

O HIV E A AIDS: PRECONCEITO, DISCRIMINAÇÃO E ESTIGMA NO TRABALHO – APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Luiz Eduardo Gunther

Sumário: 1 OS VOCÁBULOS DISCRIMINAÇÃO, PRECONCEITO E ESTIGMA; 2 TERMINOLOGIA E METÁFORA: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS, MÉDICOS, BIOLÓGICOS E ESTATÍSTICOS; 3 AS CONVENÇÕES NºS 111 E 159 DA OIT, A RECOMENDAÇÃO Nº 200 E O CÓDIGO DE PRÁTICAS SOBRE HIV/AIDS; 4 DISCRIMINAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E DURANTE O VÍNCULO, ANULAÇÃO DA DISPENSA E RESCISÃO INDIRETA. A PRESUNÇÃO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. JULGADOS; 5 REFERÊNCIAS.

1 OS VOCÁBULOS DISCRIMINAÇÃO, PRECONCEITO E ESTIGMA

Quando se deseja conhecer um assunto por inteiro torna-se necessário, em primeiro lugar, examinar o verdadeiro sentido das palavras que o envolvem. Não se pode falar no tema HIV/AIDS sem entender o significado dos vocábulos discriminação, preconceito e estigma, que guardam sentidos distintos.

Quando mencionamos a palavra *discriminação* devemos levar em conta

aspectos subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo relaciona-se à intenção de discriminar. De outro lado, o elemento objetivo caracteriza-se pela preferência efetiva por alguém em detrimento de outro “sem causa justificada, em especial por motivo evidenciado”. Esse comportamento revela “uma escolha de preconceito em razão do sexo, raça, cor, língua, religião, opinião, complexão física ou outros fatores importantes”¹.

Quanto ao momento do ato considerado discriminatório, parece hoje não haver mais dúvidas, no âmbito trabalhista, que práticas discriminatórias podem ocorrer “na admissão, no curso da relação de emprego e na dispensa, quando configurada ofensa à dignidade do trabalhador e ao princípio da igualdade”².

A proibição da prática discriminatória no emprego tem fundamento no inciso XXX do

1 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 405.

2 Idem.



Luiz Eduardo Gunther

Professor do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Desembargador do Trabalho junto ao TRT da 9ª Região; Doutor em Direito do Estado pela UFPR; Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná, do Centro de Letras do Paraná e da Associação Latino-Americana de Juizes do Trabalho – ALJT.

artigo 7º da CF/88, nas Convenções nºs 111 e 117 da OIT e na Lei nº 9.029/95. Nesses registros normativos, porém, não se considera como fator de discriminação o estado de saúde. Possível é, no entanto, por interpretação extensiva ou aplicação analógica, aplicar essa normatividade “quando o fator de discriminação é o estado de saúde do empregado”³.

Os casos mais frequentes de discriminação por motivo de saúde ocorrem “nas hipóteses de lesões por esforço repetitivo (LER) e as de síndrome de imunodeficiência adquirida (AIDS, *rectius*: SIDA)”⁴.

Considera-se possível juridicamente, também, fundamentar pela aplicação da regra proibitiva a tais hipóteses no sentido de que “a enumeração legal é meramente exemplificativa, e não taxativa ou limitativa”⁵.

Na fase pré-contratual, vale dizer, no momento do processo de seleção dos candidatos a emprego, pode-se caracterizar o ato discriminatório até mesmo na análise da codificação genética do candidato com o objetivo de averiguar se este é portador do vírus HIV. Embora o ordenamento jurídico brasileiro não possua “norma que vede esta conduta ao empregador”, certamente que se pode considerá-la “injurídica por força da vedação discriminatória”⁶.

O ordenamento jurídico brasileiro possui como uma de suas vigas mestras, em matéria de direitos fundamentais, “a vedação

de discriminação injustificada”. Nesse sentido, a dispensa discriminatória “do portador de LER ou do vírus HIV deve ser sancionada com a decretação de nulidade do ato patronal, com a consequente reintegração”. Essa reintegração determinada judicialmente mais se justifica “na regra interpretativa de máxima eficácia dos preceitos que asseguram os direitos fundamentais”⁷.

Ao comparar o portador de LER (ou DORT) com o portador do vírus HIV/AIDS, Marcus Aurélio Lopes explicita como o empregado acometido por doença acaba estigmatizado no seu ambiente de trabalho, pois se confunde a vítima de doença com o funcionário inapto, pouco produtivo, ineficiente. Nessas situações, revela-se que o portador de LER/DORT e do vírus HIV/AIDS:

Sofre de uma patologia oculta, que impede o pleno desenvolvimento da atividade laboral, mas não o incapacita totalmente. De outro lado, implica numa alteração do comportamento do paciente, confundida quase sempre como desídia ou baixo desempenho, resultando invariavelmente no desempenho do trabalhador. Em comum, as doenças revelam-se altamente estigmatizantes para o trabalhador.⁸

Consoante explicita Larissa Renata Kloss, a discriminação ilícita, injustificada ou negativa “demonstra o repúdio às diferenças,

3 ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012. p. 328.

4 Idem.

5 Idem.

6 Ibidem, p. 329.

7 Ibidem, p. 329.

8 LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002, p. 267-268.

à diversidade de características existentes na condição humana”. Objetiva utilizar as diferenças “para prejuízo de outros indivíduos ou de minorias menos favorecidas”, isto é, “de pessoas que não possuem características que correspondem àquelas consideradas fortes ou vantajosas na realidade”⁹.

A palavra estigma possui um sentido negativo, tratando-se de um fator de diferenciação normalmente injustificado, gerando conseqüentemente a exclusão social e a invisibilidade em relação às qualidades do indivíduo¹⁰.

O estigma, sem dúvida, produz um descrédito relativamente ao indivíduo, reduzindo as suas possibilidades de vida¹¹.

Não é demais insistir na afirmação de que os empregados excluídos do mercado de trabalho suportam duas espécies de doença, sendo uma delas o preconceito com que são tratados:

Nesse cenário nada animador, dois grupos parecem sofrer os efeitos da falta de ocupação mais que os outros: os trabalhadores sem qualificação, pois o mercado, por força da implantação de novas tecnologias na produção, cada vez menos exige a sua presença, e

os que, por diversas razões, pertencem a grupos que são alijados do processo produtivo.

Tratando especificamente desse último grupo, padece ele da falta de trabalho por conta de ‘doença’ que persegue parte da humanidade desde o início dos tempos: o preconceito.¹²

Tomando-se por base a Convenção nº 111 da OIT, torna-se possível entender a discriminação como todo “o tratamento injustificavelmente diferenciado dispensado a determinada pessoa ou grupo de indivíduos, atuando como fator de redução de oportunidades no seio social”¹³.

Esses empregados, assim, passam a ser estigmatizados, suportando “um sistemático tratamento diferenciado”, tornando-se “duplamente vitimizados, tanto pela enfermidade que os acomete, quanto pela discriminação a eles voltada”¹⁴.

A discriminação e o estigma transparecem na atividade empresarial onde o trabalhador é candidato ao emprego ou já desenvolve os seus serviços. Pode a discriminação “se dar no ingresso em um emprego”, momento em que algumas empresas “procuram se certificar de que o candidato não possua doença grave ou preexistente, principalmente em se tratando

9 KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 324.

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

11 GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998. p. 7.

12 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002. p. 15-16.

13 ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. In GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. V. III. p. 223.

14 Ibidem, p. 239.

de AIDS”¹⁵. Quando a empresa ou os colegas de trabalho tomam conhecimento “de que o empregado é portador da doença, a situação se agrava”. Dessa maneira, sofre, o empregado soropositivo, “a estigmatização das diferenças e a segregação injustificada”, o que ocasiona “manifesto prejuízo ao bem-estar e à paz sociais, imprescindíveis à sociedade justa e fraterna preconizada na Constituição brasileira”¹⁶.

Por esses delineamentos pode-se ver o quanto afeta o ser humano a discriminação, o preconceito e o estigma. Essas palavras encontram-se presentes sempre que se examina a questão HIV/AIDS. O pleno conhecimento do sentido que se esconde por trás desses tratamentos é objeto do nosso estudo, não só no sentido linguístico, mas de suas consequências e reflexos na vida humana.

2 TERMINOLOGIA E METÁFORA: ASPECTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS, MÉDICOS, BIOLÓGICOS E ESTATÍSTICOS

Quais as palavras que devem ser usadas para designar quem está sofrendo por ser portador do HIV/AIDS? Qual é a metáfora que se esconde no entendimento do problema da contaminação? E os aspectos biológicos e médicos que devem ser compreendidos? As informações históricas e estatísticas que devem ser examinadas? Como devemos encarar essas

questões nos âmbitos sociológico e jurídico?

Durante algum tempo, o medo do contágio levou a uma consideração puritana sobre o tema, nos anos 90, culpando “a tolerância iniciada nos anos 60 pelo problema atual da AIDS”. Nesse sentido, por exemplo, não só os moralistas, mas também uma notória defensora da liberdade sexual, como a ensaísta e professora Camille Paglia, que se manifestou, em livro, no seguinte sentido:

Os anos 60 tentaram um retorno à natureza que acabou em desastre. Tomar banho nu e deslizar na lama de Woodstock por brincadeira foram uma espécie de sonho rousseauiano de vida breve. Minha geração, inspirada pelo espírito de revolta dionisíaca do rock, tentou fazer algo mais radical do que qualquer outra coisa desde a Revolução Francesa. Perguntávamos: por que devemos obedecer a essa lei? E por que não deveríamos seguir nosso impulso sexual? O resultado foi uma queda na barbárie. Descobrimos dolorosamente que uma sociedade justa não consegue realmente funcionar se todos fazem o que bem entendem. E da promiscuidade pagã dos anos 60 veio a AIDS. Todos de minha geração que pregaram o amor livre são responsáveis pela AIDS. A revolução dos anos 60 nos Estados Unidos entrou em colapso em razão de seus próprios excessos.¹⁷

15 RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira; BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. In RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 35.

16 Idem.

17 PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. Apud TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 8.

Indaga o jornalista Gay Talese, sobre essa observação: “Mas entrou mesmo em colapso”? E responde negativamente, pois, na sua ótica, ao contrário da opinião acumulada pelas pesquisas, duvida que os Estados Unidos dos anos 90 (com o devido respeito à ansiedade e ao medo provocados pela AIDS) estejam se submetendo a um novo puritanismo, “capaz de reprimir as tentações e os privilégios que pareciam tão chocantes quando se tornaram públicos, há trinta anos”¹⁸.

Ao precisar manifestar-se sobre a doença e o sofrimento, nem sempre o trabalhador revela tudo o que é necessário. Constata-se, na prática médica e na pesquisa a respeito da saúde, “a reticência maciça em falar da doença e do sofrimento”:

Quando se está doente, tenta-se esconder o fato dos outros, mas também da família e dos vizinhos. É somente após longas voltas que se chega, às vezes, a atingir a vivência da doença, que se confirma como vergonhosa: bastou uma doença ser evocada para que, em seguida, venham numerosas justificativas, como se fosse preciso se desculpar. Não se trata de culpa no sentido próprio que refletiria uma vivência individual, e sim de um sentimento coletivo de vergonha: ‘Não é de propósito que a gente está doente’.¹⁹

18 TALESE, Gay. **A mulher do próximo**: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 9.

19 DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: estudo de psicopatologia do trabalho. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992. p. 29.

Segundo Christophe Dejourns, emerge, nesse sentido, “uma verdadeira concepção da doença, própria ao meio”. Essa concepção resta dominada pela acusação, vale dizer, toda doença seria, de alguma forma, voluntária: “se a gente está doente, é porque é preguiçoso”²⁰.

A associação que tradicionalmente se apresenta entre doença e vagabundagem seria característica do meio. Desse modo, “um verdadeiro consenso social se depreende assim, que visa condenar a doença e o doente”²¹.

Historicamente, no Brasil, a Lei nº 7.670/88, em seu artigo 1º, incluiu a SIDA/AIDS²² como causa de concessão de licença para tratamento de saúde e conseqüente auxílio-doença, ou aposentadoria, independentemente de período de carência, para o segurado que, após a filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la²³.

Nos períodos de afastamentos o contrato de trabalho ficará suspenso. Na hipótese de falecimento do empregado, assegura-se pensão por morte aos seus dependentes. Na linha desses direitos previdenciários, essa mesma lei, no artigo 1º, item II, passou a permitir ao empregado portador da SIDA/AIDS o levantamento do FGTS, independentemente

20 Idem.

21 Ibidem, p. 29-30.

22 Segundo a UNAIDS (<http://www.unaids.org.br/>), Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS, a terminologia AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome) é adotada no Brasil, enquanto SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é utilizada em outros países de língua portuguesa.

23 TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV**: quem é o responsável? Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003. p. 19.

de dissolução do contrato de trabalho²⁴.

Dois casos jurisprudenciais, de origem estrangeira, citados pela autora mencionada, confirmam a tendência protetiva ao portador do vírus HIV. Nos Estados Unidos, um trabalhador não foi contratado, embora aprovado nos exames físicos e intelectuais pertinentes ao cargo, por haver revelado ao futuro empregador ser portador do vírus HIV. O Tribunal do Distrito de Columbia, em decisão proferida em 01.07.1992, ordenou que o trabalhador fosse admitido com o pagamento dos salários retroativos e que se lhe pagasse uma indenização pelo sentimento de angústia e dano moral, “bem como lhe fornecessem uma declaração assinalando a ilegalidade dessa classe de discriminação”²⁵.

O Tribunal de Direitos Humanos do Canadá, por outro lado, autorizou a rescisão indireta do contrato de trabalho de um empregado, cozinheiro de cantina, que confessou ser portador do vírus da AIDS. Como essa confidência foi divulgada entre os colegas de trabalho, o capataz recusou-se a provar a comida, advertindo à empresa de serviços de cantina que não seria possível conter os seus empregados se decidissem agredir o cozinheiro. O Tribunal considerou que a empresa deixou de fornecer instruções claras a respeito da AIDS no local de trabalho, o que gerou essa situação por causa dos preconceitos existentes. Condenou, dessa forma, a empresa a pagar ao cozinheiro indenização pela perda de salários e pelo dano à sua reputação, bem como a enviar-lhe uma

carta de desculpas²⁶.

Dentre os relatos sobre portadores de HIV, o filme *Filadélfia* apresenta-se como dos mais importantes. É a contribuição do cinema para o estudo do Direito. A obra se baseia em fatos reais, contando a história de um advogado, associado de um grande escritório, que é demitido em razão de os sócios descobrirem sua homossexualidade e, mais, que estava contaminado pelo vírus HIV. O advogado ingressa com uma ação por perdas e danos e no julgamento do caso em primeira instância recebe uma indenização, ocorrendo sua morte logo depois. A mensagem do filme é a imoralidade e a ilegalidade do preconceito contra os homossexuais, bem como a discriminação contra os pacientes com doença associada ao HIV. A postura das personagens é eficiente, através de um relato muito bem construído. Trata-se de um trabalho extremamente sensível e pedagógico sobre o tema aqui versado²⁷.

Como designar o portador do HIV? Segundo Mariana Ribeiro Santiago, os profissionais que lidam com a doença e a literatura especializada “desprezam a utilização do termo ‘aidético’ por considerar que traduz ideias negativas sobre a doença, reflete o preconceito e determina a exclusão social”²⁸.

Deve-se observar uma terminologia mais condizente com a dignidade humana do

24 Idem.

25 Ibidem, p. 21.

26 Ibidem, p. 22.

27 LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema**: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 71-82.

28 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211.

enfermo, segundo a autora mencionada. Nesse sentido devem ser privilegiadas as expressões “pessoas soropositivas”, “portadores assintomáticos”, “portador do vírus HIV”, para pessoas que possuam o vírus, mas ainda não desenvolveram a doença. Para aqueles em que a doença já se manifestou as expressões mais adequadas seriam “doente de AIDS” ou “pessoa com AIDS”²⁹.

Aristóteles, em sua *Poética*, proferiu a definição mais antiga e sucinta sobre o sentido da palavra metáfora, dizendo: “a metáfora consiste no transportar para uma coisa o nome de outra”³⁰.

O termo AIDS – Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – não designa uma doença, e sim um estado clínico, “que tem como consequência todo um espectro de doenças”³¹. A própria definição de AIDS requer a presença de outras doenças, as chamadas infecções e malignidades oportunistas, ao contrário da sífilis e do câncer, “que fornecem protótipos para a maioria das imagens e metáforas associadas à AIDS”³².

A AIDS é muitas vezes ocultada, como tantas outras doenças que provocam sentimentos de vergonha, mas não do paciente. No caso do câncer, por exemplo, “a família frequentemente não revelava o diagnóstico; já com a AIDS, o mais comum é o paciente não

revelar o fato a seus familiares”³³.

Mas qual seria a metáfora que envolve a AIDS? A “peste” é a principal metáfora através da qual a epidemia da AIDS é compreendida. Por causa da AIDS, a ideia generalizada (embora absurda!) “de que o câncer é uma epidemia, até mesmo uma peste, parece estar desaparecendo”, o que parece dar o seguinte significado: “a AIDS banalizou o câncer”³⁴.

Quando se afirma o alastramento da doença torna-se necessário compreender que “uma coisa é enfatizar a ameaça que a doença representa para todos”, outra bem diferente é afirmar “que mais cedo ou mais tarde todos virão a ser afetados por ela, direta ou indiretamente”³⁵.

No primeiro caso (ameaça) trata-se de incitar o medo e confirmar os preconceitos, enquanto a segunda hipótese (afirmar que todos serão afetados) tem por objetivo diminuir os preconceitos e reduzir a estigmatização³⁶.

Eduardo Milléo Baracat considera insuficiente a análise da discriminação do trabalhador com HIV/AIDS sob o prisma exclusivamente ético-moral. Para isso revela as estatísticas que, de 1980 até junho de 2010, registraram 592.914 casos de AIDS, mostrando a taxa de incidência em torno de vinte casos por 100 mil habitantes. Também assinala a faixa etária em que a AIDS incide mais, “em ambos os sexos, de 20 a 59 anos de idade, o que demonstra que atinge significativamente a população mais produtiva inserida no mercado

29 Idem, *ibidem*. p. 211.

30 ARISTÓTELES, *Poética*. Tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. São Paulo: Os Pensadores/Abril Cultural. 1973, p. 462, item 128.

31 SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas**. Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 90.

32 Idem.

33 *Ibidem*, p. 105.

34 *Ibidem*, p. 112.

35 *Ibidem*, p. 127.

36 *Ibidem*, p. 127.

de trabalho”³⁷.

Em outubro de 2012, Luciane Aparecida Conceição, 24 anos, considerada símbolo da luta contra a AIDS, por ter sido a primeira criança a receber o coquetel contra a doença, morreu em Sorocaba-SP. Tendo deixado de tomar os remédios, morreu das complicações decorrentes da ação do vírus HIV. Ela havia tomado uma decisão pessoal de não se tratar mais. Segundo relatos de sua história, adquiriu a AIDS no parto, “sua mãe foi infectada no oitavo mês de gravidez ao receber sangue contaminado”³⁸.

Sob o título “Vencida pela AIDS”, o jornal Folha de São Paulo relata que Luciane Conceição, que nasceu com HIV, foi a primeira criança do Brasil e uma das primeiras do mundo a receber coquetel contra a AIDS. Há cinco anos, segundo a notícia, decidiu que queria morrer e parou de tomar os remédios. Não queria mais viver com AIDS. Após ter sido abandonada pela mãe no parto, foi adotada quando tinha dois anos. Obteve uma decisão judicial para submeter-se ao tratamento indicado, até então, apenas para adultos. O uso dos remédios reduziu em 98,6% a presença da AIDS e antes de recebê-los já estava em fase terminal. Dezesesseis anos após a decisão da Justiça que permitiu a Luciana tomar os antirretrovirais, “a situação das crianças que nascem com HIV é bem diferente”. Avanços no cuidado com crianças infectadas pelo HIV levaram a mudanças na progressão da doença e menor mortalidade. Foi Luciane Conceição

quem abriu as portas para muitas crianças. Em 2008 Luciana teve uma filha, Vitória, “que nasceu sem o vírus da AIDS”³⁹.

Luiz Otávio Linhares Renault menciona que “algumas atividades poderiam ser preservadas”, sujeitas a um cuidado médico-científico maior, “no momento da contratação dos portadores do HIV”, mas em hipótese alguma como áreas proibidas ou intocáveis. As situações que poderiam aí enquadrar-se envolveriam “o cozinheiro de um colégio, de um restaurante ou de qualquer empresa, que fornece refeição para os seus empregados ou para terceiros; de enfermeiro; de um padeiro, etc.”⁴⁰.

Um outro aspecto importante a ressaltar é a possibilidade dos doentes trabalharem e serem úteis à sociedade sem perigo de contágio. Como salienta Luiz Otávio Linhares Renault, nem sempre o trabalhador nessa situação de doença fica impossibilitado de prestar os serviços. Por isso é necessário permitir-lhes, sem qualquer risco para os companheiros de trabalho, ou para a sociedade, “a ocupação de um posto de trabalho”. Justificável, portanto, a ordem judicial de reintegração, nessas situações de despedida discriminatória do portador do vírus HIV⁴¹.

Em entrevista concedida ao Jornal Gazeta do Povo de Curitiba, a médica

37 BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação do trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

38 Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.

39 VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.

40 RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. In VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação: estudos**. São Paulo: LTr, 2000. p. 130.

41 Ibidem, p. 129.

sanitarista Rita Esmanhoto menciona que, no início dos anos 90, quando foi trabalhar no Ambulatório de DSTs/AIDS do Hospital das Clínicas “ninguém queria atender lá. Havia muito medo e preconceito”. Segundo ela, “a AIDS é uma doença extraordinária do ponto de vista social”. A própria comunidade científica, quando aconteceram os primeiros casos nos Estados Unidos, rotulou a AIDS como “peste gay”, prestando “o maior desserviço ao carregar de preconceito uma questão que era de toda a humanidade”⁴².

Existe, sim, a possibilidade de o empregado ser contaminado pelo HIV no exercício de suas funções, embora remota a possibilidade. Para que isso não ocorra, há uma Declaração da OMS/OIT recomendando que “se tomem os cuidados necessários para evitar o perigo da transmissão de infecção sanguínea”. Tornam-se necessárias, em algumas situações, precauções especiais, concedendo-se roupas e equipamentos de proteção especial, “sem qualquer ônus para o empregado, informando-o sobre os riscos, por meio de dados científicos e ministrando-lhe formação profissional adequada”⁴³.

Quando impossível tomar as precauções especiais, pode o empregado “abster-se de realizar suas atividades no setor, aguardando as medidas cabíveis, ou postular a rescisão indireta do contrato, diante do perigo manifesto de mal considerável (art. 483 da CLT)”⁴⁴.

Em 2010, só no Estado de São Paulo, “a

AIDS matou quase nove pessoas por dia”. Há falta de campanhas e banalização da doença, que hoje é crônica. Uma campanha eficaz teria que dizer “que não existe milagre fora da prevenção”. Por isso, “o combate à AIDS tem que ser em todos os campos, de todas as formas, se quisermos realmente acabar com essa doença”⁴⁵.

Uma investigação sobre a AIDS nos Estados Unidos registrou as consequências das reduções nos gastos públicos. Segundo esse estudo, mais de 29.000 crianças nasceram com o vírus HIV, pela eliminação de programas de prevenção na transmissão de mães a filhos; 403.000 enfermos de AIDS deixaram de receber tratamento; 44.000 pessoas deixaram de ser tratadas de tuberculose; 1,1 milhão de crianças deixaram de receber vacinas combinadas; 419.000 crianças deixaram de receber outras ajudas, como educação e comida, que vinham do fundo para a luta contra a AIDS⁴⁶. Esses números mostram que, mesmo nos Estados Unidos, o país mais rico do mundo, existem desafios imensos quando se trata desse assunto.

Os médicos Caio Rosenthal (infecologista) e Mário Schefer (sanitarista) afirmam que “é possível derrotar a AIDS”, mas alertam: “ou o Brasil elimina o preconceito, para zerar a transmissão, ou se distanciará do sonho possível de vencer a AIDS”⁴⁷.

Esses profissionais relatam que “só no Brasil, a cada ano, são mais de 12 mil mortos,

42 ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.

43 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 953.

44 Idem.

45 SUPLICY, Marta. Prova de amor. **Jornal Folha de São Paulo**. 03.12.2011. p. A-2.

46 GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú** 21. 23.11.2011. p. 17.

47 ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. 01.12.2011. p. A-3.

35 mil novos doentes e incontáveis infecções”. Mas registram a melhor novidade, a evidência cabal de que o tratamento anti-AIDS, “iniciado no momento certo e seguido corretamente pelo paciente, praticamente impede a transmissão do HIV a um parceiro sexual”. Desse modo, além dos benefícios individuais, o tratamento passa a contribuir “decisivamente com a prevenção coletiva”⁴⁸.

Notícia de jornal do final de 2011 consigna que “a AIDS é mais mortal no sul do país”. Em 2010 morreram 11.965 pessoas em decorrência do vírus HIV. Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, juntos, registraram nove óbitos por HIV a cada 100 mil habitantes em 2010 contra 6,3 no país, segundo o Ministério da Saúde. No Paraná, em 2010, 559 pessoas morreram em decorrência do vírus HIV, o que dá uma média diária de 1,5 pessoa(s). O número foi 2,3% superior ao registrado em 2009, quando 546 doentes de AIDS perderam a vida. De 1980 (quando ocorreram os primeiros registros da doença no Brasil) até o ano de 2010, 9.219 pessoas morreram por causa da doença no Paraná. Mas qual seria a explicação para esses números? Segundo Mário Ângelo Silva, professor da Universidade de Brasília, essa preponderância de casos no sul se explicaria “pelo maior acesso aos testes de detecção do HIV na rede pública”⁴⁹. Os Estados das outras regiões estariam menos estruturados para esses exames.

Explicação diferente foi dada pelo Ministério da Saúde, que tem apenas hipóteses para explicar os altos números da infecção

no sul, “como a grande presença de drogas injetáveis na região há alguns anos”⁵⁰.

De outra parte, caem as mortes por AIDS e os novos casos da doença no mundo. Levando em conta a estimativa de infectados no Brasil, o tratamento atinge entre 69% e 79% do total. São portadores do vírus e não sabem entre 250 mil e 300 mil pessoas. Tendo em conta o aumento da sobrevivência, existem 34 milhões de pessoas portadoras do vírus HIV no planeta. No entanto, cada vez menos pessoas morrem de AIDS no mundo, graças ao aumento do acesso a medicamentos e à diminuição dos novos casos. Ocorreu uma queda de 21% em novas infecções pelo HIV desde o pico registrado em 1997. O auge das mortes anuais por AIDS ocorreu em 2005 e, desde então, houve uma queda de 18%⁵¹.

Há um alerta, contudo, do Professor da UNB e psicólogo Mário Ângelo Silva, referindo que o vírus avança entre jovens homossexuais entre 15 e 24 anos. Por isso a campanha lançada em 2011, na luta contra a doença, tinha como mote: “A AIDS não tem preconceito. Previna-se.” Os principais alvos dessa campanha foram os jovens e as mulheres com idades entre 13 e 19 anos. Segundo o professor, como há muito preconceito nas escolas, na área de saúde, na família e na sociedade de modo geral, o adolescente e o jovem homossexual tem baixa autoestima, “o que faz com que ele não se cuide”. Para a diretora do Centro de Informação em Saúde da Prefeitura de Curitiba Raquel Cubas, “o grande desafio é investir no

48 Idem.

49 AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

50 NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes por AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C-8.

51 Idem.

diagnóstico precoce da AIDS⁵².

Antes de examinar o complexo tema HIV/AIDS sob o ângulo do Direito, foram introduzidas algumas considerações relevantes sobre os aspectos históricos e sociológicos. A análise da melhor terminologia e da apresentação do termo como metáfora, bem como alguns dos seus sentidos biológico e médico foram relatados, apresentando-se indicadores estatísticos reveladores.

Pintou-se um pano de fundo para apresentar a questão jurídica, inicialmente sob o ponto de vista da Organização Internacional do Trabalho.

3 AS CONVENÇÕES NºS 111 E 159 DA OIT, A RECOMENDAÇÃO Nº 200 E O CÓDIGO DE PRÁTICA SOBRE HIV/AIDS

Criada em 1919, ao final da Primeira Guerra Mundial, pela Parte XIII do Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho consolidou-se neste século como o organismo internacional mais importante no que diz respeito ao mundo do trabalho. As Convenções nºs 111 e 159 da OIT e a Recomendação nº 200 são mencionadas para verificação do problema HIV/AIDS e suas soluções. Também se analisa o Código de Prática sobre HIV/AIDS e suas questões principiológicas. No final do item traz-se um julgado aplicando as regras convencionais da OIT.

A Organização Internacional do Trabalho na 99ª Reunião de sua Conferência anual, realizada em junho de 2010, aprovou a

Recomendação nº 200, que trata do vírus HIV e da AIDS. Essa Recomendação considera HIV o Vírus da Imunodeficiência Humana, que danifica o sistema imunológico humano, ressaltando que a infecção pode ser prevenida por medidas adequadas. Quanto à palavra AIDS, designa a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, resultante dos estágios avançados da infecção pelo HIV, caracterizando-se por infecções oportunistas ou cânceres relacionados com o HIV⁵³.

Para a Recomendação 200 da OIT, pessoa que vive com o HIV significa pessoa infectada pelo HIV. Nesse documento, o vocábulo discriminação exprime qualquer distinção, exclusão ou preferência que resulte em anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação, como referido na Convenção e na Recomendação sobre a Discriminação no Emprego e na Ocupação, de 1958. A palavra estigma relaciona-se à marca social ligada a uma pessoa, que causa marginalização ou significa obstáculo ao inteiro gozo da vida social pela pessoa infectada ou afetada pelo HIV⁵⁴.

Dentre os princípios gerais mais importantes, destacam-se aqueles relacionados: à garantia dos direitos humanos; ao local de trabalho; à proibição de discriminação e estigmatização; à prevenção e ao tratamento e proteção à privacidade. Quanto ao primeiro dos princípios, a resposta ao HIV e à AIDS deve ser reconhecida como contribuição à garantia dos direitos humanos, das liberdades fundamentais e da igualdade de gênero para todos, inclusive

52 AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011. p. 4.

53 **RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O MUNDO DO TRABALHO**. Genebra: OIT, 2010. p. 10.

54 Idem.

os trabalhadores, suas famílias e dependentes. Quanto ao segundo dos princípios, o HIV e a AIDS devem ser reconhecidos e tratados como tema pertinente ao local de trabalho, a ser incluído entre os elementos essenciais da resposta nacional, regional e internacional à pandemia, com inteira participação das organizações de empregadores ou trabalhadores. Quanto ao terceiro princípio, não deve haver nenhuma discriminação nem estigmatização de trabalhadores, em particular dos que buscam emprego ou a ele se candidatam, a pretexto de infecção real ou presumida pelo HIV, ou pelo fato de pertencerem a regiões do mundo ou a segmentos da população tidos como de maior risco ou de maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Quanto ao quarto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem ter acesso a serviços de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação ao HIV e à AIDS, deles se beneficiando, e o local de trabalho deve contribuir para facilitar esse acesso. Quanto ao quinto princípio, os trabalhadores, suas famílias e dependentes devem usufruir de proteção à sua privacidade, inclusive a relacionada com o HIV e a AIDS, em particular no que diz respeito a sua própria situação quanto ao HIV; e também nenhum trabalhador deve ser obrigado a submeter-se a exame de HIV nem a revelar sua situação sorológica⁵⁵.

Um aspecto essencial no combate ao preconceito, à discriminação e ao estigma liga-se às medidas de sensibilização, que devem acontecer especialmente no âmbito empresarial. Essas medidas devem enfatizar

55 Ibidem, p. 13-15.

que o HIV não é transmitido por simples contato físico e que “a presença de uma pessoa que vive com o HIV não deve ser considerada ameaça no local de trabalho”⁵⁶.

Há que se ter em mira, sem dúvida, medidas práticas de apoio à mudança de comportamento, dentre as quais avultam: educação sensível; diagnóstico e tratamento precoces; e estratégias de suplementação de renda no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras. Assim, os trabalhadores devem receber educação sensível, precisa e atualizada sobre estratégias de redução de risco e, se possível, preservativos masculinos e femininos devem ser disponibilizados. Deve-se facilitar, sempre que possível, o diagnóstico e tratamento precoces de DSTs e da tuberculose, bem como programas de agulhas esterilizadas e de troca de seringas, ou dar informações sobre os lugares onde esses serviços possam ser prestados. Finalmente, no caso de mulheres trabalhadoras com dificuldades financeiras, a educação deve incluir estratégias de suplementação de renda, por exemplo, oferecendo informações sobre atividades geradoras de renda, benefícios fiscais e subsídio salarial⁵⁷.

Duas diferenças substanciais entre Convenções e Recomendações podem ser, desde logo, anunciadas: a Convenção constitui uma forma de tratado internacional, a Recomendação não; a Convenção pode ser objeto de ratificação pelo correspondente

56 Ibidem, p. 28.

57 **REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/** Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010. p. 62.

Estado-Membro, o que, logicamente, não pode ocorrer com uma Recomendação⁵⁸.

O valor da Recomendação, muitas vezes, é intrínseco, quando as normas que contém possuem um carácter técnico detalhado. Isso pode ser útil às administrações nacionais, contribuindo para a elaboração de uma legislação uniforme sobre a matéria, deixando, no entanto, a possibilidade de implementarem-se adaptações conforme a necessidade dos países⁵⁹.

A diferença considerada mais importante, no entanto, entre Recomendações e Convenções delinea-se no aspecto relativo à eficácia. Isso quer dizer que uma Recomendação não pode (ao contrário da Convenção) ser objeto de compromissos internacionais e que os Estados dispõem da margem que desejam para dar-lhes o efeito que julguem oportuno⁶⁰.

Além da Recomendação nº 200, a OIT elaborou um Código de Prática sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho. Nesse documento registra-se que o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, “não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia”⁶¹.

Esse conjunto de boas práticas estabelece diretrizes para lidar com a epidemia

de HIV/AIDS no mundo do trabalho e no contexto da promoção do trabalho decente. Desse modo, alguns princípios fundamentais, definidos nesse código, são especialmente apropriados para “combater a discriminação baseada na situação relativa ao HIV”, dentre os quais avultam os seguintes: reconhecimento do HIV/AIDS como questão que diz respeito ao local de trabalho; não-discriminação; igualdade de gênero; ambiente de trabalho saudável; diálogo social; detecção para fins de exclusão do emprego e do trabalho; confidencialidade; continuação da relação de emprego; prevenção; cuidado e apoio⁶².

Quanto ao primeiro princípio, o HIV/AIDS é uma questão que diz respeito ao local de trabalho, não só porque afeta a força de trabalho, mas também porque o papel do local de trabalho é chave para a limitação da disseminação e dos efeitos da epidemia. Relativamente ao segundo princípio, os trabalhadores não sofrerão discriminação ou estigmatização baseada na sua situação real ou percebida relativa ao HIV. No que diz respeito ao terceiro princípio, as relações de gênero mais igualitárias e o emponderamento da mulher são vitais para evitar a disseminação da infecção por HIV e permitir que as mulheres lidem com o HIV/AIDS. O quarto princípio estipula que o ambiente de trabalho será saudável e seguro, adaptado ao estado de saúde e capacidades dos trabalhadores. O quinto princípio estipula a necessidade de haver cooperação e confiança entre empregadores, trabalhadores e governo no intuito de assegurar a bem-sucedida implementação das políticas e programas relativos ao HIV e a AIDS. Relativamente ao

58 GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 52.

59 VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977. p. 234-236.

60 Idem.

61 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juizes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 173.

62 Ibidem, p. 173-174.

sexto princípio, não será exigido teste de HIV/AIDS de candidatos a emprego ou pessoas empregadas. Quanto ao sétimo princípio, o acesso a dados pessoais relacionados com a situação dos trabalhadores em termos de HIV será limitado pelas regras de confidencialidade coerentes com o código de prática da OIT. No que diz respeito ao oitavo princípio, a infecção por HIV não é causa para término da relação trabalhista. As pessoas com doenças relacionadas com o HIV poderão trabalhar enquanto estiverem aptas para desempenhar funções apropriadas. Relativamente ao nono princípio, os parceiros sociais se encontram em singular condição para promover esforços de prevenção, particularmente em relação à mudança de atitudes e comportamentos por intermédio de informação e educação. Por fim, o décimo princípio enfatiza que a solidariedade, o cuidado e o apoio devem servir de guia à resposta ao HIV/AIDS no local de trabalho. Nesse sentido, todos os trabalhadores têm direito a serviços de saúde ao seu alcance e a benefícios dos programas obrigatórios de seguridade social e dos mecanismos de previdência social⁶³.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região reconheceu o direito à reintegração de portador do vírus HIV, amparando-se em duas Convenções da OIT, a de número 111 e a de número 159. A ementa desse julgado, de lavra da Desembargadora Marlene T. F. Suguimatsu, possui o seguinte conteúdo:

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de

empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego.⁶⁴

Com a análise efetuada, buscou-se traduzir um entendimento analítico de como a OIT compreende o fenômeno HIV/AIDS e as proposições para enfrentá-lo, tal como o fez o julgado neste item transcrito.

63
63 Ibidem, p. 173-174.

64
64 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-328.

4 DISCRIMINAÇÃO NO MOMENTO DA CONTRATAÇÃO E DURANTE O VÍNCULO, ANULAÇÃO DA DISPENSA E RESCISÃO INDIRETA. A PRESUNÇÃO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. JULGADOS

Os trabalhadores que convivem com o problema HIV/AIDS sofrem profunda discriminação. Como essa situação é enfrentada pelo direito brasileiro no momento da admissão ao emprego e durante o curso contratual?

A possibilidade de anular a dispensa, obter a reintegração e a presunção da dispensa discriminatória fazem parte dessa análise, mencionando-se julgados e a recente súmula do TST sobre o tema.

Existem inúmeros julgados examinando a situação do empregado portador do vírus HIV, salientando-se que, já no século XXI, podem ser reproduzidos alguns bem esclarecedores, como o proferido no Tribunal Superior do Trabalho, de lavra do Juiz Convocado André Luis Moraes de Oliveira, com o seguinte teor:

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. CARACTERIZAÇÃO DE DESPEDIDA ARBITRÁRIA. Muito embora não haja preceito legal que garanta a estabilidade ao emprego da síndrome da imunodeficiência adquirida (*in verbis*), 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 adético (*in verbis*) 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. Revista conhecida e provida.⁶⁵

Uma sentença proferida por Magistrado do Trabalho do Paraná analisa, com percuciência, uma realidade que se dissemina no meio empresarial. No caso concreto, o empregado foi dispensado única e exclusivamente porque acometido de AIDS/SIDA. A empresa defendeu-se alegando que a dispensa ocorreu apenas seis meses depois de ter conhecimento desse fato, o que para o juiz não teria “o condão de elidir a prática discriminatória”, rejeitando a tese patronal da impossibilidade de reintegração no emprego para o empregado acometido da AIDS/SIDA. O juiz considerou perverso o argumento de que esse benefício, se concedido ao empregado, poderia estender-se a outras doenças graves como o câncer e a hanseníase, seguindo uma “lógica de seletividade no emprego e de exclusão social de trabalhadores doentes ou deficientes, mas ainda com capacidade para o trabalho”. Argumentou que se violam, aí, princípios constitucionais, “invertendo a lógica de proteção a todos os trabalhadores que forem discriminados por doença ou deficiência”. Concluiu a decisão, assim, que a reintegração do empregado discriminado no emprego “não decorreu da estabilidade concedida por lei, mas de nulidade da dispensa discriminatória”⁶⁶.

65 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003.

66 PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Sentença prolatada pelo Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do**

Em dissertação que apresentou ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Fábio Luiz de Queiroz Telles assinala que as hipóteses mais enfrentadas pelo Judiciário, sobre esse tema, dizem respeito “à análise de ser nula toda dispensa que tiver por fundamento o fato de o empregado ser portador do HIV e que determinam a reintegração ao emprego”. Outra hipótese vincula-se à vedação de dispensa do empregado soropositivo, por considerá-la obstativa do direito “de acesso aos benefícios previdenciários, ao tratamento médico de saúde e à aposentadoria, determinando a reintegração do empregado às suas funções”⁶⁷.

Torna-se indispensável, como raciocínio jurídico, atentando-se ao princípio da dignidade humana, considerar que “a AIDS não pode ser vista como um flagelo, um castigo divino devido à iniquidade humana”. Por isso, os Tribunais do Trabalho, “ao inibir o preconceito e a discriminação, anulando as dispensas arbitrárias e sem justa causa”, direcionam para a população um entendimento de que a AIDS não é um mito, “mas uma doença como qualquer outra e que apesar de a medicina não ter encontrado a cura até então, não transforma seus portadores em párias e nem os condena

imediatamente à morte”⁶⁸.

Nesse sentido humano da compreensão do problema HIV/AIDS, verifica-se que “o portador de HIV tem toda capacidade de desenvolver projetos e realizar suas funções como qualquer outro trabalhador”. Por isso, não se pode admitir o afastamento das funções e do trabalho, “pois mantê-lo trabalhando pode favorecer no tratamento, podendo significar-lhe a vida”. Para o soropositivo, o trabalho representa não só o estímulo para continuar lutando contra o vírus, “como também representa o único meio de sobrevivência e custeio para adquirir medicamentos necessários para o tratamento e manutenção diária de sua carga viral”⁶⁹.

A análise da temática que envolve os portadores do vírus da AIDS mereceu comentário de Vólia Bomfim Cassar no sentido de que a pedra de toque é a discriminação e não uma suposta estabilidade, “assim, quando o empregador demite um portador do vírus HIV, segundo o TST, ele deve provar (ônus do patrão) que o procedimento não foi discriminatório”⁷⁰.

Na opinião dessa autora, seria possível “a norma coletiva ou interna do empregador criar este direito aos empregados portadores de AIDS ou outras doenças”⁷¹.

Quanto ao paciente com doença associada ao HIV, que Sergio Pinto Martins denomina “doente de AIDS”, possuiria, segundo este autor, direito a auxílio-doença ou aposentadoria, desde que a doença se

.....
Trabalho da 9ª Região, Curitiba, nº 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 486-487.

67 TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. **O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa**: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012. p. 90-91.

.....
 68 Ibidem, p. 92.

69 Ibidem, p. 93.

70 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009. p. 357.

71 Idem, ibidem. p. 357.

manifeste após a filiação à Previdência Social. Registra, no entanto, que enquanto a doença não se manifestar, não haverá direito a qualquer benefício previdenciário⁷².

Considera o autor referido haver prejuízo ao soropositivo, apenas, se a empresa o impedir de fazer jus ao benefício previdenciário. Não seria, no entanto, abusivo o ato do empregador que dispensa o empregado doente de AIDS, pois estaria exercendo seu direito constitucional de dispensar o empregado, devendo apenas pagar as verbas rescisórias⁷³.

No sentir desse doutrinador, a Convenção nº 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, veda atos de discriminação no acesso à formação profissional, à admissão no emprego e às condições de trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social (art. 1º). Mas não trataria, especificamente, da reintegração de empregado em decorrência de doença, especialmente de AIDS⁷⁴.

A Diretora do Departamento de Normas Internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT), Cleopatra Doumbia-Henry, asseverou que “as pessoas devem usar os direitos que têm para se proteger, como não contar (ao empregador) que tem AIDS”⁷⁵.

Segundo a Diretora da OIT mencionada, o objetivo é “lidar com o estigma, lutar contra ele. Esse estigma está na sociedade e até no governo. É preciso mudar o pensamento, mudar

a mente”. Em sua ótica, quem decide falar sobre o assunto contribui para a mudança. O problema da discriminação tem aparecido com frequência porque o silêncio está acabando: “a AIDS é uma doença qualquer e não deve ser usada para discriminar qualquer pessoa”⁷⁶.

A advogada trabalhista Leandra Campagnolo pondera que “a lei não obriga ninguém a fazer nada, especialmente quando se trata de uma questão discriminatória”. Nesse sentido, não é possível determinar a realização de “um exame de AIDS tanto quanto não se pode obrigar a um de gravidez”. Essas determinações podem “gerar dano moral no caso de haver demissão pode ser tornada sem efeito com a readmissão por ordem judicial”⁷⁷.

Segundo a advogada mencionada, o entendimento atual da Justiça no Brasil vai no sentido de caber “à empresa denunciada a comprovação de que uma demissão, por exemplo, não foi motivada por discriminação”. Isso quer dizer que, se um funcionário que se sentiu discriminado denunciar a empresa, cabe “a esse empregador comprovar a legalidade da demissão, e não ao funcionário, como estabelece o direito para a maioria dos outros casos”⁷⁸. Quando se argumenta pela existência ou não de segurança jurídica, inexistiria essa situação para quem demite ou para quem é demitido, havendo trabalhos da OIT, entretanto, direcionados a proteger os portadores de HIV.

O trabalhador soropositivo, na dicção de Mariana Ribeiro Santiago, não deve ser discriminado nem na admissão nem no exercício da atividade laborativa, pois não

72 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

73 Ibidem, p. 443-444.

74 Ibidem, p. 444.

75 SGARBE, Vinícius. **Veículo G1**, circulação nacional, p. 30.06.2011.

76 Idem.

77 Idem.

78 Idem.

perde os direitos de personalidade em virtude da doença. Pode ocorrer, sim que o trabalho não seja recomendável quando, pelo estágio da doença, “o indivíduo não apresentar mais capacidade técnica de exercer a função, caso em que, se empregado, lhe competem os benefícios previdenciários”⁷⁹.

Quanto à higidez do vínculo laboral, Alice Monteiro de Barros esclarece que “a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho”⁸⁰.

Relembra essa autora, também, que a Recomendação nº 169, de 1984, complementadora da Convenção nº 122/64 da OIT, a respeito da política de emprego, após recomendar seja eliminada toda forma de discriminação, sugere, ainda, medidas que satisfaçam “às necessidades de pessoas que tenham, frequentemente, dificuldade para encontrar emprego duradouro, podendo ser incluídos aí os portadores de HIV/AIDS”⁸¹.

O TRT de São Paulo, o maior do Brasil em número de processos judiciais trabalhistas, relativamente ao tema da dispensa de empregado portador de vírus HIV, considerou o ato fundado em atitude discriminatória, pois o “poder do empregador” de encerrar a relação empregatícia, em tais hipóteses, “é limitado em razão das garantias do emprego e, especialmente, no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”⁸².

O ato da empresa não só teria violado princípios constitucionais, como teria obstado ao empregado o direito a receber tratamento previdenciário conferido aos soropositivos pela Lei 7.670/88, “primeira luz a brilhar no ordenamento jurídico, em proteção a esses trabalhadores”⁸³, incidindo, assim, na hipótese preconizada pela Lei 9.029/95.

O Tribunal Superior do Trabalho editou agora, em 2012, a Súmula nº 443 de sua jurisprudência predominante, com o seguinte teor:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. 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.⁸⁴

Já de há muito tempo vinha o C. TST firmando o entendimento de que “a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso”⁸⁵.

.....
9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br >. Acesso em: 12.out.2012.

83 Idem.

84 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012, p. 132-133.

85 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br >. Acesso em: 28.out.2012.

79 SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, a. 29, out.-dez.2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 218.

80 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 1202.

81 Idem.

82 SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**. RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851,

No corpo desse acórdão registra-se que “mesmo na ausência de prova de nexo causal”, a Corte reconhece a presunção de ato discriminatório na dispensa imotivada de empregado soropositivo, “admitindo, contudo, prova em contrário”. No caso dos autos não existiria evidência do fato que motivou a dispensa do empregado, mas apenas a constatação de que se deu seis anos após a descoberta do quadro clínico do empregado e que teriam ocorrido outras dispensas no mesmo período, o que seria muito pouco “para afastar a presunção de discriminação na dispensa imotivada do reclamante”. Insiste o julgador no princípio da dignidade da pessoa humana, somado ao valor social do trabalho (art. 1º, III e IV da CF/88), que imporia “a proteção do mercado de trabalho desse segmento extremamente discriminado na sociedade”. Não fosse assim, diz o acórdão, “não seria proibida a realização de exames admissionais que investiguem a sorologia do HIV nos candidatos a postos de trabalho”⁸⁶.

Há um acórdão paradigma do C. TST, de lavra do Ministro Lélío Bentes Corrêa, que assevera a significativa contribuição da OIT para esse entendimento:

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. ATITUDE DISCRIMINATÓRIA PRESUMIDA. REINTEGRAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que se presume discriminatória a dispensa do empregado portador do vírus HIV. Desse modo, recai sobre o empregador o ônus de comprovar que não tinha ciência da condição do empregado ou que o ato de dispensa tinha outra

motivação – lícita. 2. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.1968), e a Recomendação nº 200, de 2010, sobre HIV e AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. Nesse contexto, afigura-se indevida a inversão do ônus da prova levada a cabo pelo Tribunal Regional, ao atribuir ao empregado o encargo de demonstrar o caráter discriminatório do ato de dispensa promovido pelo empregador. 4. Recurso de revista conhecido e provido.⁸⁷

A igualdade de oportunidades e tratamento, para ser garantida, não se basta na proteção jurídica oferecida, mas depende, sempre, da existência de procedimentos judiciais efetivos, “que possam ser invocados pelas pessoas que acreditam ter sido alvo de discriminação”. Muitas vezes, as regras de procedimento aplicáveis exigem que o discriminado prove a existência da discriminação, constituindo obstáculo a resolver esses casos. Com o objetivo de superar essas dificuldades, muitos países introduzem regras de procedimento que invertem o ônus da prova para permitir que as vítimas de discriminação afirmem efetivamente seus direitos. Para alguns sistemas jurídicos, a regra consiste em verificar se o demandante é capaz de provar *prima facie*. Se isso não for possível, o ônus

86 Idem.

87 BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.

da prova deve ser transferido ao demandado, “que então terá de demonstrar que a diferença de tratamento baseara-se em considerações objetivas não relacionadas com qualquer motivo de discriminação”⁸⁸.

Quanto aos instrumentos da OIT que tratam do ônus da prova, tanto a Comissão de Peritos quanto o Comitê de Liberdade Sindical consideram a inversão em casos de discriminação “como uma medida importante para assegurar-se a efetiva proteção contra a discriminação no emprego e na profissão, como requerem as Convenções da OIT sobre igualdade e liberdade sindical”⁸⁹.

Nessa área, há quase um consenso de que, na ausência de legislação específica, os Tribunais devem tomar a iniciativa de “inverter o ônus da prova em casos de alegada discriminação no emprego e na profissão”⁹⁰.

Consoante referido, a análise do item prendeu-se à compreensão do tema HIV/AIDS pelo Poder Judiciário brasileiro, especificamente na Justiça do Trabalho.

A recente súmula editada pelo TST parece ter solucionado a grave questão do ônus da prova, direcionando-se pela presunção discriminatória da dispensa do empregado portador do vírus HIV, que suscita estigma ou preconceito. Uma vez invalidado o ato da dispensa, naturalmente deve o empregado ser reintegrado ao emprego.

88 BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. p. 161.

89 Ibidem, p. 162.

90 Ibidem, p. 163.

5 REFERÊNCIAS

AIDS é mais mortal no sul do país. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 29.11.2011, p. 4.

ARISTÓTELES, **Poética**. Tradução, comentários e índices analítico e onomástico de Eudoro de Souza. São Paulo: Os Pensadores/Abril Cultural. 1973, p. 462, item 128. p. 439-533.

ATHANASIO, Lídia Clément Figueira Moutinho. Discriminação no trabalho: o caso dos empregados vítimas de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais. In GUNTHER, Luiz Eduardo. SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial**. Curitiba: Juruá, 2010. v. III. p. 213-251.

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

BARACAT, Eduardo Milléo. A discriminação do trabalhador com HIV/AIDS. **Jornal Gazeta do Povo**. 15.06.2011.

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

BEAUDONNET, Xavier. **Direito internacional do trabalho e direito interno**: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito. Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Ac. 2ª T. Proc. RR 217791/95.3, j. 10.9.2003, Rel. Juiz Conv. André Luis Moraes de Oliveira, **Revista LTr**, São Paulo, 67-10/1249, out. 2003. p.1249-1252.

- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Resolução nº 185 de 14.09.2012. DEJT – TST nº 1.071, de 25.09.2012.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-104900-64.2002.5.04.0022. Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa, 1ª T, DEJT de 02.09.2011.
- BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR-124.400-43.2004.5.02.0074. Relator José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, julgado em 25.04.2012. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28.out.2012.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2009.
- DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. Tradução de Ana Isabel Paraguay e Lúcia Leal Ferreira. 5. ed. ampl. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.
- ESMANHOTO, Rita. Entrevista. **Jornal Gazeta do Povo**, 04.09.2011. p. 9.
- GIACOSA, Guillermo. **Jornal Perú** 21. 23.11.2011. p. 17.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Tradução de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.
- GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.
- KLOSS, Larissa Renata. A tutela inibitória como meio de evitar a discriminação do trabalho da mulher. In GUNTHER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva (Coord.). **Jurisdição: crise, efetividade e plenitude institucional**. Curitiba: Juruá, 2010. v. III. p. 319-353.
- LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- LOPES, Marcus Aurélio. **Discriminações nas relações de trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual de Maringá, Maringá, 2002
- MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- Morre a mulher que foi o 1º bebê a tomar coquetel anti-HIV. **Jornal Gazeta do Povo**. Caderno Vida e Cidadania. 06.10.2012, p. 7.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUBLAT, Johanna. Sul mantém taxas altas de novos casos e mortes por AIDS. **Jornal Folha de São Paulo**. Caderno Saúde, 29.11.2011, p. C-8.
- PAGLIA, Camille. Sexo, arte e cultura americana. Publicado no início de 1992, sem página. *Apud* TALESE, Gay. **A mulher do próximo: uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS**. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Acórdão 2ª Turma, s.n. Rel. Des. Marlene T. Fuverki Suguimatsu. **Revista Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, n. 53, jul.-dez. 2004. p. 327-376.
- PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. RT 3511/2002, Juiz Maurício Mazur. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Curitiba, a. 29, nº 53, jul.-dez. 2004. p. 479-495.
- RECOMENDAÇÃO SOBRE O HIV E A AIDS E O**

MUNDO DO TRABALHO. Genebra: OIT, 2010.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei. *In* VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). **Discriminação:** estudos. São Paulo: LTr, 2000. p. 127-138.

REPERTÓRIO DE RECOMENDAÇÕES PRÁTICAS DA OIT SOBRE O HIV/AIDS E O MUNDO DO TRABALHO/Organização Internacional do Trabalho. Programa sobre HIV/AIDS e o Mundo do Trabalho. 3. ed. Brasília: OIT, 2010.

RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. BARACAT, Eduardo Milléo. HIV e AIDS e o mundo do trabalho: aplicação da Recomendação 200 da OIT no Brasil. *In* RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). **Trabalho e regulação no Estado constitucional.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-37.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho.** 4. ed. rev. e aum. São Paulo: LTr, 2012.

ROSENTHAL, Caio. SCHEFFER, Mário. É possível derrotar a AIDS. *Jornal Folha de São Paulo.* 01.12.2011. p. A-3.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. A AIDS e o direito fundamental ao trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, ano 29, outubro-dezembro de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 211-219.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.** RO 01760200000702006-SP, AC. 2005040851, 9ª Turma, j. 22.06.2005, v. u., Rel. Juíza Jane Granzoto Torres da Silva. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 12.out.2012.

SGARBE, Vinícius. **Veículo G1,** circulação

nacional, p. 30.06.2011.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora, AIDS e suas metáforas.** Tradução de Rubens Figueiredo e Paulo Henriques Britto. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SUPLICY, Marta. Prova de amor. *Jornal Folha de São Paulo.* 03.12.2011. p. A-2.

TALESE, Gay. **A mulher do próximo:** uma crônica da permissividade americana antes da era da AIDS. Tradução de Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 9.

TELLES, Fábio Luiz de Queiroz. O portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (HIV) como trabalhador e sua relação com a empresa: uma análise sob a perspectiva da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e dos direitos da personalidade. 25.10.2012. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2012.

TURNES, Cassiane Terezinha. **Trabalhador portador do vírus HIV: quem é o responsável?** Monografia (Especialização em Direito do Trabalho) – UNICURITIBA, Curitiba, 2003.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo.** Tradução de Maria José Triviño. Madrid: Tecnos, 1977.

VERSOLATO, Mariana. Vencida pela AIDS. *Jornal Folha de São Paulo.* Caderno Ciência + Saúde. 06.10.2012. p. 7.