

A TUTELA ANTIDISCRIMINATÓRIA E A SÚMULA Nº 443 DO TST

Hugo Carlos Scheuermann*

“**P**resume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Na semana de 10 a 14 de setembro de 2012, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho participaram da “Semana do TST” com o propósito de promover “uma ampla e profunda reflexão destinada ao aprimoramento institucional da Corte, sobretudo da sua prestação jurisdicional”.

Os trabalhos desenvolvidos nessa semana incluem a análise e atualização da jurisprudência sedimentada em súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, cuja atividade decorre da função uniformizadora que cabe aos tribunais superiores.

A uniformização de jurisprudência é justificável e até mesmo uma necessidade do serviço público da jurisdição, pois o texto da lei nem sempre apresenta solução para o problema trazido no processo, competindo ao *juiz interpretar* e, portanto, atribuir à letra fria da lei a sua compreensão moderna, adaptar o seu sentido aos valores, princípios e normas constitucionais, reavivar sua aplicabilidade segundo o bem comum e o senso de justiça. Ampliada essa atividade interpretativa por milhares de ações judiciais que trazem as mesmas premissas fáticas e jurídicas, é imperativo que a prestação jurisdicional responda racionalmente e com rapidez aos anseios de solução, inclusive padronizando a *interpretação jurídica cabível*, representada pelas súmulas, orientações ou precedentes jurisprudenciais¹.

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.*

1 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 149-50: (...) queremos lembrar que a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho. E essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa a regular, em determinado momento histórico, político, econômico e cultural. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar, o que conduz, como salienta José Puig Brutau, a um anacronismo, ou seja, a cada nova necessidade acode-se quase sempre com a mesma normatividade idealizada para os casos passados, e essa é uma realidade que não podemos desconhecer para precisar o valor da jurisprudência como fonte

Assim, por meio da Resolução nº 185/2012, publicada no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho nas datas de 25, 26 e 27 de setembro de 2012, foi criada a Súmula de Jurisprudência nº 443, com o seguinte teor:

“DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida do empregado portador do vírus HIV ou outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

Tal verbete expressa em seu bojo a compreensão das oito turmas julgadoras e da Subseção Especializada em Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho exarada nas últimas décadas em exame de inúmeros recursos de revista e embargos em recurso de revista que envolveu fatos relacionados à dispensa de empregado portador de vírus do HIV/SIDA e de doença grave, e sua (possível) caracterização como discriminatória, geradora da consequência jurídica da reintegração no emprego.

Os precedentes que originaram a referida Súmula envolveram inúmeras ações trabalhistas individuais cujos casos concretos são do final da década de noventa, início dos anos dois mil até o presente ano de 2013, ou seja, contam com mais de uma década de profunda discussão nas diversas instâncias do Poder Judiciário Trabalhista na busca da interpretação jurídica cabível.

A temática do trabalhador portador do vírus HIV/AIDS – e depois, por simetria, do trabalhador portador de doença grave – veio a ser conhecida dos juízes e tribunais trabalhistas através dos inúmeros processos judiciais, em grande número pelas reclamatórias individuais, mas também pela via dos dissídios coletivos.

Com efeito, até o presente ano de 2013 não há norma jurídica que expressamente afirme estabilidade provisória ou garantia no emprego de traba-

do Direito. À luz da observação da realidade jurídica, é necessário que as decisões, sem desprezar o ordenamento jurídico vigente, resolvam a sua trajetória, indicando-se o caminho justo. Admitem alguns autores até mesmo que se “deforme a norma vigente para assentar o germe da norma vindoura”. Sem chegarmos a esse extremo, reconhecemos que simples enunciados de leis são insuficientes para assumir a função que se lhes assina, até mesmo porque situações únicas ou novas não podem contar antecipadamente com a solução exigida. É imprescindível que os tribunais revejam os posicionamentos sempre que forem alterados os fatores que ensejaram a edição de um determinado enunciado de súmula ou orientação jurisprudencial, atentos para o fato de que o trabalho dos juízes não visa a substituir a atividade legislativa, “mas permitir-lhes certas liberdades com a lei, sem a ilusão de que as abstrações jurídicas ali contidas se revistam de exatidão matemática”. Essa liberdade se acentua quando da interpretação das leis sociais, cujo “espírito jurídico deve ser temperado, juntando-lhe algumas gotas de espírito social, senão se arrisca sacrificar a verdade à lógica” (Henri Capitant).

lhador soropositivo para o vírus HIV/AIDS ou de portador de doença grave considerada estigmatizante. Imagine-se o panorama a partir do início dos anos noventa, quando as demandas trabalhistas começaram a ingressar e exigir uma resposta estatal acerca do conflito originado pelas despedidas dos trabalhadores portadores de HIV/AIDS.

Nas reclamações trabalhistas individuais, de um lado, os argumentos dos empregadores de que a despedida imotivada é a regra e direito potestativo (art. 7º, I, da Constituição), de inexistência de lei a amparar estabilidade (art. 5º, II, da Constituição), de não se tratar de doença originada no labor, tudo a enfraquecer suposta discriminação, cabendo então ao trabalhador demonstrar o fato constitutivo de suas alegações. De outro, os argumentos dos trabalhadores despedidos de que a despedida em momento de fragilidade física configuraria tratamento discriminatório (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput*, I e XLI, 7º, I e XXX, 170 e 193, todos da Constituição e da Lei nº 9.029/95) e levaria à questão social de sérias dificuldades de reinserção no mercado de trabalho. Isso sem excluir o preconceito e o assédio moral praticados em face do trabalhador doente, gerando danos além da esfera trabalhista, atingindo o âmago da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

No plano coletivo, a questão social gerada pelas despedidas dos trabalhadores aidéticos não passaram despercebidas e inspiraram negociações coletivas e dissídios coletivos de manutenção do trabalhador no emprego, ao menos enquanto não houvesse o afastamento previdenciário em auxílio-doença, sinalizando-se, assim, que as categorias profissionais e econômicas iniciavam a entender que a despedida por força de preconceito devia ser evitada, para que o trabalhador pudesse manter suas condições de vida, de subsistência, até para fazer frente ao próprio tratamento (v.g. TST, RO-DC 89.574/93, DJU 10.02.95).

Os precedentes que foram levados à pauta da referida semana de estudos jurídicos pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho, em setembro de 2012, nos permitem encontrar razões jurídicas que impulsionaram a edição da Súmula nº 443. Inicialmente, vejamos ementas de alguns dos precedentes, para depois passarmos ao exame da hermenêutica realizada.

“REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. 2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso IV), e o próprio respeito

à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos arts. 1º, inciso III, 5º, *caput* e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.” (RR 439.041/98, Data de Julgamento: 05.05.03, Relator: Ministro João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 23.05.03)

“RECURSO DE REVISTA. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA POR EMPREGADO CONTRA EMPREGADOR. OBRIGAÇÃO INERENTE AO CONTRATO DE TRABALHO. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. É competente a Justiça do Trabalho para apreciar lide entre empregado e empregador, visando ao pagamento de indenização por dano moral em razão de conduta discriminatória da empresa, que teria promovido a rescisão contratual por ser o autor portador do vírus da AIDS (art. 114 da Constituição Federal/88). Recurso de revista não conhecido. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. O fato de, no sistema jurídico, não haver texto de lei prevendo a estabilidade de empregado portador do vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, uma vez constatada a dispensa discriminatória, em evidente afronta aos princípios gerais do direito, especialmente no que se refere às garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à igualdade (arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal). Recurso de revista conhecido e não provido.” (E-RR 36600-18.2000.5.15.0021, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 30.11.05, 5ª Turma, Data de Publicação: 24.02.06)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na *voluntas* que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a

prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa. Recurso de embargos não conhecido.” (RR 7608900-33.2003.5.02.0900, Data de Julgamento: 06.08.07, Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candioti da Rosa, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 30.11.07)

“RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. Na linha do entendimento consubstanciado nos precedentes desta Corte, tendo a reclamada ciência de que o empregado é portador do vírus HIV e dispõe de condições de trabalho, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir a ocorrência de ato discriminatório e arbitrário. Recurso de revista conhecido e provido.” (E-RR 1400-20.2004.5.02.0037, Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 07.11.07, 1ª Turma, Data de Publicação: 07.12.07)

“NULIDADE DO ATO DEMISSIONAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE – NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1. Não se reconhece ofensa aos arts. 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de empregado portador de doença grave – neoplasia nodular epitelioide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder à dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. 2. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e à não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida nos

arts. 5º, cabeça, e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. 3. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção nº 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil, em 26.11.65 e, promulgada mediante o Decreto nº 62.150, de 19.01.68). 4. Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). 5. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR 119500-97.2002.5.09.0007, Relator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 03.08.2011, 1ª Turma, Data de Publicação: 23.03.2012)

A inexistência de lei estabelecendo a vedação à despedida de trabalhador portador de HIV/AIDS ou de doença grave, por si mesma, não é argumento que se sustente, diante do comando expresso do art. 8º da CLT de que: “(...) na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente de direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

O dever do julgador de apresentar solução no conflito trabalhista permite que lance mão de todas as fontes de direito material, sem exceção, assim como de técnicas de interpretação que visem harmonizar o sistema jurídico como um todo. Considerando a geografia do ordenamento jurídico brasileiro e a hierarquia das fontes, necessário partimos da Constituição, considerada sua posição de supremacia, a conferir a máxima efetividade para as normas (princípios e regras) constitucionais.

É certo que a Constituição confere ao empregador, como regra geral, o poder de despedir sem justa causa ou imotivadamente (art. 7º, I), porque ainda não houve a edição de lei complementar para que a relação de emprego seja protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Nada obstante, o poder de despedir sem justificar uma causa não autoriza todas as formas de rupturas. O empregador detém a prerrogativa de não justificar, mas não pode utilizar desse poder para praticar ato discriminatório, pois, se assim for, o ato jurídico é nulo de pleno direito.

De outra banda, chancelar a justificativa de que “não preciso justificar para despedir”, em detrimento de um exame mais acurado do próprio *sentido da vontade de despedir*, seria afrontar princípios constitucionais fundamentais, em especial no que diz respeito às garantias do direito à vida e ao trabalho e da dignidade da pessoa humana, além de desconsiderar um dos objetivos funda-

mentais da nossa república, que é o combate a todas as formas de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição), expresso também no art. 5º, XLI, da Carta Magna, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Essas normas constitucionais são de *eficácia social* plena e prospectiva, indicando o caminho a toda a sociedade. O juiz não poderia, como sujeito social que é, desconsiderar que deve se pautar pelo combate de todas as formas de discriminação o que lhe permite, também por expressa autorização do art. 8º da CLT, examinar o caso à luz da Lei nº 9.029/95.

A Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou a sua manutenção. Especifica no seu art. 2º o que materialmente configuram atos de discriminação passíveis de punição penal: a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; indução ou instigamento à esterilização genética; promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS). Referida enumeração legal é *numerus clausus* para a materialidade penal, mas não para o Direito do Trabalho que, encontrando fatos de discriminação, por simetria, pode aplicar analogicamente a consequência jurídica do art. 4º da referida Lei, de nulidade da despedida e reintegração ao emprego.

Ao lado de tal norma, a Constituição veda toda sorte de discriminação no ambiente de trabalho por motivo de sexo, cor, idade ou estado civil (art. 7º, XXX). Embora o inciso XXX do art. 7º não alinhe como motivo “estado físico”, tal é inerente à pessoa humana do trabalhador. Considerando também que a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da Constituição), em sintonia com os fundamentos da república, de dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV), o núcleo *dignidade da pessoa humana do trabalhador*² sobressai e serve como advertência e como limite para que o intérprete possa opor tal núcleo a salvo de qualquer ato tendente a maculá-lo.

2 SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 254-255: (...) A dignidade da pessoa humana é o fim supremo de todo o direito; logo, expande os seus efeitos nos mais distintos domínios normativos para fundamentar toda e qualquer interpretação. É o fundamento maior do Estado brasileiro. Miguel Reale explica que “(...) o fato de poder e dever cada homem se realizar de conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence, não exclui, mas antes exige o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda a espécie humana, ou, por outras palavras, de que os seus atos transcendem

Na mesma sintonia, o Brasil é signatário da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), internalizando essa norma em 24.11.64 pelo Decreto Legislativo nº 104/64 e pelo Decreto nº 62.150/68, comprometendo-se a promover a igualdade de emprego e profissão, com o objetivo de erradicar todas as formas de tratamento discriminatório nas relações de trabalho. Também é signatário da Convenção nº 117 da OIT, ratificando a norma internacional e trazendo-a para o plano interno pelo Decreto nº 66.496/70, na qual o art. 14 pugna que os estados-membros se empenhem em construir uma política social que tenha por finalidade a supressão de todas as formas de discriminação, especialmente em matéria de legislação e contratos de trabalho e admissão a empregos públicos ou privados e condições de contratação e de trabalho.

Note-se que as Convenções ns. 111 e 117 da OIT, trazidas ao ordenamento jurídico interno, são anteriores à Constituição de 1988 e seus valores impregnaram o espírito do constituinte originário, que lançou no corpo do texto constitucional normas (princípios e regras) garantidoras da igualdade fática e jurídica e espargiu o *valor igualdade* em inúmeros preceitos.

No tocante à igualdade jurídica X igualdade fática X não discriminação, matérias mais afetas ao estudo do princípio constitucional da igualdade e ações afirmativas, a doutrina e a jurisprudência têm assimilado a distinção entre a discriminação direta e a discriminação indireta. A primeira modalidade consiste na prática de ato desprovido de “véus da ilusão”, resultando em franca e direta discriminação, como, por exemplo (mera suposição), no caso do estudante a quem é negada a matrícula em curso por ser de origem indígena. A segunda, de discriminação indireta, é a que interessa à esfera trabalhista, pois o ato da dispensa em si é aparentemente neutro, todavia, suas consequências resultam em efeitos nocivos e desproporcionais para quem sofre o ato. Guardadas as devidas proporções, já que estamos longe de políticas públicas e o *locus* da lesão é sempre um contrato individual de trabalho, a dispensa do trabalhador portador de HIV/AIDS ou de doença grave consiste, sim, em uma discriminação indireta ofensiva ao direito fundamental de igualdade, pois, sob o manto

o círculo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal. Onde resulta a emergência de uma multiplicidade de ideologias, em função das quais cada um de nós situa e legitima as suas inclinações e esperanças”. Todavia, “(...) a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito”.

da despedida sem justa causa, quem arca com o fardo social de se ver alijado do mercado de trabalho em momento de absoluta fragilidade é o trabalhador³.

Portanto, constatado o impacto desproporcional ao trabalhador portador de doença grave ou estigmatizante, como é o caso do trabalhador soropositivo, imprescindível que se promovam ações para corrigir essa desigualdade. Evidentemente, a melhor forma seria a promulgação de uma lei que tratasse do tema, definindo claramente os papéis de cada um dos atores sociais: trabalhador, empregador, INSS e Estado. No entanto, como já amplamente explicitado, o juiz do trabalho não se exime de dirimir o conflito e pode fazer interpretação do ordenamento jurídico atuando *afirmativamente* na tentativa de erradicar tratamento discriminatório nas relações de trabalho.

Antes de prosseguir no exame jurídico da questão, é importante esclarecer a atuação do vírus HIV no ser humano, para tecnicamente entendermos as fases da doença.

Segundo estudos médico-científicos constantes dos informativos oficiais do Ministério da Saúde para a AIDS (*site*: <www.aids.gov.br>), *ser portador do vírus HIV é diferente de ter AIDS*. Isso porque o ser humano, ao contrair o vírus HIV – sigla para vírus da imunodeficiência humana – permanece em um “período de incubação”, qual seja a fase entre a entrada do vírus e o apareci-

3 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 539-540: (...) A relação entre a igualdade jurídica e a igualdade fática assume particular relevância no campo das atualmente disseminadas – embora em maior ou menor medida controversa – políticas de ações afirmativas. Neste contexto, tem sido amplamente aceita a distinção entre uma modalidade direta de discriminação e os casos da assim chamada discriminação indireta, no sentido de que ambas as formas de discriminação são, quando não justificáveis do ponto de vista constitucional, ofensivas ao princípio da igualdade. No caso da discriminação indireta, o que se verifica é que medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando de sua aplicação, resultam efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinadas categorias de pessoas. Desenvolvida no âmbito da jurisprudência norte-americana, a assim chamada teoria do impacto desproporcional, levou à adoção gradativa de políticas de ações afirmativas, de modo especial na esfera da discriminação racial, ao passo que em outros ambientes, como foi o caso da Europa, se desenvolveu particularmente no campo da discriminação em razão do gênero, passando a ser adotada em outras áreas em que se registra o fenômeno. O que importa, ao fim e ao cabo, é que independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras não venha colocar, de modo desproporcional, determinados grupos em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais, pena de tais medidas serem consideradas incompatíveis com o princípio da igualdade. Na esfera da jurisprudência do STF, a noção da discriminação indireta e a sua incompatibilidade com o princípio isonômico já foi objeto de consideração, destacando-se a decisão proferida na ADIn 1.946/DF, na qual, ao examinar a constitucionalidade da incidência do limite estabelecido para os benefícios previdenciários pela EC nº 20 sobre o salário-maternidade, o Tribunal entendeu que em virtude da aplicação do referido teto quem passaria a arcar com a diferença salarial seria o empregador, o que, por sua vez, levaria a uma redução da oferta de empregos (ou seja, a um impacto desproporcional) para mulheres, em outra palavras, levaria a um aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho.

mento dos primeiros sintomas. Nessa fase de incubação do vírus, o ser humano é soropositivo e está assintomático, ou seja, sem sentir qualquer sintoma. A partir do momento em que o vírus HIV avançou muito sobre o sistema imunológico e atingiu seriamente as células de defesa denominadas linfócitos, o ser humano passa a sofrer das doenças oportunistas, característica do diagnóstico da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA). Nessa fase, o soropositivo está sintomático e vivendo com AIDS.

Essa distinção entre *soropositivo assintomático* (portador do HIV) e *soropositivo sintomático* (aidético) é fundamental, pois tem a ver com a capacidade laborativa do trabalhador com reflexos diretos no seu contrato de trabalho. Enquanto o trabalhador soropositivo estiver assintomático, de regra está fisicamente bem disposto, desempenhando normalmente sua rotina diária, e suas atividades laborativas; mas se o trabalhador já tiver diagnosticada a síndrome (SIDA), estará mais debilitado e, por vezes, incapaz de realizar suas atividades rotineiras e laborativas⁴.

No tocante ao alcance dos trabalhadores portadores do vírus HIV, o teor da súmula não faz distinção entre o soropositivo assintomático e o soropositivo sintomático, permitindo, assim, sua possível aplicabilidade para ambos os casos, a depender do que for apurado no caso concreto.

Quanto aos portadores de doença grave, a Súmula nº 443 do TST corretamente não elenca quais seriam as doenças graves tidas por estigmatizantes, para fins de aplicação da consequência jurídica da reintegração, já que, presente a *afirmação da igualdade*, estabeleceu um *conceito aberto* para enquadrar a doença que, além de grave, seja tida no caso concreto, ou seja, no exame caso a caso, como estigmatizante a ponto de causar preconceito e, assim, fragilizar a parte mais fraca na relação trabalhista, retirando seu meio de subsistência e de fazer frente à doença. Para tal enquadramento o julgador, no caso concreto, pode se utilizar, inclusive, de parâmetros estabelecidos em outras normas legais que procuram realizar a igualdade jurídica quando presente a desigualdade fática,

4 MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 1.121: (...) A questão da AIDS apresenta repercussões no mundo do trabalho. Afirma-se que 90% das pessoas contaminadas ou que tenham contraído o vírus HIV encontram-se na faixa etária em que são capazes de integrar a população economicamente ativa, o que gera, a par de prolongados sofrimentos, consequência de ordem econômica, provocada pela perda de mão de obra qualificada, pelos custos trabalhistas, pelo absenteísmo, pela perda da produtividade e pelo aumento dos custos da seguridade. Sob o prisma das relações de emprego, a questão da AIDS coloca em jogo direitos fundamentais: de um lado, o direito do cidadão a trabalhar, a não ser discriminado e a ter preservada a sua intimidade, impedindo que seja conhecido o seu estado de saúde, pelas graves consequências que tal conhecimento provoca, e, de outro lado, o direito da comunidade à saúde. Diante da contraposição desses direitos fundamentais, torna-se urgente a definição de políticas a serem adotadas pelo governo e por entidades sindicais para tornar efetivo o exercício desses direitos.

como a norma tributária que estabelece isenção do imposto de renda aos portadores de doença grave (Lei nº 7.713/88, art. 6º, XIV: AIDS, alienação mental, cardiopatia grave, cegueira, contaminação por radiação, osteíte deformante; doença de Parkinson, esclerose múltipla, espondiloartrose anquilosante, fibrose cística, hanseníase, nefropatia grave, hepatopatia grave, neoplasia maligna [câncer], paralisia irreversível e incapacitante, tuberculose ativa), bem como a Lei nº 8.036/90, do FGTS, que permite o levantamento do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço para fazer frente ao estágio terminal de doença grave, como neoplasia maligna (câncer) ou AIDS/SIDA, ou outra doença em estágio terminal, desde que identificada por laudo médico e CID. Nada obstante, a jurisprudência trabalhista já tem se debruçado no exame do enquadramento de doença grave geradora de preconceito, desvendando os limites da Súmula de Jurisprudência nº 443 do TST, assim classificando casos de neoplasia maligna (câncer), transtorno bipolar, hepatite C (v.g. RR 136-29.2011.5.04.0372, data de julgamento 08.05.2013, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 10.05.2013; RR 235400-84.2009.5.02.0070, data de julgamento 08.05.2013, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, DEJT 10.05.2013; RR 875000-13.2005.09.0651, data de julgamento 05.09.2012, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 7ª Turma, DEJT 10.09.2012; RR 189000-12.2003.5.06.0005, data de julgamento 28.03.2012, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 13.04.2012).

Por oportuno, cabe destacar que há importantes abordagens a serem feitas em relação a questões que dizem respeito ao plano processual, como os efeitos da presunção relativa de discriminação prevista na súmula, bem assim a matéria acerca da prova e da inversão do seu ônus. Entretanto, sem desconhecê-las, não adentraremos em seu exame, vez que fogem da temática ora proposta.

Em conclusão, a razão de ser da Súmula nº 443 do TST é *afirmar* contra a discriminação de trabalhadores portadores do vírus HIV/AIDS e portadores de qualquer doença grave que suscite estigma ou preconceito. Ao transitar nas lacunas da lei e aplicar hermenêutica integrativa e harmonizadora do sistema jurídico, com prevalência para a supremacia e máxima efetividade da Constituição, alinhados aos preceitos da OIT de respeito, promoção e aplicação de um patamar mínimo de princípios e direitos nas relações de trabalho, que são fundamentais para os trabalhadores quanto ao princípio da não discriminação em matéria de emprego ou ocupação, a Súmula nº 443 realiza tutela antidiscriminatória para nulificar ato de dispensa presumidamente discriminatória e determinar a reintegração no emprego, mantendo o posto de trabalho e as possibilidades de subsistência pessoal e familiar e de tratamento de saúde em momento de fragilidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: LTr, 2011.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.