

O QUE SIGNIFICA TER DIREITOS? A PROTEÇÃO CONTRA DISCRIMINAÇÃO DE GRUPOS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE NOS TERMOS DA SÚMULA 443 DO TST

WHAT DOES IT MEAN TO HAVE RIGHTS? THE PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION OF VULNERABLE GROUPS UNDER TST PRECEDENT 443

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 x 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 acerca 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. Analisam-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 e documental.

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 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. Disproportionate Impact Theory. Human groups. Vulnerability.

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 associado à dignidade da pessoa humana: o direito a ter direitos¹. 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 x Santa Casa de Misericórdia”.

A princípio, é apresentada a decisão judicial e sua repercussão. Depois, o tema é tratado à luz da teoria do impacto desproporcional e da necessidade de proteção de grupos em situação vulnerabilidade. O objetivo maior é ligar essas duas problemáticas dissociadas: o direito à não discriminação *versus* o respeito à livre iniciativa, o que de 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 Semprini², Charles Taylor³, Nancy Fraser⁴, dentre outros, para traçar a linha de raciocínio e tecer comentários relativos à sentença, argumentando acerca da compatibilidade da Súmula 443 do TST⁵ com o ordenamento jurídico brasileiro e

¹ ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

² SEMPRINI, A. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

³ TAYLOR, C. A política do reconhecimento. In: TAYLOR, C. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000.

⁴ FRASER, N. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a postsocialist age. In: Seidman, S.; Alexander, J. (orgs.). **The new social theory reader**. Londres: Routledge, 2001. p. 285-293.

⁵ 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.

com orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos^{6, 7}. 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 x 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 pegado 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 ache 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

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. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁶ 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 No. 24. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em 3 abr. 2020.

⁷ 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. Acesso em: 3 abr. 2020.

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 a 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 12.984/2014⁸, 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 x 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 o reconhecimento da vulnerabilidade também são cruciais. As razões que reconhecem os portadores de HIV como grupo em situação de vulnerabilidade podem vir da concepção de minorias⁹, que destoa do pensamento tradicional de minorias, que inclui apenas características étnicas, religiosas e linguísticas¹⁰. Deve-se incluir como minorias membros de grupos humanos em que lhe sejam negados direitos pelo simples fato de pertencer a esses grupos¹¹. 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 de Semprini¹². O direito negado aos portadores de HIV/AIDS é o direito ao reconhecimento, de não ter uma vida pautada pelo medo do estigma do vírus, de não ser considerado inferior. E muito embora a Constituição Brasileira não preveja um direito específico ao reconhecimento, não há dúvidas de como esse direito é essencial às pessoas e deve ser visto como uma cláusula geral de tutela da pessoa humana¹³.

Ademais, nunca será suficiente dizer, o ser humano se constrói a partir do olhar do outro. As ciências sociais dizem, a psicologia explica: o que fazemos, o que somos, a forma como nos sentimos, o nosso sofrimento ou o nosso bem-estar, a

⁸ BRASIL. **Lei nº 12.984, de 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. Acesso em: 5 abr. 2020.

⁹ SEMPRINI, 1999.

¹⁰ LOPES, A. M. D. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 177, p. 19-29, Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Op. cit.*

¹³ MORAES, M. C. B. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

subordinação ou a autonomia, tudo isso depende profundamente da maneira como somos enxergados nas relações que estabelecemos com outras pessoas. Se um indivíduo pertence a uma sociedade que o trata sistematicamente como inferior, esse 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 se desenvolver livremente. E por isso é tão importante a proteção das minorias e o reconhecimento do multiculturalismo. O respeito às diferenças e às diversidades deve ser um imperativo em um Estado Democrático de Direito. E é a partir dessa perspectiva que Taylor¹⁴ defende o direito ao reconhecimento.

Fraser¹⁵, em sua teoria sobre o reconhecimento, defende que, na falta deste ou quando é feito de forma deturpada, ocasiona 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 reforça práticas culturais estigmatizantes e tende a gerar efeitos negativos aos excluídos. Fraser, ao contrário de Taylor, tem seu projeto central no tema do reconhecimento, com enfoque que essas hierarquias devem ser combatidas de forma efetiva, para além da esfera da subjetividade, como defende Taylor. Esses obstáculos à paridade da participação das pessoas e grupos minoritários devem ser erradicados, e o Estado deve ter políticas com essa finalidade. Assim, vê-se que a súmula do TST aqui analisada se aproxima mais da teoria de Fraser do que da de Taylor, mas uma não elimina a outra.

3 O IMPACTO DESPROPORCIONAL E A PROTEÇÃO DA VULNERABILIDADE

A decisão judicial que condenou a Santa Casa a recontratar Roseli e a pagá-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 e 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)¹⁶, a Convenção Internacional sobre a

¹⁴ TAYLOR, 2000.

¹⁵ FRASER, 2001.

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de

Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Decreto nº 65.810/1969)¹⁷ e a Convenção sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (Decreto nº 3.956/2001)¹⁸.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em duas oportunidades, já se manifestou sobre a proteção à vulnerabilidade de pessoas que vivem com HIV/AIDS. A primeira foi no parecer consultivo 21 de 19 de agosto de 2014¹⁹, 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 coloquem 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. À época da solicitação, das crianças que estavam em situação de migração, 340 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 impede 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 a estigmatização da doença são colocadas na conta do comportamento sexual dos indivíduos, refletindo nas relações no mercado de trabalho.

É numerosa a legislação sobre o tema, mas diante de tanta proteção surgiu, nos Estados Unidos, a Teoria do Impacto Desproporcional²⁰. 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 pessoas²¹. Dessa

20 de março de 1984. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.377%2C%20DE%2013,20%20de%20mar%C3%A7o%20de%201984. Acesso em: 3 abr. 2020.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **DOFC**, 8 dez. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 3 abr. 2020.

¹⁸ BRASIL. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 out. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

¹⁹ 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. Acesso em: 3 abr. 2020.

²⁰ BELTON, R. 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.

²¹ GOMES, J. B. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

forma, o resultado da ação traz consequências negativas sobre um grupo socialmente determinável. São atos justos na forma, mas discriminatórios em sua substância²².

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, os autores Belton²³ e Gomes²⁴ também têm razão quando, cada um a seu modo, dizem que o fenômeno suscita preocupação.

A vagueza e a indeterminação da Súmula 443 Ihe 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.

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, mesmo ciente 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 *juris tantum* (espécie de presunção em que a parte é culpada até que prove o contrário), acaba empurrando ainda mais os

²² BELTON, 2005.

²³ *Ibid.*

²⁴ GOMES, 2001.

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 x livre iniciativa, opta-se pela proteção da livre iniciativa. A liberdade de contratar e a garantia da empregabilidade não podem ser presumidas e, mesmo que fossem, 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 atrepele 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. 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, feita 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 conforto²⁵. Um estudo publicado há trinta e dois anos pelo Ministério da Saúde concluiu que a AIDS isolava e segregava trabalhadores soropositivos²⁶. 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

²⁵ VIEIRA, R. R. F. **O Estigma no Trabalho**: a vivência de profissionais soropositivos. 2018. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

²⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. **DST/AIDS no local de trabalho**: uma abordagem a partir de grupos focais. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1988.

soropositiva não pode ensinar²⁷. 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 trabalho²⁸. 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 viviam²⁹. 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 estrutural³⁰, 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. Amaral³¹ 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 11.340/2006³², conhecida por

²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. **Pesquisa de conhecimentos, atitudes e práticas da população brasileira**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2016.

²⁸ 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.

²⁹ SESA. Secretaria da Saúde do Estado do Ceará. Coordenadoria de Políticas e Saúde, Núcleo de Epidemiologia. **AIDS: informe trimestral**. Fortaleza: SESA, 2006.

³⁰ ALMEIDA, S. **O que é Racismo Estrutural?** Feminismos Plurais. São Paulo: Letramento, 2019.

³¹ AMARAL, J. R. P. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014.

³² BRASIL. Lei nº 11.340, de 8 de outubro de 2001. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da

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 26 e do Mandando de Injunção nº 4733.

A obra *A era dos direitos*³³, 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 que justiça é dar às pessoas o que elas merecem, dando a cada um o que lhe é devido³⁴. 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 x 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 a um direito pós-moderno, pragmático, multinacional, pluralista, fragmentado e complexo³⁵. 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

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11340&ano=2006&ato=4b0gXTU5kMRpWT5c7>. Acesso em: 3 abr. 2020.

³³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

³⁴ MAFFETTONE, S. **A ideia de justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins, 2005.

³⁵ ARNAUD, A. J; JUNQUEIRA, E. B. (orgs.). **Dicionário da Globalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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.

4 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 artigo 3º, diz que um dos objetivos da República Brasileira é reduzir as desigualdades³⁶. Por lógico, deve-se promover a igualdade. Todavia, igualdade não pode ser resumida apenas à proibição da exclusão; devem-se incluir os excluídos de forma a erradicar os estigmas e protegê-los contra a discriminação de forma a não expor a vulnerabilidade a quem já vive em grupos em situação de vulnerabilidade.

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 Bobbio³⁷ 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 dos conflitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, S. **O que é Racismo Estrutural?** Feminismos Plurais. São Paulo: Letramento, 2019.
- AMARAL, J. R. P. **Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações de trabalhistas.** São Paulo: LTr, 2014.
- ARENDR, H. **Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- ARNAUD, A. J; JUNQUEIRA, E. B. (orgs.). **Dicionário da Globalização.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BELTON, R. 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.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. **DOFC**, 8 dez. 1969. Disponível em:

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

³⁷ BOBBIO, 2004.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 3 abr. 2020.

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. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **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. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 out. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm. Acesso em: 3 abr. 2020.

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

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.377%2C%20DE%2013,20%20de%20mar%C3%A7o%20de%201984. Acesso em: 3 abr. 2020.

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. Lei nº 11.340, de 8 de outubro de 2001. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11340&ano=2006&ato=4b0gXTU5kMRpWT5c7>. Acesso em: 3 abr. 2020.

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. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 443**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html. Acesso em: 5 abr. 2020.

- BRASIL. **Lei nº 12.984, de 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. Acesso em: 5 abr. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. **Pesquisa de conhecimentos, atitudes e práticas da população brasileira.** Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2016.
- 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 No. 24. Disponível em: 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. Acesso em: 3 abr. 2020.
- FRASER, N. From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a postsocialist age. In: Seidman, S.; Alexander, J. (orgs.). **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, A. M. D. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do Multiculturalismo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 45, n. 177, p. 19-29, Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br>. Acesso em: 13 jun. 2020.
- MAFFETTONI, S. **A ideia de justiça de Platão a Rawls.** São Paulo: Martins, 2005.
- MORAES, M. C. B. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SEMPRINI, A. **Multiculturalismo.** Bauru: EDUSC, 1999.
- SESA. Secretaria do Estado da Saúde do Ceará. **Informe epidemiológico – situação epidemiológica da AIDS.** Fortaleza: SESA, 2009/2010.
- 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, R. R. F. **O Estigma no Trabalho: a vivência de profissionais soropositivos.** 2018. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.