

# O DIREITO FUNDAMENTAL A INTIMIDADE DO TRABALHADOR PORTADOR DO VÍRUS HIV E O DIREITO DE SEU EMPREGADOR AO CONHECIMENTO DAS DOENÇAS DE SEUS SUBORDINADOS

Luana Petry Valentim,<sup>1</sup>  
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer<sup>2</sup>

## RESUMO

As discussões acerca dos limites da intervenção do empregador na vida privada de seus empregados vem se tornando, cada vez mais, objeto de preocupação de estudiosos do Direito, na medida em que amplia-se a percepção e consciência de que os Direitos dos trabalhadores vão para além dos tradicionalmente aceitos na esfera das relações de emprego. Já no momento da contratação, quando a relação de emprego ainda não se estabeleceu, iniciam-se as tensões relativas a direitos dos dois pólos dessa relação. O artigo se propõe a analisar, a partir da Teoria da Proporcionalidade proposta por Robert Alexy, a colisão entre o Direito a intimidade do candidato ao emprego ou empregado e o Direito à informação do empregador na exigência de apresentação de exame negativo de HIV no ato da admissão ou parte do instrumental do controle dos exames periódico da empresa.

## PALAVRAS-CHAVE

Intimidade. Informação. Teoria de Robert Alexy.

## ABSTRACT

The discussions around the limits of employer intervention in the personal lives of their employees is becoming increasingly an object of concern to researches of law, according as it broadens perceptions and awareness of the employees rights goes beyond the traditionally accepted in the sphere of employment relationship. At the hiring, when the employment relationship has not been established, begin the tensions concerning duties of the two poles of this relationship. This paper aims to examine, as of the proportionality theory proposed by Robert Alexy, the confrontation between the Law to privacy of the prospective or indeed employee, and on the other hand, the employer's right to information on the requirement to submit negative HIV test at the moment of admission or part of the control tools of periodic examinations of the company.

## KEY WORDS

Privacy. Information. Theory by Robert Alexy.

## 1. INTRODUÇÃO

Passadas mais de três décadas, o fenômeno da AIDS, relatado pela primeira vez, pela comunidade científica, no início dos anos 80, ainda continua a gerar questionamentos e conflitos que não foram

---

<sup>1</sup> Aluna do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (mestrado) em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Advogada atuante nas áreas civil e previdenciário.

<sup>2</sup> Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO-1991). Doutorando em Bioética pela UnB, Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV-2008). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ-1988). Professora do programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV (Mestrado e Doutorado).

devidamente enfrentados. Os avanços alcançados nas ciências médicas que nos permitem, hoje, não mais considerar o diagnóstico dessa doença como sendo uma sentença de morte, definitiva e irrefutável, permitindo uma qualidade de vida que possibilita aos portadores levarem uma vida normal, inclusive no trabalho, acaba por gerar outros problemas que não foram, ainda, devidamente estudados e enfrentados, especialmente na área jurídica.

A reconhecida condição de fragilidade do empregado na relação de emprego que já se anuncia na fase anterior ao estabelecimento da relação, qual seja, no processo seletivo e nas exigências documentais relativas à fase de admissão, são demonstrativos claros da necessidade de que o Direito se debruce sobre esse tema, especialmente em casos como o que nos propomos realizar, qual seja, o Direito do candidato ao emprego recusar-se a apresentar exame de HIV, ainda quando esse exame não venha a ser utilizado como fator de restrição contratual, mas, supostamente, como alocativo do empregado em setores que lhe sejam mais favoráveis à sua condição de portador do vírus da HIV.

A justificativa, que vem sendo utilizada por muitos empregadores, de que o conhecimento dessa informação poderia ser utilizado no sentido de realizar alocações mais adequadas e convenientes aos trabalhadores portadores do vírus, que a princípio pode ser considerada como protetiva de direitos do empregado ou possível candidato a emprego, precisa ser analisada com vistas a evitar que discursos de justificação moral venham a servir para a garantia de interesses do capital sem considerar direitos dos trabalhadores tais como o direito a intimidade e a privacidade.

Inegável que as inúmeras campanhas realizadas nas últimas décadas no sentido de minimizar o forte preconceito que acompanhava os portadores do vírus, especialmente nos primeiros anos do surgimento do fenômeno, serviram para torná-lo menos explícito e garantir que o processo de exclusão inicial fosse reduzido. Entretanto, ainda que dentro de escopos menos aparentes o problema continua presente no cotidiano das relações humanas e em especial nas relações de emprego.

Nesse sentido, o presente trabalho se propõe a analisar o Direito do empregado, ou candidato ao emprego, de ter sua intimidade preservada não sendo obrigado a apresentar exames comprobatórios de HIV, em contraposição ao Direito do empregador de ter a informação necessária para que possa tomar decisões relativas à contratação ou alocação de empregados.

Dentro da perspectiva da relativização de direitos que vem sendo, cada vez mais, considerada face as dificuldades impostas pelo mercado formal de trabalho, o problema se apresenta como relevante, exigindo estudos que permitam um posicionamento mais claro e justo, seja por parte daqueles que decidem nos tribunais seja por parte daqueles que buscam a efetivação dos Direitos Fundamentais pelas vias não estatais.

A pergunta sobre que direito deve prevalecer diante da colisão entre o Direito do empregado a intimidade e o Direito do empregador a informação será analisado à luz da Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy.

## **2. A SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA – AIDS.**

Antes de adentrarmos ao tema específico se torna necessário explicar, resumidamente, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS. Neste sentido, a AIDS é definida como “quadro associado a uma doença indicativa de defeito na imunidade mediada por células, ocorrendo em pessoa que não tenha outra causa para determinar a imunodeficiência, além da presença do HIV” (FARTHING, 1989, p.12).

Os primeiros relatos dessa síndrome foram publicados em 1981, nos Estados Unidos, quando foram notificados aos Center for *Disease Control and Prevention* (CDC) vários casos de pneumonia por *Pneumocystis carinii* (fungo cuja denominação recentemente foi alterada para *Pneumocystis jiroveci*) e de sarcoma de Kaposi em homossexuais masculinos previamente saudáveis (RACHID, 2008, p.03).

No início, aquele que se contaminava com essa síndrome também adquiria sua sentença letal. Ocorre que, com a introdução de potentes esquemas anti-retrovirais e o emprego de profilaxias primárias para infecções oportunistas, houve grande queda de mortalidade associada às infecções de

HIV. Ademais, a partir de 1998, em muitos centros dos EUA, Brasil e Europa, as causas de óbito de indivíduos infectados pelo HIV passaram a ser as mesmas relatadas em indivíduos da mesma faixa etária, porém não infectados (RACHID, 2008, p.03).

Assim, a AIDS decorre da infecção de por um vírus denominado HIV que “provoca lesões no sistema imunológico” e, assim este sistema não consegue proteger o organismo contra algumas infecções, algumas das quais que se tornam a causa da morte do paciente (REIS JUNIOR, 2005, p.05). Portanto, atualmente a AIDS pode ser controlada pela ingestão de medicamentos e não mais será letal, a morte acontece, na maioria das vezes, por outras infecções que o corpo portador do vírus não consegue se proteger.

### 3. DIREITO A INTIMIDADE X DIREITO A INFORMAÇÃO.

O Direito a intimidade é resguardado constitucionalmente no art. 5º inciso X que prevê: “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”. Portanto, trata-se de direito fundamental que precisa ser assegurado.

Por tal motivo que em 1995 foi promulgada a Lei 9.029/95 proibindo a exigência de atestado de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Tal lei prevê em seu primeiro artigo:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à 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 previstas no inc. XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Vale mencionar que a Consolidação de Leis Trabalhistas - CLT, em seu art. 168 prevê a possibilidade de exames médicos, na admissão, demissão e periodicamente e, no parágrafo segundo desse mesmo artigo é imposto ao empregador a realização de exame admissional ao empregado "para apuração da capacidade ou aptidão física e mental do empregado para a função que deva exercer".

Assim, a fim de tornar compatível a CLT com a Lei 9.029/95 e com princípios éticos e protetores que rodeiam as relações de emprego os exames exigidos devem ser apenas aqueles necessários para o exercício do cargo que estão pleiteando. Dessa forma, atualmente é unânime que o empregador que exigir o exame HIV de forma admissional pode sofrer uma das penalidades previstas na Lei 9.029/95. Percebe-se:

**Portaria 1.246 / 2010 do Ministério do Trabalho e Emprego, Art. 2º:** "Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV.

Em contraponto, tem-se outro direito fundamental, qual seja, o da informação. Seria o direito a informação do empregador em saber que está contratando um soropositivo. Tal necessidade não se dá por discriminação, mas a fim de resguardar a integridade física daquele funcionário e de terceiros. O que se defende é que esse funcionário não deveria ser alocado, por exemplo, para realizar uma cirurgia ou outra função em que terá contato com o sangue e com objetos cortantes, porém, nada o retira da possibilidade de realizar qualquer outra profissão.

O direito a informação é resguardado pelo artigo 5º da Constituição Federal nos incisos XIV, XXXIII e XXXIV “b” que preveem: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”; “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão

prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”; “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

Assim, percebe-se que existem dois direitos fundamentais em conflito, será que a Teoria de Robert Alexy é capaz de ajudar nessa colisão?

#### **4. BREVE RESUMO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY**

O escritor alemão Robert Alexy formou-se em direito e filosofia, mas em leituras de suas obras é possível perceber sua paixão pela filosofia e o quanto importante o mesmo a considera para uma discussão do Direito.

O importante aqui é entender uma das teorias mais brilhantes criadas por esse autor, com a mesma este ganhou o conhecimento de forma mundial, sendo por alguns aplaudido e por outros criticado. Ocorre que mesmo aqueles que criticam em algum momento precisaram recorrer a sua obra para entender a tamanha importância que a mesma alcançou.

Robert Alexy buscou a criação de uma teoria dos direitos fundamentais diferente e sempre deixou claro que estaria buscando uma teoria que se adaptasse ao Estado Alemão, porém, esta hoje já é aplicada em diversos países, inclusive no Brasil. Ademais, informa que sua teoria é jurídica dogmática, envolvendo três dimensões, quais seja, analítica, empírica e normativa.

Resumidamente, a dimensão analítica visa a análise dos conceitos juntamente com a estrutura de todo o sistema. Já a empírica busca a análise do direito positivo, mas conjuntamente com o jurisprudencial, ou seja, prima pela efetividade como validade do direito. E, a normativa avança para o resultado da razão prática, assim, qual será a decisão correta em um caso concreto (2008, p. 33-36).

Assim, explica o autor acerca que sua teoria “tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, de forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimização” (2006, p.39).

O que buscou o autor foi uma teoria ideal dos direitos fundamentais, porque entende que toda a teoria dos direitos fundamentais consegue apenas a aproximação desse ideal. Para tanto, Robert Alexy entende que toda teoria de Direito Fundamental tem o seu valor se contribuir com esse ideal, percebe-se (ALEXY, 2006, p. 39-40):

Para realizar de forma mais ampla possível a teoria dos direitos fundamentais (no sentido de uma teoria ideal), é necessário reunir várias teorias verdadeiras ou corretas sobre direitos fundamentais. Mas é claro que essas teorias devem ser avaliadas na medida de sua contribuição à teoria ideal.

Após essa breve introdução é necessário se adentrar nos direitos fundamentais, tema deste artigo. Robert Alexy defende que sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito, mas a recíproca não é verdadeira. Assim, norma seria um conceito mais amplo do que direito fundamental (2008, p. 50-51).

Além disso, normas de direito fundamental para Robert Alexy tem a forma abstrata – quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma constituição, pode ser identificada como norma de direito fundamental – ou forma concreta – quando se questiona que normas em um determinado ordenamento jurídico ou uma constituição são normas de direitos fundamentais, e quais são. Sendo que, essa última é a utilizada na Constituição Alemã (2008, p.65).

E assim continua esse autor a explicar o que seriam as normas de direitos fundamentais. Ainda informa que “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85).

Os direitos fundamentais podem ter caráter principiológico ou de regras. Principiológico quando se trata de valores, objetivos, fórmulas abreviadas e regras quando se afirma que a constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva também no âmbito dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 86).

Neste sentido Robert Alexy de defesa do caráter principiológico dos direitos fundamentais adentra mais ao tema defendendo os princípios como mandamentos de otimização (2006, p.90), senão vejamos:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Portanto, esse foi considerado um grande avanço no conceito de princípios, uma vez que o autor considerou que esses são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2006, p.90).

Cabe mencionar aqui que não significa que as normas de direitos fundamentais tenham caráter duplo, quer dizer, ou elas são regras ou são princípios. Porém, podem adquirir um caráter duplo “se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos” (ALEXY, 2006, p. 141).

Importante destacar tudo o que foi dito até o momento para entendermos que para o autor apenas as regras são consideradas conflitantes, ou seja, na aplicação de uma a outra deve ser considerada inválida. Em suas palavras: “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for considerada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

Por outro lado, entre princípios não há conflito, mas sim colisão. Assim dois princípios podem ser aplicáveis em um caso, mas se deve analisar o caso concreto para a aplicação do princípio que alcance a solução mais correta (ALEXY, 2008, p. 93).

Na explicação de Robert Alexy: “conflito entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (2006, p. 94).

Após todo o exposto, adentra-se a famosa teoria dos princípios e a máxima proporcionalidade de Robert Alexy, explica-se (2006, p. 117):

Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica naquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

Neste sentido a adequação do meio utilizado para o fim desejado desenvolvido por Robert Alexy significa utilizar-se do meio mais adequado; adequado no sentido de que seria o meio para se conseguir o fim almejado, sem prejudicar tanto outro princípio ou outros meios. Explica o autor (ALEXY, 2008. P.120):

Se M1 não é adequado para o fomento ou a realização do objeto Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele -, então M1 não é exigida por P1.

Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação as possibilidades fáticas.

Necessidade significa que não há outro meio cabível com custo menor. Explica o professor Alexandre Coura (2009, p. 134):

Em relação ao cumprimento da exigência de “necessidade” ou “exigibilidade”, requer-se que, havendo dois meios de promover o mesmo princípio, a escolha recaia sobre o menos gravoso, ou seja, aquele que interfira o menos intensamente possível nos demais princípios em concorrência. Assim, a “necessidade” tem como pressuposto a exigência de que qualquer medida tomada não possa ser substituída por outra igualmente eficaz e menos onerosa.

Por fim, proporcionalidade em sentido estrito explica Daniel Sarmiento (2003, p.89):

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito – que Robert Alexy denomina também como mandado de operação -, envolve, por seu turno, uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada. Ou seja, o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade. [...] Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.

Diante ao exposto, finaliza-se com as palavras de Robert Alexy (ALEXY, 2008, p.118):

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas

Dessa forma, entende Robert Alexy que com a aplicação dessa teoria é possível a solução de vários conflitos cotidianos. Pontua-se que não é uma idéia afastada desse escritor, uma vez que até o Supremo Tribunal Federal do Brasil vem usando sua tese, o que demonstra que a mesma também pode ser aplicada em nosso país.

Conclui-se informando que a teoria desse autor é muito maior e mais detalhada do que aqui exposta, Robert Alexy trata de outros assuntos não aqui relatados, como a restrição, subjetividade dos Direitos Fundamentais, tal fato que leva ao aprimoramento ainda maior de sua Teoria, porém aqui foi destacado apenas o ponto central que será necessário para o desenvolvimento da conclusão deste artigo.

## **5. APLICAÇÃO DA TEORIA DE ROBERT ALEXY NA COLISÃO PROPOSTA**

Atualmente a jurisprudência é quase unânime no sentido de que é possível a manutenção do portador do vírus no ambiente de trabalho, e, caso o afastamento, seja pela doença, ou seja, por motivo discriminatório deve ser considerada nula, percebe-se:

**TST - RECURSO DE REVISTA RR 4435700162002504 4435700-16.2002.5.04.0900 (TST)**

Data de publicação: 15/08/2008

**Ementa:** RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO - PORTADOR DO VÍRUS HIV - **Tratando-se de dispensa motivada pelo fato de ser o empregado portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA e sendo incontestável a atitude discriminatória perpetrada pela empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, a despedida deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração ou indenização correspondente.** Recurso de Revista não conhecido. (grifou-se)

E não nós cabe aqui fazer análise de valor e aplaudir nossos tribunais se a discriminação está na sociedade como um todo, questiona-se: será que uma mãe ficaria segura em saber que seu filho estuda com um portador do vírus HIV?

Tal pergunta pode soar um pouco preconceituosa, mas o objetivo foi instigar o pensamento individual. E, a partir de então podemos entender o porquê a pessoa que possui essa doença incurável tem o direito a não precisar prestar essa informação ao, por exemplo, ingressar em um emprego.

Voltemos a relação de emprego, Renault (2000, p. 128), ao tratar sobre a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus HIV, assinala:

De todas as discriminações, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário, não há como enfrentar-se com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não para aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidético.

Considera-se o trabalho um direito previsto na Constituição Federal e, muito mais do que isso, nas lições de Hannah Arendt (2012, p. 08):

O trabalho é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e resultante declínio estão ligados às necessidades vitais produzidas e fornecidas ao processo vital pela trabalho. A condição humana do trabalho é a própria vida.

E nesse sentido ainda continua essa autora que defende o trabalho como própria existência do indivíduo. Afastar esse direito devido a uma doença incurável, porém não de fácil transmissão pode ser algo complicado. E, garantir que com a obrigatoriedade de informação do empregado de suas doenças aos empregados estaria também garantido o Direito ao Trabalho pode ser ainda mais complicado, pois como já informado a discriminação existe. Neste sentido, explica Lúcio Alcântara (2001),

Um levantamento recentemente divulgado pelo Jornal “Folha de São Paulo”, em 20 de setembro de 2001, mostrou que, no Estado de São Paulo, mais da metade das cerca de quarenta mil pessoas em tratamento com anti-retrovirais estão desempregadas. Segundo o estudo, essas pessoas têm sua sobrevivência mais afetada pela falta de meios de subsistência do que pelos efeitos do vírus em seus organismos.

Infelizmente, ainda hoje, um dos grandes problemas sofridos pelo portador do vírus HIV seria a discriminação que, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, é algo preocupante nas relações de trabalho e ainda explica que “é a conduta pela qual se nega à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”. (DELGADO, 2000, p. 96).

Ademais, conforme Firmino Alves Lima a discriminação ocorre nas relações de trabalho, quando um ato ou um comportamento do empregador implica na distinção, exclusão, restrição ou

preferência baseadas em uma característica pessoal ou social, sem motivo justificável, que tenha por resultado o fim do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e de vantagens trabalhistas asseguradas, bem como de direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho (2006, p. 135).

Assim, depara-se não apenas com a importância do trabalho para a subsistência de uma pessoa, mas também juntamente com a discriminação que ainda existe em nosso país. Assim, tais institutos são importantes para resguardar um princípio maior, a dignidade da pessoa humana. Conforme Robert Alexy, nem mesmo esse princípio é absoluto, porém, não há como negar a importância do mesmo. Ademais, muitos autores o colocam como o foco central do ordenamento jurídico.

Por outro lado, também restou demonstrada a complexidade de alguns empregadores ao contratar seus subordinados sem possuir essa informação. Informa-se que alguns hospitais já foram obrigados a indenizar pessoas – decisões do STJ – que saíram do seu ambulatório com soro positivo. Ocorre que o problema das indenizações não é o maior, mas o direito a dignidade humana do paciente também está presente. Um médico se resguarda ao saber que seu paciente é portador do vírus HIV, porque o paciente não poderia se resguardar caso fosse o contrário?

Em se tratando de saúde, não poderia o empregador saber das doenças de sua equipe, a fim de um atendimento mais eficaz e menos arriscado? Como resolver esse conflito?

Busca-se aqui a utilização da ponderação dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, uma vez que o mesmo defende que quando existe a colisão de princípios deve existir a ponderação para a aplicação no caso concreto. Dessa forma, analisam-se cada caso.

No conflito entre o direito a intimidade do empregado e direito a informação do empregador é justo o posicionamento atual do ordenamento jurídico brasileiro, por meio do qual prevalece a intimidade do empregado, uma vez que não é necessário que o Estado interfira, concedendo o Direito ao empregador a essa informação, já que restou comprovado que o Brasil ainda é um país discriminador e a doença em análise não é de fácil transmissão, não gerando risco as demais pessoas que trabalham com a pessoa infectada.

Porém, tal procedimento deve ser relativizado ou absoluto? Busca-se a resposta, por exemplo, em caso de enfermeiro que lide diretamente com o sangue de terceiro, não seria mais importante a ciência do empregador sobre esse dado? Não estaria assim resguardando uma coletividade em prol de um direito individual? Para responder essas indagações, a tentativa será a utilização da Teoria Estudada no tópico anterior.

Primeira indagação será: garantir o Direito a informação do empregador, derrubando o direito a intimidade do possível empregado é o meio adequado para se resguardar a dignidade da pessoa humana de terceiro? De acordo com Humberto Avilá para discutir a adequação “o meio deve levar à realização do fim” (2013, p. 187).

Notório que a resposta seria positiva. Fazer com que o empregador saiba, na área da saúde, se o seu possível empregado é soropositivo, seria um meio adequado de se evitar prejuízo de terceiros, uma vez que os cuidados seriam redobrados para garantir a não contaminação do paciente. Ademais, esse profissional poderia ser utilizado em áreas que gerem menos risco para ele e para o paciente.

Ocorre que a dignidade desse possível empregado poderia ser afastada em prol de uma coletividade? Neste ponto, adentra-se a discussão da necessidade, assim, questiona-se: tal medida é necessária? Não há outro meio restrito com custo menor ao invés de expor essa intimidade do portador do vírus HIV? Neste sentido, pode-se pensar em tantas formas de prevenção que atualmente existe em uma equipe médica, a ponto que o contato com o sangue do paciente é mínima. Frisa-se que os procedimentos de segurança devem ser utilizados tanto para proteger o paciente quanto para proteger o médico/enfermeiro.



Em outras palavras, se existem formas menos ofensivas não há porque adentrarmos na intimidade do empregado. Tal forma menos agressiva seria na obrigação do empregador em observar se todas as medidas de proteção estão sendo utilizadas de forma correta. Percebe-se que em todas as profissões essa obrigação já existe ao empregador, porque na área médica algo seria diferente?

Por fim, observa-se a proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, é proporcional essa interferência nesse direito fundamental? Aqui se verifica “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais” (ÁVILA, 2013, p. 195).

Neste sentido, continua-se defendendo a tese anterior, já que há uma forma de resguardar tanto o direito ao trabalho do empregado como o direito a saúde se um paciente atendido por um soropositivo, não há motivo para afastar um direito fundamental como o da intimidade. Frisa-se que essa revelação, por muitas vezes, pode encerrar qualquer possibilidade profissional do empregado, portanto, não é razoável o afastamento desse direito individual à intimidade.

Além disso, em caso de exame anterior a relação de emprego será possível confirmar que não foi o candidato preterido porque possuía a doença? Em outras palavras, na submissão ao exame o futuro empregador pode se utilizar do exame para a escolha do candidato soro negativo e não apenas utilizá-lo para alocar o candidato em local correto.

E, dessa forma que vem acolhendo a jurisprudência e doutrina majoritária, porém, sabe-se da existência de posicionamentos contrários, que certamente não se utilizaram dos ensinamentos de Robert Alexy, por exemplo, de acordo com Simón as questões relacionadas à saúde pública funcionam como fator limitador à intimidade e à vida privada, pois a pessoa que sofre de doença grave e contagiosa tem esses direitos relativizados em decorrência do interesse coletivo de não ser alastrada tal doença (2000, p.82).

Percebe-se que a colisão entre direitos fundamentais sempre irá existir, portanto, deve ser analisado caso a caso a fim de evitar injustiças. Pensamos, que adotar posicionamento diferente do que o aqui defendido não justifica, ou seja, adotando a teoria de Robert Alexy não é proporcional a prevalência do direito a informação do empregador, mesmo na área da saúde, ao direito a intimidade do possível empregado.

Conclui-se que, mais uma vez a Teoria de Robert Alexy é eficiente para resolvermos o caso aqui proposto. E, frisa-se, que no caso o direito a informação do empregador apenas foi afastado no caso e, jamais esquecido, pois, em outro momento esse direito estará vigente, como por exemplo, ao buscar a informação do empregado mediante seus trabalhos anteriores.

## **6. CONCLUSÃO**

Não é tarefa fácil em tão pequeno espaço aplicar uma Teoria tão rica como a de Robert Alexy. Porém, tentamos comprovar que a Teoria de Robert Alexy é eficiente para resolver colisões entre princípios. Antes disso, comprovamos o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Ato contínuo, buscamos a colisão entre dois direitos fundamentais de suma importância.

Sabemos que a colisão entre direitos fundamentais são rotineiros na vida e devem ser analisados e decididos caso a caso. No presente artigo, utilizamos a Teoria da Proporcionalidade de Robert Alexy, analisando a colisão do direito à intimidade do empregado ou possível empregado em não precisar realizar o exame do vírus HIV e o direito à informação ao empregador ou possível empregador para melhor alocar àquele empregado.

Ocorre que ao aplicarmos os requisitos da teoria em estudo, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não se vislumbrou proporcional afastar a intimidade do empregado em relação a ser portador ou não do vírus HIV, nem mesmo quando analisando o caso concreto da relação de trabalho na área da saúde.

Isto porque já é obrigação do empregador a fiscalização se as medidas de segurança estão sendo utilizadas por seus empregados. Assim, diante de todos os equipamentos de segurança, da dificuldade de contágio do vírus HIV não se justifica a obrigatoriedade do exame para exercício de qualquer atividade, uma vez que ainda existe muita discriminação desse paciente.

Acerca do tema muito ainda tem-se para discutir, esta foi apenas uma introdução para um debate gigante, onde sabemos que existem os mais diversos argumentos. Porém, espera-se que o aqui escrito venha ajudar e incentivar a novas discussões.

## 7. REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Lúcio. **Aids e Trabalho**. Disponível em: < <http://diariodonordeste.globo.com/2001/11/04/010008.htm> >. Acesso em: 20 de set de 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENT, Hannah. **A condição humana**. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (IN) Constitucional: para uma análise crítica da “Jurisprudência de Valores” à luz da Teoria Discursiva de Habermas**.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Proteções contra discriminação na relação de emprego**. In: VIANA, Márcio Túlio et al (Coord.). **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

FARTHING, Charles F.; BROWN, Simon E.; STAUGHTON, Richard C.D. **Atlas colorido de AIDS e da doença de HIV**. 2. Ed. Tradução de Marisa Russo et al. \_\_\_\_: Artes Médicas, 1989.

LIMA, Firmino Alves. **Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

RACHID, Marcia; SCHECHTER, Mauro. **Manual de HIV/AIDS**. 9. ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2008.

REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. **Garantia de Emprego ao portador do Vírus HIV**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **Proteção ao portador do vírus HIV e ao aidético: enfoque trabalhista a um projeto de lei**. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Tulio. **Discriminação**. São Paulo: LTr, 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr, 2000.