

A SÚMULA Nº 443 DO TST E A REINTEGRAÇÃO DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV OU DE OUTRA DOENÇA GRAVE

Raquel Betty de Castro Pimenta*

1 – INTRODUÇÃO

A proteção jurídica contra a discriminação em matéria de emprego advém não apenas de normas legais, mas é concretizada também através de entendimentos jurisprudenciais que, a partir da teleologia traçada pelos preceitos constitucionais e por tratados internacionais, aplicam em casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário o princípio da não discriminação.

Desse modo, a partir dos preceitos gerais que vedam qualquer forma de discriminação para efeitos de acesso ou manutenção da relação de emprego, situações específicas relativas à discriminação contra portadores de doenças graves, entre elas o HIV e a AIDS, passaram a ser disciplinadas pela via jurisprudencial. Registre-se, a esse respeito, que a jurisprudência é fonte do direito do trabalho, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Sobre o tema, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da Resolução nº 185/2012, editou a Súmula nº 443, que dispõe acerca da presunção de discriminação na dispensa de empregado portador de doença grave, afirmando o seu direito à reintegração ao posto de trabalho ante a nulidade do ato. Eis o seu inteiro teor:

“Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Resolução nº 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

* *Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas; especialista em Direito do Trabalho italo-brasileiro pela UFMG e pela Università di Roma Tor Vergata; bacharel em Direito pela UFMG, recebeu, na ocasião de sua formatura, o Prêmio Messias Pereira Donato, por destaque em Direito e Processo do Trabalho, e o Prêmio José Carlos da Mata Machado, por destaque na Divisão de Assistência Judiciária da UFMG; servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.*

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.”

O presente trabalho aborda o tema contido no novo entendimento jurisprudencial consolidado, que reflete tendência jurisprudencial de se presumir discriminatória a dispensa imotivada de trabalhadores portadores de doenças graves.

2 – DISCRIMINAÇÃO DO PORTADOR DE HIV E OUTRAS DOENÇAS GRAVES

“Doenças sempre *serviram* para práticas discriminatórias”, como ensina Luiz Otávio Linhares Renault (2010, p. 118). A condição de ser portador de uma doença grave, muitas vezes incurável, acarreta um tratamento diferenciado, podendo provocar a segregação do doente do corpo social.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (identificada pela sigla AIDS, do inglês *Acquired Immunodeficiency Syndrome*) é uma doença crônica, que ataca o sistema imunológico, possibilitando o desenvolvimento de infecções oportunistas, que podem levar a diversos distúrbios de saúde graves e à morte. A AIDS é o estágio avançado da doença causada pelo vírus da imunodeficiência humana, o HIV (do inglês *Human Immunodeficiency Virus*)¹.

Ser portador do vírus HIV não é sinônimo de ter a AIDS. Conforme informações do Ministério da Saúde (BRASIL, 2013), há muitos soropositivos (portadores de HIV) que vivem anos sem apresentar sintomas ou desenvolver a doença.

Nesse ponto, cabe ressaltar que, de acordo com o estágio de desenvolvimento da doença provocada pelo vírus HIV, decorrem diferentes graus de capacidade laborativa, que correspondem a tratamentos jurídicos diversos. Quando já está plenamente instalado o quadro infectocontagioso da AIDS, isto é, no estágio avançado da doença provocada pelo vírus HIV, o paciente é acometido por diversas infecções e doenças oportunistas, o que acarreta a necessidade de afastamentos para tratamento de saúde, ou até mesmo sua aposentadoria por invalidez. Nesse sentido, a Lei nº 8.213/91, que trata dos

1 Assim como ocorre com o HIV e a AIDS, os portadores de outras doenças graves, como hepatites, hanseníase, tuberculose, herpes e tantas outras, também sofrem discriminação em virtude de suas doenças. O presente trabalho se concentrará no exame das questões que envolvem o HIV e a AIDS, sem deixar de mencionar as situações em que se pode dar aos portadores de outras doenças graves o mesmo tratamento jurídico.

Planos de Benefícios da Previdência Social, menciona expressamente a AIDS como motivo para concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez independentemente de carência, quando contraída após a filiação ao Regime Geral de Previdência Social².

Assim, o empregado aidético faz jus à proteção das normas previdenciárias, nos casos em que a doença, já instalada, provoca incapacidade para o trabalho de forma permanente – possibilitando sua aposentadoria por invalidez – ou temporária, por período superior a 15 dias – caso em que há a concessão do auxílio-doença.

Nos períodos de afastamento para tratamento inferiores a 15 dias, aplicam-se as normas trabalhistas atinentes aos afastamentos por motivo de saúde, configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho (uma vez que, nos termos do art. 60, § 3º, da Lei nº 8.213/91, incumbe ao empregador o pagamento dos salários durante os primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença).

No entanto, quando o empregado é portador do vírus HIV de forma assintomática, não tendo desenvolvido a AIDS, esta condição não influencia de forma contundente na sua capacidade laborativa.

Luiz Otávio Linhares Renault ressalta que a condição de soropositivo nem sempre acarreta a impossibilidade de prestação de serviços, podendo o paciente continuar a exercer seu trabalho sem riscos para os companheiros de trabalho e para a sociedade em uma vasta gama de atividades.

A Organização Mundial de Saúde, em associação com a Organização Internacional do Trabalho, em 1988, através da Declaração Conjunta da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, deixou claro que, na grande maioria dos ofícios e profissões e das situações laborais, o trabalho não acarreta nenhum risco de contaminação ou transmissão do vírus HIV, seja de um empregado para o outro, seja de um empregado para um cliente (BARROS, 2007, p. 10).

De acordo com Luiz Otávio Linhares Renault, “é óbvio que algumas atividades poderiam ser preservadas, não como áreas proibidas ou intocáveis,

2 Lei nº 8.213/91: “Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa; hanseníase; alienação mental; neoplasia maligna; cegueira; paralisia irreversível e incapacitante; cardiopatia grave; doença de Parkinson; espondiloartrose anquilosante; nefropatia grave; estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante); *síndrome da deficiência imunológica adquirida – AIDS*; e contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada” (grifo nosso).

porém sujeitas a um maior cuidado médico-científico” (2010, p. 119). Nessas áreas em que o próprio trabalhador doente pode estar sujeito a maiores riscos de agravamento de sua condição de saúde, ou em que, pela natureza da atividade, possa haver algum risco de contaminação de terceiros – como em atividades da área da saúde em que haja o manuseio de materiais perfurocortantes –, é caso não de rescisão do contrato, mas, sim, de se promover a readaptação funcional do trabalhador para outras funções ou tarefas em que os riscos sejam afastados ou minimizados³.

Assim, com base nas lições de Oscar Ermida Uriarte (1993, p. 49), o princípio de não discriminação impõe que os trabalhadores que já desenvolveram a AIDS e enfermidades conexas devem ser tratados como quaisquer outros trabalhadores enfermos, ao passo que os trabalhadores soropositivos assintomáticos devem ser tratados como qualquer outro trabalhador saudável.

No entanto, mesmo inexistindo risco de contágio ou qualquer incapacidade laborativa, a mera condição de ser portador da doença estigmatizante já submete o trabalhador soropositivo a tratamentos diferenciados e a segregação no ambiente de trabalho por parte do empregador, e até mesmo pelos próprios colegas.

Isso decorre principalmente pelo desconhecimento acerca das formas de transmissão do vírus e pelo estigma moral que reveste a contaminação, já que há a identificação do soropositivo como com uma vida sexual desregrada ou como usuário de drogas, por exemplo. Assim, a mera condição de ser portador da doença, mesmo de forma assintomática, já pode provocar a discriminação. Como explica Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2007):

“A AIDS, por seu desenvolvimento ligado à decomposição física, dores abjetas e fatalidade repentina, provocou um verdadeiro pavor social – e consequente repressão a quem trazia a peste à humanidade. As técnicas de exclusão da sociedade, utilizadas à época dos leprosos – de cortar do ‘corpo social’ sadio os corpos infectados – foram substituídas por técnicas que poderíamos denominar panópticas. Trata-se da inserção social perenemente controlada dos ‘pestilentos’. E essa vigilância moral dos considerados seres desviantes das corretas condutas, como os

3 Por readaptação funcional deve-se entender a alteração de tarefas a serem desempenhadas pelo trabalhador ou de seu posto de trabalho, afastando-o de atividades insalubres ou daquelas que possam acarretar risco de contaminação pelos colegas de trabalho ou pelo público usuário dos serviços prestados. Há que se diferenciar da “reabilitação profissional” prevista na Lei nº 8.213/91 (arts. 89 e seguintes), que consiste na atividade de (re)capacitação promovida pela Previdência Social, destinada aos trabalhadores incapacitados parcial ou totalmente para o trabalho e às pessoas portadoras de deficiência.

já aludidos homossexuais, os usuários de drogas injetáveis, as pessoas de vida sexual desregrada e com múltiplos parceiros, etc., permitiu a disseminação de que o reprimir do vírus deveria centrar-se no condenar de quem, ao menos em tese, estivesse apto a transmiti-lo.”

É importante ressaltar que a contaminação pelo vírus HIV pode se dar sem que a ela se associe a prática de qualquer ato inerente aos denominados “grupos de risco” (RENAULT, 2010, p. 121). Entretanto, a condenação social dos soropositivos, também de caráter moral, se espria aos locais de trabalho, acarretando tratamentos discriminatórios referentes, principalmente, à manutenção da relação de emprego.

Contudo, afastar os portadores de HIV e AIDS de suas atividades laborativas, mais do que lhes negar o direito fundamental ao trabalho, pode consistir em uma ofensa ao próprio direito à vida e à saúde, já que representa um retorno à época de segregação dos doentes, com a tentativa de sua eliminação do corpo social.

Renato de Almeida Oliveira Muçouçah afirma que a sociabilização do paciente soropositivo alcançada pelo trabalho tem diversos efeitos benéficos, seja por desconstruir a representação social que se faz do portador ou doente, seja por reconstruir sua autoidentidade, através do trabalho. E completa dizendo que o trabalho “torna-se tão vital quanto a função de gerir a própria sobrevivência física. É o real, único e possível conceito de saúde” (MUÇOUÇAH, 2007).

Ressalta Alice Monteiro de Barros que, para as pessoas infectadas pelo HIV, continuar trabalhando não apenas pode melhorar seu bem-estar físico e mental, pelo caráter de laborterapia, como tem consequências econômicas, consistentes nas repercussões do tempo de serviço nos benefícios previdenciários (BARROS, 2007, p. 22 e 24).

Assim, imperioso o combate aos tratamentos discriminatórios despendidos em relação a portadores de doenças graves, o que pode ser feito aplicando-se todas as normas que vedam, em todos os níveis, a discriminação.

3 – NORMAS PROTETIVAS CONTRA DISCRIMINAÇÃO

No Brasil, a proteção dos portadores do HIV contra a discriminação em matéria de emprego não advém de um diploma legal único, mas pode ser extraída a partir de um arcabouço normativo composto por tratados internacionais, normas constitucionais e leis que tutelam, de forma geral, os trabalhadores contra todas as formas de discriminação.

Em nível internacional, são importantes as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁴, que já em seu preâmbulo menciona que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Destaque-se, no tocante à proteção contra a discriminação, seu artigo II, que proíbe distinções de qualquer espécie, e seu artigo VII, que consagra o princípio da isonomia ao consignar que:

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”

Na área trabalhista, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera a proteção contra a discriminação um de seus eixos fundamentais de atuação. Em 1998, sua Declaração sobre os Princípios e Liberdades Fundamentais no Trabalho, em seu art. 2º, deixou claro que todos os seus membros têm um compromisso, derivado do fato de pertencer à organização, de observar e promover os princípios relativos aos quatro eixos fundamentais de atuação, sendo um deles a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (item *d*). Em relação a esse eixo, foram erigidas à condição de Convenções Fundamentais da OIT as Convenções ns. 100, sobre igualdade de remuneração para a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor, e 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

A Convenção nº 111 da OIT, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão⁵, prevê em seu art. 2º, de maneira ampla, a obrigação de se promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, já em seu preâmbulo, afirma que, por seu intermédio, se institui um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outros direitos fundamentais, a igualdade como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

4 Assinada pelo Brasil em 1948, como Estado-membro da Organização das Nações Unidas.

5 Incorporada formalmente ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 62.150/68.

Além disso, o seu art. 3º, IV, situa entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com o seu art. 5º, *caput*, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” – é a consagração formal do princípio da isonomia (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 135), que se espraia para todas as esferas da vida dos cidadãos brasileiros.

O inciso XLI do mesmo art. 5º estabelece que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

No art. 7º do Texto Constitucional, concernente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o inciso XXX proíbe a diferença de salário, de exercício de funções ou de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; o inciso XXXI proíbe a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão em relação ao trabalhador portador de deficiência; o inciso XXXII proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; e o inciso XXXIV assegura a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. São todas normas que vedam a discriminação em matéria de emprego ou profissão.

Em âmbito infraconstitucional, o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) concretiza o direito à não discriminação em matéria salarial, ao dispor que, em idêntica função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário.

De forma mais ampla, a Lei nº 9.029/95 proíbe a adoção de toda e qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, listando, em seu art. 1º, a discriminação por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade. O rol apresentado, entretanto, não é taxativo, já que decorre diretamente do princípio da isonomia, previsto constitucionalmente (VIANA; PIMENTA, 2010), de forma que esta proteção trabalhista pode ser estendida às hipóteses de discriminação contra o portador do HIV e da AIDS⁶.

A partir, portanto, de todas essas normas que tutelam os trabalhadores contra qualquer discriminação em matéria de emprego, pode-se depreender a

6 O art. 2º da Lei nº 9.029/95, com enfoque específico na discriminação contra a mulher, criou um tipo penal relacionado à exigência de atestados de gravidez e esterilização ou à indução dessa prática. Ao contrário do afirmado em relação à proteção trabalhista, esse ponto da lei em comento não pode ser aplicado a outras hipóteses de discriminação, já que o direito penal não comporta analogia (VIANA; PIMENTA, 2010, p. 139).

proteção contra a discriminação dos trabalhadores portadores de doenças graves. Nas palavras de Oscar Ermida Uriarte (1993, p. 56): “no âmbito estritamente laboral, o tratamento do trabalhador portador do HIV, da AIDS, ou de uma enfermidade conexas deve estar presidido pelo princípio da não discriminação” (tradução livre⁷).

No tocante ao caso específico dos portadores do vírus do HIV e da AIDS, o ordenamento jurídico brasileiro possui normas específicas, não diretamente relacionadas à proteção do trabalho, mas concernentes a benefícios concedidos a estes pacientes com o intuito de facilitar seu tratamento.

Como exemplo, o já referido art. 151 da Lei nº 8.213/91, que menciona expressamente a AIDS como uma das doenças que permite a concessão do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez independentemente do período de carência.

A Lei nº 7.670/88 estende alguns benefícios especificamente para os portadores da AIDS, incluindo, nos termos do seu art. 1º, II, a possibilidade de levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), independentemente da rescisão do contrato de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que tenha direito.

Em termos de política pública para o tratamento da AIDS, a Lei nº 9.313/96 estabelece, em seu art. 1º, que “os portadores do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”. Segundo Magno Luiz Barbosa (2007, p. 37):

“Os programas desenvolvidos a partir da promulgação dessa Lei tiveram reconhecimento mundial pelo efetivo controle da epidemia e melhoria na qualidade de vida dos pacientes, agora indistintamente assistidos.”

Apesar dos dispositivos legais que concedem ao portador de HIV e ao aidsético alguns benefícios, não há nenhuma menção legal expressa relacionada aos locais de trabalho e à necessária proteção contra a discriminação em matéria de emprego.

7 No original: “(...) en el ámbito estrictamente laboral, el tratamiento del trabajador afectado del VIH, del Sida, o de una enfermedad conexas debe estar presidido por el principio de no discriminación” (URIARTE, 1993, p. 56).

3.1 – Recomendação n° 200 da Organização Internacional do Trabalho sobre HIV e AIDS e o mundo do trabalho

Atenta às alarmantes situações de discriminação no trabalho aos portadores dessas enfermidades, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) editou, em 2010, a Recomendação⁸ n° 200 sobre HIV e AIDS e o mundo do trabalho, que consiste no primeiro instrumento internacional concernente a essa doença e suas relações com o trabalho.

De acordo com a Diretora do Departamento de Normas da OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, essa Recomendação dá preeminência ao local do trabalho como mecanismo importante por meio do qual a pandemia pode ser tratada (DOUMBIA-HENRY, 2010).

Em palestra proferida no Fórum Internacional sobre Direitos Sociais promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2010, Cleopatra Doumbia-Henry ressaltou o fato de a Recomendação n° 200 ter sido aprovada de forma unânime por todos os 143 Estados-membros, afirmando, ainda, a esperança de que a Recomendação consiga enfrentar “o que acreditamos ser um dos piores tipos de discriminação atualmente existente no mundo do trabalho” (DOUMBIA-HENRY, 2010).

Essa Recomendação estabelece especificamente que o HIV e a AIDS devem ser tratados como uma questão que afeta o local de trabalho.

Em seu artigo 3, o item *c* estabelece que não deverá haver discriminação ou estigmatização de qualquer tipo contra trabalhadores, especialmente aqueles que estão buscando emprego ou a eles estão se candidatando, com base no *status* real ou percebido de soropositividade.

Os artigos 9 e seguintes da Recomendação, que tratam da discriminação e promoção da igualdade de tratamento, dispõem que o *status* de soropositividade, real ou percebido, não pode impedir o acesso igualitário ao emprego, nem influenciar negativamente as condições de trabalho, a remuneração, ou o acesso a benefícios por parte do trabalhador. O artigo 11 estipula especificamente que o *status* de soropositividade não pode ser usado como razão para a demissão de determinado trabalhador que tenha doenças relacionadas ao HIV,

8 A Recomendação é um tipo de instrumento normativo internacional de natureza diversa dos Tratados e Convenções Internacionais, já que não é sujeita a ratificação pelos Estados participantes das conferências ou instituições que a adotam. No entanto, as Recomendações editadas pela OIT servem para complementar suas Convenções Internacionais, com normas regulamentares, de cunho programático, que criam para os Estados-membros da Organização uma obrigação de natureza formal: a de submetê-la ao Poder Legislativo para legislar ou adotar outras medidas referentes à matéria versada (SÜSSEKIND, 2000, p. 186).

ao passo que o artigo 13 prevê, ainda, que o portador do HIV deve desfrutar de acomodações apropriadas ou adaptadas em seu local de trabalho.

Essa Recomendação sinaliza o caminho que deve ser traçado para o combate à discriminação, no local de trabalho, aos portadores do HIV e da AIDS, e demonstra a preocupação internacional com a matéria.

4 – DISPENSA DISCRIMINATÓRIA DO PORTADOR DE HIV OU OUTRA DOENÇA GRAVE E A SÚMULA Nº 443 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Como visto, a ordem jurídica brasileira já proíbe, de maneira geral, qualquer forma de discriminação contra os portadores de doenças graves, o que é aplicável também no contexto da relação de emprego.

No entanto, não existe norma legal específica protegendo os trabalhadores em geral e os empregados, em particular, portadores de HIV, AIDS e outras doenças graves contra tratamentos discriminatórios, que podem culminar até com a rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Entretanto, como ensina Alice Monteiro de Barros, “a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho” (2007, p. 20).

A partir de diversos casos submetidos à sua apreciação, nos quais se discutia a licitude da dispensa do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Resolução nº 185, de setembro de 2012, editou a já mencionada Súmula nº 443, cujo teor merece ser transcrito novamente:

“Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO – Resolução nº 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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.”

Em consulta aos precedentes que deram origem a essa Súmula, observa-se que, em diversos casos, restou comprovada a prática de atos discriminatórios contra trabalhadores portadores do vírus HIV, que posteriormente tiveram seus contratos de trabalho rescindidos.

É bastante ilustrativo o Processo E-RR-36600-18.2000.5.15.0021⁹. No acórdão proferido pela Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) do TST, ficou consignado expressamente que o empregador informou a seus funcionários sobre o fato de ser o reclamante portador do vírus da AIDS, recomendando para que evitassem contato com ele. A segunda testemunha ouvida afirmou que chegou a ouvir encarregados se referirem ao reclamante como uma coisa e que não viam a hora de se verem livres dela.

Em outros processos – como os de ns. RR-61600-92.2005.5.04.0201¹⁰, RR-1400-20.2004.5.02.0037¹¹ e E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900¹² – restou registrado que a empresa tinha conhecimento do estado de saúde do trabalhador, não tendo demonstrado que a rescisão contratual foi orientada por outra causa, tornando a dispensa presumidamente discriminatória e arbitrária.

Os precedentes da Súmula nº 443 não se restringem a hipóteses de dispensa de portadores de HIV e AIDS, mas também abarcam situações de trabalhadores portadores de outras doenças graves que foram discriminados e tiveram seus contratos de trabalho rescindidos. Citem-se os Processos RR-18900-65.2003.5.15.0072¹³, no qual foi deferida a reintegração de trabalhador portador de cardiopatia grave; RR-105500-32.2008.5.04.0101¹⁴, que trata de situação de trabalhador com esquizofrenia; e RR-119500-97.2002.5.09.0007¹⁵, concernente à dispensa discriminatória de trabalhador acometido por neoplasia.

Assim, em todos esses casos julgados pelo TST, constatou-se que os portadores de doenças graves, em que pese a ausência de incapacidade laborativa,

-
- 9 Acórdão TST E-RR-36600-18.2000.5.15.0021. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 10 Acórdão TST RR-61600-92.2005.5.04.0201. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22.06.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 01.07.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 11 Acórdão TST E-RR-1400-20.2004.5.02.0037. Rel^a Min^a Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 07.11.07. Primeira Turma. Data de Publicação: 07.12.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 12 Acórdão TST E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900. Rel^a Min^a Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 06.08.07. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 30.11.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 13 Acórdão TST RR-18900-65.2003.5.15.0072. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17.03.2010. Primeira Turma. Data de Publicação: 06.08.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 14 Acórdão TST RR-105500-32.2008.5.04.0101. Red^a Min^a Rosa Maria Weber. Data de Julgamento: 29.06.2011. Terceira Turma. Data de Publicação: 05.08.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.
- 15 Acórdão TST RR-119500-97.2002.5.09.0007. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 03.08.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 23.03.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

ao invés de terem preservado seu direito ao trabalho, eram recorrentemente vítimas de dispensas discriminatórias que se revestiam de aparente legalidade, sob a roupagem da dispensa sem justa causa.

A Súmula nº 443 do TST consagra, portanto, um importante entendimento: considera presumidamente discriminatória a dispensa sem justa causa dos empregados portadores de HIV, AIDS e outras doenças graves.

No contexto brasileiro em que, como em geral se entende¹⁶, não há, em princípio, proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, a rescisão do contrato de trabalho pode ser feita pelo empregador sem qualquer justificativa, mediante o pagamento das verbas rescisórias correspondentes a essa modalidade de dispensa.

Entretanto, como ressalta Luís Felipe Lopes Boson: “fica, com efeito, difícil para o empregado demonstrar que sua doença foi a causa (encoberta) da dispensa. Já o empregador sempre pode justificar eventual outro motivo para a rescisão” (2010, p. 273).

Assim, a presunção estabelecida serve para atribuir ao empregador o ônus da prova da licitude da dispensa. Dessa forma, no bojo de reclamação trabalhista em que se discuta o caráter discriminatório da dispensa, cabe ao empregador demonstrar os motivos – lícitos – que levaram à rescisão do contrato de trabalho. Cumpre ressaltar que não há que se falar de hipóteses de justa causa previstas no art. 482 da CLT, mas sim de razões objetivas de caráter disciplinar, técnico, econômico ou financeiro¹⁷, que tornaram necessária a dispensa do trabalhador.

Nesses termos, incumbe ao empregador o ônus de alegar e provar, no curso da instrução processual, a ocorrência de fatos e de circunstâncias que permitam ao juiz da causa concluir que a doença do empregado não foi o motivo determinante da rescisão de seu contrato de trabalho sem justo motivo, e sim outras razões consideradas razoáveis, plausíveis e socialmente aceitáveis.

Caso contrário, presume-se a ocorrência de discriminação, pois terá havido a diferenciação do trabalhador para fins de manutenção da relação de emprego sem qualquer base em razões objetivas e não arbitrárias. Trata-se de hipótese de abuso de direito, visto que o exercício do direito de rescisão contratual imotivada, em princípio autorizado por lei, torna-se ilegítimo, por não haver se dado em conformidade com sua finalidade social, sendo maculado pela ilicitude da discriminação.

16 Pela literalidade do art. 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988, até a promulgação da lei complementar a que se refere o seu art. 7º, inciso I, a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa prevista nesse dispositivo fica limitada à multa de 40% do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

17 Para se utilizar da definição de dispensa arbitrária contida no art. 165 da CLT.

Ressalte-se que não se trata, aqui, da instituição, pela via jurisprudencial, de estabilidade ou garantia de emprego para os trabalhadores portadores de doenças graves.

Como explica Renato de Almeida Oliveira Muçouçah (2007):

“Não sendo confundida com o instituto da estabilidade, a reintegração ao emprego é uma garantia no sentido de não obstar que o trabalhador tocado pelo HIV interrompa suas atividades e continue a perceber sua remuneração, a conviver em sociedade, enquanto tiver condições físicas para fazê-lo. Assim, garante-se também a continuidade da contribuição à Previdência Social, para que, no momento em que não seja mais possível ao doente de AIDS prosseguir, seja-lhe garantido o direito à aposentadoria. E, frise-se, esse limite ao direito potestativo do empregador vem sendo considerado uma presunção discriminatória, quando não comprovado motivo justo para dispensa.”

Nas decisões que serviram como precedentes da Súmula nº 443, foi diretamente enfrentada e rejeitada a alegação defensiva de ausência de estabilidade legal desses trabalhadores. Nos acórdãos, os Ministros do TST deixaram claro que não é apenas a existência de estabilidade legal que permite a concessão de reintegração ao trabalho, visto que esta pode ser deferida com base em outras normas que vedam, em todas as esferas, a discriminação. É o que se pode depreender do seguinte trecho, extraído de um daqueles acórdãos:

“(…) a inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador infectado pelo vírus HIV não impede a sua reintegração no serviço, já que comprovado que a rescisão foi motivada por atos de discriminação, 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).” (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. E-RR-36600-18.2000.5.15.0021. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08)

Nesse mesmo sentido, o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault (2010, p. 126-128) cita acórdão de sua própria lavra, proferido no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, no qual identificou a dispensa de empregada aidética com o abuso do direito de rescisão contratual, conforme pode-se depreender do seguinte trecho da ementa:

“Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada aidética, nem abusar do exercício de determinado direito, como

o potestativo de resilição contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. Com efeito, a proteção à empregada portadora do vírus da AIDS está entranhada na CF, nas leis ordinárias e nos princípios de direito do trabalho, caracterizando-se a despedida antissocial, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho.” (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO 00119-2008-091-03-00-3. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Data de Publicação: 18.12.09. Quarta Turma. Divulgação: 17.12.09. DEJT. p. 155)

Assim, não há mais dúvida de que, no âmbito da jurisprudência trabalhista de nosso país, já está definitivamente pacificado o entendimento de que o exercício do direito de rescisão contratual não pode se dar de forma a violar todo o arcabouço jurídico (formado por normas internacionais, constitucionais e legais) que veda a discriminação em matéria de emprego.

5 – A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 142 DA SBDI-2 DO TST E A REINTEGRAÇÃO LIMINAR DO EMPREGADO ALVO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

A possibilidade de reintegração do trabalhador portador do vírus do HIV alvo de dispensa discriminatória não é novidade na jurisprudência consolidada do TST, pois tal possibilidade já foi consagrada, desde 2004, pela Orientação Jurisprudencial nº 142 da Subseção 2 Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-2) do TST:

“OJ Nº 142 DA SBDI-2. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA (DJ 04.05.04)

Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.”

Esse entendimento jurisprudencial consolidado trata dos casos em que, em processos em que se discute a licitude da dispensa de empregado portador do HIV, é concedida antecipação de tutela determinando-se, liminarmente, a reintegração do trabalhador ao seu posto de trabalho.

A Orientação Jurisprudencial em questão não se restringe aos casos dos portadores do vírus HIV, mas diz respeito também à reintegração, via antecipação de tutela, de empregados portadores de doenças profissionais – ou seja, doenças produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade¹⁸ – ou de empregados especialmente protegidos em outras situações específicas, como a de anistiado pela Lei nº 8.878/94¹⁹, aposentado, integrante de comissão de fábrica, dirigente sindical ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

Em todos esses casos, nos processos em que se discute a legalidade da dispensa do trabalhador, existindo prova inequívoca e verossimilhança de sua alegação, bem como fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu²⁰, o magistrado pode antecipar os efeitos da tutela jurisdicional de mérito por ele postulada, determinando a imediata reintegração do trabalhador ao posto de trabalho. Impetrado mandado de segurança contra esse ato do magistrado, a jurisprudência consolidada da SBDI-2 do TST deixou clara a inexistência de direito líquido e certo do impetrante a ser oposto ao ato do juiz que determinou aquela imediata reintegração.

Desse modo, a jurisprudência trabalhista já há muito consagrou a possibilidade da reintegração liminar ou antecipada do empregado portador do vírus HIV dispensado por motivos discriminatórios, tendo servido a Súmula nº 443 para afirmar de forma ainda mais ampla o direito à reintegração do trabalhador discriminado em virtude de sua grave condição de saúde.

6 – CONCLUSÃO

A condição de portador de doenças graves, entre elas a AIDS, infelizmente, ainda hoje acarreta uma série de práticas discriminatórias na relação de trabalho, que podem culminar na rescisão do contrato.

18 Conforme definição constante no art. 20, I, da Lei nº 8.213/91.

19 “Art. 1º É concedida anistia aos servidores públicos civis e empregados da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, bem como aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista sob controle da União que, no período compreendido entre 16 de março de 1990 e 30 de setembro de 1992, tenham sido: I – exonerados ou demitidos com violação de dispositivo constitucional ou legal; II – despedidos ou dispensados dos seus empregos com violação de dispositivo constitucional, legal, regulamentar ou de cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa; III – exonerados, demitidos ou dispensados por motivação política, devidamente caracterizado, ou por interrupção de atividade profissional em decorrência de movimentação grevista.”

20 Conforme prevê o art. 273 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT.

A nova Súmula nº 443 do TST consolidou o entendimento jurisprudencial de que a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado portador de doença grave é presumidamente discriminatória, assegurando ao empregado, nos casos em que o empregador não houver demonstrado a ocorrência de outros motivos que justifiquem a rescisão contratual, a declaração de sua invalidade e o consequente direito à reintegração ao posto de trabalho.

Tal entendimento está de acordo com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que vedam todas as formas de discriminação, e com a ideia de que a inserção social do portador do HIV através de sua manutenção no trabalho é essencial para o tratamento e enfrentamento da doença e para a realização de sua dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Magno Luiz. *AIDS: o direito e algumas reflexões sobre o seu impacto nas relações de emprego*. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROS, Alice Monteiro de. AIDS no local de trabalho – um enfoque de direito internacional e comparado. *Revista IOB Trabalhista e Previdenciária*, v. 19, n. 220, p. 7-28, out. 2007.

BOSON, Luís Felipe Lopes. A discriminação na jurisprudência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 268-278.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portal sobre AIDS, doenças sexualmente transmissíveis e hepatites virais*. 2013. Disponível em: <www.aids.gov.br>. Acesso em: 7 abr. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. *RO 00119-2008-091-03-00-3*. Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault. Quarta Turma. Data de Divulgação: 17.12.09. DEJT. p. 155. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *E-ED-RR-7608900-33.2003.5.02.0900*. Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Data de Julgamento: 06.08.07. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 30.11.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-1400-20.2004.5.02.0037*. Relª Minª Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 07.11.07. Primeira Turma. Data de Publicação: 07.12.07. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *E-RR-36600-18.2000.5.15.0021*. Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 06.11.08. Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais. Data de Publicação: 14.11.08. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-18900-65.2003.5.15.0072*. Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento: 17.03.2010. Primeira Turma. Data de Publicação: 06.08.2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

DOCTRINA

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-61600-92.2005.5.04.0201*. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 22.06.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 01.07.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-105500-32.2008.5.04.0101*. Red^a Min^a Rosa Maria Weber. Data de Julgamento: 29.06.2011. Terceira Turma. Data de Publicação: 05.08.2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *RR-119500-97.2002.5.09.0007*. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa. Data de Julgamento: 03.08.2011. Primeira Turma. Data de Publicação: 23.03.2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 108-117.

DOUMBIA-HENRY, Cleopatra. Discriminação de gênero, pessoas com necessidades especiais e portadores do HIV-AIDS: a perspectiva da OIT. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 76, n. 4, p. 144-148, out./dez. 2010.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work*. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/normativeinstrument/wcms_194088.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2013.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A educação em direitos humanos pelo direito ao trabalho: o reconstruir do signo de estar soropositivo. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, v. 71, p. 588-597, 2007.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica ao trabalho das pessoas com deficiência. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 84-107.

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. Esperando o legisla(Deus) – por que o portador do vírus do HIV e o aidético necessitam de proteção trabalhista especial. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 118-134.

_____; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

URIARTE, Oscar Ermida. AIDS e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 83, p. 48-56, set. 1993.

VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei nº 9.029/95). In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 135-142.