

DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO EM RAZÃO DE DOENÇA GRAVE OU ESTIGMATIZANTE: A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO

Alex de Oliveira Stanescu¹

Marcelo de Barros Dantas²

RESUMO

O artigo tem por objetivo conceituar e expor as formas de discriminação presentes no ambiente de trabalho, com ênfase na discriminação do trabalhador por motivo de doença grave ou estigmatizante, apontando a necessidade da elaboração de normas e da utilização de mecanismos que maximizem a proteção do trabalhador que vive condição sobremaneira vulnerável. Através do exame da legislação vigente utilizada para a proteção do empregado discriminado por motivo de doença, constata-se ainda um tímido avanço em sua proteção, na medida em que inexistem diretrizes legais específicas e o uso de medidas jurídicas preventivas e repressivas encontra grande obstáculos na dificuldade de demonstração da prática discriminatória. Sugere-se o incremento de normas e ações que alcancem um número maior de trabalhadores, realizando a proteção necessária á dignidade daqueles que, mesmo doentes, tem no trabalho o exercício de sua subsistência e cidadania.

Palavras-chave: Discriminação por doença grave. Trabalhador. Disposições Constitucionais. Leis trabalhistas anti-discriminatórias. Proteção normativa. Mecanismos de prevenção e contenção de práticas discriminatórias.

DISCRIMINATION IN WORK IN THE RACE OF SERIOUS OR ESTIGMATIZING DISEASE: THE NEED FOR PROTECTION

ABSTRACT

¹ Acadêmico do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail: alex@stanescu.adv.br

² Professor Orientador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN). E-mail:

This article, aims to conceptualize and expose the forms of discrimination present in the work environment, with emphasis on discrimination against the worker due to serious illness or stigmatizing, pointing out the necessity of the elaboration of norms and the use of mechanisms that maximize the protection of the worker who lives the most vulnerable condition. Through examination of the current legislation used to protect employees discriminated against due to illness, there is also a slight progress in their protection, since there are no specific legal guidelines and the use of preventive and repressive legal measures finds great obstacles in difficulty in demonstrating discriminatory practice. It is suggested to increase norms and actions that reach a greater number of workers, realizing the necessary protection to the dignity of those who, even sick, have at work the exercise of their subsistence and citizenship.

Keywords: Discrimination due to serious illness. Worker. Constitutional provisions. Discriminatory Labor Laws. Normative Protection. Mechanisms for Prevention and Containment of Discriminatory Practices.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil tem por fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º da CRFB), e como objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da CRFB).

Esse princípio veda o tratamento jurídico diferenciado entre as pessoas sob o mesmo estado de fato, bem como o tratamento isonômico às pessoas que se encontram sob condições fáticas diferentes, na medida destas desigualdades. Busca-se através do princípio constitucional não apenas integrar a igualdade do ponto de vista formal, mas principalmente colocar o cidadão em paridade sob a ótica material.

Especificamente, no Capítulo dos Direitos Sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil contempla, ainda, na esteira do princípio isonômico,

o princípio da não discriminação, que resulta na obrigação jurídica de não discriminar e no direito assegurado ao conjunto dos trabalhadores, representados nos diversos grupos, de não sofrer qualquer discriminação no trabalho ou para o seu acesso.

A Constituição da República garante, portanto, a igualdade de oportunidades para todos os brasileiros, seja na admissão para o emprego, seja no curso do contrato ou no momento da demissão, visando resguardar o pleno exercício da cidadania, haja vista que a discriminação no trabalho é uma forma de atentar contra os direitos humanos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a ordem jurídica, o princípio da responsabilidade social e o regime democrático, cláusulas pétreas de nosso patrimônio constitucional.

Os poderes potestativos e diretivos do empregador não são absolutos e não podem comportar a prática de condutas discriminatórias em quaisquer de suas formas, havendo normas nacionais e internacionais que visam coibir esta prática.

Dentre as variadas formas de discriminação, a conduta discriminatória em razão de doença grave ou estigmatizante é uma das principais formas de violação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, sendo necessária a integração legislativa e forte atuação jurisprudencial diante da ausência de norma específica que venha a regulamentar a matéria.

A inexistência de normas específicas a este respeito tornou necessária a adoção de medidas protetivas pelos Tribunais Brasileiros, em especial pelo Tribunal Superior do Trabalho, mas que, ainda, não é suficiente para a plena efetividade dos princípios cogentes expressos na Carta Magna.

Deve-se discutir o implemento de novos mecanismos de proteção ao trabalhador portador de moléstia grave, como forma de eliminar uma das práticas discriminatórias mais cruéis ainda presentes no ambiente de trabalho.

Por esta razão, busca-se no presente trabalho conceituar e identificar as principais práticas discriminatórias por doença grave ou estigmatizante que afligem os trabalhadores brasileiros, analisando a legislação e os instrumentos atualmente utilizados para combatê-las, na procura de sugerir medidas que maximizem esta proteção.

2 DISCRIMINAÇÃO

2.1 CONCEITO

Discriminação significa, *lato sensu*, toda conduta que marca um tratamento diferenciado entre pessoas ou grupos, provocando desigualdades.

Discriminar é diferenciar, distinguir, separar, estabelecer diferença. Discriminação é proceder à separação de coisas e/ou de pessoas, distinguindo-as uma das outras, para que sejam consideradas de acordo com esta divisão.

No aspecto jurídico, Maurício Godinho Delgado (2010, p. 725) conceitua discriminação como: “a conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”.

Do ponto de vista etimológico, significa a caracterização de uma distinção sem fundamento correspondente.

No campo do Direito do Trabalho, entretanto, a discriminação deve ser entendida a prática de condutas que tenham o escopo de negar ao trabalhador a igualdade de oportunidades na aquisição ou na manutenção do seu emprego, sob distinções infundadas.

Vale também trazer ao tema, a conceituação da Convenção n. 111 da OIT de 1958, a qual traz como discriminação qualquer:

[...] toda distinção, exclusão ou preferência, fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão (art. 1º, 1, a, da Con. N. 111, da OIT).

Portanto, toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão leva o trabalhador à marginalidade e exclusão, caracterizando-se a conduta como discriminatória.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE DISCRIMINAÇÃO, PRECONCEITO E ESTIGMA

Os doutrinadores estabelecem distinções entre os conceitos de preconceito,

discriminação, estereótipo e estigma.

O preconceito é sempre referido como uma atitude negativa, dirigida a um determinado grupo. É uma ideia que parte do ponto de vista da própria pessoa que faz o julgamento de outra pessoa, sem levar em consideração elementos globais e exteriores, formando uma convicção própria e egoísta.

Já a discriminação é a forma ativa de preconceito, isto é, a conduta prática do preconceito.

O estigma é definido por Carlos Roberto Bacila (2005, p. 24) como:

[...] um sinal ou marca que alguém possuiu, que recebe um significado depreciativo [...] gera profundo descrédito e pode também ser entendido como defeito, fraqueza ou desvantagem. Daí a criação absurda de duas espécies de seres: os estigmatizados e os 'normais', pois, afinal, considera-se que o estigmatizado não é completamente humano.

Dessa forma, o preconceito consiste em julgar ou conceituar atribuindo uma ideia própria e que ignora aspectos exteriores. A despeito de se mostrar através de uma atitude negativa, não produz, somente por esta razão, efeitos para o Direito.

Apenas quando exteriorizado o Preconceito, na forma de discriminação é que o Direito irá ter especial interesse na sua contenção, mormente pela evidente agressão aos direitos fundamentais da vítima da discriminação.

Também a estigmatização provoca consequências ao Direito, na medida em que rotula o ser humano por uma condição que pode existir ou não, mas que sempre possui conotação depreciativa, violando sua dignidade.

2.3 DISCRIMINAÇÃO NO TRABALHO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil elenca, de forma expressa, garantias de isonomia de tratamento aos trabalhadores e não discriminação no trabalho, conforme se extrai do previsto nos seus artigos 5º e 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de

critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;
XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

Percebe-se, desta forma, que a proteção do trabalhador contra práticas discriminatórias está expressamente consagrada e assegurada pela Carta Magna, qualificada como direito fundamental do trabalhador a proibição de toda e qualquer forma de discriminação ilícita.

A relação de trabalho é um vínculo jurídico subordinado, onde o empregado, via de regra, tem como sua única fonte de subsistência e de sua família, a sujeição de parte da sua liberdade ao poder diretivo do empregador, criando na relação de emprego condições propícias para práticas discriminatórias por parte do empregador.

O Poder Diretivo é, no dizer de Gustavo Garcia (2013, p. 180):

[...] o poder de direção, tendo por fundamento legal o art. 2º, caput, da CLT, pode ser conceituado como aquele que autoriza o empregador a organizar, controlar e disciplinar a prestação de serviços pelo empregado, a qual ocorre, assim, de forma subordinada.

Assim, através da relação de emprego, o empregado se subordina aos comandos do empregador, prestando os serviços contratados sob a direção deste último. Porém, a existência da subordinação contratual não conduz à ideia de apropriação pessoal do empregado ou de sua liberdade. Os direitos do empregador atingem a atuação do empregado e não o próprio empregado. Trata-se de sujeição única e simplesmente sobre a força produtiva do empregado por força contratual.

Ademais, o poder diretivo do empregador não é absoluto, devendo ser exercido nos limites previstos em lei e no sistema jurídico, de acordo com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O abuso do poder diretivo ocasiona, destarte, lesão ao patrimônio jurídico do empregado, na esfera material e/ou moral, podendo caracterizar discriminação em desfavor do empregado, restringindo direitos ou provocando situações vexatórias e indignas.

Outrossim, é forçoso também reconhecer que o ambiente de trabalho é claramente suscetível a situações conflituosas que, nem sempre, parte da relação capital x trabalho ou empregador x empregado.

Muitas vezes, as regras de convivência entre os próprios empregados ou entre grupos que se correlacionam por necessidades comerciais, por exemplo, como a relação dos clientes, fornecedores, prestadores e terceirizados, que frequentam o mesmo ambiente de trabalho que o empregado, podem provocar situações discriminatórias e que violem os direitos fundamentais protegidos pela Constituição.

O preconceito é parte da sociedade que também encampa a relação de trabalho e, por este motivo, está presente não apenas no ambiente de labor, mas permeia toda relação humana dentro e fora do trabalho.

Mesmo quando ainda em busca de um meio de subsistência, os empregados excluídos do mercado de trabalho suportam duas espécies terríveis de exclusão, como bem frisou José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2002, p. 15-16):

Nesse cenário nada animador, dois grupos parecem sofrer os efeitos da falta de ocupação mais que os outros: os trabalhadores sem qualificação, pois o mercado, por força da implantação de novas tecnologias na produção, cada vez menos exige a sua presença, e os que, por diversas razões, pertencem a grupos que são alijados do processo produtivo. Tratando especificamente desse último grupo, padece ele da falta de trabalho por conta de 'doença' que persegue parte da humanidade desde o início dos tempos: o preconceito.

A discriminação é a antítese da igualdade. Em outros termos, é a negação do princípio de que todos são iguais perante a lei e pode ser manifestada mesmo sem que se pressuponha a existência de poder diretivo, mesmo nas relações pré-contratuais ou pós-contratuais.

Trata-se de um mal da ignorância humana que está presente em todas as pessoas e em todos os ambientes, mas que, diante da vulnerabilidade do empregado em suas relações jurídicas, necessita de um amparo legal mais contundente, lastreado na Constituição e em Leis específicas que visam reprimir a sua prática.

2.4 FORMAS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

A discriminação deve ser combatida em duas frentes principais: de forma repressiva e de maneira preventiva.

O combate repressivo às diversas formas de discriminação na relação de trabalho deve acontecer com a imposição de normas que inibam a conduta

discriminatória, aplicando-se sanções penais, civis, administrativas e trabalhistas.

A Constituição é expressa em defender a repressão das condutas discriminatórias conforme dicção do artigo 5º, inciso XLI, da CF/88: *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”*.

Temos ainda outros exemplos de previsão legal de medidas repressivas, como a proibição da exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, constante na Lei nº 9.029/95, ou ainda a Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor.

Entretanto, pode-se dizer que ainda existe grande carência legislativa quanto a punições mais rigorosas pela prática discriminatória, principalmente quando tratamos especificamente da discriminação no ambiente de trabalho.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) e o setor de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ainda esbarram na falta de instrumentos mais eficientes na identificação das condutas discriminatórias e em sua busca pela repressão.

O termo de ajuste de conduta (TAC) tem servido ao Ministério Público do Trabalho como importante mecanismo de combate às condutas discriminatórias impingindo a aplicação de multas contra empresas que, subscrevendo o TAC, continua a atentar contra a isonomia de seus empregados.

Contudo, exige-se a anuência dos empregados na assinatura do termo de ajuste de conduta, o que nem sempre é obtido, havendo como única saída a interposição de ações civis públicas, as quais nem sempre conseguem demonstrar e punir os responsáveis.

A prática discriminatória ocorre, na maioria das vezes, de forma disfarçada, oculta, dificultando a obtenção dos meios de prova pelo Ministério Público do Trabalho, emergindo neste momento a carência de instrumentos próprios e mais eficazes de combate à discriminação.

A previsão legal de medidas acautelatórias, de trâmite especial que viessem a facilitar a atuação fiscal do MTE e do MPT poderiam reduzir a impunidade que ainda existe neste campo.

Por outro lado, a prevenção da prática de condutas discriminatórias deveria ocorrer, principalmente, por meio das denominadas Ações Afirmativas, também chamadas de discriminação positiva (PAULO, 2014, p. 125).

As ações afirmativas consistem na adoção, em maior ou menor grau, de condutas, medidas e/ou condições para que as pessoas e grupos discriminados (“grupos vulneráveis”) possam integrar-se à coletividade, assegurando a igualdade de oportunidades e de tratamento. É um conjunto de medidas legais e de políticas públicas que tem como objetivo extinguir as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais.

Manifestam-se as ações afirmativas através de políticas sociais dirigidas à diversidade, a imposição de cotas para contratação em empresas e para admissão no serviço público, cotas para o acesso ao ensino superior e o estabelecimento de vantagens fiscais.

Citem-se os exemplos das seguintes ações afirmativas previstas em lei: artigo 7º, inciso XX, da CF/88 (*“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”*); artigo 390-E da CLT (instituído pela Lei nº 9.799/99, fomentando a execução de projetos relativos ao incentivo do trabalho da mulher); artigo 37, inciso VIII, da CF/88 (*“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”*); o artigo 93, incisos I a IV, da Lei nº 8.213/91 (estabelece cotas, no setor privado, para os beneficiários reabilitados e os portadores de deficiência) e § 1º (condiciona a dispensa imotivada destes trabalhadores à contratação de substituto em condição semelhante) e Lei nº 7.670/88 (estendeu os benefícios de licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial e auxílio-doença, além de levantamento dos depósitos do FGTS, aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida).

Apesar do combate repressivo, por meio da aplicação de punições, e do modelo preventivo, através das ações afirmativas, possuem concepções distintas, ambos se sustentam na mesma idéia inicial: a igualdade entre as pessoas, de maneira que possuem a mesma matriz constitucional: o princípio da igualdade, consubstanciado no preceito do caput do artigo 5º da CF/88.

3 NORMAS ANTI-DISCRIMINATÓRIAS

3.1 INTERNACIONAIS

Como já foi referido, a Constituição Federal possui ampla gama de normas e

princípios que servem à defesa da igualdade em sentido formal e material, assim como visam coibir e evitar a prática de condutas discriminatórias na relação de trabalho.

Entretanto, existem ainda diversas e relevantes normas internacionais que também albergam a defesa da isonomia e condenam a prática discriminatória.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10.12.1948 – Paris), trata sobre a igualdade e a discriminação. Vejamos:

Art. I – Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. II – Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

- Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. [...]

Art. VI – Todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei.

Art. VII – Todos são iguais perante a lei e tem 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.

Art. VIII – Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei. [...]

Art. XII – Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19.12.1966), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591/92, com vigência nacional a partir de 24.04.1992, também não se omite sobre o tema:

Art. 7º - Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
I) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

II) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com

- as disposições do presente Pacto;
- b) a segurança e a higiene no trabalho;
- c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

Além deles, pode ser citada a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, todos com o intuito de combater a discriminação.

Não fosse o bastante, a Organização Internacional do Trabalho, uma agência multilateral criada pela Organização das Nações Unidas, especializada nas questões do trabalho possui papel fundamental no tema, senão vejamos:

- a) Convenção n. 111 da OIT** – sobre discriminação em matéria de emprego e profissão (1958), ratificada pelo Brasil em 26.11.1965.
- b) Convenção n. 100 da OIT** (Organização Internacional do Trabalho) – sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher (1951), ratificada pelo Brasil em 25.4.1958.
- c) Convenção n. 159 da OIT** – sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes (1983), ratificada pelo Brasil em 18.05.1991.

3.2 NACIONAIS

No âmbito nacional, mais especificamente no Direito brasileiro, encontramos normas proibitivas da discriminação em âmbito constitucional e infraconstitucional.

Como consabido, são muito variadas as possibilidades de condutas discriminatórias que a lei pretende reprimir e evitar, não o sendo possível exaurir os tipos de discriminação existente na relação de emprego. No entanto, é possível perceber, através da própria positivação das normas, os principais tipos de discriminação que podem ocorrer dentro de uma relação laboral.

A Constituição traz diversas normas prevendo a proteção contra variadas espécies de discriminação, como é exemplo a Discriminação de Gênero e Estado Civil (Artigo 5º, inciso I, Artigo 7º, inciso XVIII, XIX, XX, XXX, todos da CF/88), Discriminação de Raça e Cor (Artigo 5º, inciso XLII, Artigo 7º, inciso XXX, CRF/88), Discriminação em razão de Condição Física e Portador de Deficiência (Artigo 7º, inciso XXXI, Artigo 37, inciso VIII e Artigo 203, inciso III e IV, da CF/88), Discriminação em razão de Idade (Artigo 7º, inciso XXX, XXXIII, Artigo 203, incisos I

e III, da CF/88).

No entanto, além de se tratarem de normas espaçadas, sendo muitas delas de caráter principiológico, inspiram a necessidade de regramento mais específico que, no plano infraconstitucional, ainda é bastante escasso.

Na legislação ordinária a principal norma antidiscriminatória que temos vigente é a Lei nº. 9.029/95 que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, estabelecendo, inclusive, penalidades e indenizações contra empregadores que pratiquem atos discriminatórios.

Ocorre que, não obstante a relevância do mencionado texto normativo, as normas ordinárias não se encontram sistematizadas, sendo acrescentadas, emendadas e modificadas pelo surgimento de normas independentes e que não necessariamente possuem relação intrínseca com a discriminação própria do ambiente de trabalho.

Com efeito, Leis como a nº. 7.853/89, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 8.028/90, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, a Lei nº. 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, a Lei nº. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), tratam do assunto de modo generalizado, deixando de observar as especificidades do ambiente laboral.

Tem sido através destas normas esparsas e com o apoio indubitável das normas e princípios constitucionais que o Estado tem procurado proteger os empregados das práticas discriminatórias.

Contudo, a ausência de instrumentos mais eficazes e voltados objetivamente para a proteção do empregado discriminado não atendem à eficácia das normas constitucionais, do ponto de vista protetivo, tornando necessária constante integração normativa e dificuldade na identificação das práticas discriminatórias e punição dos seus responsáveis.

Dentre as mais cruéis formas de discriminação, está a desigualdade persecutória contra empregados acometidos de doenças, muitas vezes graves e estigmatizantes, inexistindo quanto a estas qualquer preceito legal específico a sancionar a forma, talvez, mais grave de discriminação.

Nesse contexto, é relevante aprofundarmos um pouco mais esta espécie discriminatória.

4 DISCRIMINAÇÃO POR DOENÇAS GRAVES OU ESTIGMATIZANTES

4.1 DOENÇAS CONTAGIOSAS E NÃO CONTAGIOSAS, MAS ESTIGMATIZANTES

Como abordado, a legislação internacional e nacional possuem constante preocupação em relação aos mais diversos tipos de discriminação existentes no ambiente laboral. Todavia, busca-se no presente trabalho análise mais detida a respeito de uma espécie de discriminação em particular: a discriminação em razão de doença incurável ou estigmatizante.

As doenças, principalmente as incuráveis, sempre foram grande motivo de preconceito social contra seus portadores. Inclusive, até pouco tempo, justificavam a completa segregação social dos doentes, como, por exemplo, a maneira excludente e estigmatizante como eram tratados os pacientes acometidos de hanseníase e os infectados com o vírus da tuberculose.

É triste ainda constatar que a segregação radical do convívio social, das pessoas doentes, acontece hodiernamente mais em razão dos avanços da ciência do que pela redução do preconceito, pois, os fenômenos do preconceito e da discriminação permanecem muito presentes na vida das vítimas de doenças estigmatizadas.

No ambiente de trabalho, o problema da discriminação de pessoas portadoras de doenças incuráveis ou estigmatizantes continua a ser extremamente desafiador, apesar dos avanços legislativos e jurisprudenciais a respeito do tema, mas que ainda existe a necessidade de haver amparo ainda maior do Estado de Direito na proteção do trabalhador doente.

Mesmo quando o quadro clínico do empregado doente não compromete sua capacidade laboral, nem, tampouco, coloca em risco a integridade física de seus colegas de trabalho, ainda hoje existe cotidianamente a prática de condutas discriminatórias dissimuladas, ocultas ou até mesmo explícitas.

Ser discriminado em momento de vida em que o trabalhador já se encontra extremamente vulnerável em consequência da doença que lhe aflige, certamente causa danos extensos à sua personalidade, agravando sua condição social e psicológica, merecendo a prática discriminatória reprimenda ainda mais forte do sistema jurídico.

Dentre as doenças que ocasionam a discriminação do trabalhador, podemos destacar aquelas que são contagiosas, mas não podemos esquecer que, mesmo as doenças não contagiosas e que não oferecem qualquer risco a terceiros, também são fonte de práticas discriminatórias pelo estigma que possuem ou mesmo pela suposta diminuição da produtividade do empregado.

Nesse contexto, a despeito de haver registro de prática discriminatória por variadas doenças, pode-se dizer que o trabalhador soropositivo parece ser o mais afetado, devido ao estigma social que o acompanha, ainda que se saiba que a contaminação com o vírus HIV em nada afeta o seu desempenho laboral.

Decerto que, reconhecida a existência de moléstia contagiosa, é necessário a adoção de medidas que protejam o próprio empregado doente e os demais empregados que possam dividir o ambiente de trabalho, posto que, algumas atividades, como é o caso de enfermeiros, dentistas e cirurgiões, que se encontram em contato permanente com sangue humano e fluido corpóreos podem estar expostos à contaminação.

Contudo, as práticas de adaptação do ambiente de trabalho devem ter como princípio a integração do trabalhador doente à atividade laboral, e não a sua exclusão. Igualmente, é parte da inclusão a ser promovida no ambiente de trabalho a prática de ações afirmativas de conscientização dos demais empregados e de proteção ao estado vulnerável do trabalhador doente.

É preciso evitar que o fenômeno da discriminação seja mais um fator de exclusão do trabalhador do mercado de trabalho, principalmente quando os riscos de contágio são perfeitamente controláveis, e inúmeras as atividades podem ser exercidas por ele.

A Lesão por esforço repetitivo (LER), também conhecida como doença osteomuscular relacionada ao trabalho (DORT), ao contrário da AIDS e da Hanseníase, não é uma doença contagiosa, mas uma doença ocupacional, mas que também enseja comumente a prática de condutas discriminatórias.

A discriminação contra os portadores de LER/DORT se manifesta muitas vezes pela dificuldade em fazer ouvir suas queixas, insinuando-se que o empregado está simulando os sintomas, ou que estes não têm relação com o trabalho realizado. A negação de um estado de sofrimento do trabalhador acontece, principalmente, em virtude da tentativa de evitar o seu afastamento, provocando, assim, o agravamento da doença e a piora do estado de saúde do trabalhador.

No dizer de Álvaro Roberto Crespo (apud MERLO, 2003):

[...] as LER/DORT são doenças "invisíveis", não reconhecidas pelas outras pessoas: "O mais triste é que a doença da gente, os outros não podem vê, né. A gente se queixa de dor, mas é uma dor que as pessoas não vê, eles acham que a gente tá mentindo, fingindo e a gente sofre"

Desse modo, o empregado acometido de LER/DORT vê-se vítima de discriminação, sendo submetido a tratamento desigual no trabalho, visto, de início, como dissimulado, improdutivo e, muitas vezes, como culpado em desenvolver sua própria doença.

O trabalhador acometido de LER/DORT, que é afastado do emprego para tratamento, enfrenta grandes dificuldades na busca de seus benefícios previdenciários e, se desempregado, ainda maiores dificuldades na conquista de nova vaga de trabalho.

Esse quadro nebuloso segrega o trabalhador vitimado pela LER/DORT, sob o estigma de ser um incapacitado para o trabalho, sendo responsabilizado por sua própria doença, sente-se isolado, sem forças para a defesa de seus direitos, e acaba por apresentar quadros graves de depressão.

Encontramos ainda precedentes do Tribunal Superior do Trabalho apontando discriminação por motivo de doenças como Lúpus (TST, 3a T., RR n. 4408-09.2010.5.02.0000, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmont, DEJT 16-09-2013), Neoplasia (TST, 1a T., RR n. 119500-97.2002.5.09.0007, Rel. Min. Lelio Bentes Correa, DEJT 14-05-1999), Epilepsia (TST- 4a T., RR-129-19.2013.5.09.0666, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, julg. 26.11.2014), Cardiopatia Grave (TST- 1a T., RR-18900-65.2003.5.15.0072, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, DEJT. 06.08.2010), Síndrome de Dependência Alcoólica – (TST – 4a T, RR-156-23.2011.5.02.0001, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, julg. 21-04-2014).

Portanto, assim como não há maneira de exaurirem-se as formas de discriminação no ambiente de trabalho, percebe-se que não apenas as doenças contagiosas produzem a prática de condutas discriminatórias, mas, no geral, as mais diversificadas espécies de moléstia podem produzir resultados discriminatórios em razão do preconceito ou mesmo da sobreposição do interesse financeiro e patrimonial do empregador sobre a saúde do empregado.

4.2 DA CONDUTA DISCRIMINATÓRIA POR DOENÇA ADQUIRIDA OU ACIDENTE OCORRIDO EM RAZÃO DO TRABALHO

A OIT estima que a cada 15 segundos um trabalhador morra em razão de acidentes ou de doenças relacionadas ao trabalho. A cada 15 segundos, 160 trabalhadores sofram um acidente do trabalho. Os dados da OIT retratam que a cada dia morrem 6,300 pessoas por causa de acidentes ou doenças relacionadas ao trabalho, somando mais de 2,3 milhões de mortes por ano. Anualmente, ocorrem mais de 317 milhões de acidentes do trabalho (OIT, 2018).

A partir do momento em que o trabalhador tem a sua saúde atingida no trabalho, poderão ter início comportamentos discriminatórios, podendo ser desprezado por acreditarem que não apresentará o mesmo desempenho dos demais ou, então, que faltará com maior frequência para realizar tratamentos médicos.

Passa a acompanhar o trabalhador o estigma de “acidentado reabilitado” por toda sua vida profissional.

Durante o retorno do empregado ao trabalho, em regra, a discriminação praticada pelo empregador tem o condão de provocar o pedido de demissão do trabalhador, posto que o empregado retorna ao trabalho com direito a estabilidade de um ano, nos termos do art. 118 da Lei 8.213/91.

Poderão, ainda, caracterizar a discriminação condutas como, por exemplo, menosprezar os acidentes considerados leves; culpabilizar o trabalhador por sua doença ou acidente; segregar aqueles que retornam de afastamento previdenciário; coagir para forçar a demissão dos empregados que gozam de estabilidade; mudar constantemente de função e de setor; conceder atribuições que estão abaixo da capacidade profissional ou sobrecarregar de atividades, dentre outras condutas discriminatórias.

As formas de discriminação do trabalhador acidentado ou acometido por doença ocupacional durante o período contratual são complexas e possuem os mais variados motivos, desde a suposta diminuição da produtividade até mesmo em razão de reestruturações da organização da empresa que não buscam adequação dos empregados reabilitados.

Há também o caso em que novas tecnologias são inseridas na atividade da empresa, enquanto o trabalhador está afastado, e, quando este retorna, não há mais

espaço para a prestação de trabalho pelo empregado reabilitado. A desimportância pelo aproveitamento do empregado em novos contextos tecnológicos em virtude deste ter sido afastado por doença, configura também forma discriminatória.

Essas práticas discriminatórias tem o potencial de produzir efeitos negativos na vida familiar e social do trabalhador, encampando-lhe sentimentos de frustração, rebaixamento da autoestima, desespero, busca por compensações na ingestão de bebida alcoólica e uso de drogas, ampliando significativamente o seu estado de vulnerabilidade.

Essa agressão ao seu patrimônio imaterial poderão dar ensejo a um quadro de assédio moral e assegurar ao trabalhador o direito de reparação.

Conforme lição do professor Sérgio Pinto Martins (2014, p. 30): “assédio moral discriminatório é o decorrente de tratamento desigual em razão de sexo, idade, estado civil, cor, religião etc. A vítima é assediada e tratada de forma discriminatória em razão de alguns dos aspectos mencionados”.

Neste sentido, a motivação do assédio moral será a discriminação, dando direito à vítima de ser indenizadas pelos danos sofridos. O direito à indenização por danos morais está previsto nos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal, bem como no artigo 186 do Código Civil Brasileiro de 2002, cuja finalidade é reparar ou compensar as lesões extra patrimoniais causadas a direitos personalíssimos.

4.3 DISCRIMINAÇÃO DO EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV

O Brasil não possui uma legislação específica a respeito desta forma discriminatória, sendo a Lei 9.029/95 a principal fonte infraconstitucional da proteção do trabalhador contra as práticas discriminatórias por motivo de doença.

Apesar de encontrarmos na jurisprudência práticas discriminatórias por motivo de câncer, cardiopatia grave, esquizofrenia, LER/DORT, surdez, etc., é importante registrar com grande ênfase a discriminação em razão do trabalhador ser afetado pelo vírus da imunodeficiência (HIV) ou pela síndrome da imunodeficiência adquirida (doentes de AIDS), pois está é a principal razão da formação da Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho, que se constituiu numa das mais importantes garantias do trabalhador doente contra sua despedida discriminatória.

AIDS é uma sigla utilizada nos países ingleses e também adotada no Brasil para abreviar o termo Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), advinda do

Vírus da Imunodeficiência Humana.

A AIDS é uma doença na qual o sistema imunológico perde o seu poder de proteção do organismo, facilitando o surgimento das chamadas infecções oportunistas ou neoplasias, podendo ser transmitida pelas vias sexual, sanguínea e materno-filial, quando da gravidez e do parto.

Desta forma, importante registrar que os meios de transmissão e contágio da doença são restritos, não sendo transmissível pelo contato comum entre pessoas ou objetos, nem pela mera convivência com portadores do vírus.

Apesar de não existir convenção ou recomendações específicas dos organismos internacionais, há instrumentos internacionais que poderão fornecer critérios para a adoção de políticas que protejam os direitos dos empregados e a saúde pública.

É exemplo a Declaração Conjunta da OMS/OIT, resultante da Reunião consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, realizada em Genebra nos dias 27 e 28.6.88 (OIT, 2010), que estabeleceu instruções gerais sobre a temática:

- a) para as pessoas que solicitam emprego não cabe a detecção do HIV/AIDS prévia à contratação, como prova de aptidão ao trabalho. Não pode sob hipótese alguma ser exigida;
- b) confidencialidade, a ser observada com relação a toda informação médica sobre a situação pessoal do portador quanto ao HIV/AIDS;
- c) dispensa de qualquer informação obrigatória ao empregador por parte do trabalhador sobre sua situação em relação ao HIV/AIDS;
- d) proteção ao empregado afetado ou suspeito de ter HIV/AIDS no ambiente de trabalho de toda estigmatização ou discriminação por parte dos colegas de trabalho, sindicatos, empregadores ou clientes. Para tanto, é fundamental a informação e a educação para manter o clima de confiança;
- e) acesso dos empregados e seus familiares a programas de informação e educação sobre HIV/AIDS, assim, como assessoramento e consulta;
- f) os empregados infectados com o HIV não devem ser objetos de discriminação em relação ao acesso às prestações normais da seguridade social e outras prestações de trabalho, bem como sua própria percepção;
- g) promoção de arranjos razoavelmente possíveis para o trabalho. A infecção pelo HIV não significa, por si só, limitação alguma da aptidão para o trabalho;
- h) manutenção da relação do trabalho, pois a infecção pelo HIV não é motivo para cessar a relação de trabalho. Assim, como ocorrem com outras enfermidades, as pessoas que possuem doenças relacionadas com o HIV devem continuar trabalhando, enquanto estiverem em condições de desempenhar um trabalho apropriado;
- i) primeiros socorros no local de trabalho em toda situação que exija precauções de biossegurança para reduzir o perigo de transmissão de infecções sanguíneas.

Assim, da Declaração conjunta da OMS/OIT podemos ter como diretrizes que não deve ser exigido das pessoas que solicitam emprego, exames para

constatação da infecção do vírus HIV, assim como o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação em relação ao vírus, não significando a infecção, por si só, qualquer limitação para o trabalho.

O Conselho Federal de Medicina do Brasil editou em 11 de novembro de 1992, a Resolução n. 1.359/92 que, após prever a obrigatoriedade de os médicos atenderem os pacientes portadores do HIV, assegurou a proibição do médico revelar ao empregador o diagnóstico do empregado ou candidato ao emprego, cabendo-lhe informar, exclusivamente, aspectos ligados à capacidade ou não de exercer determinada função (artigo 3º).

A Resolução n. 1.359/92 foi revogada pela Resolução n. 1665/2003, a qual modificou a redação da norma, porém, no entanto, manteve o sentido de resguardar o sigilo do paciente em relação ao seu empregador, senão vejamos:

Art. 9º - O sigilo profissional que liga os médicos entre si e cada médico a seu paciente deve ser absoluto, nos termos da lei, e notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos.

Parágrafo único - O médico não poderá transmitir informações sobre a condição do portador do vírus da SIDA (AIDS), mesmo quando submetido a normas de trabalho em serviço público ou privado, salvo nos casos previstos em lei, especialmente quando disto resultar a proibição da internação, a interrupção ou limitação do tratamento ou a transferência dos custos para o paciente ou sua família.

A soropositividade é um dado confidencial circunscrito à esfera da intimidade do ser humano, fazendo com que a garantia da confidencialidade tenha relevo ao profissional médico, constituindo crime tipificado no art. 154 do Código Penal a sua violação.

Nesse mesmo sentido, no dia 31 de maio de 2010 foi publicada a Portaria 1.246, de 28 de maio de 2010, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que proíbe as empresas de exigirem do trabalhador a realização do teste de HIV para contratação, senão vejamos: “Art. 2º. Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV”.

Ressalte-se que a prática de pedir o exame é discriminatória e, por isso, já é proibida pela Constituição Federal, porém, a portaria enfatiza essa proibição, indicando que o Ministério do Trabalho e Emprego está atento a essa questão e disposto a aumentar a fiscalização nas empresas.

No tocante ao rompimento do contrato de trabalho, a infecção pelo HIV não constitui justa causa, tampouco motivo justificado para a ruptura do contrato de trabalho.

Na legislação trabalhista, o empregado infectado pelo vírus HIV não goza de estabilidade provisória no emprego, salvo se houver previsão expressa em instrumento coletivo.

A previsão de tal estabilidade impediria a dispensa arbitrária ou sem justa causa, possibilitando o direito à reintegração. Contudo, a reintegração no emprego não se dá apenas no descumprimento da estabilidade e também ocorre na hipótese de dispensa discriminatória, nos termos da Lei n. 9.029/95.

Ocorre que, como já delineado, a Lei n. 9.029/95 não incluiu, dentre os motivos discriminatórios, o estado de saúde ao lado dos motivos de sexos, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

No entanto, conforme já explicitado anteriormente, há que se considerar que o artigo 1º não tipifica ilícito penal, mas sim serve de base para os efeitos trabalhistas da dispensa discriminatória do artigo 4º.

Nesse sentido, melhor é o posicionamento que dê amplitude à proteção contra a discriminação, englobando outros motivos que não aqueles elencados no artigo 1º da referida lei, por considerá-los meramente exemplificativos, estando ainda em sintonia com as normas internacionais já citadas, notadamente com a Convenção n. 111 da OIT.

4.4 DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA POR DOENÇA GRAVE OU ESTIGMATIZANTE

Capítulo importante da construção normativa contra a discriminação por motivo de AIDS ou mesmo de doença grave são os posicionamentos da jurisprudência trabalhista a este respeito, que foram consolidados na edição da Súmula 443 do TST:

Súmula nº 443 do TST
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 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.

Com a formação de 22 processos de precedente, sendo a grande maioria relacionado a demissão discriminatória por acometimento de AIDS ao trabalhador, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou sua jurisprudência pela reintegração do empregado dispensado por ser portador do vírus HIV ou doença grave, com fundamento nos artigos 1º, inciso III e IV, 3º, inciso IV, 5º, *caput* e XLI, 7º, inciso I, 170 e 193, da CF/88 e 1º e 4º da Lei nº 9.029/95.

Ainda que inexista a garantia de emprego prevista em lei, regulamento de empresa ou instrumento normativo, a jurisprudência vem deferindo a reintegração deste empregado, desde que se constate a prática de conduta discriminatória.

Confira-se a jurisprudência sobre reintegração:

RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ÔNUS DA PROVA - DOENÇA GRAVE - SÚMULA Nº 443 DO TST. 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, conforme entendimento consubstanciado na Súmula nº 443 do TST. O Tribunal Regional, calcado no entendimento de que incumbe ao empregado o ônus de comprovar a ocorrência da conduta discriminatória do empregador, incorreu em inversão imprópria do ônus da prova. Consequentemente, deixou de acolher a pretensão do reclamante aos danos morais, apesar da presunção que lhe favorecia, não havendo notícia no acórdão recorrido acerca da produção de prova em sentido contrário pelo empregador. Recuso de revista conhecido e provido. (RR - 7894-78.2010.5.12.0014 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28/08/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE - Câncer. ESTIGMA OU PRECONCEITO (SÚMULA 126/TST). 2. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 443/TST. FALECIMENTO DO EX-EMPREGADO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA ATÉ O FALECIMENTO. 3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DO QUANTUM ARBITRADO. 4. MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Registre-se, inicialmente, que o ex-empregado, após a rescisão contratual, ajuizou a presente ação trabalhista em 2007, havendo, após o seu falecimento ocorrido em 2008, a sucessão processual pelo espólio. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pelo câncer. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista

neste aspecto, com o seguinte teor: -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-. Na hipótese dos autos, consta do acórdão regional que o ex-empregado era portador de câncer na região do pescoço desde fevereiro/2003, tendo se submetido a tratamento cirúrgico em 2004, sendo notória a gravidade de sua doença e a necessidade de seu constante acompanhamento médico. Asseverou a Corte de origem que o ex-empregado, à época de sua dispensa, em 01.12.2005, estava prestes a realizar nova cirurgia devido à recidiva da doença. Por fim, o Tribunal a quo presumiu que houve discriminação e arbitrariedade na dispensa do ex-empregado, uma vez que a Reclamada não comprovou os motivos apontados para a dispensa, tendo sido a ruptura contratual fora dos limites do seu direito potestativo. Nesse sentido, o Regional manteve a condenação no pagamento de indenização substitutiva até o falecimento do ex-empregado. Diante desse contexto, considera-se correta a decisão regional ao entender que houve discriminação na dispensa do ex-empregado. Por outro lado, para analisar as assertivas recursais de inexistência de conduta discriminatória, necessário seria a reanálise de todo o conteúdo fático-probatório dos autos, o que é inviável em se tratando de recurso de revista (Súmula 126/TST). Dessa forma, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que ora subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 174700-03.2007.5.15.0022 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 13/08/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013).

O posicionamento jurisprudencial atual da C. Corte Superior Trabalhista é o de que a dispensa imotivada efetuada logo após a ciência do empregador ou preposto acerca do estado de saúde do empregado faz presumir o caráter discriminatório e arbitrário da ruptura contratual, impondo ao reclamado a produção de prova em contrário.

Trata-se de presunção *juris tantum*, isto é, que admite prova em contrário, a fim de distinguir as situações em que não se caracteriza qualquer conduta discriminatória.

E, como registrado, o exercício do poder potestativo do empregador de demitir imotivadamente o empregado após a ciência de sua condição de saúde, faz presumir a conduta discriminatória, autorizando a reintegração ao emprego, exceto se o empregador comprovar em juízo que a demissão não ocorreu em razão da constatação da doença. Entretanto, mostra-se do empregador o ônus de demonstrar a inexistência da prática discriminatória.

A inexistência de texto de lei prevendo a estabilidade do trabalhador portador de doença grave não impede a sua reintegração no serviço, visto que a rescisão motivada por atos de discriminação, afronta os 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 (artigos 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI, 7º, I, 170 e 193 da Constituição Federal).

Ademais, como já referido, a Lei n. 9.029/95 é marco importante contra a discriminação no ambiente de trabalho, totalmente aplicável em relação à discriminação por doença, e prevê a possibilidade de reintegração do empregado despedido de forma discriminatória:

Art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. [...]

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Portanto, na hipótese de reintegração do empregado despedido discriminatoriamente, a lei lhe outorga a faculdade de optar pela solução que lhe melhor convier, pela reintegração ao emprego, acrescida dos pagamentos dos salários devidos no período de afastamento, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, tendo como termo inicial a data da dispensa e termo final a primeira decisão que reconhecer o direito, acrescida de indenização por danos morais, com fundamento no Art. 4º, caput e incisos, da Lei n. 9.029/95 c/c Súmulas n. 28 e 443, do C. TST.

4.5 PELA IMPLEMENTAÇÃO DE NORMA SISTEMÁTICA CONTRA PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS POR MOTIVO DE DOENÇA NO AMBIENTE DE TRABALHO E PELA CRIAÇÃO DE MECANISMOS MAIS EFICIENTES DE IDENTIFICAÇÃO E PUNIÇÃO DE SEUS RESPONSÁVEIS

Conforme assinalado, seja para o exame da dispensa discriminatória do empregado portador de doença grave ou estigmatizante, seja para sua proteção no curso do contrato de trabalho, faz-se necessário a utilização de normas inespecíficas como a Lei 9.029/95 e princípios constitucionais para a defesa dos direitos das

vítimas.

O ambiente de trabalho é composto por situações específicas que facilitam a ocultação das práticas discriminatórias e que, por esta razão, mereceriam, a nosso pensar, tratamento diferenciado, mais detalhado e fundado em estudos exclusivos, próprios a evitar o despedaçamento da dignidade do trabalhador, quando se encontra em situação extremamente vulnerável.

Poder-se-ia até mesmo constituir uma norma específica que tratasse dos instrumentos de proteção contra práticas discriminatórias no ambiente de trabalho, onde haveria previsão expressa a respeito da discriminação por motivo de doença grave ou estigmatizante, ou mesmo uma norma própria a esta espécie de discriminação.

Lei específica poderia disciplinar o uso mais intenso de ações afirmativas tendentes a evitar a discriminação e promover a inclusão destas pessoas no ambiente de trabalho como desconstrução da cultura de distanciamento de empregados doentes do emprego, como forma de construção de nova mentalidade do ambiente de trabalho.

Também seria indispensável a implementação de punições mais rigorosas aos gestores e à própria pessoa jurídica responsável pela prática de condutas discriminatórias contra empregados doentes, a ponto de fazer sentir a necessidade de constante defesa dos empregados nesta situação pelos próprios empregadores.

Mecanismos de identificação das empresas responsáveis por condutas discriminatórias, ampliação da fiscalização exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assim como pelo Ministério Público do Trabalho e medidas mais contundentes no controle e busca das informações, maior poder investigativo e proteção jurisdicional destas medidas poderiam contribuir também à maior proteção dos empregados vítimas de discriminação por motivo de doença.

É sobremaneira relevante dar à matéria um enfoque sistemático, com norma própria, agentes e mecanismos explícitos no sentido de proteger o empregado e toda sociedade do mal que se manifesta através da discriminação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca dos seres humanos pela igualdade em direitos tornou-se um princípio declarado universalmente, e traduz a noção de que todos os seres

humanos possuem a mesma condição de dignidade humana, condição esta que os iguala em direitos, e torna irrelevante toda e qualquer diferença em face do sexo, raça, cor, religião, origem etc.

O presente trabalho, por certo, não pretende esgotar o tema referente à discriminação no âmbito das relações de trabalho, já que a perversidade do modelo de relações sociais vigentes tem a possibilidade de desenvolver infinitas formas de lesão aos princípios da isonomia e da não discriminação.

Por outro lado, acredita-se que o sucinto relato apresentado será capaz de proporcionar ao leitor uma visão, ainda que panorâmica, das hipóteses mais frequentes de discriminações praticadas contra o trabalhador e dos mecanismos destinados a combatê-la e eliminar situações de desigualdades existentes.

Da mesma forma, faz-se necessário o despertar de um sentimento constitucional, de uma consciência coletiva, por parte de todos os integrantes da sociedade brasileira, para disseminar a existência da efetiva concretização dos princípios e regras da Constituição Federal de 1988.

O Estado brasileiro tem como fundamento a cidadania, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º , III, IV, da CF), e, como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação (art. 3º , III, IV, da CF).

Percebe-se daí que o princípio da igualdade que proíbe a discriminação (art. 5º, caput, da CF) acaba por permiti-la, quando justificada diante do objetivo fundamental, que aponta para a busca da promoção do bem de todos, e da redução das desigualdades sociais.

A discriminação do trabalhador em razão de uma moléstia que lhe põe em risco a vida, num momento de extrema vulnerabilidade social e pessoal, é uma conduta enormemente negativa, causando distúrbio na vida pessoal do empregado e em todo tecido social, afrontando os princípios mais basilares da carta magna.

A ausência de normas específicas no Brasil, a respeito da proteção do trabalhador nesta condição, dificulta a concretização dos princípios constitucionais, tornando necessária a manifestação jurisdicional em cada caso concreto, com efeito deveras limitado, de maneira que seria de excelente alvitre a elaboração de norma protetiva do trabalhador portador de doença grave ou estigmatizante.

A instituição de políticas de ação afirmativa são também medidas que podem

atenuar o quadro vigente, cabendo às empresas adotarem uma conduta de acordo com as garantias fundamentais do trabalhador.

Na mesma toada, cabe ao Poder Público fazer valer tais garantias através da atuação a ser desempenhada pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário, pelos órgãos de fiscalização do Poder Executivo e pelo Poder Legislativo no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico,

Portanto, combater a discriminação e promover a igualdade de oportunidades e tratamento no emprego significa exatamente procurar aplicar o princípio da igualdade de oportunidades às condições de trabalho, tornar eficaz a proibição às práticas discriminatórias no ambiente do trabalho e garantir de forma efetiva a igualdade de oportunidades no acesso à relação de emprego e nas condições sob as quais se realiza o trabalho, como fonte relevante de justiça social.

REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTR, 2009.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Discriminação no trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Proteções contra discriminação na relação de emprego. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares. VIANA, Márcio Tulio (Coords). **Discriminação**: estudos. São Paulo: LTr, 2000.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Preconceito no Trabalho e a Discriminação por Idade**. São Paulo: Ltr, 2004.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2013.

KHAMIS, Renato Mehanna. **Dano moral: dispensa imotivada de portador do vírus HIV.** São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. **Assédio moral no emprego.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MERLO, Álvaro Roberto Crespo et. al. O Trabalho entre Prazer, Sofrimento e Adoecimento: A Realidade dos Portadores de Lesões por Esforços Repetitivos. **Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, jan./jun. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822003000100007>. Acesso em 18 fev. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu segmento.** Brasília: OIT, 2001.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **HIV/AIDS no mundo do trabalho: as ações e a legislação brasileira.** Brasília: OIT, 2002.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Repertório de Recomendações práticas da OIT sobre o HIV/AIDS e o mundo do trabalho.** 3. ed. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/hiv_aids/pub/repertorio_hivaid_2010_278.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Seguridad y salud en el trabajo.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang-es/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014