

## **Introdução**

Em primeiro lugar, é preciso pontuar que o que se entende por enfermidade crônica ou prolongada é a doença não relacionada ao trabalho que, curável ou não curável, causa prejuízos permanentes à saúde do trabalhador e, conseqüentemente, afastamentos pontuais ou prolongados, debilidade funcional, necessidade de adaptação do modo e do tempo da prestação do serviço contratado. A princípio, portanto, não se confunde com a doença provocada pelo trabalho, nem mesmo do tratamento laboral do empregado com deficiência, que não serão objeto de exame nesse escrito.

É forçoso partir da premissa de que a inércia do legislador em salvaguardar o direito fundamental à proteção do emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, com assento no art. 7º, I, da CF, tem produzido, por via transversa, um desenvolvimento da jurisprudência relacionada à proteção contra a dispensa discriminatória, que se revela em última medida como abuso do direito de dispensa. A denúncia vazia do contrato de trabalho, portanto, mantém-se hígida, embora na contramão do direito europeu, mas deve estar dentro dos parâmetros de boa-fé.

Sem rodeios, é preciso colocar que a sistemática da denúncia vazia do contrato de trabalho não se confunde com abuso, como a dispensa por força da orientação sexual, do gênero, da convicção religiosa, estética, por ter o empregado buscado no Poder Judiciário a satisfação de direitos sonegados ou mesmo de ter prestado qualquer *múnus* público, como ser testemunha em processo judicial. Ademais, com frequência essa mesma denúncia vazia é utilizada como modelo de gestão fundado na ameaça, pelo medo, pelo mal-estar (GAULEJAC, 2007).

Tal realidade nacional contrasta com a recomendação da Organização Internacional do Trabalho, que protege o emprego contra a dispensa na forma do art. 4º da Convenção 158, não ratificada pelo Brasil, no sentido de que não se dará término à relação de trabalho a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade (motivo técnico) ou seu comportamento (motivo disciplinar) ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (motivos econômicos, financeiros, tecnológicos, estruturais ou análogos).

Por outro lado, como visto, o direito pátrio vem evoluindo na temática da tutela do trabalho em face das discriminações na relação de emprego, inclusive no momento da dispensa, mediante a Lei nº. 9.029/95, que proíbe 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.

Questão recente, no contexto da tutela contra atos discriminatórios, está a proteção da relação de emprego em face do estado de saúde do trabalhador, notadamente por força de uma enfermidade crônica ou prolongada, independentemente de sua origem, de sua relação com o trabalho. Apenas Inglaterra e França já possuem tratamento legislativo específico, no continente europeu, enquanto que nos demais países a questão se desenvolve no âmbito doutrinário e jurisprudencial, como se passa a examinar. A preocupação se justifica até mesmo do ponto da seguridade social, já que tem crescido o número de pessoas desempregadas em idade ativa, porém enfermas, que buscam o amparo da seguridade<sup>1</sup>.

Objetiva-se, portanto, demonstrar que a dignidade da pessoa humana aliado ao direito fundamental à saúde conduzem à realização da inclusão social por parte das empresas, por meio da *adaptação razoável* às limitações funcionais do trabalhador enfermo. A pesquisa bibliográfica, notadamente no comparado amparam, conduzem ao exame crítico da Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de alargar o seu espectro de tutela, para além das doenças graves que causam estigma ou preconceito.

### **1. A dignidade humana como razão de ser da proteção do trabalhador enfermo contra atos discriminatórios e a igualdade material como mecanismo de concretização**

Conforme se acentuará no terceiro tópico do presente artigo, a compreensão da tutela antidiscriminatória por estado de saúde, bem como da própria Súmula n. 443 do TST, está amparada na dignidade da pessoa humana, que se conforma por outros feixes de direitos, como o direito à inserção social por meio do trabalho, ao bem comum e política

---

<sup>1</sup> 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.

de emprego, ao valor social do trabalho como mecanismo de proteção contra uma futura violação ao seu direito ao trabalho, já que se encontra em condição de desvantagem e terá dificuldades de conseguir novo emprego se portador de uma doença estigmatizada, o dever de lealdade e boa-fé, além da função social da empresa.

Tendo em vista a dificuldade prática em se alcançar a igualdade ou mesmo em se formular uma teoria da igualdade, afinal “o que é igualdade?”, encontra na proibição do arbítrio contrário à dignidade de cada um o seu denominador, mas que mesmo assim não fugirá da necessidade de um substrato, de um critério de valoração, como acentua Canotilho (2003, p. 429):

A necessidade de valoração ou de critérios de qualificação bem como a necessidade de encontrar “elementos de comparação” subjacentes ao carácter relacional do princípio da igualdade implicam: 1. A insuficiência do “arbítrio” como fundamento adequado de “valoração” e de “comparação”; 2. A imprescindibilidade da análise da “natureza”, do “peso”, dos “fundamentos” ou “motivos” justificadores de soluções diferenciadas; 3. Insuficiência da consideração do princípio da igualdade como um direito de natureza apenas “defensiva” ou “negativa”.

Veja-se que a necessidade de uma última valoração e mesmo a finalidade da não discriminação irrazoável está, em última medida, vinculada à noção de dignidade da pessoa humana, como anota Sarlet: “o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério (material) de valoração (GARCIA apud SARLET et al, 2013, p. 542).

É a luz dessa finalidade última que se coloca a questão da discriminação, seja ela negativa ou positiva, quando se faz necessária para atingir a dignidade humana, como é o caso das ações afirmativas de pessoas com deficiência. Mas é a discriminação negativa, irrazoável, aquela que não se justifica, que o direito do trabalho tem depositado a sua atenção, e não a simples diferenciação, que se supõe lícita, desde que objetivamente justificável.

É o caso, por exemplo, da própria diferenciação por estado de saúde, quando o empregado com doença infecto contagiosa é preterido, já que a função a ser desempenhada é de atendimento ao público. Do mesmo modo, o manequim de roupas masculinas não pode ser uma mulher. A pessoa que se encontra acima do peso, em uma função que exige bom condicionamento físico (MALLET, 2013. p. 91).

Anote-se, ainda, que tem sido recente o processo de codificação interna da não discriminação na relação de trabalho, como no direito pátrio a Lei 9.029 de 1995, o

Código Português de 2003, que preceitua no art. 23 e ss. as situações de proteção antidiscriminatória, o art. L1132-1 do *Code du Travail*, cuja redação foi dada no ano de 2007, o *Equal Act* inglês de 2010, todos eles a partir de cláusulas abertas, cujas situações protegidas contra a discriminação se mostram meramente exemplificativas, como sinaliza Romano Martínez, autor português: “o princípio de igual tratamento, para além de duas concretizações constitucionais, a nível salarial e sexual, corresponde a uma proibição genérica de prática discriminatória (MARTINEZ, 2013. p. 345).

## **2. A proteção contra a dispensa discriminatória por motivo de enfermidade crônica no Direito europeu**

É preciso identificar, de início, no direito comparado o tratamento jurídico específico da discriminação por estado de saúde, já que a temática é recente e precisa ser identificada de forma autônoma em relação às outras formas de discriminação. Nesse aspecto, o único país a mencionar expressamente na Lei 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*<sup>2</sup>, a qual será nula de pleno direito.

Quanto aos demais países, é realizada a inserção da discriminação por estado de saúde ou por associação à discriminação por deficiência, como é o caso do Reino Unido, em que a proteção relacionada à pessoa com enfermidade prolongada é realizada “*by association*” com a pessoa deficiente, no art. 6 do *Equal Act de 2010* ou mesmo como alargamento hermenêutico dos dispositivos gerais que cuidam da discriminação no âmbito do emprego, como é o caso italiano e alemão.

Na Espanha, o afastamento por motivo de saúde encontra previsão legal, conferindo ao trabalhador a suspensão do contrato de trabalho, com a garantia de imediato retorno (art. 45.1.c, ET), sem embargo da proteção antidiscriminatória em sentido amplo do art. 14 da

---

<sup>2</sup> 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.

Constituição da Espanha, protegendo o empregado contra eventuais segregações cometidas pelo empregador, reforçando ainda a ilicitude da dispensa.

Além disso, a partir do *derecho del indemnidad*, que confere ao trabalhador proteção em face de represálias do empregador ao direito fundamental de obter tutela judicial (ou administrativa), extrai a jurisprudência proteção nos casos de coação para o abandono do tratamento médico (STS, 4ª, 31.1.2011 – RJ 2011/922), consoante assinala Sergi Gálvez Duran:

Así pues, afirma que la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse como lesiva para el derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE (DURAN, 2015, p. 12).

Verifica-se, portanto, que o estado de saúde, a enfermidade prolongada ou a doença crônica não encontram tipificação como fato discriminativo na relação laboral, que alcança, no máximo, a pessoa com deficiência, conforme a Diretiva 2000/78 do Conselho da União Europeia. Nesse sentido, acrescenta Silvia Martinez que a comunidade europeia tem abrigado o comando normativo da seguinte forma:

Ante este silencio de la norma comunitaria, tampoco la mayoría de los Estados ha optado a nivel interno por incluir de manera expresa la enfermedad entre los motivos de discriminación prohibidos por la ley, reservando la calificación de conducta discriminatoria únicamente a los actos diferenciadores por motivos de discapacidad. En línea con esta posición mayoritaria se encuentran España e Italia, que recogen de manera expresa en su legislación laboral la prohibición de discriminación por discapacidad pero no por razón de enfermedad. En el Reino Unido, esta previsión se realiza en la Equality Act de 2010. Y en Alemania la Constitución incluye una previsión general de prohibición de discriminación en base a impedimentos físicos o psíquicos. Al contrario de lo que ocurre en estos Estados, en Francia se ha reconocido, de manera expresa, la prohibición de discriminación por razón del estado de salud (MARTINEZ, 2015. p. 41).

Nesse contexto, a sentença *STJUE de 11.4.2013* do Tribunal de Justiça da União Europeia trouxe novo posicionamento acerca da proteção do emprego, ao equiparar, pela primeira vez, no âmbito da Corte, inclusive alterando entendimento anterior (STJUE de 11.7.2006 as. C-13/05, Chacón Navas), a enfermidade com a *discapacidad* (equivalente à invalidez) como mecanismo de proteção do emprego, já que a *Directiva 2000/78* da Comunidade Europeia protege o emprego das pessoas com invalidez parcial no âmbito da relação de emprego.

No caso, cuidava-se de dois empregados dinamarqueses que acusavam afastamentos constantes por dores crônicas lombares que não possuem cura médica. O sindicato profissional demandou a empresa que os dispensou com base na teoria da dispensa discriminatória, lastreando o entendimento na proteção do emprego dos trabalhadores portadores de *discapacidad*, fundamentando o pedido na Diretiva 2000/78 da Comunidade Europeia, que determina às empresas a reabilitação em função compatível na empresa, ou seja, ajuste razoável do posto de trabalho.

O Tribunal de Justiça Europeu, portanto, acolheu o pedido, alargando o conceito de *discapacidad* para o estado de saúde de uma pessoa que por doenças físicas, mentais ou psíquicas, não pode trabalhar durante um período de tempo prolongado. O precedente, portanto, segundo a doutrina espanhola (DURAN, 2015), acabará por reformar a jurisprudência no âmbito interno dos países da comunidade europeia, notadamente da Espanha, ainda vinculada às invalidades decorrentes do nascimento ou acidentes, ou seja, permanente, abarcando também a enfermidade de longo prazo, conforme já assinalou a *Sala de lo Social del Tribunal Supremo*: “a la vista de la S.T.J.U.E. de 11 de abril de 2013 haya que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación”<sup>3</sup>.

Ultrapassada a questão, passa-se ao enfrentamento da tutela do trabalhador enfermo, bem como do dever de adaptação razoável e vedação à dispensa discriminatória no plano comparado. Com efeito, a Diretiva 2000/78 determina em seu art. 5 o dever de adaptação razoável do trabalhador no posto de trabalho, declinando às legislações nacionais o tratamento específico, nos seguintes termos:

#### Artigo 5.o

##### Adaptações razoáveis para as pessoas deficientes

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.

---

<sup>3</sup> STS, 4ª, 25.11.2014 (RJ\2015\27)

A jurisprudência espanhola tem observado que ante a impossibilidade de adaptação razoável, não ficará o empregador absolutamente obrigado a criar um posto específico<sup>4</sup>, 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.

Nos ordenamentos italiano e francês, a proteção vai além da jurisprudência espanhola, na medida em que conforme uma interpretação ampliada do dever de “adaptação razoável”, no qual se exige alteração na estrutura de gestão empresarial, não se resumindo ao dever de adaptação em função existente, a qual *"tendrá que ser analizada en función del tamaño, de los recursos financieros y del volumen de negocios de la empresa"* (MARTINEZ, Sílvia 2015. p. 48). No Reino Unido, as seções 20 e 21 do *Equal Act de 2010* determinam a adaptação razoável do trabalhador na empresa, podendo contemplar meios e horário de trabalho.

Em precedente do Tribunal de Cassação Social (30 mars 2011, n° 09-71.542) francês, decidiu que *La décision de muter un salarié en raison de l'incompatibilité de son mi-temps thérapeutique avec le poste qu'il occupe constitue une discrimination*, ou seja, deve existir adaptação razoável inclusive no período de tratamento. Nesse precedente, a empresa determinou a mudança de posto de trabalho de um diretor da empresa que sofreu acidente vascular cerebral (AVC) para a chefia do setor de *call center*.

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.

Nesse particular, tem-se considerada lícita a dispensa do enfermo crônico, quando justificada por uma incapacidade técnica superveniente ou falta de rendimento, conforme tem entendido a Corte de Cassação da Itália (Sentença n. 7755 de 7 agosto 1998) e não pela pura e simples enfermidade. Acrescenta, nesse contexto, o art. 8° da

---

<sup>4</sup> Sentencia Tribunal Superior de Justicia Navarra de 25 marzo 2009 (n. recurso 442/2008)

*Entgeltfortzahlungsgesetz* - Lei alemã de proteção salarial em caso de interrupção por dias festivos ou enfermidade - a possibilidade de dispensa quando a enfermidade possa causar risco de agravamento.

De um modo geral, verifica-se a proteção contra a dispensa arbitrária ou discriminatória pelo fato da enfermidade, justificando-se quando haja motivos razoáveis, vinculados à possibilidade de manutenção das cláusulas contratuais, sem prejuízo para as partes.

### **3. A proteção antidiscriminatória por motivo de enfermidade no contrato de trabalho no Brasil e a Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho**

No direito brasileiro, a ocorrência de afastamento por enfermidade, no curso da relação de emprego, conduz, nos primeiros quinze dias, à interrupção do contrato (art. 60, § 3º da Lei n. 8.213/1991) ou à suspensão (art. 59 da Lei 8.213/1991), após o décimo sexto dia, quando o trabalhador fará jus ao auxílio doença correspondente, a cargo do INSS.

Cessada a suspensão ou a interrupção, o empregado terá direito de retorno às suas funções, não podendo, dessa forma, ser dispensado no curso do período de sustação. Além disso, em caso de doença ocupacional ou acidente de trabalho, o empregado gozará de garantia por um ano, contado do retorno. No caso de suspensão contratual motivado por auxílio acidente ou aposentadoria por invalidez, terá o empregado o direito de manutenção do plano de saúde fornecido pelo empregador (Súm. 440, TST).

Ocorrendo a alta previdenciária, deverá o empregado retornar em trinta dias ao trabalho, sob pena de abandono de emprego e consequente justa causa (Súm. 32, TST), observando o empregador as limitações ocupacionais porventura existentes, salvaguardado inclusive o direito de readaptação funcional, após certificada a reabilitação pelo INSS, na forma do art. 89 da Lei 8.213/91<sup>5</sup>.

Observe-se que pode ocorrer aqui um dos impasses não solucionados pela legislação e jurisprudência pátria, qual seja, do limbo jurídico que se insere o trabalhador quando da alta previdenciária, o serviço médico da empresa atesta a sua incapacidade laboral,

---

<sup>5</sup> Art. 89. A habilitação e a reabilitação profissional e social deverão proporcionar ao beneficiário incapacitado parcial ou totalmente para o trabalho, e às pessoas portadoras de deficiência, os meios para a (re)educação e de (re)adaptação profissional indicados para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive.

impedindo o retorno. Em tais circunstâncias, o entendimento predominante tem sido no sentido de obrigatoriedade da remuneração por parte do empregador<sup>6</sup>.

Após o retorno, em caso de incapacidade temporária ou permanente na função previamente desempenhada, deve o empregado ocupar funções compatíveis com sua nova condição, após cuidadoso processo de verificação das novas capacidades laborais ou mesmo de reciclagem. Infelizmente, a prática não demonstra tal reinserção, sendo comum o “contrato de inação”, no qual o empregado é deslocado da produção, sem atribuição de tarefas, “na geladeira”, com o intuito de que ele peça demissão. Em tais casos, a jurisprudência tem condenado os empregadores pela prática do assédio moral<sup>7</sup>. Para evitar tais dilemas, defende Túlio Massoni (2012) a participação do sindicato no processo de reinserção laboral, em observância à Convenção n. 159 da OIT.

Veja-se que a postura do *mobbing* pelo rebaixamento profissional do trabalhador readaptado é, em verdade, resultado da discriminação do trabalhador que padece de alguma enfermidade ou mesmo deficiência, a qual pode culminar com a dispensa discriminatória.

O tratamento constitucional de tal vicissitude, no curso da relação de emprego, encontra guarida nos direitos fundamentais dos trabalhadores, notadamente nos arts. 7º, XXX e XXXI, os quais contemplam cláusulas não taxativas de proteção contra a discriminação, inserindo-se a discriminação por estado de saúde. Além disso, o próprio art. 5º, *caput*, que contempla a igualdade confere ao trabalhador direito fundamental de defesa em face de atos praticados pelos empregadores, com eficácia direta e imediata, alicerçados pela dignidade humana (art. 1º, III, CF) e pelo valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF).

No plano infraconstitucional, a Lei 9.029/95 contempla hipóteses de proteção da relação de emprego contra atos discriminatórios, em especial, por motivo de sexo, origem, raça,

---

<sup>6</sup> "INCERTEZA QUANTO À APTIDÃO DO RECLAMANTE PARA O TRABALHO. AFASTAMENTO. SALÁRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL. Se o empregador discorda da decisão do INSS que considerou seu empregado apto para o trabalho deve impugná-la de algum modo, ou, até mesmo, romper o vínculo, jamais deixar o seu contrato de trabalho no limbo, sem definição. Como, no caso em exame, a reclamada somente veio a despedir o reclamante um ano e nove meses após, incorreu em culpa, ensejando o pagamento de indenização por danos morais, bem assim dos salários devidos no respectivo período. Isso porque nos casos em que o empregado não apresenta aptidão para o trabalho e o INSS se recusa a conceder-lhe o benefício previdenciário, incidem os princípios da função social da empresa e do contrato, da solidariedade social e da justiça social, que asseguram o pagamento dos salários, ainda que não tenha havido prestação de serviço” (TST - AIRR-565-04.2010.5.05.0016 - 6ª Turma - Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda - 31.12.2012).

<sup>7</sup> TST - AIRR 0011370-40.2008.5.10.0018 - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DJE 29.05.2015 - p. 1197

cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre 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.

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula n. 443, a qual protege o empregado em face da dispensa de cunho discriminatório, nos seguintes termos:

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.

Tal substrato jurídico vem fornecendo um amadurecimento cultural para a proteção do emprego, no sentido da observância do contrato e para uma superação da visão patrimonialista do mero ressarcimento financeiro decorrente da dispensa, até então admitida como direito potestativo quase absoluto do empregador que não mais se conforma com o direito fundamental em testilha, sendo a própria manutenção do vínculo com a conseqüente reintegração a tutela essencial decorrente de tal prática antijurídica. Nesse sentido, o Ministro Hugo Carlos Scheuermann:

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 (SCHEUERMANN, 2013, p. 225).

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.

Registre-se, entretanto, que a presunção de ilegalidade do ato de dispensa do empregado portador de doença grave, ressoante na jurisprudência trabalhista, não pode ser de modo algum absoluta, sob risco de se criar uma nova espécie de estabilidade empregatícia totalmente desvinculada do caráter discriminatório que se quer reprimir<sup>8</sup>.

Por outro lado, é necessário compreender o que se entende por estigma ou preconceito. 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 maligna<sup>9</sup>, lúpus<sup>10</sup>, transtornos psíquicos<sup>11</sup>, epilepsia<sup>12</sup>, dependência química<sup>13</sup>, alcoolismo<sup>14</sup>, hepatite<sup>15</sup>, 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):

---

<sup>8</sup> Trecho do acórdão TST - RR 1025-28.2011.5.02.0472 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 09.10.2015.

<sup>9</sup> TST - RR 1269-50.2011.5.09.0863 - 2ª T. - Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva - DJe 27.11.2015

<sup>10</sup> TST-RR-4408-09.2010.5.02.0000, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho.

<sup>11</sup> TST - AIRR 0002232-54.2011.5.02.0313 - Rel. Des. Conv. Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha - DJe 18.08.2015 - p. 626

<sup>12</sup> TST - RR 129-19.2013.5.09.0666 - 4ª T. - Relª Min. Maria de Assis Calsing - DJe 28.11.2014

<sup>13</sup> TST - RR 1749-26.2014.5.03.0140 - 3ª T. - Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte - DJe 06.11.2015

<sup>14</sup> TST - RR 1025-28.2011.5.02.0472 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 09.10.2015

<sup>15</sup> TST - RR 883-29.2012.5.04.0732 - 3ª T. - Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado - DJe 19.02.2016

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.

Em outro precedente, a Sétima Turma do TST foi instada a se manifestar justamente sobre os limites da Súmula n. 443, pois o agravante sustentou que a doença que acometia a trabalhadora - transtorno bipolar – não seria doença grave que causasse estigma ou preconceito, de modo que estaria havendo uma ampliação interpretativa da Súmula, o que não foi acolhido pela Turma<sup>16</sup>, sedimentando o entendimento no sentido da proteção para além das doenças que causem estigma ou preconceito.

Em sentido oposto a esse entendimento, em uma interpretação restritiva, recente decisão do TST não admitiu como discriminatória a dispensa de um trabalhador portador de doença cardíaca e de leve perda auditiva<sup>17</sup>, registrando expressamente no acórdão que a interpretação da Súmula deve se ater às doenças graves que causem estigma ou preconceito, quando então, nessas situações, a prova se daria a cargo do reclamante. Na mesma linha, o TST entendeu que a doença renal crônica não causaria estigma ou preconceito<sup>18</sup>, não sendo, portanto, a dispensa de cunho discriminatório.

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

---

<sup>16</sup> TST-RR-875000-13.2005.5.09.0651.

<sup>17</sup> TST-RR-2551-38.2012.5.02.0070

<sup>18</sup> TST - RR 724-39.2012.5.02.0022 - 3ª T. - Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira - DJe 29.05.2015

maligna (câncer) ou AIDS/SIDA, ou outra doença em estágio terminal, desde que identificada por laudo médico e CID (SCHEUEMANN, 2013, p. 230).

Para dirimir dúvidas, é preciso analisar cuidadosamente que o verbete sumular compreende a doença grave que causa estigma ou preconceito. De início, a expressão “doença grave” não se atém ao que coloca a vida em risco, mas a que inspira cuidados, atenção especial, como a própria doença psíquica, que no mais das vezes não impõe risco direto à vida. Em segundo lugar, estigma ou preconceito são termos distintos. O estigma, mais amplo, confere ideia de doença que sugere deformidade, pecha social, enquanto o preconceito é subjetivo. É verdade, contudo, que os termos são limitativos.

É necessário adequar a redação, de forma a abarcar a proteção contra a discriminação, independentemente de ser doença estigmatizada ou que cause preconceito, conforme alude Estêvão Mallet: “a espécie de doença – insista-se nesse ponto – não importa. A discriminação não decorre da maior ou menor gravidade da moléstia, mas do fato de ser ela a causa para a dispensa do empregado” (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<sup>19</sup>.

Em suma, deve-se enfatizar que a vedação à discriminação por estado de saúde não se limita a proteger o emprego, no sentido de evitar que o trabalhador seja dispensado em situação vulnerável e que, pela doença estigmatizada, tenha dificuldade de reinserção no mercado de trabalho, pois a não discriminação tem um fim em si mesmo, qual seja, tratar os sujeitos de forma isonômica, na medida das suas desigualdades. Desse modo, não apenas o sujeito trabalhador que porta HIV pode sofrer discriminação, mas qualquer outro que, seja por qual doença grave for, sofra por essa razão tratamento diverso no ambiente de trabalho.

### **Considerações Finais**

A dignidade da pessoa humana, enquanto valor ontológico e relacional, se concretiza pela não discriminação do trabalhador na relação de emprego, inclusive no que diz respeito ao seu estado de saúde. Trata-se de corolário do Estado Democrático de Direito, na medida em que a realização dos direitos fundamentais, bem como da inclusão social de minorias, representa a concepção hodierna de Democracia.

---

<sup>19</sup> TST-AIRR-13-89.2012.5.15.0113.

Com efeito, a doença, independente da origem, não pode ser elemento de segregação da pessoa do empregado, seja na admissão, ao longo do contrato e na dispensa, devendo o empregador se valer de todos os meios adequados e razoáveis para a manutenção e atendimento das limitações do trabalhador.

É nesse sentido que o europeu vem desenvolvendo a tutela da pessoa com enfermidade na relação laboral, destacando-se a positivação conferida pelo ordenamento francês, assim como a jurisprudência do TJUE, que conferiu igualdade de tratamento à pessoa com deficiência, a título de proteção contra a discriminação, notadamente quanto ao dever de adaptação razoável no ambiente de trabalho.

No caso brasileiro, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº. 443, que cuida da dispensa discriminatória por motivo de doença grave que cause estigma ou preconceito, a qual vem sendo desenvolvida no âmbito jurisprudencial, para além das doenças estigmatizadas, o que merece uma revisão redacional, já que o posicionamento é coerente com a cláusula geral antidiscriminatória, a qual não pode estar de tal modo limitada.

## **Referências**

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DURAN, Sergi Gálvez. El despido basado en la enfermedad del trabajador: una nueva lectura de la equiparación entre enfermedad y discapacidad. IUSLabor, 3/2015.

GARCIA, Maria Glória F.P.D. Estudos sobre o princípio da igualdade. apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo, 2013: Editora Revista dos Tribunais.

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

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

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do Trabalho. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MARTINEZ, Sílvia Fernandez. Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada. Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo. Vol. 3, num. 1, ene-mar. 2015. Modena (Italia): ADAPT University Press, 2015.

MASSONI, Túlio Oliveira. Os desafios do trabalhador em face da (indevida) alta previdenciária. Revista Brasileira de Previdência. Atuária, Contabilidade e Direito Previdenciário, v. 1, 2012.

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