

# A PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO DE GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE NOS TERMOS DA SÚMULA 443 DO TST E A TEORIA DO IMPACTO DESPROPORCIONAL

## THE PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION OF VULNERABLE GROUPS UNDER TST PRECEDENT 443 AND THE THEORY OF DISPROPORTIONAL IMPACT



Recebimento em 04/08/2020

Aceito em 10/11/2020

**Raul Sousa Neves<sup>1</sup>**

### RESUMO

O exercício da democracia nem sempre será apenas respeitar a vontade da maioria. Existem outras definições possíveis de democracia, e uma delas é a substituição de técnicas de força por técnicas de persuasão para a proteção dos membros de minorias e grupos em situação de vulnerabilidade. Este artigo apresenta esse viés do exercício da democracia a partir da análise de uma sentença da Justiça do Trabalho de Porto Alegre (RS) que adota instrumentos para além do direito legislado, a fim de proteger direitos de um grupo em situação de vulnerabilidade. O caso Roseli × Santa Casa trata de uma colisão de princípios entre a livre iniciativa e a igualdade de tratamento com proibição de discriminação. A questão levanta o debate a cerca dos limites da proteção da vulnerabilidade, à luz da Teoria do Impacto Desproporcional e de paradigmas sociológicos que explicam fatos e mudanças sociais que ultrapassam lógicas normativas. Nesse contexto, este artigo analisa a Súmula 443 do TST, que consolidou o entendimento da presunção de discriminação no ato de demissão sem justa causa do empregado portador de HIV/AIDS. Analisa-se os argumentos que levaram à criação da súmula a partir de um caso concreto, assim como se faz uma breve análise sobre igualdade, discriminação e estigma em uma dimensão jurídica e sociológica, destacando esses fenômenos no mercado de trabalho. A pesquisa conjugou os métodos indutivo e dedutivo, sendo de natureza bibliográfica edocumental.

Palavras-chave: Princípio da Igualdade. Discriminação. Teoria do Impacto Desproporcional. Grupos humanos. Situação de vulnerabilidade.

### ABSTRACT

The exercise of democracy will not always be about respecting the will of the majority. There are other possible definitions of democracy, and one of them is the replacement of strong-arm tactics with persuasion tactics for protection of members of minorities and vulnerable groups. This article presents this bias of the exercise of democracy from the analysis of a court sentence of the Labour Justice of Porto Alegre, Brazil, that adopts instruments beyond the law to protect the rights of a group in a situation of vulnerability. The Roseli vs. Santa Casa case deals with a collision of principles involving free enterprise and equal treatment with prohibition of

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela UNIFOR. Especialista em Processo Civil pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Faculdade Paraíso do Ceará, Juazeiro do Norte (CE). E-mail: rauldisousa@edu.unifor.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7211-8575>

discrimination. It raises a debate on the limits of the protection of vulnerability considering the Disproportionate Impact Theory and sociological paradigms that explain facts and social changes that go beyond normative logic. In this context, this article analyses the TST Precedent 443, which consolidated the understanding of discrimination presumption in the act of wrongful dismissal of the employee with HIV/AIDS. We analyse the arguments that led to the creation of the precedent from a specific case, as well as a brief analysis on equality, discrimination, and stigma in a legal and sociological dimension, highlighting these phenomena in the labour market. The research combined inductive and deductive methods, of bibliographic and documentary nature.

Keywords: Principle of Equality. Discrimination. Disproportional Impact Theory. Human groups. Vulnerability situation.

## 1 INTRODUÇÃO

A perspectiva do significado da palavra *direito* não é um consenso entre os juristas – existe uma tensão conceitual entre o que é direito objetivo e direito subjetivo e, na verdade, quanto mais uma noção simboliza um valor, mais numerosos serão os sentidos e mais confuso será o conceito. A partir desse ponto de vista, adota-se aqui que direito objetivo é um conjunto de regras aplicáveis em um determinado Estado, em um contexto político e em um momento específico. Já o direito subjetivo compreende prerrogativas individuais reconhecidas, vinculadas às pessoas e que podem ser reivindicadas. É o que Arendt (2009) associa à dignidade da pessoa humana: o direito a ter direitos. Compreender esse panorama é imprescindível para o reconhecimento e para a proteção de grupos em situação de vulnerabilidade.

Historicamente, pertencer a um grupo em situação de vulnerabilidade, em uma sociedade dividida em categorias, significa pautar a própria vida e centrar as ações ideopolíticas na luta por direitos e no impedimento de novos avanços que impeçam o exercício da cidadania em sua plenitude. O ser humano vulnerável é aquele que está mais suscetível a desvantagens dentro da dinâmica social e, em função disso, tem sua cidadania fragilizada no contexto individual e sobretudo no coletivo. Assim, a condição de vulnerabilidade gera o direito subjetivo de ser apoiado com o intuito de se ter as capacidades necessárias para a proteção de sua situação, não se falando aqui em mudança na situação de vulnerabilidade, mas na proteção da vulnerabilidade, entendendo-a como o direito que o ser humano possui de existir assim como ele é.

Este artigo trata de uma das dimensões dessa luta democrática para reconhecimento de direitos no Brasil. Reflete-se sobre a questão dos direitos humanos em sua horizontalidade nas relações de trabalho das pessoas que vivem com HIV/AIDS no Brasil, tendo por base a decisão judicial dada nos autos do Processo nº 0020883-70.2016.5.04.0001 da 1ª Vara do Trabalho de Porto Alegre, chamado aqui de “caso Roseli Padilha × Santa Casa de Misericórdia”. Aprincípio,



é apresentado a decisão judicial e sua repercussão. Depois, o tema é tratado a luz da teoria do impacto desproporcional e a necessidade de proteção de grupos em situação de vulnerabilidade. O objetivo maior é ligar essas duas problemáticas dissociadas: o direito à não discriminação versus o respeito à livre iniciativa, o que de uma certa forma é uma microanálise das propostas do Estado do Bem Estar Social e um Estado Liberal. Para ajudar a esclarecer essa situação, parte-se das compreensões de Semprini, Charles Taylor, Nancy Fraser, dentre outros para traçar a linha de raciocínio e tecer comentários relativos à sentença, argumentando acerca da compatibilidade da Súmula 443 do TST com o ordenamento jurídico brasileiro e com orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Conclui-se com uma síntese do apresentado no trabalho e entendendo a súmula como um instrumento a favor da proteção do grupo vulnerável. O trabalho é uma análise doutrinária e documental da sentença.

## 2 CASO ROSELI PADILHA × SANTA CASA DE MISERICÓRDIA

Para começar a análise da sentença, em um breve resumo, o caso é explicado para chegarmos ao direito envolvido. A autora, Roseli, ajuizou uma ação trabalhista contra a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre, por ter sido demitida sem justa causa após diminuição do ritmo de trabalho em razão de ser portadora de HIV. Roseli afirma que sua demissão foi um ato discriminatório, pois sua empregadora a demitiu após faltas para fazer o tratamento de saúde por agravamento de seu quadro clínico. Segundo Roseli, embora não tenha feito exames a época, teria pego HIV no trabalho em razão de uma picada de agulha enquanto fazia a limpeza dos quartos.

A Santa Casa afirmou que o motivo da despedida não foi discriminatório, e sim por motivo de faltas injustificadas e desleixo. A Santa Casa havia de ter provado nos autos que o ato não foi fruto de discriminação, pois, conforme a Súmula 443 do TST, presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. A despedida tem que ser invalidada, e o empregado tem direito a retornar ao emprego.

A discriminação nesses casos é presumida e, em consequência, a empresa teria que provar que não se trata de ato discriminatório. Isso não ocorreu, resultando na condenação da empresa em danos morais, tendo por base a Súmula 443 do TST, comprovando a presunção de discriminação ao demitir uma portadora do vírus HIV/AIDS. É importante que não haja confusão terminológica, HIV e AIDS não são palavras sinônimas, segundo informações do Ministério da Saúde, HIV é o vírus causador da doença AIDS. O portador de HIV não

necessariamente tem AIDS, tem a possibilidade de desenvolver, caso não faça o tratamento adequado.

A súmula na qual a sentença se fundamentou foi editada pela Resolução nº 185/2012 e divulgada em 27 de setembro de 2012. Ela faz parte de um conjunto de conquistas importantes no enfrentamento ao preconceito que permeia a questão do HIV e da AIDS que, mesmo depois de tantos anos do surgimento da epidemia, seus portadores ainda sofrem com adversidades, preconceitos e discriminações para além da perspectiva da saúde. A realidade das pessoas que viveram à época do início da epidemia e das que vivem hoje é bem diversa em seu aspecto social – no início da epidemia de HIV, a população afetada estava diretamente ligada em um contexto de vulnerabilidade para além da infecção, estava inserida em outros tipos e formas de violação de direitos humanos e de invisibilidade social. Muito pouco se sabia sobre a doença, mas ela tinha cara, fala e trejeitos e pertencia a um determinado gueto. Receber o diagnóstico era obter uma sentença de morte natural e/ou social.

A vulnerabilidade para além da questão da saúde passou a ser um desafio para estabelecer uma política pública correta para proteção desse grupo vulnerável e, assim, passou-se adotar medidas para proteção jurídica dos portadores de HIV/AIDS. A criminalização da discriminação só veio em junho de 2014, com a edição da Lei nº 12.984/2014, trinta e dois anos depois do primeiro caso de AIDS identificado no Brasil.

A decisão que se analisa neste artigo é bem clara quanto aos direitos protegidos. Em primeiro lugar, fala-se da vedação ao preconceito e à discriminação, e o Poder Judiciário age como instituição de banimento da discriminação neste contexto. Segundo, tem-se a proteção do contrato de trabalho, entendendo o trabalhador como a parte hipossuficiente da demanda. Por outro lado, temos a defesa da livre iniciativa, o direito de a empresa organizar e definir o objeto de sua atividade econômica e estabelecer seus colaboradores. Essa colisão de princípios, proibição de discriminação × livre iniciativa parece até de fácil solução. A questão que chama a atenção é: qual o limite da proteção? Os fins são justos, a causa é nobre, mas como ver essa decisão à luz da Teoria do Impacto Desproporcional? Existe uma linha tênue que é preciso reforçar para compreender os limites da proteção à vulnerabilidade.

A compreensão e reconhecimento da vulnerabilidade também é crucial. As razões que reconhecem os portadores de HIV como grupo em situação de vulnerabilidade podem vir da concepção de minorias do Semprini (1999) que destoa do pensamento tradicional de minorias que segundo Lopes (2008) inclui apenas características étnicas, religiosas e linguísticas. O autor defende que se deve incluir como minorias membros de grupos humanos em que lhe sejam negados direitos pelo simples fato de pertencer a esses grupos. Conforme pesquisas que são

apresentadas ao longo deste artigo, percebe-se que os portadores de HIV têm direitos negados pelo simples fato de pertencerem a esse grupo, o que se enquadraria nas definições do Semprini.

O direito negado aos portadores de HIV/AIDS é o direito ao reconhecimento, de não ter uma vida pautada pelo medo estigma do vírus, de não ser considerado inferior. E muito embora a Constituição Brasileira não preveja um específico direito ao reconhecimento, não há dúvidas de como este direito é essencial as pessoas e deve ser visto conforme Moraes (2003) defende como uma clausula geral de tutela da pessoa humana.

Ademais, nunca será suficiente dizer, o ser humano se constrói apartir do olhar do outro. As ciências sociais diz, a psicologia explica, o que fazemos, o que somos, a forma como nos sentimos, o nosso sofrimento ou o nosso bem estar, a subordinação ou a autonomia, tudo isso depende profundamente da maneira que somos enxergados nas relações que estabelecemos com outras pessoas. Se um indivíduo pertence a uma sociedade que te trata sistematicamente como inferior, este indivíduo vai internalizar uma imagem negativa dele mesmo e vai passar a moldar suas escolhas e ações a partir dela. O reconhecimento pelo outro é vital para que as pessoas possam se realizar e desenvolver livremente. E por isso é tão importante a proteção das minorias e o reconhecimento do multiculturalismo. O respeito as diferenças e as diversidades deve ser um imperativo em um Estado Democrático de Direito. E é apartir desta perspectiva que Taylor (2000) defende o direito ao reconhecimento.

Fraser (2001) em sua teoria sobre o reconhecimento defende que a falta deste ou quando o é feito de forma deturpada, ocorre a diminuição do indivíduo e isso o degrada, o desrespeita, compromete sua possibilidade de participar como um igual na sociedade. Essa falta de reconhecimento tem reflexos econômicos e culturais, pois reforçam praticas culturais estigmatizantes e tendem a gerar efeitos negativos aos excluídos. Fraser (2001) ao contrário de Taylor (2000) tem seu projeto central no tema do reconhecimento com enfoque que essas hierarquias devem ser combatidas de forma efetiva, para além da esfera do subjetividade como defende Taylor. Esses obstáculos a paridade da participação das pessoas e grupos minoritários devem ser erradicadas e o Estado deve ter políticas com essa finalidade, assim, vê-se que a sumula do TST aqui analisada se aproxima mais da teoria da Fraser que a do Taylor, mas uma não elimina aoutra.

### **3 O IMPACTO DESPROPORCIONAL E A PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE**

A decisão judicial que condenou a Santa Casa a recontratar Roseli e a pagar-lhe uma indenização por ter sofrido ato discriminatório conferiu uma proteção absoluta à proibição da

discriminação. O processo hermenêutico da decisão recorre a um instrumento jurisprudencial vinculado ao sistema de proteção de direitos humanos que é compatível também com a interpretação histórica, gramatical, teleológica da Constituição Federal, afinal certamente ninguém reivindicaria o direito de discriminar. Todavia, o Estado, as políticas públicas e o Direito assumem o papel de promover a discriminação positiva, que é o tratamento desigual com o fim de gerar igualdade para grupos em situação de vulnerabilidade e outras minorias étnicas, religiosas, entre outras.

A defesa da Santa Casa no processo partiu do óbvio: a empresa diz que não foi discriminatória, pois em seu quadro de funcionários há outros portadores de HIV que não foram demitidos, como se em simetria falasse: “eu não sou racista, tenho até amigos que são negros”. A importância de políticas públicas que promovam a discriminação positiva serve exatamente para que se possa compreender a discriminação estrutural que impede de enxergar atos discriminatórios como tal. Por essas razões, ações afirmativas e instrumentos jurisprudenciais de proteção são essenciais para a salvaguarda da vulnerabilidade.

O Brasil, nesse contexto, é signatário de diversos tratados internacionais; por exemplo, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Decreto nº 4.377/2002), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969) e a Convenção sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (Decreto nº 3.956/2001).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos em duas oportunidades já se manifestou sobre a proteção a vulnerabilidade de pessoas que vivem com HIV/AIDS. A primeira foi no parecer consultivo 21 de 19 de agosto de 2014 solicitado pela Argentina sobre direitos e garantias de crianças no contexto de migração e da necessidade da proteção internacional. A Corte considerou que quando um Estado precisa tomar medidas especiais para proteção de grupos minoritários deve ponderar sobre fatores pessoais dos grupos, como, por exemplo, o fato de viver com HIV/AIDS. Em específico, por se tratar de um parecer consultivo para a proteção de crianças, a corte coloca em especial ênfase que o Estado adote medidas que coloque as crianças e suas famílias em condições em que sua situação de vulnerabilidade não implique em uma agravação ao quadro de violação de direitos ao qual já estão expostos, qual seja, a migração. A época da solicitação, das crianças que estavam em situação de migração, 340 crianças viviam com HIV/AIDS.

A segunda oportunidade em que a Corte se manifestou sobre HIV/AIDS foi no parecer consultivo 24 de novembro de 2017. Foi um parecer solicitado pela República da Costa Rica sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. A corte

identificou que quando o comportamento sexual é criminalizado, os grupos em situação de vulnerabilidade são colocados em uma hipervulnerabilidade, pois o medo de serem julgados impedem que eles acessem serviços de saúde e esse problema é intensificado no caso de pessoas com HIV/AIDS. Por muito tempo o vírus do HIV foi considerado uma doença dos gays e a discriminação e estigmatização da doença é colocado na conta do comportamento sexual dos indivíduos e refletem nas relações no mercado de trabalho.

É numerosa a legislação sobre o tema, mas diante de tanta proteção surgiu, nos Estados Unidos, segundo Belton (2005), a Teoria do Impacto Desproporcional. Gomes (2001) diz que a teoria trata de qualquer prática empresarial ou política governamental, legislativa ou administrativa que, mesmo sem intenção discriminatória, em consequência de sua aplicação, resulte em efeitos desproporcionais sobre certas categorias de pessoas. Dessa forma, o resultado da ação traz consequências negativas sobre um grupo socialmente determinável. São atos justos na forma, mas discriminatórios em sua substância (BELTON, 2005).

O fenômeno não é, em si, de se lamentar. É positivo que se reconheça a existência e a necessidade de proteção de direitos que devem ser tratados de forma intrinsecamente digna. Devem ser festejadas e incentivadas a proteção e a dignidade em discursos da sociedade civil, em debates sociais e políticos. É louvável que a proteção da dignidade da pessoa humana e a proibição da discriminação se incorporem ao nosso ordenamento e que passem a pautar a aplicação e a interpretação do direito. Contudo, Belton (2005) e Gomes (2001) também têm razão quando, cada um a seu modo, dizem que o fenômeno suscita preocupação.

A vagueza e a indeterminação da Súmula 443 lhe permite ser invocada sem critérios. Na própria decisão que analisamos, o magistrado apenas aplica a súmula, sem mostrar a metodologia de como chegou à conclusão de que esse instrumento se subsumia ao caso apresentado. A súmula foi empregada no equacionamento de um problema complexo sem a devida motivação argumentativa que suporta o resultado alcançado. O arbítrio e a ausência de critérios para aplicação acabam dando suporte aos que se opõem à existência da súmula. Ademais, não é novidade que a simples menção à proteção de vulneráveis e à dignidade da pessoa humana é usada sem nada acrescentar ao resultado alcançado. O direito é uma ciência e, como toda sua ciência, precisa dizer sua metodologia de decisão.

Cardoso (2019) diz que o Código de Processo Civil de 2015 corrigiu uma falha do código anterior, pois o antigo dava a decisão judicial e a sua fundamentação uma perspectiva formal e aparentemente simples, isso passava a ideia da não demanda de esforço argumentativo do juiz. Esse erro interpretativo foi corrigido com o artigo 489 §1º do atual código quando expressamente diz que nenhuma decisão judicial será considerada fundamentada se não enfrentar todos os



argumentos deduzidos no processo que serão, em tese, capazes de enfraquecer ou anular a decisão judicial. Conforme dito, o magistrado no caso da Roseli, apenas se reportou a sumula e a aplicou sem qualquer fundamentação mais elaborada, o julgador não desenvolveu seu raciocínio explicitamente e isso não levanta a legitimidade da existência da sumula e sim de falta de fundamentação na sua aplicação. Ainda conforme Orlando (2019), fundamentar não é a explicação de um procedimento psicológico ou lógico do julgador que o levou a tomar determinada decisão, mas sim uma explanação das razões que demonstrem que sua decisão tem uma base racional, idônea e esse é o intuito do legislador no artigo 489 §1º do Código de Processo Civil que muito embora esteja na legislação civil, deve ser aplicado em qualquer área do direito, pois coaduna com a ideia de direito em uma democracia.

Esse cenário é problemático por diversas razões. Em primeiro lugar, a insegurança jurídica – é difícil para as partes saber o que será considerado pelo juiz na hora de decidir caso ele desconheça a metodologia. Em segundo lugar, a defesa de princípios e a criação de instrumentos jurídicos vagos comprometem a inteligibilidade das normas e acabam ofendendo o próprio princípio que se quer aplicar ao caso concreto. No caso aqui analisado, sendo condenada por não ter provado nos autos que o ato demissional da funcionária não foi discriminatório, será que a Santa Casa voltaria a contratar portadores de HIV/AIDS, mesmociante de que esses funcionários não poderiam ser demitidos como os demais? Esse problema não afeta tão somente a autonomia do empregador, mas compromete também a imposição de limites à liberdade individual. Se o indivíduo é soropositivo e se declara para a empresa como tal, ele é contratado de antemão como um funcionário estável sem qualquer previsão legal, o que pode acarretar uma diferenciação de tratamento entre ele e os demais.

Temos aqui um paradoxo: de um lado, a proibição ao preconceito e à discriminação é um dos pilares de proteção à dignidade da pessoa humana, sendo também possível o exercício da discriminação positiva, que são ações afirmativas e políticas públicas que garantam a igualdade material; de outro lado, a depender do sentido aplicado, essa prerrogativa pode se transformar em um instrumento a serviço da discriminação. Esse é o elemento fundante da Teoria do Impacto Desproporcional.

A decisão da Justiça do Trabalho de Porto Alegre, com base na súmula do TST, seria um exemplo de impacto desproporcional? Ao proteger a relação de trabalho declarando que toda dispensa de portador de HIV/AIDS será ato discriminatório e, com uma presunção *juristantum* (espécie de presunção em que a parte é culpada até que prove o contrário), acaba empurrando ainda mais os portadores do vírus para a invisibilidade, já que, ao assumir ser portador do vírus, geraria no empregador o receio de contratar.



Suponha-se que uma empresa dispense um empregado sem saber que ele é soropositivo; o ato não precisa ser justificado. Já pela literalidade da súmula, se a empresa sabe que seu empregado é soropositivo, precisa provar um fato negativo em juízo por meio de um fato positivo. A generalidade da súmula gera uma indeterminação jurídica e, conseqüentemente, uma insegurança jurídica para as partes. No intuito de criar estabilidade no emprego ao portador de HIV/AIDS, acaba colocando o trabalhador na informalidade. Essa é uma posição adotada quando, na ponderação de princípios entre a proibição de discriminação × livre iniciativa, opta-se pela proteção da livre iniciativa. A liberdade de contratar e a garantia da empregabilidade não pode ser presumida e, mesmo que fosse, não caberia ao Poder Judiciário, em nome da proteção social, legislar através de súmulas, em afronta ao Estado Democrático de Direito.

Dito isso, estamos sugerindo que a súmula não deve ser aplicada? Não. A crítica nesse ponto é quanto à metodologia referente à aplicação. O Judiciário poderia, ao conceber a aplicação da súmula, estabelecer o princípio da proibição da discriminação como norte hermenêutico, tomando cuidado para que, em sua incidência, não atrole outros direitos fundamentais mais específicos. A segunda ideia para melhor a aplicação é exigir maior rigor na fundamentação. O intérprete, ao recorrer a um instrumento vago e aberto, deve ter a responsabilidade de fundamentar a ligação entre o caso concreto e o princípio posto, estabelecendo uma diretriz para chegar à solução do conflito. O terceiro critério seria exigir razoabilidade e proporcionalidade da decisão, evitando que ela enverede em questões filosóficas de difícil equacionamento.

A ideia da proteção em defesa da dignidade da pessoa humana é muito inspiradora, mas, por ser um princípio, ela é vaga e plástica. Para que não se torne apenas uma fórmula retórica, é preciso definir seu conteúdo, a forma adequada de sua aplicação, utilizar um modo mais criterioso para garantir a segurança jurídica, conter o arbítrio de decisões judiciais e defender a própria manutenção da democracia. De modo muito oportuno, a teoria das normas jurídicas do Alexy (2008) propõe que os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas e pode-se compreender a súmula do TST neste sentido. A não existência de uma regra que expresse esse dever definitivo de proteção a discriminação de grupos vulneráveis e a existência do princípio da proteção a dignidade da pessoa humana, entendendo que embora a Constituição Brasileira não preveja um específico direito ao reconhecimento, este direito é essencial às pessoas e deve ser visto como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, obriga que algo seja feito no sentido de dar efetividade a esse princípio, visto como um mandamento de otimização a partir da ótica do Alexy. Assentada essa premissa, cumpre-nos ver a questão a partir da perspectiva do empregado

que vive com HIV/AIDS.

#### 4 O ESTIGMA NO TRABALHO DE PROFISSIONAIS SOROPOSITIVOS

Em uma pesquisa publicada pela PUC de Minas Gerais e feita por Vieira (2018) com um grupo de 13 integrantes sobre a vivência no mercado de trabalho de pessoas com HIV/AIDS, os entrevistados afirmaram que a invisibilidade de sua condição é estratégia de trabalho – todos os entrevistados não consideraram a possibilidade de revelar sua condição, e os que já revelaram não encontraram lugar de conforto. Um estudo publicado há vinte e dois anos pelo Ministério da Saúde concluiu que a AIDS isolava e segregava trabalhadores soropositivos. De acordo com outro estudo, publicado em 2016 pelo Ministério da Saúde, 38% dos brasileiros alegam que não comprariam verduras de uma pessoa que vive com AIDS, e 19% concordam que uma professora soropositiva não pode ensinar. A Secretaria Internacional do Trabalho alertou em 2002 que o HIV/AIDS ameaça direitos fundamentais do trabalhador, já que essas pessoas são estigmatizadas em seus locais de trabalho. Um dos participantes da pesquisa divulgada pela PUC relatou que participou de um processo seletivo em uma grande montadora de veículos, foi aprovado em todas as etapas, mas, após o exame médico em que se apresentou como soropositivo, última etapa do processo seletivo, nunca mais recebeu qualquer retorno.

Uma pesquisa publicada pelo Departamento de Saúde Comunitária da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Ceará traçou, em 2006, o perfil das mulheres infectadas com HIV em Fortaleza e como elas viviam. O resultado da pesquisa foi que elas precisavam ocultar a infecção devido à discriminação e ao preconceito, sentiam-se envergonhadas e preocupadas com o abandono. Não há estudos do número de processos que tramitam na justiça pedindo a aplicação da Súmula 443 do TST; a maioria desses processos estão em segredo de justiça. Segundo a UNAIDS Brasil, até o final de 2018, 37,9 milhões de pessoas em todo o mundo viviam com HIV, e o fato de não sabermos onde essas pessoas estão, em que trabalham e quais cargos ocupam na sociedade nos mostra que essa parcela da população continua invisibilizada.

É possível notar que para além das práticas explícitas, pois dificilmente alguém irá a público defender a não existência de um portador de HIV/AIDS, há uma prática estrutural de preconceito. Em simetria com o já conhecido conceito de racismo estrutural de Almeida (2019), a discriminação contra as pessoas que vivem com HIV/AIDS já está infiltrada em nossas instituições; são práticas culturais, interpessoais, que dificultam o acesso ao mercado de trabalho e justificam a proteção do contrato de trabalho.

A este ponto já alcançamos o paradoxo entre o direito da empresa à livre iniciativa e a não presunção de discriminação sem, pelo menos, uma lei que preveja essa situação, e o direito que reivindica os grupos vulneráveis, no caso analisado o dos portadores de HIV/AIDS, a proteção contra a discriminação e estabilidade no emprego. Amaral (2014) defende que o problema da proteção, nesse caso, não é o entendimento em si aplicado, mas o instrumento usado para a proteção. Crítico do ativismo judicial, entende que não cabe ao Poder Judiciário assumir esse papel e, por meio de uma súmula confeccionada com base em vinte e dois casos, criar uma estabilidade inexistente em lei.

Tratar da questão com base no ativismo judicial é realmente um ponto importante; mesmo sem concluir que esse ativismo seja bom ou ruim, é fato que existe um certo imaginário popular de que as soluções de problemas sociais necessariamente devem vir de uma sentença judicial, e assim o juiz assume esse protagonismo de responsabilidade nas políticas públicas. Todavia, isso não seria nenhuma novidade em nosso sistema jurídico: a Lei nº 11.340/2006, conhecida por lei Maria da Penha, por exemplo, marco da luta pela proteção de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, tem como nascedouro um acordo feito em uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A criminalização da homotransfobia também foi resultado de ativismo judicial na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26e do Mandado de Injunção nº 4733.

Bobbio (2004), em seu livro *A era dos direitos*, quando trata das razões da tolerância, defende que existem várias definições possíveis de democracia e, entre elas, está a que coloca em evidência a substituição das técnicas de forças reais por técnicas de persuasão como forma de resolver conflitos. Adaptando essa leitura de Bobbio para a decisão da Justiça do Trabalho de Porto Alegre, podemos entender que o juiz adotou instrumentos de persuasão para além do direito positivo (técnicas de forças reais) e, aplicando a súmula (técnicas de persuasão), resolveu o conflito sem descumprir as regras da democracia.

A indagação sociológica e jurídica entre o direito de Roseli e a defesa da Santa Casa acaba sendo o direito que pensamos legitimamente merecer. Roseli diz que foi vítima de discriminação e merece ser indenizada; a Santa Casa diz que não foi uma demissão discriminatória e, por isso, o pedido não deve ser procedente e a empresa não merece ser condenada. O juiz entende que, até que se prove o contrário, a Santa Casa agiu com discriminação.

Não existe lei que presuma o preconceito, e essa lacuna é preenchida por um instrumento que abre espaço à reivindicação do direito pelo direito naquilo que pensamos legitimamente merecer. Se voltarmos aos clássicos, estamos debatendo justiça ao pensamento de Aristóteles. O

filósofo entendia, segundo Maffettone (2005), que justiça é dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido. Mas o que uma pessoa merece? O autor dizia que, para determinar a justa distribuição de um bem, devemos buscar o *telos*, ou o propósito do bem que está sendo distribuído. De fato, aqui chegamos a uma aporia em termos filosóficos, mas ao Poder Judiciário não é dado o direito a aporias.

O caso Roseli × Santa Casa nos leva a pensar que a globalização, a expansão dos mercados e a internacionalização dos direitos humanos com o reconhecimento de minorias e grupos em situação de vulnerabilidade deu lugar, segundo Arnaud (2006), a um direito pós-moderno, pragmático, multinacional, pluralista, fragmentado e complexo. Essa nova ordem de necessidade não pode atender a apenas uma demanda de mercado e, em contrapartida, sacrificar a proteção dos indivíduos quanto aos direitos sociais, em especial à área do Direito do Trabalho. Nesse contexto, os juristas precisam sair um pouco do dogmatismo positivista e buscar decisões em um campo interdisciplinar, sociológico, para que possam dar respostas às demandas sem ter que abandonar o direito. É o caso da Súmula 443 do TST, em que o juiz, ao decidir sobre o pedido de Roseli, em contraposição a uma demanda de mercado da livre iniciativa e liberdade de contratar, decidiu a partir de elementos sociológicos o que significa ter direitos, optando por proteger a situação de um grupo em vulnerabilidade ao qual Roseli pertence.

Em uma perspectiva internacional, há uma resolução da Organização Internacional do Trabalho que reconheceu essa vulnerabilidade e necessidade de proteção à população portadora de HIV/AIDS em sua recomendação 200, publicada em Genebra em 2010, estabelecendo que o HIV e a Aids devem ser reconhecidos e tratados como uma questão que afeta o local de trabalho e a saúde do trabalhador e que não deve haver discriminação ou estigmatização desses trabalhadores em razão de sua sorologia. Estabelece também que os trabalhadores devem ter acesso a serviço de prevenção, tratamento, atenção e apoio em relação a HIV e Aids e que essas medidas relativas ao HIV e à Aids devem fazer parte das políticas de desenvolvimento e dos programas nacionais, incluindo aquelas relacionadas ao trabalho, proteção social e saúde, com plena participação das organizações de empregadores e de trabalhadores.

A recomendação da OIT diz que há de existir uma cooperação internacional para a concretização do projeto de saúde do trabalhador portador de HIV/AIDS e que os membros da comunidade internacional devem cooperar entre si, mediante acordos bilaterais ou multilaterais, a fim de dar cumprimento à recomendação.

## 5 CONCLUSÃO

Os trabalhadores que vivem com HIV/AIDS também convivem com a discriminação, e essa situação precisa ser combatida por uma frente ampla de instrumentos de proteção social – nela está o direito e a relação do contrato de trabalho. A sentença do juiz no caso de Roseli inverte a lógica do livre mercado para a proteção do empregado, que comumente já é vulnerável e, ao pertencer ao grupo em situação de vulnerabilidade, há um agravamento desse *status* para uma hipervulnerabilidade que precisa de uma proteção maior.

A Constituição Federal no seu 3º artigo diz que um dos objetivos da Republica Brasileira é reduzir as desigualdades, por logico, deve-se promover a igualdade. Todavia, igualdade não pode ser resumido apenas a proibição da exclusão, deve-se incluir os excluídos de forma a erradicar os estigmas e protege-los contra a discriminação de forma a não expor a vulnerabilidade a quem já vive em grupos em situação devulnerabilidade.

É fundamental lembrar que este artigo foi escrito tomando por base uma decisão judicial, partindo de uma pergunta: o que significa ter direitos? A resposta encontrada é: ter direitos vai além da existência do direito positivo. Roseli conquistou a reparação em danos morais e seu imediato retorno ao emprego não porque existia um artigo na Consolidação das Leis Trabalhistas que previsse essa situação; mas, por uma visão pluralista, fragmentada e complexa, foi feito o uso de instrumentos jurídicos para que o direito fosse usado como sinônimo de emancipação social para a proteção de um grupo em vulnerabilidade. Filiamo-nos a Bobbio (2004) quando, logo na introdução de *A era dos direitos*, defende que, sem reconhecer e proteger os direitos do homem, não há democracia e, sem democracia, não existem condições para a solução pacífica dosconflitos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Silvio. **O que é Racismo Estrutural?** Feminismos Plurais. São Paulo: Letramento, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.
- AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARNAUD, Andre Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (org.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. **Lei nº 7.670, de 8 de setembro de 1988**. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA/AIDS os benefícios que especifica e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7670.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7670.htm). Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **DST/AIDS no local de trabalho**: uma abordagem a partir de grupos focais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1988.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde do trabalhador**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. **Repertório das recomendações práticas da OIT sobre HIV/AIDS e o mundo do trabalho**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Implicações éticas do diagnóstico e da triagem sorológica do HIV**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Vivendo com HIV**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Pesquisa de conhecimentos, atitudes e práticas da população brasileira**. Brasília: Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Brasília, 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 443**. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2012]. Disponível em: [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_401\\_450.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html). Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.984, 2 de junho de 2014**. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12984.htm). Acesso em: 5 abr. 2020.

BELTON, Robert. Title VII at Forty. A Brief Look at the Birth, Death, and Resurrection of the Disparate Impact Theory of Discrimination. **Hofstra Labor and Employment Law Journal**, Hempstead, v. 22, n. 2, 2005.

CARDOSO, Oscar Valente. A fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil: quatro aspectos e conteúdo mínimo. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 542-563 542, out. 2019/ jan.2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2019v21e125-1826>. Acesso em: 04 out. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo**. Obrigações Estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo (interpretação e alcance dos artigos 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 e 24, em relação ao Artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Opinião Consultiva OC- 24/17 de 24 de

Novembro, 2017. Series A, n. 24. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_24\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf). Acesso em: 3 abr.2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou m Necessidade De Proteção Internacional**. Opinião Consultiva OC-21/14 de 19 de Agosto de 2014. Disponível em:  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf). Acesso em:3 abr.2020.

FRASER, Nancy. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a postsocialist age. *In: S. Seidman; J. Alexander. (org.). The new social theory reader*. Londres: Routledge, 2001. p. 285-293.

GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, 2018. Disponível em:  
[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Proteção\\_constitucional\\_direitos\\_177.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Proteção_constitucional_direitos_177.pdf?sequence=2&isAllowed=y). Acesso em: 13 jun. 2020.

MAFFETTONE, Sebastiano. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OIT. **R200**: Recomendação sobre o HIV e a AIDS e o Mundo do Trabalho. Brasília, DF: OIT, 2010.

SESA. Secretaria do Estado da Saúde do Ceará. **Informe epidemiológico situação epidemiológica da AIDS**. Fortaleza: SESA, 2009/2010.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

SESA. Secretaria da Saúde do Estado do Ceará. Coordenadoria de Políticas e Saúde, Núcleo de Epidemiologia. **AIDS**: informe trimestral. Fortaleza: SESA, 2006.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. *In: TAYLOR, C. Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

UNAIDS. Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (2012). **A ONU e a resposta a AIDS no Brasil**. Brasília, DF: Organização das Nações Unidas no Brasil, 2012.

Vieira, Ronan Romão de Freitas. **O Estigma no Trabalho**: a vivência de profissionais soropositivos. 2018. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.