos incluem:

- medidas de educação e informação aos trabalhadores sobre os riscos e efeitos para a saúde, os modos de transmissão e de controle dos agentes envolvidos;
- vigilância sanitária das condições e dos ambientes de trabalho, por meio do estudo das atividades de risco potencial para os agentes biológicos;
- vigilância epidemiológica de agravos, com confirmação do diagnóstico clínico da doença e o estabelecimento da sua relação causal com o trabalho;
- identificação das medidas gerais e específicas necessárias para eliminação ou controle da exposição aos fatores de risco e para proteção dos trabalhadores;
- controle da ocorrência desses agravos na população em geral, uma vez que uma prevalência alta do agravo contribui para aumentar o risco para os trabalhadores. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001, p. 59)

Segundo o Ministério da Saúde, as medidas preventivas vão se variando conforme a doença acometida. “O crescimento da incidência de algumas doenças como tuberculose, hepatite B e a infecção por HIV em trabalhadores da saúde tem aumentado à consciência da necessidade da prevenção”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Ibidem*, p.60)

Os procedimentos após o diagnóstico da doença devem ser adotados, conforme o manual do Ministério da Saúde:

- 1) Avaliação quanto ao afastamento: temporário, permanente, setor do trabalho ou como um todo;
- 2) acompanhamento da evolução com registros de possível agravamento do quadro apresentado, e se for o caso com o retorno ao trabalho;
- 3) notificação do agravo ao Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) ou outro similar, Delegação Regional do Trabalho e o sindicato da categoria a qual pertence o trabalhador. Algumas doenças devem ser de notificação compulsória;¹²
- 4) emissão de CAT para o encaminhamento ao INSS;
- 5) verificar se há outros casos no mesmo estabelecimento de trabalho ou empresas do mesmo ramo de atividade;
- 6) inspeção no local de trabalho e em outras empresas com o mesmo ramos de atividade a fim de identificar agentes específicos ou outros agentes, bem como as condições de trabalho, atividades, maquinário, e as medidas coletivas e individual adotadas pela empresa;

¹² A notificação compulsória consiste na comunicação da ocorrência de casos individuais, agregados de casos ou surtos, suspeitos ou confirmados, da lista de agravos relacionados na Portaria, que deve ser feita às autoridades sanitárias por profissionais de saúde ou qualquer cidadão, visando à adoção das medidas de controle pertinentes. Além disso, alguns eventos ambientais e doenças ou morte de determinados animais também se tornaram de notificação obrigatória. É obrigatória a notificação de doenças, agravos e eventos de saúde pública constantes da Portaria nº 104, de 25 de janeiro de 2011, do Ministério da Saúde. Informação disponível em: <<http://notificacao.pbh.gov.br/>> Acesso em: 08 mar.2015.

7) identificação e recomendação das medidas de proteção a serem adotadas, com a comunicação aos trabalhadores e ao empregador.

Por oportuno, há de lembrar-se que no prejuízo da capacidade profissional do trabalhador devido a doença, a restrição ao trabalho é indicada.

Destarte, quando ocorre a discriminação em relação a qualquer doença infectocontagiosa, trata-se de um julgamento constituído em um pré-conceito sem antes conhecer verdadeiramente a real condição, peculiaridade e individualidade da pessoa. As diversas precauções como os treinamentos, os esclarecimentos juntamente com equipes de aconselhamento e apoio entre empregados e empregador é a forma de amparar e manter a qualidade, segurança e ética dos procedimentos adotados.

5. TESTE DE HIV NO EXAME OCUPACIONAL

Há controvérsias no que diz respeito à solicitação de sorologia para HIV nos exames médicos ocupacionais.

Ante a celeuma, cabe enfatizar que as empresas são obrigadas por determinação do Ministério da Saúde e normas regulamentadoras do trabalho, a realizar exames médicos admissionais, periódicos e demissionais em seus funcionários com base no artigo 168, incisos I,II e III da CLT.¹³ Esses exames são determinados conforme a função exercida de forma genérica.

Pode o médico do trabalho, solicitar procedimentos específicos ou exames complementares que considere necessários para a função exercida, a fim de apurar a aptidão física e mental do empregado.

Ademais, o artigo 169 da CLT preceitua: “Será obrigatória à notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho”.

Após essa breve explicação sobre os exames médicos do trabalho, a questão é: pode ser solicitado o exame de sorologia para HIV? Para essa interrogação, existe normatização.

A Portaria 1.246/2010¹⁴ do Ministério do Trabalho e Emprego alude à negativa do pedido do exame, todavia admite o trabalho preventivo, senão vejamos:

¹³ Disponível em: < <http://www.trtsp.jus.br/clt-din>> Acesso em: 09 mar. 2015.

¹⁴ Disponível em: < http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGAOS/MTE/Portaria/P1246_10.html> Acesso em: 09 mar. 2015.

Art. 2º. Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.

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

Nesse sentido, muito nos esclarece acerca dessa portaria, Mendanha (2013, p.70):

Essa portaria foi emitida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e direcionada apenas aos que estão sujeitos à relação de emprego. Mas o que é relação de emprego? Trata-se de uma relação de trabalho que está calcada no regime celetista (CLT), como estabelece com seus empregados a maior parte das empresas. Os servidores públicos estaduais e municipais, por exemplo, podem estar submetidos a estatutos próprios que são omissos quanto a esse tema. Nesses casos, essa portaria do Ministério do Trabalho e Emprego não teria validade, a menos que fosse objeto de discussão judicial ou administrativa, e nesses casos, os efeitos da portaria fossem requeridos por analogia. Nesse sentido, veio a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

EMENTA: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONCURSO PÚBLICO DE FORMAÇÃO PARA SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR - TUTELA ANTECIPADA - PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO - EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV - ATO DISCRIMINATÓRIO - PERIGO DE DANOS DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - PREJUÍZO ÀS PESSOAS PORTADORAS DO VÍRUS - MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR - RECURSO IMPROVIDO.” (AGV: 1257 MS 2008.001257-3)

Na mesma direção, Margonar (2006, p. 211) analisa a temática:

[...] pois a compulsoriedade na realização de testes para o HIV fere diversos direitos fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito de não sofrer discriminação e o direito à vida privada. Destarte, não pode o empregador, a qualquer pretexto exigir, via contrato, que o empregado, ainda que da área da saúde, realize o teste para o HIV de forma compulsória. [...]

Tratando a questão sobre os servidores públicos federal Mendanha (2013, p. 71), transcreve a Portaria Interministerial nº 869/92 que “proíbe, no âmbito do Serviço Público Federal, a exigência de teste para detecção do vírus de imunodeficiência”.

Em análise, pareceres do Conselho Federal de Medicina (CFM), remete considerações sobre o artigo 5º inciso II da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Assim, se a solicitação do exame for autorizada de forma franca e bem esclarecida ao empregado, pode ser realizado o teste para detecção do HIV.

O Código de Ética Médica (CEM)¹⁵, no capítulo IV intitulado: Direitos Humanos e capítulo V denominado: Relação com pacientes e familiares, veda ao médico:

Capítulo IV
DIREITOS HUMANOS
É vedado ao médico:

¹⁵ Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/novocódigo/integra_5.asp > Acesso em: 09 mar. 2015.

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Capítulo V
RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES

É vedado ao médico:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Nesse sentido, não menos importante a Resolução n. 1.665/2003 do CFM¹⁶, que dispõe sobre a responsabilidade ética das instituições e profissionais médicos na prevenção, controle e tratamento dos pacientes portadores do vírus da SIDA (AIDS) e soropositivos, onde se lê no artigo 4º: “É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV.”

Por mais polêmico que seja o tema, pode-se concluir que as empresas, podem solicitar o exame de sorologia HIV no exame admissional, desde que seja muito bem esclarecido ao candidato. Por outro lado, o examinado, tem o direito a se opor à realização do exame, sem prejuízo de ser admitido na empresa contratante.

Por derradeiro, o fato de o empregado ser portador do vírus HIV positivo não o impede de exercer a função laboral, ou seja: não é pela sorologia do HIV, que se define como “apto” ou “inapto” ao trabalho. (MENDANHA, 2013, p. 74)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos tempos atuais, o tema ora explorado, é de grande relevância, visto que abrange questões delicadas no ambiente de trabalho.

Embora, seja considerado crime a discriminação, ainda é recorrente aos portadores de doenças infectocontagiosas, sobretudo quando se trata do HIV/AIDS no ambiente de trabalho, doença que se tem o maior número de legislação em relação às outras.

Entretanto o Judiciário tem a finalidade de intervir nessas práticas discriminatórias, como forma de garantir a igualdade e o respeito à pessoa humana no ambiente laboral.

É fato, que existe uma lacuna na legislação trabalhista aos empregados incluídos nessas condições, todavia o poder judiciário utiliza-se para suas decisões: jurisprudências e os princípios norteadores, pilares do Direito, reconhecidos pela Constituição Federal, sobretudo o da não discriminação e o da dignidade da pessoa humana alicerçados pela Lei 9.029/95.

¹⁶ Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2003/1665_2003.htm> Acesso em: 09 mar. 2015.

Pela discussão desse estudo, entende-se ser discriminatório qualquer procedimento ou conduta que cause prejuízo ao empregado portador do vírus HIV ou o aidético, tais como: a despedida imotivada; considerá-lo inapto ao exercício de suas funções, apenas pelo fato de ser HIV positivo, exceto aqueles que se apresentam com quadro clínico debilitado, o que seria nesse caso considerado omissão ou negligência do médico do trabalho; e solicitar compulsoriamente o exame de sorologia para HIV.

Nesse sentido, o entendimento dos Tribunais Trabalhistas é amparado pela Súmula 443 do TST, observando nesses casos como melhor medida a ser tomada, a reintegração do empregado como forma de reparar a ilicitude do ato. Por outro lado, não há de se mencionar a estabilidade do portador HIV positivo, conforme a jurisprudência.

Por fim, os empregados soropositivos necessitam de solidariedade nesse desafio que representa a dignidade da melhor qualidade de vida em todos os ambientes sociais e profissionais e por consequência aceitação por todos no mercado de trabalho, seja no serviço privado ou serviço público.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo; posfácio de Celso Lafer. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de vigilância Epidemiológica. **Doenças Infecciosas e Parasitárias: guia de bolso**. 8.ed: rev. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2010.

_____. Ministério de Saúde. **Secretária Nacional de ações básicas de saúde**. Coordenação de Assistência Médica e Hospitalar. Conceitos e Definições em Saúde, ítem IV – Terminologia médico-hospitalar. Brasília, 1977, p. 28 – 29. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/0117conceitos.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil. **Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde**. Org. Elizabeth Costa Dias; col. Idelberto Muniz Almeida et al. Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001.

_____. 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**.—3.ed. - Brasília: OIT, 2010.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

BUENO, Francisco da. **Grande dicionário etimológico prosódico da Língua Portuguesa**. 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 1968. V.2.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. **Discriminação no Trabalho: Mecanismos de Combate à Discriminação e Promoção de Igualdade de Oportunidades**. Repertório de recomendações práticas da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho, Oficina Internacional del Trabajo, Secretaria Internacional do Trabalho, Brasília, 2001.

DIAS, Luiz Claudio Portinho. O panorama da pessoa portadora de deficiência física no mercado de trabalho. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1212>> Acesso em: 25 fev. 2015.

FARIA, Luís Carlos. Doenças infecciosas: a solução doutrinária e o Direito Internacional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1876>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Ações afirmativas no direito do trabalho. São Paulo: **Revista LTr**, vol. LXVII, n.08, 2005.

HOUAISS, Antônio e Vilar, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da língua Portuguesa S/C Ltda. 2.ed.rev.e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. Dispensa do Doente da AIDS e Reintegração no Emprego. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, n. 288, p. 9-17, jun. 2013.

MENDANHA, Marcos Henrique. **Medicina do trabalho e perícias médicas: aspectos práticos (e polêmicos)**. 3.ed., São Paulo: LTr, 2013

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O princípio de não discriminação. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. [on line]. Salvador-BA, n.11, set/out/nov 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-11-SETEMBRO-2007-CALMON%20DE%20PASSOS.pdf>> ISSN 1981-1888. Acesso em: 07 mar.2015.

PLÁCIDO E Silva. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 19. ed. 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Vida Digna: Direito, Ética e Ciência. *In*: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Plácido E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 19 ed.,2002.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.