

**THE RIGHT TO HAVE RIGHTS: THE PROTECTION OF HIV
WORKERS**

**O DIREITO A TER DIREITO: A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR
SOROPOSITIVO**

ANTONIO BAPTISTA GONCALVES

É Pós Doutor em Ciência da Religião - PUC/SP; Pós Doutor em Ciência Jurídica pela Universidad de La Matanza - Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia do Direito - PUC/SP; Especialista em Criminologia - ISTITUTO SUPERIORE INTERNAZIONALE DI SCIENZE CRIMINALI - ISISC/ONU - Itália; Especialista em Direito Penal Econômico Europeu - Universidade de Coimbra - Portugal; Pos Graduado em Direitos Fundamentais - Universidade de Coimbra - Portugal; Pos-graduado em Teoria dos Delitos - Universidade de Salamanca - Espanha; Pós-graduado em Direito Penal Econômico e em Direito Tributário ambos na Fundação Getúlio Vargas e possui Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e se encontra cursando o Bacharelado em Filosofia na PUC com conclusão prevista para 2016. Teve atuação ativa em obras sociais como presidente da ONG Associação Comunicando; também foi apresentador do programa semanal - Por Dentro da mídia na TV ABERTA, além de Professor atualmente na Escola Paulista de Direito, Escola Superior da Advocacia, como Professor convidado e também com atuação na Rede de Ensino LFG. Como advogado é Diretor Presidente da Banca Antonio Gonçalves Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase na área consultiva, atuando principalmente nos seguintes temas: crimes empresariais, responsabilidade empresária, contratos e assessoria jurídica

ABSTRACT

The democratic rule of law fights sexual discrimination, and the legislature has not remained inert on this matter over the years. The problem, however, resides in the cause and not in the consequence; that is, the solution lies not in creating rights for people with HIV, but through guaranteeing that HIV-positive people have the right to exercise their rights if exposed the illness as a basis in constitutional principles of equality and liberty in a society that can be characterized as open and pluralistic.

Legal protection of HIV-positive employees, especially against discrimination, will be fully analyzed to consider protections against unjust discharges by prejudiced employers, abuse by disrespectful coworkers, and other measures necessary to secure a healthy and harmonious work environment, including reinstatement in case of discriminatory discharge as mandated by Law No. 9.029/95.

KEYWORDS: HIV Positive; constitutional protection; discrimination.

RESUMO

The democratic rule of law fights sexual discrimination, and the legislature has not remained inert on this matter over the years. The problem, however, resides in the cause and not in the consequence; That is, the solution lies not in creating rights for people with HIV, but through guaranteeing that HIV-positive people have the right to exercise their rights if exposed to the illness as a basis in constitutional principles of equality and liberty in a society that can be Characterized as open and pluralistic. Legal protection of HIV-positive employees, especially against discrimination, will be fully analyzed to consider protections against unjust discharges by prejudiced employers, abuse by disrespectful coworkers, and other measures necessary to secure a healthy and harmonious work environment, including reinstatement in case of discriminatory Discharge as mandated by Law No. 9,029 / 95.

PALAVRAS-CHAVE: HIV Positivo; proteção constitucional; discriminação.

INTRODUCTION

When the question concerns judicial protection of HIV-positive workers, the usual treatment tends to emphasize the work aspect. Here we prefer to take another route, obviously without neglecting the interface with work. This analysis, however, we center more on another legal angle, the constitutional, because this perspective complements employment law.

It is undeniable that people with HIV need special care that those without the disease can do without, and this special concern has implications in the working sphere. Nevertheless, beyond the respect and the attention that workers naturally deserve, the defense of human dignity, non-discrimination, and, fundamentally, respect for the right that people have to their rights must be borne in mind, an issue that will be explored more deeply below. We begin, however, with the central theme: people with HIV.

PEOPLE WITH HIV

When someone tests positive¹ for HIV² or AIDS³ it does not mean that their quality of life will be radically altered, since it will depend on how the virus develops.

With the advance of medicine, today the control of the disease is much improved, and there are examples of longevity for people with HIV⁴ such as the American ex-basketball player Ervin "Magic" Johnson who was declared HIV positive in the early 1990s and continues leading a life without severe restrictions.

It is beyond the scope of this work to discuss the types of treatment and control of the disease. Nonetheless, it is important to emphasize the forms of the contagion, since for the layperson, especially someone prejudiced, the disease may be linked to homosexuality⁵, although that is far from the only means of transmitting or acquiring the ailment.

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

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

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

³ Descrita pela primeira vez nos EUA em 1981, a AIDS é provocada por um retrovírus hoje denominado HIV (Human Immuno-deficiency Virus), responsável pela infecção primária, embora se acredite que outros elementos ainda não identificados desempenhem papel importante no desenvolvimento da síndrome. O quadro de deficiência imunológica (desaparecimento das reações imunitárias do organismo) é consequência da destruição, pelo vírus, de células de defesa denominadas linfócitos T4. Com a destruição dessas células, o reconhecimento de antígenos é prejudicado, cessa a produção de anticorpos pelos linfócitos da série B, e outros linfócitos que dependem da presença dos T4 permanecem desativados. A doença manifesta-se principalmente por tumefações ganglionares, infecções viscerais provocadas por germes oportunistas (que se aproveitam da debilidade orgânica) e lesões cancerosas raras (sarcoma de Kaposi, linfoma cerebral). A pneumonia provocada pelo *Pneumocystis carinii* é a infecção oportunista mais comum, detectada em 57% dos casos. A toxoplasmose, a criptococose e as afecções provocadas por citomegalovírus são outras infecções frequentemente encontradas nos indivíduos imunodeprimidos. **Grande Enciclopédia Larousse Cultural**. São Paulo: Nova Cultural, 1998, p. 131.

⁴ SIDA ou AIDS é a síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo, facilitando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, sendo causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV). DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006, p. 225.

⁵ A transmissão do vírus ocorre pela troca de fluidos corporais, com o posterior ingresso na corrente sanguínea. De início, a AIDS foi associada diretamente ao homossexualismo masculino e aos usuários

FORMS OF CONTAGION OR TRANSMISSION OF THE ILLNESS

The forms of transmission of the illness are: through sexual relations, sharing needles among users of injected drugs, persons dependent on blood transfusions to survive, and hemophiliacs.

People are mistaken to think that only male homosexuals or bisexuals are responsible for the dissemination of the illness, since according to statistics women represent almost half of the 40.3 million people who live with HIV or AIDS in the world⁶.

Patricia Emilia Bragal, Maria Regina Alves Cardoso, and Aluisio Cotrim Segurado write about this issue:

It is believed that owing to the complex interaction of biological, socioeconomic, and cultural factors, the AIDS epidemic has spread with great velocity among women, this tendency being most notable in countries in which heterosexual transmission is predominant.

In no other country is the feminization of the epidemic found in a form so marked as in Brazil, with the reduction of the man/woman ratio among reported cases of AIDS from 18:1 in 1983 to 1.8:1 beginning in the year 2000.

de drogas injetáveis, os quais eram enquadrados em estigmatizados grupos de risco. Essa associação inicial talvez seja, ainda hoje, a principal responsável pela discriminação sofrida pelos soropositivos: O percurso dessa doença causava certo estranhamento. Primeiro, afirmaram que só afetava homossexuais masculinos. (...) As primeiras veiculações na imprensa davam conta da existência de uma “peste gay”, reduzindo a incidência da doença aos grupos formados por homossexuais (também aos usuários de drogas injetáveis, mas em uma escala menor) e acentuando o preconceito até então reinante. VIEIRA, Luiz Henrique; SILVA, Leda Maria Messias da. **Discriminação do portador de HIV/AIDS no ambiente de trabalho: análise jurisprudencial**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 11, n. 1, p. 115-144, jan./jun. 2011, p. 119 e 120.

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

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

This change in the epidemiological profile of the illness has meant enormous challenges for the care of persons living with HIV. Despite structures initially contemplating a predominantly male clientele, over time services had to cope with new and growing demands related to the care of women living with AIDS⁷.

Women are infected by their partners, who can be casual or long term. Most impressive are the elevated statistics suggesting that heterosexual relations are largely responsible for transmission of the disease because of the failure to use condoms.

Nonetheless, numerous popular beliefs continue to exist that associate transmission of the disease with mere physical contact, such as a kiss, or risks of proximity to HIV-positive persons in locations of profuse sweating, for example a sauna or sports activities, and a series of inanities that only encourage something much more dangerous: discrimination.

DISCRIMINATION AGAINST HIV POSITIVES IN THE WORK SPHERE

Unfortunately, discrimination at work is common⁸, whether against women, homosexuals, people with illnesses, or even people with possibly symptomless diseases.

The work sphere is the location of heightened controversies in the modern world. Among the problems are disputes in power relations among men and women.

⁷ BRAGAL, Patrícia Emilia; CARDOSO, Maria Regina Alves; SEGURADO, Aluisio Cotrim Segurado. **Diferenças de gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo, Brasil**. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública, vol. 23 n.11, nov. 2007.

⁸ Apesar das vedações constantes na Constituição Federal: Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes::; Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Na mesma esteira temos a previsão normativa da Organização Internacional do Trabalho – OIT, através da Convenção de nº 111, em seu artigo 1º, que procurou conceituar a discriminação nas relações laborais, ao aduzir: Discriminação é a distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado-Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego ou profissão.

Men, especially so-called “alpha males,” did not easily accept the migration of women from home to office, much less when they begin to occupy command posts. Now, still macho and potent, men pivot in their virile universe to share the space with not only women but also gays, lesbians, and bisexuals.

Consequently, prejudice and the practice of discrimination are readily observed. At least in Brazil, however, discrimination in work relations have been relatively prohibited through statute No. 9.029/95.⁹

It is very true that this law more directly addresses the question of discrimination against pregnant women, but by analogy it is possible to apply the norm to cases of discrimination because of sexual orientation in the workplace in accordance with Article 1 of the law itself.

Still, discrimination in work relations resulting from homophobia because of sexual orientation is not uncommon, resulting from ignorance and especially lack of popular awareness. Many still associate sexual orientation with being HIV positive, despite, as noted, the greater incidence of cases stemming from heterosexual relations. In this vein, people with HIV can be victims of discrimination by superiors without obvious motives, merely because of having a disease that the superiors feel are threatening.

The consequence can be penalties and warnings without apparent motive, motivated by “inadequate performance,” i.e., for being HIV positive. The pretexts vary:

⁹ Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

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

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

insufficient professionalism, incompatible behavior, difficulties relating in a healthy way to other employees. These are merely some examples used to punish employees when a good part of these justifications are unfounded, based on discrimination resulting from the employees having HIV. Thus, when employees suffer discrimination by virtue of being HIV positive, some measures used by employers, such as “reprimands” for “inappropriate behavior,” amount to moral harassment, sometimes even sexual harassment, humiliation, persecution, or “invitations” or suggestions that if employees are dissatisfied they should resign. And despite no one normally liking to be humiliated, the victim of jokes, barbs, and prejudices, people need jobs. Thus, bearing the humiliations for the sake of a paycheck at the end of the month becomes necessary rather than optional. Upon realizing this, employers increase their mistreatment to augment their discrimination and satisfy their own prejudices.

Therefore, if the conditions of work are less than ideal several solutions present themselves:

- Employees can talk with their bosses and explain their dissatisfaction because of employer conduct. In some cases confrontation makes hierarchical superiority fade and employers come to treat their employees with respect and propriety, or at least it reduces the discrimination.

- If after talking the problem persists, or worsens, and employers further increases the persecution, then employees can document discriminatory orders, copy emails in a place outside their workplace, and confront employers again, this time, however, recording the conversation.

- Thus, resignation will not be necessary; the only viable path, however, may be law suits for moral or sexual harassment, depending on the facts.

Nonetheless, nothing prevents employees who feel injured or discriminated against by virtue of homophobia from filing an employment complaint seeking indemnification for moral harms resulting from moral harassment.

DEFENSE OF HUMAN DIGNITY

No one has to endure being mistreated within the workplace because of HIV. The law has changed, in fact, always accompanying the evolution and route of society itself. Especially flowing from the experiences of the two World Wars that devastated humanity in the twentieth century, what was sought was protection of humans in their very existence, their lives and their dignity. Through human rights and countries adopting a set of treaties and international conventions, humans sought to prioritize defense of a group of rights held as fundamental to all individuals in any given society. It fell to the state, therefore, to guarantee and assure the protection of fundamental rights. And nothing prevented individuals who felt harmed or that their fundamental rights had been reduced or infringed seeking proper judicial protection. Legal doctrine, by and large, contemplates the relation of fundamental rights with the dignity of human beings, since the protection of citizens, of people, is a vital activity of the democratic rule of law. The combination of these individual rights is labeled fundamental rights.

Paulo Gustavo Gonet Branco writes that:

The catalog of fundamental rights in the Constitution consecrates various freedoms and seeks to guarantee them by means of diverse norms. Liberty and equality form two essential elements of the concept of human dignity that the framers erected as the foundation of the democratic rule of law and apex of the system of fundamental rights¹⁰.

But finally, what is human dignity?

Dignity comes from the Latin *dignitas*, meaning merit, respect, nobility¹¹. Dignity refers to a concept that human beings merit consideration, that is, worth, so that human dignity is the respect of the value of the person as a human being¹².

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 296.

¹¹ **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1040. SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 256. Derivado do latim dignitas (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público.

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

And this concept is not influenced by any difference, economic, cultural, social, religious, sexual, or racial, since all indiscriminately ought to be respected as human beings.

Jose Afonso da Silva writes:

Fundamental human rights are legal situations, objective and subjective, defined in positive law, on behalf of dignity, equality, and freedom of humans¹³.

Castanheira Neves states:

The personal dimension postulates the value of human beings and requires unconditional respect for their dignity. Dignity of persons considers them in and of themselves, that is really to say, with respect for everyone beyond and independently of overall contexts and social situations in which they concretely exist. Thus, if persons are always members of communities, of groups, of classes, dignity and value does not reduce these modes of communitarian or social existence. The sacrifice of personal value and and dignity merely for the benefit of the community, group, or class would be invalid and impermissible. In other words, the subject bearing absolute value is not the community or class, but a human person, although existing and socially embedded in community and class. Whatever socio-historical judgment deserved by a certain community, a certain group, or a certain class, that cannot imply an identical judgment on the members considered personally - their dignity and personal responsibility cannot be confused with the merit or blame, the socio-historical role and responsibility of the community, the group, or classes of which they are part.¹⁴

The objective is to demonstrate that differences among human beings do not exist and that all ought to be respected equally, without any type of judgment of worth, and using a religious conception of work, humanity is made in the image and appearance of the Creator, so if persons are mistreated and their dignity disrespected, it is equivalent to affronting the Creator itself.

dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma". COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 21 e 22.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 183.

¹⁴ Apud MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, págs. 190 e 191.

Ronald Dworkin affirms:

Whatever the language used by the community, having one's dignity compromised denies the sense of one's own self as someone who has critical interests and whose life is important in itself. What we have then is a betrayal of one's self. And our description also explains why indignity is more serious when its victim no longer suffers from it. In the end, a person who accepts indignity accepts the classification implicit in it, and it is a huge and sad defeat to accept that one's own life does not have the critical importance of other lives, that one's being is intrinsically less important.¹⁵

Alexandre de Moraes signals the responsibility of the legal system to protect the dignity of the human person:

The dignity of the human person is a spiritual and moral value inherent to the person that singularly manifest itself in the conscious and responsible self-determination of one's own life and what comes with it, the intention to respect other people, constituting an inviolable minimum that all legal statutes must assure, such that only rarely can limitations be made on the exercise of fundamental rights, always without disrespecting the necessary esteem that all people deserve as human beings.¹⁶

Jose Mauel M. Cardoso da Costa observes:

Actually, to affirm the "dignity of the human person" is to recognize the ethical autonomy of humans, of each particular and concrete human, bearer of a vocation and of a destiny, unique and irreplaceable, of free and responsible realization, who has to be fulfilled in a social relation (and in communitarian solidarity) grounded in the radical equality of all humans - such that no one of them can be reduced to a mere instrument or servant of an "Other" (whether another person or the state)¹⁷.

Ingo Wolfgang Sarlet emphasizes the duty of the state to assure dignity for society:

It cannot be doubted that all the organs, functions, and activities of states are linked to the principle of human dignity, imposing on them duties of respect

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 339.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 128 e 129.

¹⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. IN **Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 191.

and protection, expressed as much in the obligation on the part of the state to abstain from mismanagement in the individual sphere that are contrary to personal dignity as in the duty to protect it (the personal dignity of all individuals) against aggressions arising from third parties, whatever the origins, it is worth saying, including against aggressions arising from other private parties, especially - but not exclusively - from those considered socially powerful (or private powers). Thus, it can be seen thus that the principle of human dignity not only imposes a duty of abstinence (respect) but also positive activity tending to effect and protect the dignity of individuals.¹⁸

The dignity of the human person acquired important shapes and force in the post-war epoch, and in the next century the issue was approached by the majority of countries that defend liberty, communion among the people, and the democratic rule of law. Some did this expressly in their constitutions, while others entered treaties and other instruments protective of human rights¹⁹.

Doctrine confirms the necessity of state intervention to assure the protection of fundamental rights of the members of society and thus guarantee social peace and the harmony of social relations.

J. J. Canotilho maintains:

The guiding force of fundamental rights to the benefits (economic, social, and cultural) inverts from the outset the classic objective of the legal intention grounded in subjective law: from an intention to forebear public powers (law to require that the state abstain from interfering with rights, liberties, and guarantees), law is transformed into a prohibition of abstention (law to require the state to intervene actively in order to assure benefits to citizens).²⁰

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 132.

¹⁹ Jussara Maria Moreno Jacintho acerca da realidade portuguesa e da premência dos Estados em efetivarem a proteção da dignidade da pessoa humana: "a nossa ordem jurídica não enquadró a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais. Preferiu elencá-la como um dos princípios fundamentais do Estado. Essa colocação, sem sombra de dúvidas, encerra uma opção que direciona e impulsiona o princípio da dignidade humana não apenas para a interpretação dos direitos fundamentais, como de toda Constituição. De ressaltar-se que a dignidade, para ser respeitada e promovida prescinde da sua expressão textual. Ela decorre da própria evolução humana, do consenso histórico que houve por bem se afirmar, ainda que com resistência por parte de vários Estados. Daí percebe-se que pari passu com o direito à dignidade, ou o direito a ver respeitada a sua dignidade – há também a escolha pelo valor, semanticamente elaborado como princípio, que assume o papel de vetor da interpretação constitucional". JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios**. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 100

²⁰ CANOTILHO, J.J. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 365.

Regina Quaresma concludes:

The dignity of the human person is a principle that permeates the whole constitutional order. All that is expressed constitutionally is based in human dignity. This is expressed from the first moment in which conditions of life worthy for all citizens are guaranteed, opening channels of citizen participation in public affairs and conferring conditions for the exercise in increasingly large degrees of the creative potential through a process of liberation and self-determination of human beings.²¹

Ingo Wolfgang Sarlet adds:

It can be affirmed with certainty, in the wake of the reading of the best doctrine, that the constitution (and in this sense, the constitutional state) in the measure that it presupposes activity legally established and controlled by the state organs, constitutes the condition of existence of fundamental liberties that can only aspire to efficacy in the penumbra of the authentic constitutional state.²²

Article 1, III, of the federal constitution states:

“Article 1. The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and Federal District, constitute a democratic rule of law and has as its foundation: III - the dignity of the human person”.

Human dignity retains an intrinsic relation with fundamental rights since this guarantees and confers a guiding North Star to interpret these very rights.

The difficulty is for the state to understand and accept its role in guaranteeing and achieving this fundamental norm, since it falls to it to inject and assure the legal norm into social reality.

Article 3 of the federal constitution of 1988 addresses this matter:

²¹ QUARESMA, Regina e GUIMARÃES, Francisco de. **Princípios Fundamentais e Garantias Constitucionais**. IN PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; e NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 402.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

“Article 3: To achieve objectives fundamental to the Federative Republic of Brazil: I - To construct a free, just, and solidaristic society.”

Regarding the struggle against homophobia, discrimination, prejudice, and other actions that do not respect difference, it is up to the state to create and implement effective protective mechanisms in order to assure law so that people with HIV will have their rights respected and, above all, will have the right to have rights, that is, to declare that those with the disease will be without fear or threat of reprisals by a prejudiced society.

Luis Roberto Barroso approaches the issue and the relation with constitutional principles:

All people, whatever their origins and personal characteristics, have the right to enjoy the legal protection of these principles granted to them. These principles are worth spelling out: to be free and equal, to develop the fullness of their personality and to establish personal relations with a defined and just legal regime. And the state, for its part, has the legal duty to promote these values, not only by satisfying legitimate interests for the beneficiaries of rights but also by consciously assuring a level of political, ethical, and social elevation to the entire society.²³

The state has the mission of taking the constitutional principles of equality and freedom from the theoretical plane and making them practical reality. To be different must not mean being sick, a problem, or much less the target of persecution or assaults upon one's right to choose to be different from convention or the majority, but rather it must be fully compatible with the diversity of a pluralistic and democratic society.

THE CONSTITUTION AND THE PROTECTION OF PERSONS WITH HIV

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. IN ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, págs. 114 e 115.

Before addressing fundamental rights directly it is necessary to analyze the paramount function of the democratic rule of law²⁴, as Articles 1 and 3 of the federal constitution establish:

Article 1. The Federal Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and the Federal District, is constituted by the democratic rule of law and has as its foundations: I - sovereignty; II - citizenship; III - dignity of the human person; IV - the social values of work and free initiative; V - political pluralism.

Article 3. Fundamental objectives of the Federal Republic of Brazil are: I - to construct a free, just, and solidaristic society; II - to guarantee national development; III - to eradicate poverty and marginalization and to reduce social and regional inequalities; IV - to promote the welfare of all, without prejudices of origin, race, sex, color, age, or any other forms of discrimination.

The objective of the Brazilian democratic state as determined in Article 3 of the federal constitution is the construction of a free, just, and solidaristic society, the eradication of poverty and marginalization, the reduction of social and regional inequalities, and furthermore the guarantee of national development and the promotion of the welfare of all, without any discrimination.

Luis Roberto Barroso affirms:

Such a normative framework is explicit and unequivocal: the constitution is resistant to all forms of prejudice and discrimination, a combination that has to include disrespect and inequity based in the sexual orientation of persons²⁵.

Moreover, it is indispensable to register the complementarity of the preamble of the constitution: ... a democratic rule of law, aimed to secure the exercise of social and

²⁴ Carlos Ari Sunfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 56 e 57.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. IN ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 115.

individual rights, liberty, security, welfare, development, equality, and justice as supreme values of a fraternal, pluralistic, and unprejudiced society, founded on social harmony.

The foregoing highlights the state's function in developing the necessary mechanisms to assure social harmony and the same conditions of existence for all members of society and also its function in correcting occasional challenges when basic fundamentals are not respected. This collection of duties of the state includes the defense of fundamental rights.

Writes Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

The state serves the necessity of collective law, when this necessity is essential for the collectivity, that is, the service rendered directly effects society. This occurs when the state acts on the economic and social system. These are permanent necessities of the collectivity and not only when there are disturbances, as in the cases of indirect collective necessities, for example, transport, mail, oil, education, social security, etc.²⁶

Therefore it falls to the democratic rule of law to effectuate individual citizen rights, that is, the realization of the full exercise of equality and liberty²⁷ for achievement of fundamental rights.

Pontes de Miranda says of fundamental rights:

Fundamental rights are either supra-state or not. These latter are thought to be so intimately linked to the ideal that presided in the framing of the constitution that they are recognized in the constitution as basic rights.²⁸

²⁶ MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. IN MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 346.

²⁷ Pontes de Miranda: A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (quorum maior, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que seja sacrificado os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram. MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 51.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 85.

Fundamental rights are also consecrated in the Brazilian federal constitution in Article 5:

Article 5: All are equal before the law, without distinction of any nature, being guaranteed to Brazilians and foreigners residing in the country the inviolability of the right to life, liberty, equality, security, and property on the following terms.

All are equal before the law in a society where all have the right to liberty, to equality, to security, and to property. These are the main fundamentals, and among them, with regard to the topic at hand, two deserve special attention: equality and liberty.

EQUALITY

The concept of equality²⁹ assumed a predominant role in the modern world as a result of its direct link with democracy. Equality among citizens is the fundamental basis of the democratic rule of law.

The treatment of the concept of equality permeates the legal analysis of the issue, since it is the plain observation that human beings are really unequal among themselves, whether by physical or psychological characteristics or for political, educational, sexual, or other preferences. So it is appropriate for the law to validate that all the inhabitants of a community have the same rights and duties among themselves and between themselves and the state. It is the equalization of social relations.

Celso Antonio Bandeira de Mello says:

²⁹ 1. Fato de não apresentar diferença quantitativa. 2. Fato de não se apresentar diferença de quantidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrar-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas, aparências, intensidades; uniformidade; paridade; estabilidade. 3. Princípio segundo o qual todos os homens são submetidos à lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações. **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1569.

The principle of equality prohibits differential treatment of people. Nevertheless, consistent with this observation, the nature of law, its main function, resides exactly and precisely in dispensing dissimilar treatment.³⁰

The constitution, as we have seen, establishes that all are equal before the law. All ought to be treated the same way, independently of their political or religious preference, their economic or social condition, or because of illness, etc.

Celso Antonio Bandeira de Mello warns about the possible disrespect for constitutional priorities:

There is offense to the constitutional precept of equality when:

- I - The law singles out a current, specific target, instead of addressing a general category of people, i.e., a future, indeterminate person.
- II - the law adopts criteria for purposes of drawing distinctions based on elements not inherent in the facts, situations, or persons that are being categorized. This discrimination occurs when the factor of "time" - that does not reside in the object - is adopted as differentiating criterion.
- III. The law affords different legal treatments based on criteria lacking logical relevance to the legal transaction at hand;
- IV - The law supposes a relation of logical relevance existing abstractly, but the distinguishing factor adopted results in unintended effects or is in some way dissonant from constitutional interests;
- V - The interpretation of the law extracts distinctions, criteria, or imbalances that are not ostensibly expressed, or even implicit, in the text.³¹

The state is responsible for effectuating rights of people who might be different within certain categories, that is, everyone can exercise their preferences and free choices, as long as discrimination, disrespect, or limitation on others' choices does not exist, because all can equally realize their options and all must be respected in an equal manner.

LIBERTY

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 12.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, págs. 47 e 48.

Liberty³² and its analysis are fundamental to comprehend rights that people have to be able to choose the road that suits them best and also to identify with groups that follow the same ideals, political or religious preferences, thoughts, sexual orientation, etc.

Amartya Sen says of the importance of liberty:

The valorization of liberty has been a battlefield for centuries, in fact, millenia, and it has partisans and enthusiasts as well as critics and severe detractors. . . . Liberty is valuable for at least two different reasons. In the first place, more liberty gives us more opportunity to seek our objectives - all that we value. It helps, for example, in our ability to decide to live how we like and to obtain goals that we want to achieve. This aspect of liberty is related to our skill in achieving what we value, without mattering how this realization comes to be. In the second place, we can attribute importance to the process of choice itself. We can, for example, be certain that we are not being forced into something because of restrictions imposed by others.³³

The federal constitution mandates that all are equal before the law. People are free to choose their ideas, education, influences, beliefs, and political inclinations, and consequently, to opt to share these ideas with other persons and form groups with those similarly inclined. In such a way, liberty, like equality, provides increasingly ample space for emerging groups to affirm their ideas. And to contain conflicts of interest, the law promulgates minimum regulations for social coexistence.

That way the law assures, within the democratic rule of law, the liberties of its citizens, who can join together, demonstrate, choose their religion, express their opinion, declare publicly that they have illnesses, be HIV positive, etc.

THE RIGHT TO HAVE RIGHTS

³² 1. Grau de independência legítimo que um cidadão, um povo ou uma nação elege como valor supremo, como ideal (a justiça em termos absolutos é contrária à 1). 2. Conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei. **DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1752.

³³ SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Dinelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 261 a 263.

As we can see, the Brazilian federal constitution assures the right of citizens to have liberty to choose their political affiliations, their religious beliefs, their sexual options, etc., all deserving equal respect. This understanding is that law always deals with the consequences of choices, not with the choices themselves. Otherwise, the national legal system would prohibit discrimination, prejudice, and racism, yet the law would be ineffective for people to realize their rights.

Independently of protective laws, social decay and lack of culture are more important than the implementation of law. Still today in a pluralistic and open society people cannot enjoy their right to have rights. It is one thing for the constitution to say that discrimination is not permitted, but it is very different to assure that a person can freely exercise his rights without suffering any type of social reprisal. Law exists as an instrument of repression of misconduct and to guarantee harmonious coexistence among members of a society. But even today, no way has been found to guarantee that a person can live freely. Thus being HIV positive and declaring openly that someone has an illness can cause a series of disturbances to citizenship and work relations because of not respecting the right to have the right to be different from the majority.

Even today, with all the access to the means of communication, with the internet, globalization, and the ease of knowing other cultures and customs, it can be affirmed that Brazilian society still has difficulty in accepting those who are not considered "equal" or "normal." It is as if to speak about being HIV positive were a crime or something that ought to be forbidden - a prejudicial labeling incompatible with a society that declares itself open and pluralistic and that adopts as a fundamental priority the defense of human dignity. The national legal system still has not succeeded in creating a solution to effectuate the right to have rights, notably, the right to be different. The right to difference presupposes a prior need: the realization of the right to have rights.

A person cannot live with fear of attack or negative reaction by society only because of contracting a disease that the majority associate with noxious conduct. What is required is a struggle to defend the dignity of humans and to stand up against the consequences of a prejudiced and discriminatory society.

PROTECTIVE INSTRUMENTS

As already emphasized, when employees have their rights violated at work they can complain about that situation to their superior or even sue the company for the harms caused. Here we amplify the discussion of protective instruments in the sphere of work.

DISCRIMINATION IN THE SPHERE OF WORK

Discrimination at work³⁴ can occur in various forms, such as criticism of the manner of dress, commentary about the lack of professionalism, or email exchanges among employees about the conduct and behavior of the HIV-positive workers.

Thus far, only discrimination by work colleagues has been referenced. For these cases, solutions involve informing superiors about the incidents and soliciting remedies. Superiors can settle these problems with mere conversation or, if necessary, with formal warnings or even suspensions.

If, moreover, HIV-positive workers feel offended, nothing prevents filing a lawsuit against the perpetrators seeking indemnification for moral damages³⁵.

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

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

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

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

If the offenses stem from employers or other superiors, however, such as ridiculing HIV-positive employees in front of colleagues, alleging feigned poor performance, or encouraging resignation, conduct based on the status of workers' health, it is up to HIV-positive employees to seek solutions. A first step could involve a conversation to try to get beyond the prejudice. Unless the attitude was innocuous, the HIV-positive worker could resign and go to court with a complaint for indemnification for moral damages and also for some violation of the employment relationship in case the employer fails to pay what is owed.

Notice that the labor and employment courts will join the actions into one suit, the work complaint as well as the claim for damages, since the injuries arise from employment and the parties in that relationship.

It is important to highlight that if employers, as a result of employees being HIV positive, discharges them because of their illness, disguising the discrimination³⁶ through artifices to harass and force the resignation of the employees, it is equally appropriate to file a complaint in the labor and employment courts.

The Fifth Panel of the Supreme Labor Court (Tribunal Superior do Trabalho, TST) has ruled on this issue, finding that a firm discharged its employee, a sushi chef, without just cause as a result of his being HIV positive. The firm denied that the discharge had occurred because of discrimination, but it did not "remember" what the employee had told it about his illness. It alleged that the discharge of the chef had

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

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

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

De forma indireta, por outro lado, a discriminação patronal se manifesta através de um tratamento formalmente neutro, mas que materialmente possui um efeito adverso sobre determinado grupo. Há, pois, uma conduta camuflada por parte da entidade patronal, que adota postura discriminatória, sem, contudo, revelar explicitamente tal posição. Para ser evidenciada, torna-se necessário averiguar as consequências adversas da conduta aparentemente neutra. TEIXEIRA, Sergio Torres. **Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a "esquecida" Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória.** Revista Magister de Direito do Trabalho, v. 43, p. 47-82, 2011.

resulted from a misunderstandings among employees. The argument was rejected by the lower courts, since had the discharge been motivated by a breach of the employment contract, as the firm insinuated, the contract would never have been ended without just cause³⁷.

Moreover, based on statute No. 9.029/95, the unjustly dismissed employee could have sued for immediate reinstatement to the firm's staff³⁸.

There is yet another important consideration about the relation between superiors and HIV-positive employees: emails.

A question that often gets ignored in work³⁹ relations is that employers are not authorized to interfere in personal communications of employees, much less to circulate, via email, anecdotes or other types of ridicule that directly or indirectly attacks the image, honor, intimacy, or private lives of HIV-positive employees. These

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

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

Sobre o tema algumas decisões dos Tribunais: I) RECURSO DE REVISTA - REINTEGRAÇÃO PORTADOR DO VÍRUS HIV DISPENSA DISCRIMINATÓRIA Ciente o empregador de que o empregado é portador do vírus HIV, presume-se discriminatória a dispensa. Ainda que inexistia norma legal específica determinando a reintegração do empregado, não há dúvida de que o ordenamento jurídico repudia o tratamento discriminatório e arbitrário. Precedentes desta Corte.

Recurso de Revista não conhecido. (TST, RR - 906/2004-006-04-00, 3ª Turma, Rel. Min. MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, julgado em 18/10/2006, DJ 10/11/2006).

II) Não obstante inexistia no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV – Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no caput do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos. (TST – ERR 205359/1995 – SBDI 1 – Rel. Min. Leonardo Silva – DJU 14.05.1999 – p. 00043).

III) REINTEGRAÇÃO - PORTADOR DO VÍRUS HIV – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A dispensa do empregado, porque portador do vírus HIV, é discriminatória e, por conseguinte, afronta os artigos 3º, IV, e 5º, caput, ambos da Constituição Federal de 1988. Recurso de revista não conhecido integralmente. (TST - RECURSO DE REVISTA: RR 6255672720005025555625567-27.2000.5.02.5555, Publicação: DJ 06/02/2004).

³⁹ No Brasil o tema da intimidade das partes envolvidas no contrato de trabalho sempre teve menor importância. Durante várias décadas foi completamente negligenciado, inclusive pela doutrina. Mesmo os melhores manuais de Direito do Trabalho não atentaram para a importância do assunto. MALLETT, Estêvão. **Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho**. Revista TRT 6. Recife PE, vol. 19, nº 36, 2009, p. 37.

employees, feeling offended or attacked morally by the attitudes of their superiors or even of work colleagues who circulate emails belittling their dignity, can also file complaints in court seeking reparations for injuries through actions for indemnification for moral harm.

In the same vein, anyone who uses their position to access the email of employees and inadvertently spreads its private content so as to denigrate or harm their image and expose their personal life and intimacy incurs similar liabilities. This situation also can give rise to litigation for indemnification for moral damage⁴⁰.

Finally, a brief analysis about the quality of life of employees at work, especially related to this issue. Leda Maria Messias da Silva and Livia Maria Bressani de Oliveira write on the issue:

The sphere of work encompasses the entirety of existing conditions in the workplace related to the quality of life of the worker (Constitution, Article 7, XXXIII, and Article 200). The work environment is a combination of factors, physical when it involves the health of workers and the conditions in which they are subordinated to work; psychological when it involves all types of harassment and mental sufferings experienced by workers, as these influence their quality of life.⁴¹

When someone seeks opportunity in the labor market, clearly remuneration is among the principal attractions in accepting employment. Nevertheless, there are other aspects that ought to be taken into account, such as the benefits supplementing remuneration and, especially, the working environment. After all, a healthy and harmonious environment contributes greatly to higher production by employees. To the extent that there is discrimination, hostilities, and persecution of employees because of HIV, this environment will be corrupted and harmful for their production and

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

⁴¹ SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012, p. 291.

performance, bringing unrest and distress and even can result in illnesses such as panic syndrome or depression.

Again, Leda Maria Messias da Silva and Livia Maria Bressani de Oliveira write:

A healthy work environment is a trans-individual right, inherent in the right of personality by virtue of being a right of all workers that is linked to Article 200, II and VIII, of the federal constitution of 1988.⁴²

It is a constitutional social obligation of the state, at the same time as it is a matter of diffuse or even collective interest.⁴³

Employers owe equitable and respectful treatment to all their employees and the federal constitution⁴⁴, as we have seen, confers equality on all. Specifically in employment relations the constitution manifests an express defense of equality in Article 7, XXX and XXI.⁴⁵

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

(...)

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

(...)

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

⁴³ SILVA, Leda Maria Messias da; OLIVEIRA, Livia Maria Bressani de. **A diversidade sexual no ambiente de trabalho e os direitos de personalidade**. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 283-310, jan./jun. 2012, p. 292.

⁴⁴ A aplicação do princípio da igualdade na esfera do Direito do Trabalho, entretanto, se revela mais marcante quando analisado sob o prisma da atuação do empregador perante os membros da classe operária. Ou seja, sob a ótica da imposição do postulado da não discriminação sobre toda a conduta patronal.

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

A conduta discriminatória do empregador, em tais termos, tem por finalidade prejudicar de modo ilícito um empregado em particular ou um grupo de empregados, no tocante à contratação, ao desenvolvimento da relação ou ao próprio exercício da função laborativa. Na discriminação patronal, uma distinção ilegítima é feita pela entidade empregadora em relação a empregados, de forma a gerar uma diferença de tratamento sem justificativa, em prejuízo ao princípio da isonomia. Havendo uma diferenciação fundamentada em motivo legítimo, como aquele oriundo da exigência de determinada qualificação efetivamente necessária para o regular exercício de certa profissão, a distinção é considerada lícita, inexistindo discriminação. Ocorrendo uma distinção ilegítima, entretanto, a discriminação se manifesta nos atos praticados pelo empregador em prejuízo aos empregados atingidos pela conduta nociva. TEIXEIRA, Sergio Torres. **Acesso à justiça e proteção à relação de emprego: a “esquecida” Lei n. 9.029/95 e a vedação à despedida discriminatória**. Revista Magister de Direito do Trabalho, v. 43, p. 47-82, 2011.

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

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

Employers cannot establish different remuneration for the same job by virtue of employees being disabled nor can they differentiate functions because of disability. If they do, suits for indemnification for moral harms are appropriate.

CONCLUSION

Legal protection of work relations for HIV positive workers involves a number of facets that lay persons might not initially perceive: harmony in the work environment, good relations with superiors, and healthy social coexistence involving matters of illness are only some of the aspects that contribute to the maintenance of quality of life for people with HIV. In this context, however, these aspects usually exist only theoretically because on a practical level respect and evenhandedness often yield to discrimination and prejudice.

The reasons for discrimination are varied and involve, among other things, ignorance and an overreaction to novelties, especially to things falling outside what is labeled normal. Verbal aggressions, psychological violence, embarrassment and harassment are only some of the hostile responses of work colleagues or even of hierarchical superiors to diseases that may or may not result from the virus that causes AIDS.

With the initial emergence of the disease, it was associated with belonging to at-risk groups, usually homosexuals, so homophobia strongly affected people with HIV. Instead of seeking dialogue and especially information, what occurred were reprisals, discrimination, increased responsibilities, unequal salaries, and all conceivable means

(...)

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

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

to force the resignation of workers so that coexisting with someone “abnormal” could cease and peace could again reign in the firm.

The judiciary no longer tolerates these behavioral aberrations of employers, however, and if unjust discharge is confirmed, employees can choose if they desire to be reinstated to their previous firm. To the extent that the reality of work involving HIV-positive employees is still far from the ideal, at least the constitutional precepts of equality and liberty have begun to exercise effects.

In this vein, realization of the key element is still lacking: the guarantee of the right to have rights for HIV-positive workers. They must be assured the liberty to opt to reveal their illness without fear of homophobia, reprisal, and/or harassment. This is exactly the point where the constitution and legislation fall short, for they treat the consequence while ignoring what is most important: the cause of discrimination, that is, the lack of respect for the right to have the right to be different. Labor and employment law must pay attention to discrimination, and legislators must also make it their business to note this normative lacuna and effectuate rights for people to guarantee their own free choices. Only in this way can the harmony and social peace envisaged by the constitution be realized.

REFERÊNCIAS

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

BRAGAL, Patrícia Emilia; CARDOSO, Maria Regina Alves; SEGURADO, Aluisio Cotrim Segurado. ***Diferenças de gênero ao acolhimento de pessoas vivendo com HIV em serviço universitário de referência de São Paulo, Brasil***. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública, vol. 23 n.11, nov. 2007.

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

COMPARATO, Fábio Konder. ***A afirmação histórica dos Direitos Humanos***. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. ***O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas***. IN Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Dialética, 1999.

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

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

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

GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. ***A dignidade humana e a nova hermenêutica constitucional A Constituição Federal de 1988, a dignidade humana e a hermenêutica dos princípios***. Tese de Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2003.57

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

MALLET, Estêvão. **Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho**. Revista TRT 6. Recife PE, vol. 19, nº 36, 2009.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. IN MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

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

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

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

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

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

SILVA, De Plácido e. ***Dicionário Jurídico Conciso***. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TUTELA JURÍDICA DO TRABALHADOR SOROPOSITIVO

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

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

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

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