

INTRODUÇÃO

Segundo dados fornecidos pela Previdência Social e divulgados pelo Tribunal Superior do Trabalho¹, de 2004 a 2013, houve um incremento da ordem de 1.964% para a concessão de auxílios previdenciários às vítimas de afastamento por transtornos psíquicos vinculados ao trabalho. A preocupação com o crescente “exército de adoentados” se justifica se considerados os dados alarmantes da OMS. Na Europa, tem crescido o número de pessoas desempregadas em idade ativa, porquanto enfermas, que buscam o amparo da seguridade².

Situa-se no cerne das discussões relacionadas ao adoecimento laboral a condição pós-moderna de trabalho. Nesse campo, coloca-se a insegurança, o crescente nível de exploração da mão-de-obra por mecanismos de gestão mais atrelados à competição e produtividade, causando o fenômeno do mal-estar do trabalho, ao lado da diminuição da proteção normativa às condições de trabalho, como a flexibilização e a flexissegurança.

Em tal contexto está inserida a prática discriminatória dos sujeitos que não alcançam os patamares mínimos exigidos pelos padrões de competência e produção. Busca-se anular as diferenças, por meio de padrões tayloristas, ao mesmo tempo em que se exige dos trabalhadores competências diversificadas pós-toyotistas.

Nesse compasso, os direitos humanos, culturalmente conquistados, impõem o estatuto da diferença, mesmo diante da ausência de leis regulamentadoras nos âmbitos nacionais, no que se insere a proteção da pessoa com estado de saúde na sua relação de trabalho, independentemente da sustação contratual, pois o que se está a enfrentar é a tutela do trabalhador que sofre a diminuição da sua capacidade laborativa por uma sequela oriunda da doença sofrida e que sofre, no ambiente laboral, constante discriminação.

No Direito pátrio, a recente Súmula n. 443 do TST, do ano de 2012, é o único instrumento específico de proteção contra a discriminação, embora limitada à doença grave que cause

¹ http://www.tst.jus.br/es/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/20408838

² La expulsión de estas personas del mercado de trabajo incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, mediante la adaptación de su puesto a sus nuevas capacidades, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, más aún cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de trabajar. (MARTINEZ, 2015, p. 40).

La expulsión de estas personas del mercado de trabajo incide directamente en la reducción de la población activa, por lo que la participación de los enfermos crónicos en el mercado de trabajo, mediante la adaptación de su puesto a sus nuevas capacidades, resultará imprescindible para el sostenimiento de los sistemas de Seguridad Social, más aún cuando se prevé que en 2030 Europa cuente con 20 millones menos de personas en edad de trabajar.

estigma ou preconceito, e que confirma o momento de transição de um paradigma essencialmente privatístico para a valorização e dignidade do trabalho. Não menos verdadeira é a verificação de que a proteção da doença permanente no ambiente de trabalho contra práticas discriminatórias é igualmente recente nos países desenvolvidos europeus, como se depreende da Diretiva 78/2000 de 2013 da Comunidade Europeia, no Código de Trabalho Francês, por incorporação de lei protetiva de 2008, e no Código do Trabalho de Portugal, de 2009.

É nesse contexto recente e fértil de dúvidas que a pesquisa se coloca, a fim de contribuir para o desenvolvimento do instituto da proteção antidiscriminatória do trabalhador com enfermidade prolongada no contrato de trabalho e os deveres do empregador, com base no exame do direito comparado.

1. A CONDIÇÃO LABORAL NA PÓS-MODERNIDADE E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

A era informacional tem produzido a *degradação do trabalho no século XXI* (BRAVERMAN, 2012), conforme elucida Manuel Castells, que coloca a sociedade informacional como causadora da transformação do emprego, na flexibilização do seu processo relacional (CASTELLS, 2011). É a mesma crítica formulada por Luc Boltanski e Ève Chiapello, no sentido da *desconstrução do mundo do trabalho*, por meio de uma flexibilização interna, “baseada na transformação profunda da organização do trabalho e das técnicas utilizadas”, e de uma flexibilização externa, por meio de subcontratações e de jornadas flexíveis (BOLTANSKI, 2009, p. 240). A flexibilização interna situa no último nível da cadeia um consumidor e um investidor virtual, que aloca os seus recursos com intensa velocidade e mobilidade, pautando a atividade empresarial, enquanto que na base da sociedade está o trabalhador, ameaçado pela cadeia de operações que precarizam, que esvaziam o sentido do trabalho³.

Convém pontuar que a degradação do trabalho se relaciona intensamente com a degradação ambiental, enquanto respostas de um único fenômeno, qual seja, a crise ecológica decorrente da insuficiência da ética liberal desenvolvimentista, do liberalismo kantiano, inclusive do próprio Estado Social, que tem alocado a saúde, a educação e o

³ No Brasil, a crítica é formulada por: ANTUNES, 2009; DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia, 2007.

trabalho como plataformas das forças de mercado, notadamente nos países periféricos, patrocinadas por “sujeitos poderosíssimos que não se sentem devedores de lealdade ou de responsabilidade para com nenhum país” (SANTOS, 2013, p. 300), isto é, grandes corporações que desafiam o poder do Estado enquanto instituição reguladora.

Exige-se, nessa quadra, situar a degradação do trabalho no seio da crise pós-moderna (HARVEY, 2013), que dialoga com o fracasso da ética liberal, pautada nas concepções individualistas de autonomia e autopossessão, para uma outra que situe o indivíduo em uma cadeia relacional, no interior da qual emanam linguagem e cultura, donde emerge uma dignidade intersubjetiva, comunicacional (HABERMAS, 1997), e, diga-se de passagem, nesse aspecto, o sindicato se insere muito adequadamente no procedimento discursivo habermasiano de legitimação do discurso jurídico, no que ele denomina processo de institucionalização externa de participação no discurso jurídico. Nesse sentido, assinala Norberto Bobbio, para quem a paz universal e a justiça social somente serão alcançadas pela democracia e pelos direitos do homem (BOBBIO, 2004), historicamente construídos e conquistados em dado espaço.

Na mesma linha, acentua Aldacy Rachid Coutinho que “o modelo capitalista traduz uma contradição insuperável: a dignidade do ser explorado ou o conflito capital/trabalho” (COUTINHO, 2014, p. 94-95), ou seja, sem libertação da lógica privada, da exploração do sujeito enquanto valor de troca, não há valorização ou dignidade do sujeito. Prossegue a autora, que “a dignidade, na sua expressão trabalho, se situa nesse âmbito de demanda de reconhecimento pelo Outro da condição de ser sujeito de direitos”.

Com efeito, as revoluções socialistas do século XIX operaram a transição da igualdade formal à igualdade substancial, como dimensão necessária da dignidade humana (MORAES, 2003, p. 116 e ss.), ultrapassando-se a concepção ficcionista de igualdade de todos perante a lei, já que mantidos os privilégios sociais pelo Direito. A transição, portanto, se dá ao redor de um novo consenso acerca do papel do Estado, agora chamado a estabelecer condições mínimas de igualdade material, para a consecução do bem comum, por meio de uma legislação intervencionista, conhecida como segunda fase dos direitos fundamentais ou, simplesmente, era dos direitos sociais (LIMA, 2006), donde se destaca a dimensão substancial do valor igualdade.

É com fundamento na realização de um direito humano igualdade substancial e à não discriminação, que se coloca a proteção da diferença do sujeito que depende do trabalho

em face do poder gerencialista, calcado na ética do resultado e que não admite, pois simplesmente não há lugar, para a diferença, dentre as quais as deficiências ou enfermidades físicas ou psíquicas prolongadas, as quais, não raro, são produzidas pela própria gestão (GAULEJAC, 2007).

2. DIREITO FUNDAMENTAL A NÃO DISCRIMINAÇÃO

A não discriminação decorre dessa dimensão substancial do princípio da igualdade, que se coloca como valor moderno, central na discussão de Estado Democrático e na distribuição de bens, mas que sempre remonta à concepção aristotélica de justiça distributiva (RAWLS, 1997). Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito impõe a preservação dos interesses minoritários de grupos vulneráveis em face do poder dominante, a partir da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e de um modelo hermenêutico que possibilite uma adequada solução dos conflitos deles decorrentes.

Da mesma forma, impõe-se realizar o valor social do trabalho, que decorre da igualdade substancial e promove a dignidade humana, e se encontra plasmado, enquanto princípio político conformador da República (CANOTILHO, 2007, p. 211), de tipologia aberta A respeito da dificuldade em delinear o conteúdo do princípio em análise, ver BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Os valores sociais do trabalho. (CANOTILHO, 2014, p. 130), no art. 1º, IV⁴, ao lado da livre iniciativa, e, no art. 170, enquanto processo de realização da justiça social⁵. É de fundamental importância a esse anteprojeto a conceituação efetuada por Leonardo Raupp Bocorny, no sentido de que valorizar o trabalho humano “significa defender condições humanas de trabalho, além de se preconizar por justa remuneração e defender o trabalhador de abusos que o capital possa desarrazoadamente proporcionar” (BOCORNY, 2003, p. 69), no que se inclui a discriminação de diversas matizes.

Igualdade, dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho confluem para um novo paradigma de sustentabilidade do trabalho, vinculados a um meio ambiente do trabalho

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

sadio e equilibrado, que impõe a preservação e prevenção da saúde física e psíquica do trabalhador, conforme sinaliza Júlio Rocha: “surge um sistema normativo do meio ambiente do trabalho como uma racionalidade baseada na prevenção ao dano e na precaução” (ROCHA, 2013, p. 227).

Na teoria dos direitos fundamentais, pode-se situar o direito fundamental à não discriminação por estado de saúde nas relações de trabalho, enquanto norma atribuída pelo direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, além do próprio conteúdo fundamental da não discriminação, extraído da isonomia, a partir da lição de Robert Alexy, para quem não são normas de direitos fundamentais somente aquelas expressamente enunciadas pelo texto constitucional, mas também aquelas decorrentes de uma relação de refinamento do texto, desde que a partir de uma “correta fundamentação referida a direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 75-76).

A fundamentalidade material da norma é facilmente extraída, já que subsiste uma carência apta a ser protegida pelo direito, sem a qual atinge o núcleo essencial da autonomia humana, causando-lhe grave sofrimento (ALEXY, 1999), caso da proteção de pessoas que apresentam algum tipo de doença de longo prazo contra práticas no ambiente do trabalho que a discriminem injustificadamente por tal elemento diferenciador, pois simplesmente anulam a subjetividade, o mérito, o valor e a capacidade, o que viola a igualdade substancial. Dito de outro modo, o adestramento fabril do corpo dócil de Michel Foucault (FOUCAULT, 2003) é ressignificado na reordenação da subjetividade (HELOANI, 2010) pelo paradigma gerencialista, pautados pelo *culto da performance* (BENDASSOLLI, 2007, p. 249), excluem o sujeito diferente, que, no caso, possui doença que limita a sua produção nos moldes de alta performance, da multicapacidade e da competência.

Nesse contexto pós-moderno de negação do ócio, do lazer e da desconexão do trabalho, atrelado a um aumento da flexibilização das relações trabalhistas, se situa o nível elevado de adoecimentos prolongados, vinculadas ou não ao trabalho, mas cujas consequências com ele se relacionam, notadamente pela eventual redução da capacidade laboral. Trata-se de uma “alteração patológica não reversível que requer uma especial reabilitação e um longo período de supervisão, observação e cura” (TIRABOSCHI, 2015)⁶, tais como

⁶ Tradução livre: Senza entrare in complesse definizioni medico-scientifiche², con l'espressione “malattie croniche” intendiamo qui riferirci ad alterazioni patologiche non reversibili che richiedono una speciale riabilitazione e un lungo periodo di supervisione, osservazione, cura. In via meramente esemplificativa:

doenças cardiovasculares e respiratórias, desordens músculo-esqueléticas, HIV, esclerose múltipla, numerosas tipologias de tumor, diabetes, obesidade, epilepsia, depressão e outros distúrbios mentais.

Além da problemática relativa ao tratamento e recuperação dessas doenças, geralmente graves, para o paciente e sua família, outro problema se acentua aos que delas são acometidos, qual seja, a discriminação e instabilidade no ambiente do trabalho, pois no mais das vezes as pessoas precisam de afastamentos, têm reduzida a sua capacidade laboral, sem falar na necessidade de adequação da rotina de trabalho ao seu estado de saúde.

Convém situar a discriminação no ambiente de trabalho por estado de saúde físico ou psíquico, sobretudo, como prática que viola a concepção de sustentabilidade do trabalho, como imperativo de um meio ambiente sadio e equilibrado, que situa o paradigma da prevenção como mecanismo de proteção a qualquer prática que contribua para a degradação desse ambiente, que é difuso.

3. DISCRIMINAÇÃO POR ESTADO DE SAÚDE NO ORDENAMENTO PÁTRIO E ESTRANGEIRO

A legislação brasileira, especialmente da Lei 9.029/95, não especifica a discriminação por estado de saúde no rol do art. 1º da mencionada lei, enquanto que no direito europeu, o único país a mencionar expressamente em instrumento legal a proteção contra a discriminação por estado de saúde é a França, no Article L1132-1 do *Code du Travail* por meio do qual disciplina, dentre as diversas espécies e formas, a discriminação *en raison de son état de santé ou de son handicap*⁷.

A doença prolongada não se confunde com a deficiência, e já é há tempos catalogada como fator de discriminação nas relações de trabalho, contando com proteção expressa na Constituição Federal (art. 7º, XXXI), na Convenção n. 159 da OIT, bem como na

malattie cardiovascolari e respiratorie, disordini muscolo-scheletrici, HIV/AIDS, sclerosi multipla, numerose tipologie di tumori, diabete, obesità, epilessia, depressione e altri disturbi mentali.

⁷ Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de (...) ou en raison de son état de santé ou de son handicap.

Convenção da ONU sobre direitos das pessoas com deficiência de 2006. Desse modo, diante do desenvolvimento jurídico mais recente, a discriminação por estado de saúde costuma ser associada à proteção das pessoas com deficiência, como o fez a legislação francesa (acima), sem falar da incessante busca à analogia *legis*, com a finalidade de buscar a realização do princípio substancial da igualdade e da não discriminação. É didático, nesse aspecto, o caso inglês, cuja lei antidiscriminatória, a *Equal Act* de 2010, não elenca o estado de saúde no rol dos critérios discriminatórios do Capítulo I, item 4, quais sejam: idade, deficiência, mudança de sexo, casamento e união civil, gravidez e maternidade, raça, religião ou crença”⁸. Não menciona, portanto, de forma expressa a discriminação por estado de saúde, conquanto seja equipara doutrinariamente “*by association*” com a *disability* (pessoa deficiente) (EFFIOM, 2015)⁹.

Diante da omissão legal e da necessidade de se buscar equivalência à Diretiva 2000/78 do Conselho da União Europeia, que determina a adaptação razoável da empresa no caso específico do trabalhador com deficiência, os conflitos enfrentados pela jurisprudência com base na violação ao princípio da isonomia têm invocado por analogia o art. 5º da Diretiva, que assim dispõe:

Para garantir o respeito do princípio da igualdade de tratamento relativamente às pessoas deficientes, são previstas adaptações razoáveis. Isto quer dizer que a entidade patronal toma, para o efeito, as medidas adequadas, em função das necessidades numa situação concreta, para que uma pessoa deficiente tenha acesso a um emprego, o possa exercer ou nele progredir, ou para que lhe seja ministrada formação, excepto se essas medidas implicarem encargos desproporcionados para a entidade patronal. Os encargos não são considerados desproporcionados quando forem suficientemente compensados por medidas previstas pela política do Estado-Membro em causa em matéria de pessoas deficientes.

Houve resistência do Tribunal da União Europeia em admitir a equiparação do trabalhador com doença prolongada àquele com deficiência, para fins de adaptação razoável¹⁰, o que se deu apenas em 11 de abril de 2013, no caso *HK Danmark* contra

⁸ Age; “disability; gender reassignment; marriage and civil partnership; pregnancy and maternity; race; religion or belief; sex; sexual orientation.

⁹ EFFIOM, Sylvanus B. Disability Discrimination and Substantive Equality: What Lessons Could Be Learnt from the British Public Sector Equality Duty? E-Journal of International and Comparative LABOUR STUDIES. Vol. 4, No 2, May-June 2015. ADAPT University Press, 2015.

¹⁰ No ano de 2006, o Tribunal de Justiça da União Europeia julgou importante precedente a respeito do tratamento por analogia da discriminação por estado de saúde ao art. 5º da Diretiva 2000/78 que cuida da deficiência, o caso *Chacón Navas vs. Eurest Colect*. No precedente, que cuida de ação anulatória da dispensa com fundamento em dispensa discriminatória por motivo de estado de saúde, no qual a empregadora, no ato de dispensa, reconheceu a irregularidade e oferecer de antemão a indenização correspondente, o Tribunal assentou que: “(...) ao utilizar o conceito de «deficiência» no artigo 1.º da referida directiva, o legislador escolheu deliberadamente um termo que difere do de «doença». A equiparação pura e simples dos dois conceitos está, pois, excluída”.

*Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11)*¹¹. Em Portugal, o art. 85 equipara as doenças crônicas à deficiência, nos seguintes termos:

Artigo 85.º Princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com deficiência ou doença crónica

1 - O trabalhador com deficiência ou doença crónica é titular dos mesmos direitos e está adstrito aos mesmos deveres dos demais trabalhadores no acesso ao emprego, à formação, promoção ou carreira profissionais e às condições de trabalho, sem prejuízo das especificidades inerentes à sua situação.

Em visão panorâmica, esclarece Silvia Martinez (MARTINEZ, 2015, p. 41) o tratamento normativo conferido por alguns países da comunidade europeia a respeito da proteção contra a discriminação por estado de saúde, assinalando que, à exceção da França, Espanha, Itália, Reino Unido e Alemanha possuem legislações generalistas a respeito da discriminação no ambiente de trabalho, as quais não contemplam a discriminação por estado de saúde.

3.1. O DEVER DE ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL

Questão específica à presente pesquisa diz respeito à seara da responsabilidade pela adaptação razoável da empresa¹² em caso de adoecimento prolongado dos seus empregados. Conforme assinalado, o vigésimo considerando da Diretiva 2000/78 da CUE dispõe o seguinte:

É necessário prever medidas apropriadas, ou seja, medidas eficazes e práticas destinadas a adaptar o local de trabalho em função da deficiência, por exemplo, adaptações das instalações ou dos equipamentos, dos ritmos de trabalho, da atribuição de funções, ou da oferta de meios de formação ou de enquadramento.

No Brasil, não há tal previsão normativa, máxime o dever de readaptação funcional, disciplinado no art. 461, § 4º da CLT, que não se confunde com a adaptação razoável por motivo de saúde. Nesse contexto, é bom ressaltar que o modelo pátrio se pauta apenas na suspensão do contrato quando o empregado não está em condições de trabalho, isto é, na

¹¹ (...) o conceito de «deficiência» visado pela Diretiva 2000/78 deve ser interpretado no sentido de que inclui um estado patológico causado por uma doença clinicamente diagnosticada como curável ou incurável quando esta doença gera uma limitação, que resulta, designadamente, de lesões físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores, e esta limitação é duradoura. ECLI:EU:C:2013:222

¹² Em verdade, o princípio da adaptação razoável surge no âmbito da Equal employment Opportunity Act de 1972, dos Estados Unidos da América, circunscrito ao plano da liberdade religiosa, determinando ao empregador a adaptação de horários de trabalho e jornada.

fase aguda da doença, e por uma dubiedade que se propõe estanque: trabalhador sadio e trabalhador doente.

A doutrina portuguesa acrescenta as seguintes medidas: a. facilitação do acesso ao trabalho; b. adaptação das condições de trabalho, como horário de trabalho, trabalho noturno e suplementar, observada a proporcionalidade; c. igualdade de direitos aos demais trabalhadores (RAMALHO, 2012, p. 352).

De logo, é importante frisar que a adaptação é razoável, pois não deve importar carga excessiva ao empregador. A própria diretiva comunitária traz em seu bojo que o tamanho da empresa, os recursos financeiros, o volume dos negócios e a disponibilidade de fundos públicos constituem elementos que devem ser ponderados.

A jurisprudência espanhola tem observado que ante a impossibilidade de adaptação razoável, não ficará o empregador absolutamente obrigado a criar um posto específico¹³, quando então poderá transferir o empregado ou mesmo modificar o contrato de trabalho. Além disso, não será razoável alocar o empregado em função que ponha em risco a sua saúde e a dos demais, tal como um empregado com problemas motores em uma atividade de movimentação de cargas perigosas.

Em linhas conclusivas, portanto, o dever de adaptação razoável se aplica não apenas ao poder público, no sentido de promoção de políticas públicas, como aos empregadores e tomadores de serviços em geral, nas relações privadas de trabalho, sujeitando-o à prática discriminatória em caso de inobservância.

3.2. PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Para além do dever de adaptação razoável, discute-se na doutrina europeia a garantia do empregado contra dispensas de cunho discriminatório por motivo de enfermidade crônica, no interior do sistema de proteção ao trabalho da Convenção 158 da OIT, no qual a dispensa deve ser motivada por questões econômicas, técnicas ou disciplinares.

No Brasil, como já assinalado, a Lei 9.029/95 contempla hipóteses de proteção da relação de emprego contra atos discriminatórios, em especial, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre

¹³ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Navarra de 25 marzo 2009 (n. recurso 442/2008)

outros. Veja-se que a reabilitação profissional é hipótese contemplada expressamente pelo comando normativo, já que o portador de enfermidade deverá ser requalificado pela empresa e passará a desempenhar função diversa na empresa, não podendo nessa condição sofrer segregação.

Na jurisprudência, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 443, a qual protege o empregado em face da dispensa de cunho discriminatório¹⁴, conforme esclarece o Ministro Hugo Carlos Scheuermann (SCHEUERMANN, 2013, p. 225):

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

É de fundamental importância o precedente, pois é sintomático de uma cultura arraigada no patrimonialismo irresponsável, o precedente TST - RR 1269-50.2011.5.09.0863 (2ª T. - Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - DJe 27.11.2015), no qual uma trabalhadora portadora de carcinoma no colo do útero foi dispensada no dia exato do seu retorno ao trabalho, após a alta previdenciária. Registrou a 2ª Turma do C. TST:

E mesmo que a trabalhadora se resignasse e não tivesse se socorrido do Poder Judiciário, a simples notícia dos eventos ocorridos causaria estranheza ao homem médio, ao cidadão comum, mesmo o leigo nas ciências jurídicas. É que a conduta da empresa, ao rescindir o contrato de trabalho da empregada, justamente no dia de seu retorno ao trabalho, após padecer de moléstia grave, que importa, inclusive, em risco de vida, depõe contra noções básicas de solidariedade e empatia. Empatia, que, diga-se de passagem, nada mais é que a capacidade de se identificar com a outra pessoa, de sentir o que ela sente, de enxergar nela aquilo que nos distingue de outras espécies, aquilo que nos torna os que somos: HUMANOS.

Com efeito, a Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho, consigna uma presunção de dispensa discriminatória, a qual, para ser verificada, pressupõe o conhecimento do empregador da doença que acomete o empregado, além do que sempre permitirá a prova no sentido contrário, ou seja, de que a dispensa ocorreu por motivo não discriminatório. Vê-se que não se está a criar uma estabilidade, pois mantida está a possibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho, o que não se confunde com um abuso do direito por ato discriminatório.

¹⁴ 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.

A jurisprudência, a princípio, tem entendido que a Súmula abrange não apenas o HIV, como toda doença grave que cause estigma ou preconceito, tais como neoplasia maligna¹⁵, lúpus¹⁶, transtornos psíquicos¹⁷, epilepsia¹⁸, dependência química¹⁹, alcoolismo²⁰, hepatite²¹, dentre outras, já que comporta interpretação aberta, como se confere no precedente TST - RR 129-19.2013.5.09.0666 (4ª T. - Relª Min. Maria de Assis Calsing - DJe 28.11.2014):

Entendo que a epilepsia, por si só, não seria enquadrada como doença grave que suscitasse estigma ou preconceito; todavia, no caso dos autos, consoante se depreende da moldura fática delineada pela Corte *a quo*, é possível concluir que foi a causa determinante da ruptura contratual pela Empresa reclamada, fazendo, assim, ser presumida a dispensa discriminatória do Reclamante.

Anota o Ministro Hugo Carlos Sheuermann que, acertadamente a Súmula não esgota o rol de doenças, de modo que a abertura tipológica é essencial para a proteção antidiscriminatória, e acrescenta a possibilidade de utilização, por analogia, da Lei nº 7.713/88, que estabelece isenção de imposto de renda, no art. 6º, XIV, aos portadores de AIDS, alienação mental, cardiopatia grave, cegueira, contaminação por radiação, osteíte deformante; doença de Parkinson, esclerose múltipla, espondiloartrose anquilosante, fibrose cística, hanseníase, nefropatia grave, hepatopatia grave, neoplasia maligna [câncer], paralisia irreversível e incapacitante, tuberculose ativa), bem como a Lei nº 8.036/90, do FGTS, que permite o levantamento do saldo do fundo de garantia por tempo de serviço para fazer frente ao estágio terminal de doença grave, como neoplasia maligna (câncer) ou AIDS/SIDA, ou outra doença em estágio terminal, desde que identificada por laudo médico e CID²² (SCHEUEMANN, 2013, p. 230).

É necessário, no particular, adequar a redação, de forma a abarcar a proteção contra a discriminação, independentemente de ser doença estigmatizada ou que cause preconceito, conforme alude Estêvão Mallet²³: “a espécie de doença – insista-se nesse ponto – não importa. A discriminação não decorre da maior ou menor gravidade da moléstia, mas do

¹⁵ TST - RR 1269-50.2011.5.09.0863 - 2ª T. - Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - DJe 27.11.2015

¹⁶ TST-RR-4408-09.2010.5.02.0000, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

¹⁷ TST - AIRR 0002232-54.2011.5.02.0313 - Rel. Des. Conv. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha - DJe 18.08.2015 - p. 626

¹⁸ TST - RR 129-19.2013.5.09.0666 - 4ª T. - Relª Min. Maria de Assis Calsing - DJe 28.11.2014

¹⁹ TST - RR 1749-26.2014.5.03.0140 - 3ª T. - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DJe 06.11.2015

²⁰ TST - RR 1025-28.2011.5.02.0472 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 09.10.2015

²¹ TST - RR 883-29.2012.5.04.0732 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 19.02.2016

²² SCHEUEMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº. 443 do TST. Revista do TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun 2013. p. 230.

²³ MALLET, Estêvão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 66.

fato de ser ela a causa para a dispensa do empregado” (MALLET, 2013, p. 66). Em seguida, chama a atenção o autor, que até mesmo a depressão pode ser tida como causa de discriminação, como é, diga-se de passagem, comum no seio laboral.

CONCLUSÃO

Objetivou-se demonstrar que os novos paradigmas da sustentabilidade do trabalho, vinculados a um meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado, que impõe a preservação e prevenção da saúde física e psíquica do trabalhador, protegem o trabalhador contra modelos de gestão atrelados à condição pós-moderna do trabalho, ao trabalho produtivo e competitivo.

O direito humano ao ambiente de trabalho sadio, portanto, conduz, em última instância, à proteção à dignidade do trabalhador, e a uma nova concepção de responsabilidade social das empresas. É preciso situar, no Direito brasileiro, a proteção jurídica infraconstitucional e jurisprudencial contra a discriminação no ambiente de trabalho no paradigma preventivo e, não, atrelado aos padrões privatísticos, eminentemente ressarcitórios, ou seja, não pautados pela concepção da prevenção.

Identificou-se a existência de tal categoria discriminatória, a incidência normativa de cláusulas abertas de proteção contra a discriminação nas relações de trabalho ou como equiparação à proteção às pessoas com deficiência, nas relações de trabalho, promovida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Por fim, extrai-se do comando normativo deveres relativos aos particulares, especialmente o de adaptação razoável do trabalho ao empregado com doença crônica ou mesmo a vedação à dispensa por essa razão, que se configura a prática discriminatória.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. In: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 16, 1999.

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho. Ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2009.

BENDASSOLLI, Pedro Fernando. Trabalho e identidade em tempos sóbrios. Aparecida, SP: Ideias & letras, 2007.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOCORNY, Leonardo Raupp. A Valorização do Trabalho Humano no Estado Democrático de Direito, Editora Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre/2003.

BOLTANSKI, Luc. O novo espírito do capitalismo. Traduzido por Ivone C. Benedetti. São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Os valores sociais do trabalho. In.: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. Saraiva: São Paulo, 2014.

BRAVERMAN, Harry. Trabalho e capital monopolista. 3.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Ordem Jurídico-Econômica e trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 4.ed. 2007.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Vol. I. Tradução de Roneide Venancio Majer. 14.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A dimensão do princípio da dignidade e a relação de trabalho. In.: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. Saraiva: São Paulo, 2014.

DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. A perda da razão social do trabalho. Terceirização e precarização. São Paulo: Boitempo, 2007.

EFFIOM, Sylvanus B. Disability Discrimination and Substantive Equality: What Lessons Could Be Learnen from the British Public Sector Equality Duty? E-Journal of

International and Comparative LABOUR STUDIES. Vol. 4, No 2, May-June 2015. ADAPT University Press, 2015.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 27.ed. Petrópolis, Vozes, 2003.

GALDEANO, Beatriz Rodríguez Sanz de. La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad. Revista Temas Laborales, n. 127/2014.

GAULEJAC, Vincent. Gestão como doença social. Ideologia, poder gerencialista e fragmentação social. Traduzido por Ivo Storniolo. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol. I e II. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

HARVEY, David. Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 24.ed. São Paulo: Loyola, 2013.

HELOANI, Roberto. Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Traduzido por Luís Afonso Heck. 20.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LAWSON, A.: Disability and equality Law in Britain. The Role of Reasonable Adjustment, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2008.

LIMA, Firmino Alves. Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

MALLET, Estêvão. Igualdade e discriminação em direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINEZ, Silvia Fernandez. Enfermedad crônica y despido del trabajador: una perspectiva comparada. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales e

Derecho del Empleo. Vol. 3, num. 1, enero-marzo de 2015. ADAPT University Presso, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo: In Ingo Wolfgang Sartlet (org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Trabalho como valor. LTr 64-12/2000.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Tratado de Direito do Trabalho. Parte II – Situações laborais individuais. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RAWLS, John, Uma Teoria da Justiça/John Rawls: Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Julio. Direito ambiental do trabalho. Mudanças de paradigma na tutela jurídica à saúde do trabalhador. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

SCHEUERMANN, Hugo Carlos. A tutela antidiscriminatória e a Súmula nº. 443 do TST. Revista do TST, Brasília, vol. 79, n. 2, abr./jun 2013.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TIRABOSCHI, Michele. Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone conmalattie croniche. Diritto della Relazione Industriale. Numero 3/XXV. Milano, Giuffrè Editore, 2015