

A RESCISÃO CONTRATUAL COMO PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA CONTRA O EMPREGADO DOENTE

Maria Cecília Alves Pinto*

RESUMO

O presente estudo pretende fazer uma breve análise acerca da proteção do trabalhador brasileiro, acometido por doença grave, contra a dispensa discriminatória ainda que de forma dissimulada. Nesse sentido, tem-se o direito fundamental, constitucionalmente assegurado, à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária, sendo que a Lei n. 9.029/1995 representa o embasamento jurídico adequado para a proteção do empregado, impedindo sua dispensa quando gravemente doente, a qual é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula n. 443 do TST.

Palavras-chaves: Rescisão contratual. Discriminação. Doença grave. Lei n. 9.029/1995. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

O objetivo da abordagem acerca da rescisão contratual como prática discriminatória contra o empregado doente é contextualizar, ainda que de forma breve, o problema.

Os valores sociais do trabalho foram erigidos como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante inciso III do art. 1º da Constituição da República (CR), cujo inciso IV do art. 3º anotou, dentre seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, “[...] sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Também há vedação à prática da discriminação no art. 2º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, bem como no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, dos quais o Brasil é signatário. Ao subscrever tais normas, nosso país comprometeu-se, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos, incluindo a adoção de medidas legislativas, para a proteção contra toda e qualquer forma de discriminação. A proteção contra a discriminação consta também do art. 1º da Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), igualmente subscrita pelo Brasil.

No âmbito da Constituição Federal, foi garantido aos trabalhadores urbanos e rurais “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (vide inciso I do art. 7º), não se podendo olvidar de que os direitos enumerados no referido dispositivo constitucional constituem o patamar mínimo assegurado aos trabalhadores, “[...] além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, conforme previsto no *caput* do art. 7º da CR.

A despeito da previsão acerca da proteção do emprego contra a dispensa imotivada, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu duas vedações ao direito potestativo patronal de rescindir o contrato sem motivação, conferindo estabilidade provisória ao empregado eleito para cargo de direção da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), bem como da empregada gestante, na forma e prazos nele enunciados.

A estabilidade provisória do dirigente sindical foi prevista no inciso VIII do art. 8º da CR, sendo igualmente protegidos contra a dispensa imotivada (estabilidade por 12 meses) os empregados vítimas de acidente de trabalho, conforme consta do art. 118 da Lei n. 8.213/91, sendo que as doenças profissionais e do trabalho foram equiparadas ao acidente de trabalho (vide art. 20 da Lei n. 8.213/91).

Quanto aos demais trabalhadores, o art. 10 do ADCT apenas elevou o percentual previsto no *caput* e § 1º do art. 6º da Lei n. 5.107/1966, ou seja, fixou em 40% o acréscimo incidente sobre o FGTS, nas hipóteses de dispensa imotivada.

Em 1995, a Lei n. 9.029 proibiu a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso e manutenção da relação de trabalho, cuja proteção constitui direito fundamental do trabalhador brasileiro. Esse é o tema de investigação neste trabalho.

A PROTEÇÃO DO EMPREGADO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

□ Desembargadora junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, doutora pela Universidad Pablo de Olavide, dentro do Programa de Doutorado “*Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, Igualdad, Educación e Intervención Social*”.

Os doutrinadores têm se posicionado sobre a existência de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, o que, segundo Luciana Caplan, tem sua importância desde o ponto de vista da garantia que tais direitos representam. Uma dessas garantias, os direitos humanos, estaria na ordem das relações internacionais e a outra, correspondente aos direitos fundamentais, na ordem estatal, devendo haver o reconhecimento da inter-relação entre ambas as categorias que não são hierarquizadas, mas complementares.¹

Diante das reiteradas violações aos direitos humanos, mesmo quando inseridos nas constituições dos diversos Estados como direitos fundamentais, surge a necessidade de problematizar a concepção tradicional dos direitos humanos, que vê como seu conteúdo básico o direito a ter direitos, deixando de ressaltar a importância dos bens que a norma jurídica deve assegurar, bem como as condições materiais para a exigência e prática dos direitos humanos e também das lutas sociais que devem ser empreendidas para a garantia do acesso igualitário aos bens que viabilizam uma vida digna.²

Seguindo essa linha crítica de pensamento, mais complexa, Herrera Flores propõe outra definição para os direitos humanos, que implica inclusive a necessidade constante de sua fundamentação. Para ele, direitos humanos são *“más que derechos ‘propiamente dichos’ son procesos; es decir, el resultado, siempre provisional, de las luchas que los seres humanos ponen en práctica para poder acceder a los bienes necesarios para la vida.”*³

Hélio Gallardo afirma que a compreensão do fundamento dos direitos humanos faz parte da sua eficácia jurídica, pois, desde o ponto de vista do conteúdo, o fundamento dos direitos humanos é de ordem política, muito embora sua origem não seja originalmente estatal. Sobre a origem dos direitos humanos, aduz que:

*[...] ellos se derivan sociohistóricamente de transferencias de poder sentidas como necesarias y expresadas como posibles en el seno de sociedades civiles emergentes. Los valores supuestos por el reclamo de derechos humanos no se siguen por tanto inicialmente de consensos, sino nuclearmente de resistencias, movilizaciones, luchas o enfrentamientos.*⁴

Nesse contexto, a Lei n. 9.029/1995 constitui medida jurídica importante para assegurar ao trabalhador proteção jurídica contra dispensas discriminatórias, viabilizando suporte legal para a proteção de direito fundamental, constitucionalmente assegurado ao trabalhador, consistente na relação de emprego protegida contra dispensas arbitrárias, sobretudo quando decorrente de prática discriminatória (inciso IV do art. 3º e art. 7º da CR).

Referido diploma legal proibiu a prática discriminatória para efeito de acesso, bem como de manutenção do vínculo empregatício por motivos ligados ao sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, dentre outros, o que demonstra ser o rol apenas exemplificativo. Criminalizou as práticas discriminatórias, nos termos do art. 2º, apontando como sujeitos ativos do crime a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador, bem como os dirigentes de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta e indireta.

Previu também que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório assegura ao empregado direito à reparação pelo dano moral, cabendo a ele optar pela reintegração ao emprego, com todos os direitos inerentes ou a percepção, em dobro, da remuneração correspondente ao período do afastamento do emprego (vide art. 4º da Lei n. 9.029/1995).

O ato de ruptura contratual discriminatória é nulo, por malferir princípios do ordenamento trabalhista, nos termos do art. 9º da CLT, segundo o qual são nulos de “[...] pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Ademais, a prática discriminatória, a par de malferir a legislação brasileira, constitucional e infraconstitucional, nas palavras de Robson Antão de Medeiros, desrespeita “[...] normas e recomendações internacionais de que o Brasil participa e que repreendem a discriminação e, como consequência, é um ato que não merece a benevolência do Judiciário.”⁵

¹ CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: Editora LTr, 2008. p. 274-299.

² HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvenición de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008. p. 22.

³ *Ibidem*.

⁴ GALLARDO, Hélio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008. p. 7.

⁵ MEDEIROS, Robson Antão de. *A proteção do trabalhador portador de HIV/AIDS: abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccjs.ufcg.edu.br/anais/artigo8.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

Rodrigo Bezerra Martins, sobre o tema, assevera que:

A dispensa discriminatória por doença é modalidade de discriminação realizada pelo empregador contra seu empregado e que ocorre na fase contratual, acarretando seu suposto término. Costuma ser indireta, pois o empregador não admite que a dispensa se deu por motivo de saúde, defendendo-se com o argumento da liberdade de demitir conferida pelo livre exercício da atividade econômica (CF, art. 1º, IV, e art. 170) e na previsão expressa de indenização compensatória (CF, art. 7º, I).⁶

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) editou a Súmula n. 443, 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.

O teor da súmula é importante para definição do ônus de prova, pois, constatada a doença grave do trabalhador, exsurge a presunção no sentido de que a dispensa foi discriminatória, com direito à reintegração ao emprego, ressalvado ao empregado optar pela remuneração em dobro do período de afastamento, conforme lhe faculta o art. 4º da Lei n. 9.029/1995.

Ou seja, o ônus da prova quanto à inexistência de prática discriminatória passa a ser do empregador, ao qual incumbe demonstrar a motivação da rescisão contratual não arbitrária, ou seja, fundada em reais motivos de ordem disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Referida fixação do ônus probatório é justificada, pois a prática discriminatória decorrente de doença grave, o que inclui o portador do vírus HIV, ocorre em momento de extrema fragilidade do trabalhador, muitas vezes logo quando há a mera suspeita do seu adoecimento, na tentativa de obstar o direito à manutenção da relação de emprego, ante a alegação do desconhecimento patronal acerca do fato.

Várias defesas empresárias trazem, ainda, alegação no sentido de que o empregado portador de doença comum, que não tem nexo de causalidade com o trabalho (doença do trabalho e doença profissional), não estaria protegido por qualquer forma de estabilidade no emprego e, por essa razão, não teria direito à reintegração.

Entretanto, o art. 4º da Lei n. 9.029/1995 assegurou ao empregado, vítima de prática discriminatória no ato da dispensa, o direito à reintegração no emprego, circunstância que foi inclusive anotada na Súmula n. 443 do TST, retrotranscrita. A rescisão contratual discriminatória por parte do empregador constitui prática criminosa (art. 2º), tornando o ato nulo, consoante art. 9º da CLT, com direito à reintegração no emprego, pouco importando a inexistência de previsão legal quanto à possível estabilidade.

Em verdade, a relação de trabalho, uma vez constatada a dispensa discriminatória e determinada a reintegração do laborista, deve seguir hígida até que o empregado obtenha o afastamento pela Previdência Social, ou apresente melhores condições de saúde, tornando-se apto para obter até mesmo uma nova colocação no mercado de trabalho. Anote-se, uma vez mais, que só não será reintegrado, caso exerça a faculdade de optar pela remuneração em dobro de todo o período de afastamento, como lhe assegura a Lei n. 9.029/1995.

Retomando a linha de argumentação acerca da proteção aos direitos humanos e fundamentais do trabalhador brasileiro, tem-se que a Lei n. 9.029/1995 trouxe importante base legal para a proteção do empregado acometido por doença grave, impedindo sua dispensa, que é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula n. 443 do TST, em respeito ao princípio da dignidade do ser humano, que necessita dos recursos financeiros oriundos do seu trabalho, para garantir o acesso aos bens necessários para tentar a recuperação da sua saúde, bem como para sobreviver.

A interpretação dos dispositivos da Lei n. 9.029/1995 deve ocorrer com vistas à proteção do empregado, que tem direito à manutenção do emprego quando acometido por doença grave, pois certamente não conseguirá qualquer outra colocação no mercado de trabalho, protegendo-o contra prática discriminatória patronal. Deve ser buscada a superação dos direitos humanos como o mero “direito a ter direitos”, concretizando, no plano real da vida dos laboristas, o direito ao trabalho, fonte da própria subsistência e de suas famílias. A importância do direito ao trabalho é que justifica a sua inserção dentre os fundamentos constitucionais do Estado Brasileiro.

⁶ MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Dispensa discriminatória por doença do empregado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dispensa-discriminatoria-por-doenca-do-empregado,47341.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

CONCLUSÃO

Em síntese, pode-se concluir que o empregado, acometido por doença grave, está legalmente protegido contra a dispensa discriminatória, ainda que de forma dissimulada.

O fundamento constitucional pode ser encontrado na Constituição Federal, arts. 3º e 7º, que asseguram, respectivamente, a proibição de prática discriminatória e o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária. No âmbito infraconstitucional, a Lei 9029/1995 introduziu o embasamento jurídico adequado para a proteção do empregado gravemente doente, impedindo sua dispensa, que é presumidamente discriminatória, consoante previsto na Súmula 443/TST.

O fato de não haver a previsão de estabilidade por tempo definido na legislação não impede o direito do empregado à reintegração, o qual está assegurado pelo art. 4º da Lei 9029/1995, ressalvada a possibilidade de opção pela remuneração do período do afastamento, em dobro.

É importante essa reflexão sobre o direito do empregado à manutenção do emprego, na perspectiva de superar a concepção dos direitos humanos como o simples “direito a ter direitos”, concretizando, no plano real de vida dos brasileiros, o direito ao trabalho, fonte da própria subsistência e de suas famílias, o que se afigura essencial no contexto de grave adoecimento do trabalhador.

REFERÊNCIAS

- CAPLAN, Luciana. Direitos sociais da constituição cidadã e as armadilhas ideológicas que levam à sua inefetividade: uma leitura a partir da teoria crítica. In MONTESSO, Cláudio José; FREITAS, Marco Antônio; STERN, Maria de Fátima Coêlho Borges. (Coord.). *Direitos sociais na constituição de 1988: uma análise crítica vinte anos depois*. São Paulo: Editora LTr, 2008.
- GALLARDO, Hélio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sánchez Rubio, 2008.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvencción de los derechos humanos*. Andalucía: Atrapasueños, 2008.
- MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Dispensa discriminatória por doença do empregado*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dispensa-discriminatoria-por-doenca-do-empregado,47341.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.
- MEDEIROS, Robson Antão de. *A proteção do trabalhador portador de HIV/AIDS: abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.revistaacademia.ccjs.ufcg.edu.br/anais/artigo8.html>>. Acesso em: 22 jan. 2016.