

HIV E AIDS NO AMBIENTE LABORAL: VISIBILIDADE, DISCRIMINAÇÃO E TUTELA JURÍDICA DE DIREITOS HUMANOS

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

1 INTRODUÇÃO

Abordar a visibilidade do HIV e da AIDS no espaço do trabalho e perante os órgãos institucionais que lhe dão tutela, sob o viés de seu percurso histórico e à luz da teoria dos direitos humanos é primordialmente o objetivo deste estudo. Para tal objetivo é indispensável, primeiro, considerar atentamente os significados dessa abordagem; segundo, evidenciar que a evolução por que passaram e passam as instâncias oficiais e alguns segmentos organizados da sociedade tende a uma visão social e humana do problema; por fim, reconhecer que o processo de amadurecimento humano, que hoje se reflete na atuação expressiva de organismos internacionais e internos do País, ainda conserva carências e convida a superar obstáculos e resistências.

Propõe-se, neste estudo, alinhar alguns entre tantos significados possíveis de se abordar o tema, que se distingue em relevância, complexidade e amplitude de



efeitos. Propõe-se, também, percorrer

o caminho desde o ponto em que a AIDS foi revelada pela comunidade científica como um gravíssimo problema de saúde e como foi seu enfrentamento no ambiente laboral, nas instâncias oficiais destinadas ao seu controle e proteção do portador, em especial o Poder Judiciário e a comunidade jurídica internacional. Objetiva-se analisar, ao final, os limites de atuação das instâncias oficiais e sua eficácia considerando as barreiras ainda presentes na sociedade e as possíveis formas de superação.

2 A ABORDAGEM DO TEMA E SEUS SIGNIFICADOS

Refletir sobre a condição dos portadores de HIV, especialmente quando envolve sua necessidade de inserção no espaço laboral, significa, essencialmente, reconhecer que se trata de uma questão de direitos humanos e que a tutela desses direitos, que se destinam, primeiro, ao “gênero humano mesmo”¹ – às pessoas, consideradas em seu valor

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 569.

Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR; Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR; Desembargadora Federal do Trabalho no TRT 9ª Região; Professora de Direito Material do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação do UNICURITIBA-Centro Universitário Curitiba e do Curso de Pós-graduação em Direito do Trabalho da PUCPR;

existencial supremo – é de valor inestimável. Significa afirmar que os direitos humanos, que refletem um construído axiológico a partir de um espaço simbólico de luta e ação social², e que ganharam reconhecimento em função do gradual desenvolvimento da consciência humana sobre uma nova racionalidade, são dotados de altíssimo teor de humanismo e de universalidade.

Pensar o tema à luz da teoria dos direitos humanos e da historicidade desses direitos³ implica reconhecer que a sua descoberta e formulação colocou a humanidade diante de um processo sem fim, de construção sempre inacabada, que pode se alargar na medida em que se desenvolve o processo universalista. Como expressou Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído,

2 PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4.

3 Afirma-se que os direitos humanos surgiram, na essência, como direitos do “homem livre e isolado”, que o indivíduo possui em face do Estado, como direitos de liberdade da pessoa particular, mas ganharam foros de universalidade quando a França exprimiu na Declaração de 1789 em três princípios o seu conteúdo possível: liberdade, igualdade e fraternidade. O passo seguinte seria inserir, na ordem jurídica positiva os conteúdos materiais relativos a aqueles postulados. Assim surgiram as três conhecidas gerações: direitos de liberdade, construídos no século XIX e considerados fundamentais de primeira geração, que abrangeram direitos civis e políticos; direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que no século XX constituíram os direitos de segunda geração; e a esses, a segunda metade do século XX acresceria uma nova dimensão, agora calcada no postulado da fraternidade, da solidariedade, o que derivou da consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Na perspectiva do indivíduo seriam direitos, por exemplo o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada, à moradia, hoje incorporados no art. 6º da Constituição Federal brasileira de 1988. Teóricos registram o que já formaria a quarta e a quinta gerações, que corresponderiam à institucionalização do Estado Social e abrangeriam, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz.

uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução⁴ e enquanto reivindicações morais nascem quando devem e podem nascer⁵. Ainda, não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁶.

Com foco, ainda, na historicidade dos direitos humanos, analisar o tema central deste estudo implica admitir a concepção contemporânea do caráter de indivisibilidade desses direitos, o que torna superada a ideia de que uma classe de direitos sobrepõe-se a outra. Assim, os chamados direitos de liberdade, construídos no século XIX (direitos civis e políticos); os direitos sociais, culturais e econômicos, além dos coletivos, que surgiram no início do século XX; os que a partir da metade do século XX surgiram calcados nos postulados da fraternidade e da solidariedade e que na perspectiva do indivíduo, seriam, por exemplo, o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação adequada; e os que contemporaneamente associaram-se à institucionalização do Estado Social e abrangem, por exemplo, o direito à democracia, à informação, ao pluralismo, à paz, todos são compreendidos como interdependentes e inter-relacionados⁷.

4 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.

5 PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 4.

6 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

7 Essa concepção, já contemplada na Declaração Universal de 1948, é reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, que no art. 5º declara: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (...)”. DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA,

Analisar a condição do portador do HIV, sob o enfoque proposto, significa extrair da Declaração de Direitos Humanos de 1948 a sua proposta jurídica mais genuína: a de proteger a dignidade da pessoa humana. Como defendeu Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta, pela particular manifestação da dignidade humana⁸. Significa inferir que quando proclamou no artigo primeiro que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e que são “dotadas de razão e consciência e devem agir em relação às outras com espírito de fraternidade”⁹, a Declaração consagrou e evidenciou a inter-relação e a interdependência humanas e proclamou a responsabilidade que decorre dessa dinâmica: o dever de cada um considerar o outro em suas especificidades e necessidades e de contribuir para a sustentabilidade da vida humana. Traduzindo-se o espírito de fraternidade referido na Declaração, à luz dos deveres de virtude com os outros, corresponderia ao que Immanuel Kant havia chamado, ainda no século XVIII, de dever de humanidade¹⁰, ou, como

esclareceu, que embora “não seja em si mesmo um dever participar dos sofrimentos (bem como das alegrias) dos outros, constitui um dever se solidarizar ativamente com sua sorte”¹¹.

Tal perspectiva remete ao natural atributo humano da convivência e ao reconhecimento da igualdade de todos, ainda que num contexto de diferenças quanto às características particulares das pessoas. Remete, também, ao anseio do legislador constituinte brasileiro de 1988 de conceber um projeto de sociedade livre, justa e solidária, que assegure igualdade de participação a todos e permita o acesso aos benefícios da vida social, sem grandes desníveis. Esta perspectiva humanitária, que hoje caracteriza também o constitucionalismo social, o qual propugna pelo ideal de justiça social a partir da inserção em seu texto, de direitos considerados sociais¹², propõe conjugar os valores liberdade, igualdade e solidariedade em uma Carta de direitos e deveres com feição promocional, como se pretendeu com a Constituição de 1988¹³. Esse é o referencial teórico que conduzirá o presente estudo, pois não se pode tratar de

Tratado internacional. 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28.09.2012.

8 HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. p. 27. Disponível em: www.google.com.br.&fp=74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.

9 NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.

10 KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas de: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 300.

11 *Idem*, p. 301.

12 São considerados direitos sociais, de acordo com o art. 6º da Constituição federal de 1988: “(...) a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

13 Paulo Bonavides considera que não é possível compreender o atual constitucionalismo, que considera como o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 “se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 373.

temas como direitos sociais, discriminação no trabalho e tutela ao que padece pelo estigma de uma enfermidade como a AIDS sem agregar às formulações intelectuais, alto grau de sensibilidade e senso de humanidade.

Há, ainda, outros sentidos nessa abordagem, que merecem destaque.

Em 17/06/2010 a nonagésima nona sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho-OIT adotou a Recomendação 200, sobre a infecção pelo HIV e a AIDS e o mundo do trabalho¹⁴, o que remete ao atual tratamento internacional sobre a matéria. O documento internacional convida a refletir sobre a importância da função da OIT quanto ao tema e sobre a necessidade de se intensificar esforços para combater a discriminação, em especial a que decorre da infecção de trabalhadores.

Proteger os trabalhadores por meio de programas destinados à segurança e a saúde no trabalho constitui um dos Objetivos do Milênio, como lançados pela Organização das Nações Unidas-ONU em 2000: “qualidade de vida e respeito ao meio ambiente”; e o objetivo específico: “combater a AIDS, a malária e outras doenças”¹⁵. Assim, a necessidade de promover

14 GENEVRA. OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. 2000. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 02 de outubro de 2012.

e aplicar as convenções e recomendações internacionais do trabalho e de acentuar o papel das entidades representativas dos trabalhadores e empregadores, de avaliar o papel do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado, significa reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e de seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é contribuição significativa para a efetividade dos direitos humanos. Essa contribuição está na base das reflexões contidas neste estudo.

A visibilidade do HIV e da AIDS no ambiente do trabalho pode ser resgatada por sua história, que remete à visão social do problema e à forma como o Poder Judiciário comportou-se e vem se comportando na tarefa de enfrentá-lo, quando se transforma em conflito entre os sujeitos da relação de emprego – empregado e empregador.

Tal história, em um sentido muito particular e especial, guarda relação muito próxima com a condição desta expositora que, atuando na Magistratura do Trabalho há mais de 20 anos, foi colocada à prova em algumas situações delicadas decorrentes de ações judiciais, em especial perante a uma das primeiras ações no País a analisar a AIDS no ambiente laboral. A atuação jurisdicional e o acompanhamento contínuo do evoluir doutrinário e jurisprudencial lhe permitiram constatar, assim como muitas situações positivas, uma triste realidade: a infecção pelo HIV, que leva à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, tem altíssimo potencial de estigmatizar, excluir, negar a condição de cidadão e marcar de



forma indelével o trabalhador infectado, que se sujeita à mais considerável discriminação: por familiares, vizinhos, colegas de trabalho, superiores hierárquicos, o próprio empregador, a comunidade e a sociedade em geral. A tônica, nessa realidade, é não aceitar; é rejeitar e discriminar.

Parece apropriado, nesse contexto, resgatar a história da AIDS e de sua aceitação no meio social e, em especial, no ambiente laboral, a partir de um caso concreto e os desdobramentos que são inerentes ao trâmite processual. Trata-se, portanto, de uma história real, com personagens reais, local e forma de ocorrência reais, propostas de soluções concretas oriundas da visão e da consciência de magistrados de verdade, em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro e com solução final de uma vida que, para os registros formais da Justiça do Trabalho, foi selada com

um número: autos de reclamação trabalhista nº 10.688/1993, que ingressou perante uma das Varas do Trabalho de Curitiba.

A história, como aconteceu, será o pano de fundo da abordagem que segue e com que se pretende demonstrar a trajetória da visibilidade social e jurídica do problema.

3 AIDS COMO AMEAÇA À VIDA E SUA REPERCUSSÃO SOCIAL

Em 1992 a Revista Super Interessante, na edição de julho, apresentava o seguinte dado no conjunto da reportagem sobre a matéria de capa “AIDS muitas novidades”:

Em 1959 morria o suposto primeiro aidético, um marinheiro inglês com tantas doenças raras que, na época, o caso chegou a intrigar

uma equipe de pesquisadores da Universidade de Londres. Vinte e cinco anos mais tarde, ao reexaminarem as amostras congeladas da biópsia, os cientistas constataram a presença do HIV naquele paciente¹⁶.

O mesmo editorial informava que em 1980 descobriu-se oficialmente a enfermidade, depois que nos Estados Unidos foram registradas diversas ocorrências do chamado sarcoma de Kaposi, um raríssimo tumor de pele em que o organismo dos pacientes havia perdido a capacidade de destruir, por exemplo, células cancerosas¹⁷. Em 1981 seria oficialmente registrado o primeiro caso da enfermidade no Brasil, de um fotógrafo paulista, e de acordo com pesquisas da época, considerando o tempo médio de incubação do vírus no organismo dos portadores, estimava-se que o HIV tenha ingressado no País ainda em meados dos anos 70. Os anos de 1983 a 1990, que se caracterizaram pela intensificação das pesquisas e pela disputa entre França e Estados Unidos no que se refere aos direitos pela descoberta¹⁸, também revelaram ao mundo a

primeira droga capaz de agir diretamente sobre o vírus impedindo sua proliferação por certo tempo¹⁹.

O ano de 1993 daria início, perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, Paraná, a uma das primeiras ações ajuizadas no País que, somada às poucas já em trâmite e as que nos anos seguintes transformariam a Justiça do Trabalho em foro privilegiado de debates, colocariam seus magistrados em contato com o tema da AIDS no ambiente laboral²⁰.

Tratava-se de um trabalhador que em junho de 1991 obtivera a notícia que, à época e para a maioria das pessoas, soava como sentença de morte: era portador do HIV. Aí iniciou a dolorosa expectativa do aparecimento dos sintomas e a difícil tarefa de adaptar-se às modificações que ocorreriam em sua realidade diária, em especial a rejeição da família e a perda do emprego naquele ano.

A ação judicial denunciava que o autor, trabalhador qualificado como auxiliar de limpeza, fora despedido tão logo o empregador tomou conhecimento de sua condição de portador do HIV.

O autor afirmava que por determinação do empregador, como ocorria

16 OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

17 Cientistas esclareceram que o câncer seria apenas um dos sintomas da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ou AIDS, nome que origina do inglês: *Acquired Immunodeficiency Syndrome*.

18 Em 1991 terminava a disputa na justiça entre franceses e americanos que se diziam descobridores do HIV: os cientistas do Instituto Pasteur ganharam a causa, depois de provar, graças a exames nos genes do HIV que os microorganismos isolados pelo americano Robert Gallo nada mais eram do que filhotes daqueles vírus Luc Montaigner havia carregado na bagagem até os Estados Unidos, oito anos antes. SUPER INTERESSANTE. Disponível

em <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

19 A primeira droga resultante das pesquisas foi o AZT. Foi um medicamento pioneiro, que demorou sete anos para aparecer e levou outros cinco anos como sendo a única arma específica de combate. *Idem*.

20 Respeitados os limites da pesquisa, que à época não era tão abrangente, constatou-se que havia ingressado ação de mesma natureza perante a 5ª Vara de Curitiba, em 1992, umas poucas em outras Varas do Trabalho no País e perante a Justiça Federal comum, neste caso ações ajuizadas em face do Estado e com as quais se buscavam meios para garantir assistência e tratamento médico ao cidadão infectado.

com todos os empregados, submeteu-se a exames médicos periódicos e, em posse de seus exames de sangue, o médico da empresa comunicou-lhe que tinha problema sério de saúde e deveria ser encaminhado para novos exames; nestes, confirmou-se que era portador do HIV e ao retornar ao médico da empresa indagou sobre sua situação futura, quando a resposta foi de que a decisão caberia à direção da empresa. Afirmava que o empregador, ciente do diagnóstico, despediu-o sem justa causa, forma de despedida que ocultava uma causa exclusivamente discriminatória e arbitrária. Pedia a declaração de nulidade da despedida e o reconhecimento de seu direito à reintegração ao emprego, com todas as vantagens salariais do período de afastamento.

O empregador, empresa do ramo de hipermercados, de abrangência multinacional, alegava que foi o próprio trabalhador quem comentou com colegas sobre o diagnóstico, o que teria causado alarme e apreensão entre eles. Afirmava que na época da despedida a confirmação foi tão aterrorizadora que se viu obrigado a desencadear, perante seu corpo funcional, campanhas de informação sobre a enfermidade e que a situação daquele trabalhador era tão delicada a ponto de experimentar rejeição dos próprios familiares e colegas, que se sentiam assustados, pois compartilhavam os mesmos serviços médicos e odontológicos. Afirmava que no exercício da função o trabalhador manuseava produtos alimentícios, inclusive não embalados, como carnes, frios e verduras e se o fato chegasse a conhecimento público poderia afastar a clientela, além de ser incontornável a situação entre os demais empregados e clientes; que a própria incerteza médica quanto às formas de

contágio não lhe deixaram outra alternativa, senão a despedida do trabalhador. Sustentava que esses aspectos fáticos eliminavam o alegado caráter discriminatório e arbitrário da ruptura contratual.

O contexto em que ocorreu a despedida daquele trabalhador bem demonstra o estado de perturbação que dominava o pensamento e o comportamento sociais. Afinal, como alertou o médico Jonathan Mann, na condição de responsável pelo programa de controle da AIDS da Organização Mundial de Saúde-OMS, em 20 de outubro de 1987, aos participantes da Assembléia Geral da ONU, a infecção pelo HIV representa, na verdade, três epidemias: a primeira, da própria infecção pelo vírus; a segunda, das doenças infecciosas; e a terceira, das reações sociais, culturais, econômicas e políticas. Enfatizou que esta última é tão fundamental quanto a própria doença e, potencialmente, mais explosiva do que ela²¹.

Quando diagnosticada pela primeira vez, a AIDS apareceu apenas como uma doença nova. Logo, porém, assumiu extraordinária dimensão, pelo incontido alarme médico após a identificação de inúmeros casos, inicialmente no território africano, depois nos demais continentes e em face dos grupos de risco detectados. A doença transformou-se, então, em um poderoso fator de discriminação social. A contaminação pelo HIV tornou-se sinônimo

21 MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf>. Acesso em 05.10.2012.

de morte e o número de infectados era cada vez mais significativo²².

Fontes de pesquisa indicam que já em 1983 instalou-se significativa onda de pânico em todos os continentes, quando se cogitou que a doença poderia ser transmitida pelo ar e por utensílios domésticos. Identificada em 33 países e confirmados 3.000 casos, com 1.383 óbitos nos Estados Unidos, impulsionaria a primeira Conferência sobre AIDS em Denver. Em 1984 ocorreria a morte de Gaetan Dugas, considerado o “paciente zero”, pessoa que teria trazido o vírus à América. A providência imediata foi o fechamento de saunas gays na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, ao passo em que a Secretaria de saúde e serviços humanos daquele País declarava que em pouco tempo, antes de 1990, haveria vacina e cura disponíveis. Ao final daquele ano, 7.000 americanos tinham contraído a doença. Em 1985, com o avanço das pesquisas, o mundo viu reduzir significativamente o risco de transmissão transfusional do HIV e no mesmo ano morreria o ator Rock Hudson, primeira figura pública conhecida a ter falecido em

22 O Brasil contabilizou em 1984 aproximadamente 122 casos. Dados oficiais já indicavam em 1992, época do ajuizamento da ação mencionada no texto, o número de 24.704 casos. Alguns anos depois de diagnosticada, a doença já passava a fazer parte das preocupações cotidianas das pessoas no Brasil e no mundo, dados os índices alarmantes de contágio e a própria revisão que se tornou necessária quanto aos grupos de risco iniciais. Tomando-se pesquisa efetuada até junho de 2011, constata-se que o Brasil contava com 608.230 casos registrados de AIDS, condição em que a doença já se manifestou. Sé em 2010 foram notificados 34.218 casos da doença e a sua taxa de incidência no Brasil foi de 17,9 casos por 100 mil habitantes. Dados disponíveis em: <http://www.aids.gov.br/pagina/aids-no-brasil>. Acesso em 05.10.2012. Dados também obtidos do Boletim Epidemiológico AIDS-DST, disponíveis em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.

função de AIDS. Ryan White, um menino de 13 anos e hemofílico, enfrentaria discriminação na escola, de onde seria expulso. Ocorreria a primeira Conferência Internacional de AIDS em Atlanta e ao final daquele ano a enfermidade já contava com relato de 51 países. O Brasil registrava a primeira transmissão perinatal, em São Paulo²³.

Alguns fatos registrados nos anos seguintes, de 1986 a 1989, foram significativos não só pela atenção, como pela apreensão com que foram recebidos. Paris abria-se como sede à segunda Conferência Internacional de AIDS, quando se anunciavam as primeiras experiências de uso de medicamentos que apresentam discreto impacto sobre a mortalidade geral de pacientes infectados. Estratégia global de combate, lançada pela Organização Mundial da Saúde, recomendava aos usuários de drogas injetáveis a esterilização de seringas e agulhas. No Brasil, o sociólogo e ativista político Herbert de Souza, o Betinho, hemofílico, confirmava sua condição de portador do HIV²⁴. Forte campanha de esclarecimento seria lançada na Inglaterra, quando a princesa Diana inauguraria o primeiro hospital especializado em tratamento da AIDS e ganhava repercussão o fato dela não ter usado luvas ao apertar as mãos de pacientes com AIDS²⁵

23 BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

24 Herbert de Souza, o Betinho, fundou a ABIA – Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS, entidade que se tornou referência na luta por maior controle dos bancos de sangue e contra a discriminação.

25 No mesmo ano de 1987 o presidente Kaunda, da Zâmbia, anunciou que seu filho morreria de AIDS. Nos Estados Unidos o presidente Ronald Reagan fazia seu primeiro discurso

visitados. No Brasil, morriam dois irmãos de Betinho, também hemofílicos, contaminados pelo HIV, e a OMS instituiria como o Dia Mundial da AIDS, o dia primeiro de dezembro. Aquela década seria fechada com o registro de grande número de novas drogas disponibilizadas no mercado para tratamento das enfermidades oportunistas e a redução do preço do AZT, até então o único medicamento disponível.

Notícias sobre mortes de pessoas públicas e de celebridades contaminadas pelo HIV continuariam a perseguir o mundo na década de 90. Os anos de 1990 a 1995 registraram a morte de Ryan White aos 19 anos²⁶, nos Estados Unidos; do cantor Cazuzo, no Brasil; do cantor inglês Freddie Mercury, do bailarino russo Rudolf Nureyev, do tenista americano Arthur Ashe, entre outros, além de personalidades importantes como o jogador de basquete americano "Magic" Johnson, que anunciavam sua contaminação.²⁷

sobre AIDS, quando 36 mil americanos já possuíam diagnóstico e 20.000 já haviam morrido. Ao redor do mundo, no mês de novembro, 62.811 casos já tinham sido oficialmente registrados pela OMS, de 127 países. Desde aquele ano, o Governo Americano passou a repassar recursos para o desenvolvimento de programas globais de prevenção ao HIV/AIDS. *Idem*.

26 Ryan White, adolescente nascido em Kokomo, Indiana, nos Estados Unidos, em 06.12.1971. Portador de hemofilia, infectou-se durante um tratamento sanguíneo e passou a sofrer intensa discriminação após o diagnóstico de infecção pelo HIV. Foi rejeitado na escola e protagonizou intensa luta para retornar aos bancos escolares. De acordo com previsão médica teria apenas mais 6 meses de vida após o diagnóstico, porém viveu mais cinco anos. Morreu em abril de 1990. WIKIPEDIA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Ryan_White. Acesso em 10.10.2012.

27 Em 1990 o programa de troca de agulhas e seringas da cidade de Nova York seria fechado por questões políticas. Em dezembro, mais de 307 mil casos de AIDS haviam sido oficialmente reportados pela OMS, porém havia estimativas de números próximos a 1 milhão. Em 1991 O terceiro antiretroviral DDC foi autorizado pelo FDA para pacientes intolerantes ao AZT, embora com limitações em sua atuação. Em 1992 o FDA aprovaria o uso do DDC em combinação com o AZT para pacientes adultos com infecção avançada, sendo essa a primeira combinação

A AIDS se tornaria a principal causa de morte entre americanos com idade entre 25 e 44 anos, contando aquele país com 400 mil pessoas infectadas e 250 mil mortes por AIDS.

Os anos de 1996 a 1999 foram marcados por um crescente número de medicamentos para uso em combinação com outros e com efeitos melhores e com notícias ora alvissareiras, de redução de infectados, ora pessimistas, de piora nos índices de controle²⁸. A década chegaria ao fim com registro, na América Latina e Caribe, de aproximadamente 65.000 pessoas entre 15 e 24 anos de idade infectadas e no Brasil 155.590 casos de AIDS, dos quais 43,23% na faixa etária entre 25 e 34 anos.

Esse era, em linhas gerais, o contexto em que o trabalhador despedido, autor da

terapêutica de drogas para o tratamento da AIDS a apresentar sucesso. Em 1993 mais de 3,7 milhões de novas infecções ocorreram mundialmente. Mais de 10 mil por dia. Durante este ano, mais de 350 mil crianças nasceram infectadas. Em 1994 passou a ser estudado um novo grupo de drogas para o tratamento da infecção, os inibidores da protease, que demonstraram potente efeito antiviral isoladamente ou em associação com drogas do grupo do AZT (daí a denominação "coquetel"). Houve diminuição da mortalidade imediata, melhora dos indicadores da imunidade e recuperação de infecções oportunistas., o que levou a um estado de euforia, chegando-se a falar na cura da AIDS. Entretanto, logo se percebeu que o tratamento combinado (coquetel) não eliminava o vírus do organismo dos pacientes, além dos custos elevados do tratamento, o grande número de comprimidos tomados por dia e os efeitos colaterais dessas drogas. Por outro lado, um estudo comprovou que o uso do AZT reduzia em 2/3 o risco de transmissão de HIV de mães infectadas para os seus bebês. A despeito desses inconvenientes, o coquetel reduziu de forma significativa a mortalidade de pacientes com AIDS. Nesse período criou-se o UNAIDS, integrado por cinco agências de cooperação de membros da ONU (UNICEF, UNESCO, UNFPA, OMS e UNDP) com o objetivo de defender e garantir uma ação global para a prevenção do HIV/AIDS, além do Banco Mundial. BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

28 Em 09 de agosto de 1997 morria Betinho, 11 anos depois de confirmar sua infecção, o que causou comoção no Brasil, que, por meio da USAID proporia estratégia de cinco anos para a prevenção do HIV/AIDS. *Idem*.

reclamação trabalhista e o empregador que o despediu ao saber da contaminação se encontravam.

4 O ENFRENTAMENTO PELOS PODERES CONSTITUÍDOS E PELA SOCIEDADE

Em maio de 1988, quase dez anos após o diagnóstico inicial, a Organização Mundial da Saúde, pela Resolução 41.24, viria a público alertar que o respeito aos direitos humanos e à dignidade dos portadores do HIV e pessoas com AIDS seria vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da enfermidade e para as estratégias globais que deveriam ser adotadas pelos Estados-membros²⁹.

Na mesma década a Organização Internacional do Trabalho-OIT preparava Declaração de Consenso para definir, entre outros aspectos, que a detecção do VIH não deveria ser exigida, em hipótese alguma,



para pessoas que solicitam emprego; que o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação relativa ao VIH; que a infecção, por si, não significa limitação para o trabalho; e que a contaminação não configura motivo para demissão.

Em 1988 também o Brasil passava a adotar medidas governamentais de proteção, quando o Ministério da Saúde adotou Programas Especiais de Saúde e passou a emitir Recomendações Técnicas e Aspectos Éticos sobre o HIV e AIDS³⁰, o que culminou, bem mais tarde, entre outras providências com a edição de Medida Provisória em 2001, que acrescentaria ao art. 20 da Lei 8.036/1990 a possibilidade do trabalhador portador do HIV levantar depósitos do FGTS³¹. Passou-se a considerar, também, a AIDS como causa justificadora de recebimento de auxílio-doença e aposentadoria perante a

29 GENEVRA. Organização Mundial da Saúde-OMS. Quadragésima Primeira Assembléia Mundial de Saúde. Resolução 41.24, de 13 de maio de 1988: "A quadragésima primeira Assembléia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo VIH e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do VIH".

30 BRASIL. Ministério da Saúde. AIDS: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.

31 Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: (...); XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV; (...). Medida Provisória nº 2.164 -41, de 2001.

Previdência Social.

Seguiu-se a década de 90 com a adoção, por alguns Estados da federação, de medidas que ampliavam gradativamente o campo de proteção e convocavam governos e sociedade para o enfrentamento conjunto do problema³². Em 1992 iniciavam estudos sobre as repercussões da enfermidade no ambiente laboral e sobre as formas de prevenção, combate e atendimento a vítimas e familiares.

Por outro lado, essas medidas não evitavam que portadores do HIV ou suspeitos continuassem suportando rejeição em vários âmbitos da sociedade. Se qualquer impedimento para a locomoção de pessoas portadoras do HIV já deveria ser denunciado como violação aos Direitos Humanos, na vida prática delineava-se bastante nítida, ainda, a ignorância social e até mesmo por parte de autoridades constituídas, legisladores e aplicadores da lei.

Atitudes discriminatórias como ocorrera com Ryan White na década de 80, que foi rejeitado no ambiente escolar, ou como ocorrera com o holandês Hans-Paul Verhoef³³, que ao desembarcar nos Estados Unidos em 1989 para uma Conferência internacional em São Francisco e ter a bagagem revistada por agentes alfandegários, que lá encontraram AZT, foi detido por constituir séria ameaça à saúde pública daquele país, continuariam

32 No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, estabeleceu-se a obrigatoriedade de tratamento e internamento aos portadores de AIDS e no Rio de Janeiro tornava-se obrigatória a inserção nas escolas de 1º e 2º graus de disciplina com orientações sobre AIDS.

33 NOVA YORK. The New York Times. Jornal. Obituário. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html>

ocorrendo. A VIII Conferência Internacional sobre AIDS de 1992, agendada inicialmente nos Estados Unidos, em razão da mesma prática discriminatória acabou por ser transferida para Amsterdã. Por que a legislação norte americana proibia o ingresso de portadores do HIV no país, ao ser questionado admitiu a entrada de congressistas soropositivos, porém, desde que essa condição fosse revelada no passaporte do portador³⁴.

Em 1992 também o México seria palco de atitude discriminatória contra crianças em idade escolar, infectadas pelo HIV, que foram expulsas da escola³⁵.

No Brasil, em maio de 1992 o Jornal Folha de São Paulo noticiava que Sindicato representativo de escolas particulares do Estado de São Paulo instruíra estabelecimentos a recusarem matrículas de crianças soropositivas³⁶.

Reportagem da Revista ISTOÉ informava que em 1989 uma juíza paulista, encarregada de uma das primeiras ações envolvendo trabalhadores com AIDS no Brasil, exigia que se disponibilizasse durante a audiência um médico e dois policiais: o médico, para “dar um

34 RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*. Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos>. Acesso em 12.10.2012.

35 KROKOSZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender?* Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE- Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333>. Acesso em 10.10.2012. .

36 FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/>. Acesso em 10.10.2012.

calmante” ao soropositivo; e os policiais para impedir que o trabalhador despedido saísse de seu lugar, “pois poderia, de alguma forma, contaminar a ela e a outros presentes”³⁷. No mesmo editorial há notícia de numerosos casos de portadores do vírus que depois da revelação de seu estado perderam o emprego, pelas mais diversas justificativas apresentadas pelos empregadores, mas todas, na realidade, reveladoras do preconceito que se disseminou na sociedade.

Esse panorama social se estendia no espaço do trabalho, em que as primeiras manifestações de exclusão de trabalhadores contaminados os conduziam às portas do Poder Judiciário em busca de proteção.

5 VISIBILIDADE DA AIDS NO AMBIENTE LABORAL E SEU ENFRENTAMENTO NA AÇÃO JUDICIAL

A contaminação pelo HIV, naquele ano de 1993, em que ingressou a ação trabalhista nº 10.688/1993 perante a 16ª Vara do Trabalho de Curitiba, significava, na dimensão do espaço laboral, quase que invariavelmente o final da vida produtiva da vítima. Tal realidade delineava-se naquela ação e adquiria contornos cada vez mais precisos.

Recebida e processada aquela ação, oportunizou-se a defesa do empregador e designou-se audiência de instrução, em

que foi interrogado o autor e inquirida uma testemunha. O autor esclareceu sobre a forma de execução de suas tarefas e a testemunha confirmou ter tomado conhecimento da doença na própria enfermaria em que eram atendidos os empregados da empresa, onde se comentava sobre o fato.

Por que remanesciam dúvidas sobre o efetivo risco de se manter o autor nas mesmas funções, que envolviam contato com produtos alimentícios, e diante da incerteza do quadro, determinou-se realização de perícia médica para auxílio e esclarecimentos ao juízo quanto a aspectos técnico-científicos da doença. A situação era de tal forma incomum que sequer havia informações disponíveis sobre médicos habilitados, o que tornou necessário recorrer à Secretaria de Saúde do Estado para indicação de profissional.

No meio internacional, o cinema contribuiria com larga campanha de esclarecimento e sensibilização ao abordar as fortes repercussões da enfermidade no ambiente de trabalho. O ano era 1994 e o ator, Tom Hanks, seria contemplado com seu primeiro Oscar pela atuação no filme *Philadelphia*, ao interpretar um próspero advogado que contraíra AIDS e em função dos sintomas que apareciam passou a enfrentar dolorosa discriminação, que culminou com a perda do emprego, do prestígio profissional, de sua fonte de renda e dos amigos e o colocaria perante a Justiça na tentativa de obter reparação.

A situação explorada na arte passou a fazer parte da vida, nas mais variadas formas de discriminação no trabalho.

37 REVISTA ISTOÉ. Francisco Alves Filho; Eliane Trindade (Colaboradores). Tenho AIDS. Reportagem especial. Revista nº 1343, 28.06.1995, p. 104.

Nessa fase processual o empregador trazia aos autos notícia das primeiras manifestações do Poder Judiciário brasileiro e da doutrina jurídico-trabalhista a respeito do tema. Noticiava julgado proferido por um dos Tribunais do Trabalho do País³⁸, que não reconhecera direito à reintegração ao emprego de trabalhador contaminado, que fora despedido. O Tribunal considerou que o empregador esteve acobertado pelo direito potestativo de romper o contrato, independente do motivo e com esse fundamento legitimou a prática discriminatória do empregador. Na 16ª Vara do Trabalho, encerrada a fase de instrução processual, os autos vieram a julgamento.

A tarefa de julgar é dificultosa. Francesco Carnelutti já considerava que formar um juízo é “dar um salto do conhecido ao desconhecido: desde o passado do juiz, ao passado do acusado e depois ao seu futuro”. Assim, “a função do juízo é essencialmente a de unir, através do presente, o passado ao futuro. Uma tarefa sobre-humana”³⁹.

E quando o juiz depara-se com situação extrema, como a da ação trabalhista, em que foi necessário colocar sobre a balança, de um lado, possível violação a direitos humanos, que poderia extrapolar a dimensão de uma pessoa que sentiu o peso da humilhação, do abandono e da injustiça para atingir direitos de

todo um segmento social marginalizado; e de outro lado, a aparente legitimidade da conduta do empregador, que procurava resguardar a regularidade de seu empreendimento e a proteção de seu corpo funcional e da sua atividade econômica, também protegida pela ordem jurídica, a dificuldade se potencializa.

Foi com a sensação de dificuldade potencializada que se iniciou o julgamento, interrompido várias vezes diante da dúvida. Se no exercício da tarefa de julgar o juiz alarga o presente; se para esse mister será necessário que veja o todo; se o sentido do todo deve ser apreendido com extrema prudência; se a prudência leva à ordem; e se o sentido de ordem é o sentido de bom, de que aflora a importância de “bom sentido”⁴⁰, como meio indispensável para julgar, então se pode imaginar o quanto dificultoso foi concluir aquela sentença. Extrair o bom sentido daquela ação judicial foi mergulhar no mistério do bem julgar, que não se desvenda com facilidade. A dúvida era de essência: qual a solução mais adequada e justa? Dessa solução preliminar e íntima dependeria toda a fundamentação a ser articulada⁴¹.

O desafio estava posto e deveria ser enfrentado. Deu-se início, então, à análise dos fatos e dos fundamentos jurídicos do pedido inicial e da defesa.

Entre os fundamentos jurídicos contidos na petição inicial destacavam-se

38 Tratou-se do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, sediado em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

39 CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001, p. 56.

40 *Idem*, p. 59-60.

41 Pode-se afirmar, aqui sem dúvida, de que se tratou da decisão mais difícil considerada a condição de magistrada desta expositora.

recomendações extraídas de Declaração de Consenso da OIT sobre AIDS; a ausência de previsão, à época, de proteção previdenciária; o princípio da isonomia contido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988; a garantia de que ninguém será submetido a tratamento desumano e degradante (art. 5º, III); a inscrição do trabalho como um direito social (art. 6º); a necessidade de restrição ao direito potestativo do empregador de despedir o empregado, especialmente porque a despedida teria sido discriminatória e atentatória contra os direitos sociais; a necessidade de se tornar efetivos os objetivos do Estado de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), entre outros valores e princípios inspiradores da ordem constitucional brasileira de 1988.

A defesa articulou-se basicamente na tese jurídica do uso do direito potestativo do empregador e na negativa de que a despedida tenha sido discriminatória, pois a gravidade da situação e suas repercussões no ambiente laboral não teriam apresentado alternativa diversa.

A sentença iniciou pela análise da despedida do *ponto de vista médico-científico*.

Reconhecida como enfermidade grave, com evolução que, ao menos à época, culminava sem exceção para o óbito, a AIDS foi analisada na sentença por seu potencial de afetar as pessoas infectadas, integrantes de certos grupos de riscos e seus familiares em todas as dimensões, em especial no trabalho. Neste aspecto, o Ministério da Saúde alertava que a desinformação da população, de que a doença não se transmite pela simples

convivência profissional e social, agravava significativamente a situação de trabalhadores infectados.

Na sentença procurou-se abordar estudos e pareceres médicos que vieram aos autos e alguns já disponíveis na literatura médica para esclarecer, primeiro, que ser portador de HIV não significa, necessariamente, ser uma pessoa enferma, pois poderá pertencer à situação denominada “infecção assintomática”⁴²; segundo, que “a infecção pelo HIV apresenta espectro clínico de desenvolvimento crônico, normalmente em vários anos e só se considera doença quando a sintomatologia indicativa de imunodepressão torna-se manifesta e surgem afecções oportunistas”⁴³; em terceiro, que já havia consenso perante a comunidade científica internacional de que “o vírus se transmite, de forma viável, dentro de células presentes no sangue e secreções (...), o que define que a transmissão se dá sempre que haja inoculação de um dos líquidos citados, de uma pessoa portadora do vírus a uma pessoa não portadora”⁴⁴; por fim, que a transmissão só poderia ocorrer em: “1) contato sexual; 2)

42 Infecção ou fase assintomática significa, na literatura médica, o estágio anterior à manifestação da AIDS, quando o paciente encontra-se apenas infectado pelo vírus. Nessa fase o estado clínico básico é mínimo ou inexistente, ou seja, não apresenta sintomas característicos ou aparentes. Após a infecção, o infectado poderá ficar até 20 anos sem manifestação clínica. PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpícos. Disponível em: psisalpícos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

43 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. 16ª Vara do Trabalho de Curitiba. Autos nº 10.688/1993, fls. 148/149.

44 *Idem*, fls. 146.

contato através de sangue (transusão, uso comum de seringas e agulhas em drogadição); 3) transmissão mãe-filho, por via transplacentária, no momento do parto ou por amamentação; e 4) transplante de órgãos ou tecidos (córnea, p. ex.)”⁴⁵.

Procurou-se deixar claro que embora no parecer vindo aos

autos o médico tenha afirmado que “os riscos de contágio existem durante todo o espectro clínico da infecção por HIV e não apenas na fase da doença”⁴⁶, esse parecer não abalava a conclusão de que, na hipótese analisada, por suas atividades

laborais o autor não colocava em risco colegas de trabalho, nem clientes do empregador. Pareceres médicos reforçavam que embora a AIDS seja ocasionada por um vírus, não é transmitida por um vírus, mas pela inoculação de sangue ou secreção de um indivíduo infectado em outro não infectado. O perito nomeado havia esclarecido que “o vírus HIV é considerado extremamente sensível, tendo prazo de viabilidade muito curto fora de seu

‘habitat’, que é o organismo humano”⁴⁷. Não seria, portanto, transmitido pelo ar, nem por aperto de mão, ou por aproximação.

O embasamento teórico-científico e a perícia médica permitiram concluir que pelas tarefas desempenhadas, não havia risco potencial de transmissão. Do ponto de vista

médico, portanto, a atitude do empregador, de despedir o trabalhador ao saber do diagnóstico, não poderia ser legitimada. O receio em mantê-lo no emprego não procedia, até porque, de acordo com a perícia, o empregador poderia ter adotado cuidados básicos e observar princípios de biossegurança, se necessários.

Passou-se a analisar a despedida, também, *do ponto de vista jurídico*.

A abordagem do problema começava a ganhar corpo na esfera jurídica e já era possível localizar reflexões com distintos enfoques. Considerou-se adequada à sentença a dimensão que se abria à defesa dos direitos sociais e que incluía o direito ao trabalho como forma de combate às despedidas discriminatórias do portador do HIV. Neste particular R. Limongi

[...] O perito nomeado havia esclarecido que “o vírus HIV é considerado extremamente sensível, tendo prazo de viabilidade muito curto fora de seu ‘habitat’, que é o organismo humano”. Não seria, portanto, transmitido pelo ar, nem por aperto de mão, ou por aproximação. [...]

45 *Ibidem*.

46 *Idem*, fls. 145.

47 *Idem*, fls. 149.

França assinalava que “além de obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores de sua complexidade”. Não poderia, assim, o portador do HIV “ser discriminado na admissão e no exercício da atividade produtiva, a não ser que, em razão do tipo de trabalho e do estágio da moléstia, não haja possibilidade e de impedir o risco de contágio”. E acrescentava: “Do mesmo modo, não pode ser a AIDS considerada causa jurídica de despedida do empregado”⁴⁸.

Colhia-se, também, da doutrina de Oscar Ermida Uriarte, jurista e humanista uruguaio, que “ser portador do HIV ou ser doente de AIDS ou de uma enfermidade conexas não é causa de despedida” e que por não haver justificativa legítima à atitude do empregador, nessa hipótese, seria possível aplicar as consequências jurídicas de cada país⁴⁹.

Em extensa doutrina sobre a AIDS e o Direito, Irineu Antonio Pedrotti sustentava que o portador do HIV que firmar contrato de trabalho “não poderá ser prejudicado em seus direitos trabalhistas, previdenciários e acidentários”. Esclarecia que se estivesse em vigor o contrato, poderia “ser reintegrado em caso de despedida (por estar acometido de doença) e a entidade autárquica federal e seguradora obrigatória deve ampará-lo tanto no campo previdenciário

como no acidentário”. Observava, por fim, que nada poderia impedir o portador do HIV de desenvolver atividade laborativa: “o que deve ser observado é a sua possibilidade e os cuidados para que não transmita a doença”⁵⁰.

Essas contribuições doutrinárias foram fundamentais para reconhecer que, embora o ordenamento jurídico do Brasil não contemplasse nenhuma proteção ao emprego, naquela situação, pois nenhuma lei expressa existia, tampouco previsão em negociação coletiva da categoria, nem regulamento interno da empresa, ou cláusula contratual, essa garantia poderia ser reconhecida. Tal possibilidade decorreria de uma construção hermenêutica adequada, que conduzisse, em primeiro lugar, à tutela da dignidade daquela pessoa que viera ao Poder Judiciário para, ao menos, amenizar sua sorte infeliz.

Foi necessário demonstrar que a tutela daquele trabalhador, do seu emprego e dos direitos daí decorrentes não se condicionava, necessariamente, à existência de um texto expresso de lei. Sua possibilidade decorreria, também, da conjugação de princípios, tanto os gerais de Direito como os especiais de Direito do Trabalho, do uso da analogia, da equidade e do exercício de hermenêutica que despontava pela aplicação de normas do Direito constitucional do País e normas de direito internacional. Afinal, decorre da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT brasileira que a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirá, conforme o caso, “pela jurisprudência, por

48 FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990, p. 18/19.

49 URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho*. Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993, p. 52.

50 PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993, p. 299.

analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado (...)”⁵¹.

Esse exercício de hermenêutica iniciou pela invocação do art. 1º da Constituição federal, que considera fundamento da República a tutela da dignidade da pessoa humana; do art. 3º, que estabelece como objetivos fundamentais “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (I) e a promoção “do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”(IV). Seguiu na linha do art. 5º para evocar o princípio da isonomia, no sentido de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, e o princípio de que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII). Ainda, pelo art. 6º, que define o trabalho como um direito social, analisado em conjunto com outras disposições expressas sobre trabalho, a exemplo do art. 1º, IV, que trata dos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” também como fundamentos da República.

Invocou-se, especialmente, o art. 7º, I, da Constituição, que entre os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais assegurou o direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (...)”.

As formulações teóricas em torno desse

dispositivo eram ainda retraídas, mas já se podia colher da doutrina venturosa interpretação progressista, como se verificava na doutrina de José Afonso da Silva. Lecionava o doutrinador que nem o art. 6º, que define o trabalho como direito social, nem o 7º encerrariam norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Porém, esse direito “sobressai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho”⁵². Como procurava esclarecer, no art. 1º, IV, os valores sociais do trabalho inserem-se como fundamentos da República; no art. 170, considerou-se que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho; e no art. 193, estabeleceu-se que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Concluía, assim, que esse conjunto normativo “tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição efetiva de existência digna (fim da ordem econômica e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento também da República (...)”.

O doutrinador ultimava sua análise para assegurar, como intérprete do Direito Constitucional, que “a garantia de emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja: a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto”⁵³.

Diante da extraordinária abertura concedida pelo art. 8º da CLT, em especial no que se refere ao uso da analogia, e da

51 BRASIL. Consolidação Das Leis Do Trabalho-CLT, art. 8º.

52 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992, p. 261-163.

53 *Idem*.

necessidade de, naquele ponto da decisão, invocar fundamentos mais concretos, mais palpáveis do ponto de vista legislativo, recorreu-se a alguns textos de lei vigentes no País.

Fez-se referência, primeiro, à Lei 7.670/1988, que no âmbito do Direito Previdenciário estendera aos portadores de AIDS os benefícios relativos à licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial, auxílio-doença e levantamento do FGTS (art. 294). Considerou-se que o pedido do autor encontrava amparo também nessa Lei, pois seu texto é amplo, sem restrições, e poderia abranger garantia de emprego até o dia em que o trabalhador não apresentasse mais capacidade laboral e fosse obrigado a utilizar o Órgão Previdenciário. Invocou-se, também, a Lei 7.853/1989 que dispôs sobre as pessoas portadoras de deficiências e sua integração social, para o que impôs o cumprimento de cotas no ambiente de trabalho⁵⁴. Sua aplicabilidade pareceu evidente à hipótese daqueles autos, já que a AIDS constituía, à época, a maior e mais temida das deficiências. Deu-se especial ênfase à Lei 8.112/1990, que previu o benefício de aposentadoria a servidores públicos civis da União, portadores de moléstia grave, contagiosa e incurável e especificamente a AIDS. Por fim, no elenco da legislação existente à época, que propiciava algum amparo ao trabalhador doente, resgatou-se a Portaria Interministerial nº 3195, de 20.08.1988 que criou a Campanha Interna de Prevenção da AIDS, com o fim

54 A Lei 7.853, de 24.10.1989 prevê, inclusive, como crime punível de 01 a 04 anos de reclusão e multa, o fato de se “negar”, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho.

de divulgar conhecimentos e estimular as empresas a adotar medidas preventivas contra a doença nos locais de trabalho.

Os sistemas jurídicos são, naturalmente, imperfeitos. São incompletos, no sentido de que não é possível o legislador prever, pelo processo de abstração que caracteriza a criação legislativa, todas as situações da vida que requerem uma disposição justa para a mais adequada solução do caso. Defeitos como antinomias e lacunas são fenômenos presentes no ordenamento, pois refletem a própria falibilidade e imperfeição humanas, mas que podem ser corrigidas. Constatadas lacunas, entendidas como carência de preceito normativo, que em decorrência dos princípios axiológicos consagrados no ordenamento, deveria, de forma expressa, a ele pertencer⁵⁵, incumbe ao juiz proceder ao processo de integração⁵⁶.

Naquela tarefa de construção prudencial, movida pela incompletude do sistema jurídico, foi necessário articular leis, costumes, princípios gerais de Direito e juízo de equidade para assegurar àquele reclamante tratamento jurídico capaz de lhe propiciar o mínimo de dignidade, que fora atingida de forma

55 PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 133.

56 A doutrina identifica três operações decorrentes da prudência judicial. “A primeira diz respeito à conversão da norma genérica no preceito específico (...). É a *contemplação do caso*. O ‘direito das normas’ converte-se na jurisprudência da equidade (...). A segunda diz respeito à eliminação das contradições entre as normas que, em virtude, em virtude do princípio orgânico do sistema, não podem subsistir à legislação. É a *correção do direito*. A terceira relaciona-se com o preenchimento das lacunas, quando o ordenamento se apresenta inacabado. É a *integração normativa*. Idem, p. 26.

indelével com a descoberta da doença e com a consequente perda de referenciais afetivos, emocionais, psíquicos e físicos, agravada pela atitude do empregador.

O empregador invocara a seu favor o direito de despedir o empregado sem justa causa, assegurado pela legislação do trabalho. Considerou-se, na sentença, que embora a CLT contemplasse, como ainda contempla, essa forma de despedida, que reflete o direito de romper o contrato de trabalho sem que ocorra prática de falta grave pelo empregado, a qualquer momento e sem necessidade de declinar o motivo da ruptura, esse direito já não poderia ser admitido como imunidade absoluta do empregador.

A possibilidade de extinguir o contrato sem justa causa decorre da teoria dos direitos potestativos, de origem eminentemente civilista e vinculada, pode-se afirmar, a uma concepção de direito ultrapassada, pois atribui a uma das partes da relação contratual poder absoluto sobre a outra. Na CLT, promulgada em 1943, o direito potestativo de despedir ingressou por força do Código Civil de 1916, vigente à época, que sabidamente foi construído em bases patrimonialistas, individualistas e formalistas, como a maioria das codificações influenciadas pelo Código Napoleônico. A evolução que o Direito experimentou ao final do século XX e início do século XXI e que pavimentou, no Brasil, a elaboração da Constituição federal de 1988, instaurou uma nova ordem, o que, inclusive, culminou com a criação do novo Código Civil de 2002. Embora este ainda contemple situações

afetas ao uso do direito potestativo, não é mais possível conceber, nas relações de trabalho, poder absoluto de uma parte, o empregador, que ao encerrar o contrato quando lhe convém e sem considerar a situação da adversa, acarretar-lhe consequências desastrosas na vida pessoal, familiar, profissional e social. Nenhum poder pode ser exercido de forma absoluta, pois o outro, suas necessidades, carências e dignidade serão o limite.

Com fundamento nos limites que se deve imprimir ao direito potestativo do empregador, especialmente porque sob as vestes de um ato legítimo – a despedida sem justa causa – o empregador deixou revelar uma causa significativa e altamente discriminatória para a demissão, concluiu-se que a despedida foi arbitrária. A fundamentação doutrinária, neste ponto, completaria aquela atividade de prudência para concluir que, do ponto de vista jurídico, o ato do empregador foi ilegítimo e, assim, deveria ser anulado.

Havia um ponto de análise, ainda, que parecia mais fundamental: a despedida do *ponto de vista social e humano*.

Neste aspecto, considerados os fatos, as provas e o direito aplicável, foi forçoso reconhecer que o empregador, ao despedir o trabalhador infectado pelo HIV, sem outra razão que não fosse a infecção e suas eventuais repercussões na sua vida econômico-financeira, primeiro, olvidou seu relevante papel social como empresa, que é minimizar o conflito entre o capital e o trabalho. Em segundo, desconsiderou preceitos éticos mínimos, que impõem ao empregador tratar o empregado

não como uma peça sujeita a reposição, ou avaliada em preço, como se mercadoria fosse, ou ainda, descartável quando não se presta mais à finalidade, mas tratá-lo como pessoa humana, a ser valorada por sua dignidade.

Ponderou-se, também, que o empregador desatendeu ao princípio da solidariedade, incorporado pela Constituição de 1988 no art. 3º, I. Esse princípio, que hoje se expande para conceber-se como um verdadeiro dever jurídico, já inspirava a ideia de que se pode pensar em alterar a clássica definição romana de justiça de “dar a cada um o que é seu”, para “dar a cada um o que **deve** ser seu”. Nesse sentido, João Del Nero observava que já em 1850 empregadores cristãos reconheciam que “o patrão deve ao operário mais do que o salário”⁵⁷.

Na base da referência ao princípio da solidariedade encontra-se o art. 3º, I, da Constituição de 1988. A ordem principiológica, na Constituição, seja em um sentido geral, seja específico à diretriz daquele dispositivo, ou mais especificamente ainda, ao objetivo de construir uma sociedade solidária, pautase na consciência de uma das mais relevantes questões morais: o respeito à dignidade humana. Promover a dignidade humana é condição mínima à efetivação da própria razão de ser do Estado Democrático de Direito. E se, como pontuou Pietro Perlingieri, “ter cuidado com o outro faz parte do conceito de pessoa”, efetivamente, pode-se considerar que “a pessoa

é inseparável da solidariedade”⁵⁸.

Adotando-se a concepção de Immanuel Kant, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade seriam as únicas coisas providas de dignidade. Como mencionou, se “as coisas tem preço; as pessoas, dignidade”⁵⁹, tem valor, o que coloca o valor moral “infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente”⁶⁰.

Invocar o princípio da solidariedade e da dignidade foi fundamental para impedir, por meio daquela sentença, que ao violar preceitos éticos, morais e jurídicos o empregador se perpetuasse na prática de discriminar trabalhadores e continuasse a se prevalecer dessa possibilidade, fortalecida por sua natural condição de parte substancialmente mais forte na relação contratual. Afinal, por força do princípio da solidariedade deveria também se preocupar com a miséria humana e se ocupar da necessária assistência e apoio ao trabalhador, que fora colaborador no seu processo produtivo e na obtenção de seus

57 DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987, p. 6.

58 PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

59 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintal. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008, p. 79.

60 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.

lucros.

Com apoio nesses fundamentos, que levaram a reconhecer a invalidade do ato de despedida do ponto de vista médico-científico, jurídico, ético, moral e social, deferiu-se o pedido de reintegração do autor no mesmo local, nas mesmas funções e com todas as garantias salariais do período de afastamento.

6 OS TRÂMITES DA AÇÃO E A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO NOS TRIBUNAIS

A sentença daquela ação trabalhista foi proferida em 17 de junho de 1994. Após a sua prolação o autor traria notícia, nos autos, de julgado proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo que, naquele mesmo ano, confirmara duas sentenças que também haviam reconhecido o direito a trabalhador infectado de se manter no emprego e asseguraram reintegração e vantagens salariais do período de afastamento.

O Poder Judiciário trabalhista, portanto, já se deparava com a realidade da AIDS no ambiente do trabalho e procurava, à sua maneira, suprir a omissão do legislador especificamente quanto à necessidade de proteção ao emprego, pelo alto potencial discriminatório que se verificava.

Com o resultado daquela sentença o empregador interpôs recurso perante o respectivo Tribunal Regional do Trabalho. A Turma julgadora, no Tribunal, deu provimento final ao recurso para reformar a sentença. Os julgadores, vencido o Relator originário que negava provimento ao recurso, não

reconheceram o direito do autor à manutenção do emprego e, como consequência, excluíram da condenação todas as parcelas vinculadas ao pedido principal.

Os julgadores consideraram, em síntese, que a sentença não encontrava respaldo na legislação vigente; que com a extensão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS a todos os trabalhadores, na Constituição de 1988, deixou de existir, como regra, o direito à manutenção do emprego, que permaneceu assegurado unicamente aos casos expressamente previstos em lei e todos de forma temporária; que por ser a garantia de emprego uma condição excepcional, no sistema brasileiro, seu reconhecimento exige previsão legal expressa, que não havia para a situação denunciada; que o art. 7º I, da Constituição careceria de regulamentação, não se enquadrando na categoria das normas de aplicabilidade imediata; que ao se eleger a infecção pelo HIV como justificadora de estabilidade, estar-se-ia discriminando portadores de outras enfermidades tão graves quanto ela; por fim, consideraram que de acordo com o art. 5º da Constituição, ninguém será obrigado de fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e que não havia lei a obrigar o empregador manter o empregado no emprego, nas condições em que se encontrava⁶¹.

Já transcorria o ano de 1995 quando o julgamento foi proferido no Tribunal Regional,

.....
61 Na justificativa de voto vencido o juiz Relator originário, entre outros fundamentos, trouxe aresto do Tribunal Superior do Trabalho que, em julgamento de dissídio coletivo, respaldava cláusula asseguradora de estabilidade no emprego ao portador da AIDS. Invocou, também, a cláusula geral da solidariedade social.

em março daquele ano.

Superada a fase recursal no âmbito do Tribunal Regional, diante da modificação da sentença promovida naquele Tribunal, o autor é que interpôs recurso perante o Tribunal Superior do Trabalho, em regra, instância final de atuação da Justiça do Trabalho nos processos submetidos a seu exame. Para assegurar o cabimento do recurso, invocou a ocorrência de violação, pelo acórdão regional, a vários dispositivos de lei que invocara na petição inicial, além de divergência na solução do caso entre outros Tribunais Regionais do País. Demonstrou que, naquele estágio de evolução da matéria, os Tribunais Regionais do Estado de São Paulo (2ª Região) e de Minas Gerais (3ª Região) já asseguravam o direito ao emprego ao trabalhador e que a matéria já comportava previsão em alguns sistemas estrangeiros e tratamento também no sistema nacional.

Edição da Revista ISTOÉ, de junho de 1995, demonstrava que a regra, nas empresas, ainda era a discriminação e a exclusão do trabalhador infectado, embora se referisse a alguns registros de empresas que já começavam a reconhecer no problema, não um drama individual que devesse ser resolvido pelo trabalhador infectado, seus familiares e Poder Público, mas algo que também lhe dizia respeito, o que vinha ocorrendo especialmente em certas multinacionais que se viam pressionadas por seus países de origem a adotar postura colaborativa⁶².

O ano já era o de 1997, quando,

depois de recebido e processado o recurso do autor, o Tribunal Superior do Trabalho, por sua Segunda Turma, julgava-o⁶³. Os fundamentos pelos quais o Ministro Relator discordava do acórdão Regional foram, na essência, assim colocados:

Impossível se faz compreender que, nos dias de hoje, uma Empresa, multinacional, de tamanho porte, venha a praticar atos desumanos, arbitrários e que ferem de morte a vida daquele que, com a venda de sua força de trabalho, contribuiu durante o tempo em que saudável esteve, para que a ilustre empregadora atingisse o seu fim primordial, qual seja, o lucro.

A simples e mera alegação de que não há preceito legal que garanta o direito do aidético de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude altamente discriminatória e que lesiona de maneira categórica o princípio da isonomia, insculpido no artigo 5º, “caput” da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esta Corte, certa feita, concluiu pela reintegração ao trabalho de um empregado que fora despedido tão-somente pelo fato de ser de origem negra. Creio estarmos, mais uma vez, diante de um caso relativamente igual.
(...)

62 REVISTA ISTOÉ. *Op. cit.* p. 100.

63 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.

Como é triste pensarmos que, às portas do terceiro milênio, o homem ainda é capaz de desprezar, discriminar, condenar à própria morte outro ser humano que, pela singela razão de ser negro ou portador de uma doença incurável, já não possui mais dignidade aos olhos de uma sociedade na qual imperam os ditames de um capitalismo selvagem e degradante (...).

O acórdão prosseguiu para considerar que em razão dos aspectos médico-científicos da doença, o reclamante, em seu ambiente laboral, não se tornaria perigoso aos demais colegas; que o magistrado, no exercício de suas atribuições, deve valer-se dos costumes, dos princípios gerais de direito e da analogia para solucionar conflitos que não encontram solução no ordenamento jurídico; por fim, ressaltou o “exemplo de um cidadão que, embora esteja sendo consumido pelo mesmo mal que abateu o Demandante, comoveu toda nação brasileira na liderança de uma campanha que visa exterminar a fome num país onde tanta miséria e desigualdade ainda existe”. O Ministro Relator estava a se referir ao sociólogo Herbert de Souza, o Betinho, “ser digno de todo respeito e admiração”⁶⁴.

64 Esse acórdão do TST contou com a seguinte ementa: “REINTEGRAÇÃO-EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS 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 de direito, da analogia e dos costumes para solucionar os conflitos ou lides a eles submetidas. A simples e mera alegação de que o ordenamento jurídico nacional não assegura ao adético o direito de permanecer no emprego não é suficiente a amparar uma atitude discriminatória e arbitrária que, sem sombra de dúvida, lesiona de maneira frontal o princípio insculpido na Constituição da República

Com essas considerações a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho marcava a história do Poder Judiciário brasileiro com demonstração de sensibilidade e alto senso de humanismo, ao analisar questão de relevante interesse social.

Proferido o julgamento em maio de 1997, a empresa ré opôs duas medidas de embargos de declaração, julgadas respectivamente em agosto de 1997 e em abril de 1998, ambas rejeitadas. Ainda perante o mesmo Tribunal Superior a ré opôs recurso previstos pela legislação nacional para serem julgados por uma Seção de Dissídios Individuais, com o objetivo de rever a decisão proferida por uma das Turmas daquele Tribunal. Por razões de ordem processual o recurso não foi conhecido, com o que se manteve a decisão proferida pela Turma.

Aquele julgamento foi proferido em fevereiro de 2000, quando ainda se registravam falecimentos de pessoas de destaque na sociedade, em vários âmbitos, em decorrência da enfermidade. Ao mesmo tempo, acentuava-se a esperança, senão de cura, ao menos de prolongamento e maior qualidade de vida de pessoas infectadas.

Nos autos daquela ação, a empresa ré ingressaria com nova medida de embargos de declaração, que seriam julgados em setembro de 2000, como improcedentes.

Federativa do Brasil. Revista conhecida e provida”.

A ré, então, interpôs Recurso Extraordinário para discutir a matéria perante o Supremo Tribunal Federal, instância final e definitiva de todas as questões jurídicas submetidas ao Poder Judiciário nacional. Em juízo prévio de admissibilidade, em 2002, o recurso não foi admitido pelo Tribunal Superior do Trabalho, com o que a ré interpôs recurso, agora diretamente no Supremo Tribunal, para obter o processamento da medida.

Consta nos autos que foi proferido parecer pelo Ministério Público Federal, no sentido de manter o despacho do Tribunal do Trabalho que não havia admitido o Recurso extraordinário.

Enquanto os autos aguardavam análise pelo Ministro sorteado como Relator, o Supremo Tribunal Federal receberia solicitação da 16ª Vara do Trabalho de Curitiba para devolução dos autos, em razão de conciliação firmada entre as partes. Julgado prejudicado o recurso em abril de 2005, o autos retornaram à Vara do Trabalho de origem, onde o acordo foi apreciado e homologado, com o que se extinguiu a ação.

7 CONTEXTO SOCIAL E JURÍDICO ATUAL

Não obstante os avanços registrados no curso da história da doença, pode-se afirmar que a sociedade, de forma geral, ainda se ressentem em aceitar o trabalhador nessas condições.

Relatos oriundos de ações trabalhistas por todo o País denunciam práticas discriminatórias, a maioria vinculada à ignorância humana; quando não, ligam-se à falta de sensibilidade, de senso de

solidariedade ou de sentimento de compaixão com a situação trágica do outro. Assim ocorreu com trabalhador encarregado da reposição de alimentos de um buffet, em um restaurante, que após tornado pública sua contaminação foi imediatamente impedido de se aproximar dos pratos e, na sequência, despedido sem justa causa. Ocorreu, também, com trabalhador na área de promoção de eventos, que após vazamento de informações sobre seu estado ao empregador, foi sumariamente despedido. Ainda, com trabalhador professor de instituição de ensino de segundo grau, que teve o contrato rescindido após chegar ao conhecimento da Instituição e de alunos sobre seu estado; com o trabalhador açougueiro, com o motorista, com o pedreiro na construção civil, com o bancário, com o enfermeiro e tantos outros vítimas do preconceito e da discriminação, que procuram como último refúgio o Poder Judiciário.

Juízes de primeiro grau e de Tribunais Regionais do Trabalho deparam-se frequentemente com a matéria. Constatase, ainda, incompreensível resistência de alguns magistrados em reconhecer o direito do trabalhador ao emprego, mas a maioria já assimilou a necessidade de assegurar-lhe ampla proteção, ainda que com readaptação de funções, se necessário.

Do ano de 1997, quando proferido aquele acórdão pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, até os dias atuais, a jurisprudência daquela Corte experimentou gradual fortalecimento, até sedimentar posição firme acerca do tema. Julgados de 2009 a 2011 revelam posição de todas as Turmas para o mesmo norte: o de se presumir discriminatória a despedida do empregado portador de HIV

se o empregador, ciente do fato, despede o empregado sem justa causa e não apresenta outra justificativa capaz de legitimar o ato de despedida. Nesta hipótese, será do empregador o ônus comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa teve outra motivação lícita.

Em julgamento proferido em 2011 aquela Corte referiu-se à sua jurisprudência no sentido de se presumir a despedida discriminatória, em face das garantias constitucionais que vedam a prática de discriminação e asseguram a dignidade da pessoa humana⁶⁵. Ainda em 2011, acórdão no sentido de presumir discriminatória a despedida quando não comprovado motivo justificável, em face da circunstancial debilidade física causada pela doença e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade no que toca à discriminação e o preconceito contra o portador do HIV. Consta no acórdão que em razão da AIDS ainda representar um estigma na sociedade, em particular, no mundo do trabalho, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, a não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade, além de lembrar o compromisso do Brasil, na ordem internacional, por meio da Convenção 111 da OIT, que repudia qualquer forma de discriminação⁶⁶.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que é consentâneo com a normativa internacional sobre a matéria, atende não apenas a Convenção 111 da OIT como também a Recomendação 200, de 2010 especificamente sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho⁶⁷, além de preceitos de ordem constitucional e legislação ordinária. A posição da Corte restou sedimentada pela jurisprudência uniformizada, primeiro na sua Seção Especializada em Dissídios Individuais, Subseções I e II⁶⁸ e mais recentemente por sua Súmula 443, nos seguintes termos:

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.

No que se refere ao Supremo Tribunal Federal, não se tem verificado análise da matéria

65 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 112900-36.2005.5.02.0432, 5ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, publicado no DEJT em 06.05.2011.

66 BRASIL. TRIBUNAL SUPRIOR DO TRABALHO. Processo RR-317800-64.2008.5.12.0054, 6ª Turma, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, publicado no DEJT em 10.06.2011.

67 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo RR 104900-64.2002.04.0022, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, publicado no DEJT em 02/09/2011.

68 BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, publicado em 14.11.2008 e Processo ROMS 74000-64.2007.5.05.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, publicado em 06/02/2009.

em seu âmbito por razões de ordem processual, pois se considera incabível interposição de recurso extraordinário em hipóteses como a que se analisa.

A atualidade tem se revelado farta em termos de previsão normativa a respeito do tema.

No âmbito internacional, a principal fonte de direito do trabalho, inclusive no que se refere à garantia de direitos humanos e fundamentais decorre de normas expedidas pela OIT, embora alguns instrumentos de outras organizações, como a ONU e organismos regionais, a exemplo do Conselho da Europa, da União Européia, da Organização dos Estados Americanos e da Organização da Unidade Africana também contemplem temas de Direito do Trabalho. Os instrumentos de direitos humanos da OIT e da ONU, naturalmente, devem ser vistos como interdependentes e complementares, pois serão aplicados sempre de maneira integrada.

A Carta Internacional de Direitos Humanos, que se expressa na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, e que estabelece princípios e normas que se aplicam a todos os direitos humanos, conduz à observação de todos esses instrumentos em conjunto com o catálogo de direitos das pessoas no trabalho, disciplinado pela OIT.

No âmbito da OIT, de mais específico sobre o tema destaca-se a Recomendação 200, de 17/06/2010. Seus significados são incontáveis

e sua importância está, primeiro, em marcar aquele organismo como referência no combate à discriminação em todas as suas formas, especialmente quanto ao estigma das pessoas infectadas; está em proteger os trabalhadores a partir de programas voltados à segurança e a saúde no trabalho, em consonância com o Objetivo do Milênio a que se fez referência, de assegurar “qualidade de vida e respeito ao meio ambiente” e o de “combater a AIDS, a malária e outras doenças”; ainda, está na necessidade de se avaliar o papel de destaque do local de trabalho quanto às medidas básicas de informação, prevenção, tratamento e assistência ao trabalhador infectado; e por fim, em reconhecer que a prevenção e o combate da enfermidade e seus efeitos pessoais, sociais e profissionais é uma contribuição para a efetividade dos direitos humanos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O relato da ação e das circunstâncias que a envolveram contempla alguns elementos imprescindíveis a uma análise crítica, que não se pode ignorar no presente texto.

O autor foi despedido sem justa causa pela ré em junho 1991 e ajuizou a ação trabalhista em maio de 1993. Considerado o lapso entre a data da despedida até o desfecho da ação, quando se homologou o acordo, passaram-se quase 14 anos. Significa que quase 14 anos depois da despedida discriminatória a empresa ré pagou ao autor determinada importância, a título de indenização relativa à garantia de emprego. Com a formalização do acordo o autor cedeu ao pedido de garantia de emprego, o que permitiu que o empregador, que havia oposto resistência até as instâncias finais do

Poder Judiciário, não lhe acolhesse. A luta de 14 anos para reaver o direito fundamental ao trabalho esvaiu-se no acordo.

Se, por um lado, a maioria dos juízes e Tribunais do País sinaliza para a proteção, por outro lado, não se pode deixar de questionar aspectos fundamentais como a efetividade das decisões, o princípio da razoável duração do processo e o propósito de se desenvolver um Direito voltado à proteção da pessoa. A ação demonstrou que 14 anos se passaram para que os Tribunais assentassem uma tese: a da garantia do direito ao trabalho. Uma tese, contudo, não pode significar, como acabou significando, uma abstração, o resultado apenas de um processo de inteligência e de construção intelectual dos magistrados. O direito ao trabalho, que ficou assentado na tese, não obstante todos os argumentos médicos, jurídicos, sociais e humanos nunca se efetivou naquele caso concreto.

Transcorreram 14 anos de tramitação processual. Foram, também, 14 anos sem trabalho para aquele reclamante e o mesmo tempo de privação dos meios básicos de subsistência, pois de acordo com informações ele viveu dependente da solidariedade das pessoas e de instituições assistenciais. A formalização do acordo não permitiu seu retorno ao trabalho, como a Justiça havia assegurado. A resistência do empregador, que persistiu até o esgotamento das possibilidades, resolveu-se no uso do poder econômico para, definitivamente, manter o trabalhador afastado do convívio laboral. Ainda que se considere o estágio avançado da enfermidade, passado aquele tempo, consagrou-se a discriminação.

Em outras palavras, pagou-se para não ter o trabalhador no emprego,

A efetividade dos provimentos judiciais deve ser questionada. Os direitos humanos voltam-se às pessoas, à tutela de suas necessidades existenciais, e assim, exigem mais do que teses, de garantias processuais e prazos recursais. Exigem o imediato e incondicional retorno do trabalhador ao emprego, se houver, naturalmente, capacidade laborativa, que hoje se amplia substancialmente. Pode-se cogitar em complemento da extraordinária tarefa do Poder Judiciário com uma espécie de antecipação de tutela obrigatória, já que o trabalhador depende do trabalho para sobreviver e suprir necessidades, especialmente medicamentosas.

Olhar o direito por um viés humanista e existencialista, como se faz necessário, remete a medidas que assegurem, de forma incondicional, a defesa das pessoas e de suas necessidades existenciais. Nesse tema, a dignidade humana deve ser o norte, o que impõe às partes, na relação de trabalho, respeito mútuo, cuidado, auxílio do outro, especialmente o mais necessitado e cooperação, como forma de propiciar o bem estar humano em todas as suas dimensões.

REFERÊNCIAS

- AIDS-DST. Boletim Aids. Publicação. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/publicacao/2011/50652/boletim_aids_2011_final_m_pdf_26659.pdf. Acesso em 05.10.2012.
- ARENDRT, Hannah. *As origens do totalitarismo*.

- Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: 1979.
- BIBLIOMED. Portal. *Linha do Tempo da AIDS: do primeiro caso aos dias atuais*. Blog de Boa Saúde. Artigo. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/lib/showdoc.cfm?libdocid=3837>. Acesso em 10 de outubro de 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006
- BRASIL. Ministério da Saúde. **AIDS**: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília, 1988.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-217791/1995, Acórdão 3473/1997, 2ª Turma, Relator Ministro Valdir Righetto, julgado em 14 de maio de 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Arte do direito: seis meditações sobre o direito*. Tradução de: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas-SP: Bookseller, 2001.
- DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Tratado internacional. Viena 1993, Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 28.09.2012.
- DEL NERO, João. *Interpretação realista do direito e seus reflexos na sentença*. São Paulo: Editora RT, 1987
- FOLHA DE S. PAULO. Escolas vão rejeitar os alunos com o vírus HIV. Notícia. Jornal. Ano 72. Nº 23.043. 05 de maio de 1992. Disponível em <http://acervo.folha.com.br/fsp/1992/05/05/2/>. Acesso em 10.10.2012.
- FRANÇA, R. Limongi. *Aspectos jurídicos da AIDS*. Doutrina Cível. Revista dos Tribunais, ano 79, vol. 661. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, novembro de 1990
- HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Artigo. Disponível em: www.google.com=74fecb7f9bc5291&biw=1206&bih=670. Acesso em 28.09.2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de: Paulo Quintela. Lisboa-Portugal: Edições 70, 2008.
- _____. *A metafísica dos costumes*. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2008.
- KROKOSZ, Marcelo. *Alunos com Aids podem aprender?* Artigo. Revista Profissão Docente. UNIUBE-Universidade de Uberaba. Mestrado em Educação. Disponível em: <http://revistas.uniube.br/index.php/rpd/article/viewFile/86/333>. Acesso em 10.10.2012.
- MAN, Jonathan. Discurso. 42ª Assembléia Geral das Nações Unidas. Genebra, em 20 de outubro de 1987. Disponível em: <http://apps.nlm.nih.gov/againsttheodds/pdfs/OB0855.pdf>. Acesso em 05.10.2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 114.
- NAÇÕES UNIDAS. ASSEMBLÉIA GERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 28.09.2012.
- OIT. Recomendação sobre o HIV e a AIDS no mundo do trabalho. Conferência Internacional

do Trabalho, 99ª Sessão, 17 de junho de 2010. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/node/277. Acesso em 02 de outubro de 2012.

OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. *AIDS hoje*. Revista Super Interessante. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível também em: <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. Declaração do Milênio das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Oito Objetivos do Milênio. Oito jeitos de mudar o mundo. 2000. Disponível em: <http://www.objetivosdomilenio.org.br/>. Acesso em 02 de outubro de 2012.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *Integração normativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Da AIDS e do direito*. Doutrina Criminal. Revista dos Tribunais, Ano 82, Vol. 690. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril de 1993

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PIETRA, Marta Schiappa. *As três etapas ou estágios diferentes ao longo da infecção por VIH*. Artigo. Blog Psisalpicos. Disponível em: psisalpicos.blogspot.com.br/2007/01/as-trs-etapas-ou-estagios-diferentes-ao.html. Acesso em 19/10/2012.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

RUDNICK, Dani. *AIDS e direitos humanos*.

Revista Jus Navigandi. Doutrina. Artigo. Março de 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1875/aids-e-direitos-humanos>. Acesso em 12.10.2012

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SUPER INTERESSANTE. Disponível em <http://super.abril.com.br/saude/aids-hoje-440362.shtml>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

THE NEW YORK TIMES. Jornal. Obituário. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1990/08/04/obituaries/hans-paul-verhoef-dutch-aids-patient-33.html>, acesso em 15/10/2012.

URIARTE, Oscar Ermida. *AIDS e Direito do Trabalho*. Doutrina. Revista de Direito do Trabalho, nº 83. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, setembro de 1993.