



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFACIG

**DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A ABRANGÊNCIA DO
FUNCIONÁRIO PORTADOR DE CÂNCER NA SÚMULA 443 DO TST**

Roberta Lima e Silva

MANHUAÇU / MG

2023

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A ABRANGÊNCIA DO FUNCIONÁRIO PORTADOR DE CÂNCER NA SÚMULA 443 DO TST

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Curso Superior de Direito do Centro Universitário UniFacig, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito do Trabalho

Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Victor Amaral

MANHUAÇU / MG

2023

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E A ABRANGÊNCIA DO FUNCIONÁRIO PORTADOR DE CÂNCER NA SÚMULA 443 DO TST

Trabalho monográfico apresentado em defesa pública, avaliado e aprovado como requisito indispensável para a obtenção do título de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ciências Gerenciais de Manhuaçu - Unifacig.

Área de Concentração: Direito do Trabalho
Orientador: Prof. Dr. Antônio Carlos Victor Amaral

Banca Examinadora

Data de Aprovação:

Ph.D. Antônio Carlos Victor Amaral; Centro Universitário UNIFACIG.

Sc.M. João Victor Carvalho; Centro Universitário UNIFACIG.

Sc.M. Eliana Pacheco Guimarães; Centro Universitário UNIFACIG

MANHUAÇU / MG

2023

Dedico este trabalho a minha família, em especial para minha mãe que foi guerreira até o último momento na luta contra o câncer e foi minha maior motivação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus em primeiro lugar sempre, pois sem Ele eu certamente não teria conseguido concluir essa monografia ou qualquer feito em minha vida. Ele foi meu refúgio e meu alívio nos tempos difíceis, Ele esteve comigo em cada passo e me protegeu de todo mal.

Agradeço à toda minha família, meu pai que não mediu esforço para me colocar onde estou hoje, que sempre foi meu alicerce e maior exemplo, a mãe que mesmo de longe esteve comigo em cada momento, e que foi minha inspiração para escrever essa monografia, minhas irmãs que sempre estiveram comigo, em especial minha irmã Rogéria que sempre esteve presente nos momentos mais difíceis, que nunca soltou minha mão e foi meu maior apoio, aos meu avós por todas orações e cuidados e por fim meu namorado que esteve comigo e nunca deixou de me apoiar.

Sendo que, em todos momentos estivemos juntos, com incentivos a não desistir e a continuar lutando por algo maior. Vocês acreditaram em mim quando nem eu acreditava. Muito obrigada por todo apoio e amor, vocês são o que eu tenho de melhor.

Agradeço aos amigos que encontrei pelo caminho, vocês foram presentes que Deus colocou em minha vida e me ajudaram a levar esses 5 anos de forma mais leve e descontraída. Aos amigos da faculdade, obrigada por me fazerem rir nos dias tristes e comemorar comigo as vitórias.

De modo muito especial, agradeço ao meu orientador da monografia, Professor Dr. Antônio Amaral, por ter acreditado que eu conseguiria e por não ter desistido desse trabalho junto comigo. Você acrescentou muito em meu discernimento da escrita e a moldar tudo que foi escrito.

Muito obrigada a cada um de vocês, sei que não foi fácil chegar até aqui e não será fácil daqui para frente, mas saber que eu consegui faz tudo valer a pena. Foram anos, meses, semanas, dias e horas de muita dedicação e esforço. Foram lágrimas de medo e insegurança. Foram orações para que esse dia chegasse e chegou!

Minha família sem sombra de dúvidas me colocou onde estou hoje e só tenho que agradecer a eles e a Deus por me conceder essa vitória!

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo uma análise acerca das premissas da Súmula 443 do TST, tratando de maneira específica sobre a inclusão do funcionário portador de câncer e os motivos pelos quais esse deve ser abarcado no que diz respeito a incorporação do câncer as doenças graves, causadoras de preconceito e estigma. A intenção desse trabalho é promover um debate acerca da dispensa discriminatória de maneira a tutelar o combate antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro. Bem como o reverenciar compromisso da Constituição Federal em guardar e promover os princípios constitucionais, tais como o não discriminação, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, ora defendidos nesta pesquisa. Para isso foram utilizadas jurisprudências, pesquisas, entendimentos doutrinários, dentre outros meios disponíveis para ampliação do entendimento sobre o tema. Desta maneira, a pesquisa se mostrou relevante uma vez que apontou o importância da abrangência da Súmula 443 do TST a outras doenças, uma vez que essa trata de maneira específica dos portadores do vírus HIV, bem como esclareceu os desafios enfrentados pelos portadores de câncer na reinserção no ambiente social e laboral e os motivos pelos quais esses devem ser protegidos por uma legislação que vai contra qualquer tipo de discriminação.

Palavras-Chave: discriminação; dispensa discriminatória; estigma; câncer; doenças graves.

ABSTRACT

The present research aims to analyze the premises of Summary 443 of the TST, dealing specifically with the inclusion of employees with cancer and the reasons why this should be covered with regard to the incorporation of cancer into serious illnesses, causes prejudice and stigma. The intention of this work is to promote a debate about discriminatory dismissal in order to protect the anti-discrimination fight in the Brazilian legal system. As well as revering the Federal Constitution's commitment to guarding and promoting constitutional principles, such as non-discrimination, human dignity, equality, defended in this research. For this, jurisprudence, research, doctrinal understandings, among other available means were used to expand understanding on the topic. In this way, the research proved to be relevant as it pointed out the importance of covering TST Summary 443 to other diseases, as it deals specifically with HIV carriers, as well as clarifying the challenges faced by cancer carriers in reintegration into the social and work environment and the reasons why these should be protected by legislation that goes against any type of discrimination.

Keywords: discrimination; discriminatory dismissal; stigma; cancer; serious diseases.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	METODOLOGIA DA PESQUISA	3
3	REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO	4
3.1	Pessoalidade	4
3.2	Onerosidade	4
3.3	Não assunção dos riscos da atividade patronal	4
3.4	Duração contínua	5
3.5	Subordinação	5
4	DIAGNÓSTICO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA	6
4.1	Premissas da súmula 443 do TST	7
4.2	Estigma e preconceito	9
5	REFLEXOS E EFEITOS COLATERAIS DA DOENÇA	11
5.1	A importância da ocupação	12
5.2	Noções elementares sobre o câncer e a estrutura da Justiça do Trabalho	12
6	ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	16
6.1	Ônus da prova	19
6.2	Nulidade da dispensa discriminatória	20
6.3	Reintegração do empregado	21
6.4	Indenização por dano moral	22
7	REGRAMENTO NACIONAL E INTERNACIONAL	24
7.1	Efeitos imediatos da dispensa discriminatória	27
8	CONSIDERAÇÕES	28
	REFERÊNCIAS	30

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito, tendo como objetivos fundamentais: Construir uma sociedade livre, justa e solidária; Garantir o desenvolvimento nacional; Erradicar a pobreza; Reduzir as desigualdades sociais e por fim; Promover o bem de todos, sem distinção de sexo, cor e qualquer forma de discriminação.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece princípios fundamentais de conduta, tendo esses como objetivo contribuir para a formação de uma sociedade sem distinções.

Os princípios fundamentais atuam mediante as leis já impostas, além de serem observados em todos os campos do direito, podendo ser considerados um alicerce do direito.

Dito isso, nas relações de trabalho há princípios que se destacam por estabelecer garantias aos trabalhadores, inicialmente cabe citar o princípio da proteção que na esfera trabalhista tem o objetivo de deter os abusos do empregador, na tentativa de diminuir a disparidade entre as capacidades na relação.

O princípio protetor estabelece uma certa disparidade formal e material entre as partes, ao garantir a proteção do empregado. De acordo com Vecchi, o princípio da proteção é interpretado da seguinte maneira:

O princípio da proteção nada mais é do que o reconhecimento de que a desigualdade formal entre os contratantes desiguais faz gerar injustiças e impor ao contratante vulnerável ou hipossuficiente condições contratuais prejudiciais. Assim, tendo como propósito nivelar a desigualdade material entre patrões e empregados por meio de uma desigualdade jurídica, busca a efetivação da igualdade substancial. (VECCHI, 2007, p.274).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade, possuem objetivos similares na forma em que buscam evidenciar o valor que cada indivíduo, prezando pelo respeito e liberdade, na busca de uma sociedade inclusiva e respeitável, independentemente das características pessoais de cada pessoa.

A dispensa discriminatória é proibida no ordenamento jurídico brasileiro haja vista que viola os princípios estabelecidos na Constituição, ao analisarmos a intenção do legislador com a criação da Consolidação da Leis Trabalhistas (CLT) podemos destacar que o sistema de regras foi voltado ao estabelecimento de medidas de proteção ao próprio trabalhador.

Além disso, às práticas discriminatórias a qualquer indivíduo também contam com a proteção de leis complementares, tais como a Lei nº 9.029/95:

Art. 1º. É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros.

Contudo, podemos conceituar de maneira ampla a dispensa discriminatória como um tratamento desigual por motivo desqualificante e injusto.

No âmbito jurídico, Súmula 443 do TST elenca uma das hipóteses a que o empregado é portador da doença HIV e o empregador tendo receio que a doença seja transmitida, o dispensa; a súmula não exemplificou tais doenças estigmatizantes.

Neste contexto, o entendimento estende-se a doenças graves como o câncer e doenças intelectuais. Nesta pesquisa trataremos de maneira específica da discriminação do funcionário portador de câncer (neoplasia maligna).

O empregado que venha a sofrer dispensa discriminatória deve pleitear na Justiça do Trabalho a nulidade da dispensa bem como indenização por danos morais, caso esse seja portador de doença grave a discriminação já se presume, nos demais casos cabe ao trabalhador o ônus da prova.

Contudo, caso seja reconhecido o ato discriminatório, além da indenização por dano moral, o empregado poderá optar entre ser reintegrado ao emprego e receber os salários relativos ao período de afastamento ou receber uma indenização correspondente ao dobro da remuneração relativa ao período de afastamento.

A pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de apresentar as características que integram o câncer às doenças graves, causadoras de preconceito e estigma.

Motivo pelo qual o portador de câncer deve ser protegido pela Súmula 443 do TST. Embora já se tenha um entendimento consolidado pelos Tribunais, pouco se discorre acerca dos direitos e garantias do funcionário que está passando ou que tenha passado por um tratamento tão desgastante e invasivo como o do câncer.

Diante do exposto, a principal barreira a ser abordada nesta pesquisa é a caracterização da dispensa discriminatória do funcionário portador de câncer, as consequências jurídicas do empregador discriminador, bem como a quem caberá o ônus da prova em um processo trabalhista e quais os critérios que desconfiguram a discriminação e configura a justa causa.

Para melhor compreensão do assunto, a primeira parte trata da dispensa discriminatória de forma ampla, analisando a sua ocorrência nas relações de trabalho,

assim como sob a perspectiva dos direitos fundamentais, e também com relação às normas jurídicas nacionais de combate à conduta discriminatória.

Na sequência, passamos ao estudo acerca do comportamento da Justiça Trabalhista, expressa e taxativamente, impôs às empresas o encargo probatório de demonstrar robusta e cabalmente, acaso a dispensa seja questionada em juízo, que esta não decorreu de ato discriminatório, pouco importando se tratar de despedida de empregado portador do vírus HIV, mas indo além, de empregado portador de qualquer doença grave que suscite estigma ou preconceito.

Desta maneira verifica-se que a Justiça do Trabalho possui entendimento consolidado acerca do tema, o qual presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de doença grave, a exemplo do câncer (neoplasia maligna).

Finalmente, a última parte se destina à nulidade da dispensa fundada em motivo discriminatório, abordando a reintegração do empregado e a presunção de discriminação quando da ocorrência da despedida.

Diante da perspectiva de um tratamento pesado, invasivo e desgastante para o corpo humano e afeta, diretamente, a imunidade dos pacientes, é bem possível que os empregados fiquem incapacitados de forma total ou temporária para o trabalho.

Existe, contudo, uma diferença. É indiscutível que o perito ateste quanto a incapacidade, devendo categorizá-la, sendo caracterizada como permanente (definitiva) para o trabalho. O que demonstra sua condição deverá impossibilitá-lo de trabalhar, ainda que com a sua reabilitação em outras profissões.

No entanto, os casos abordados por essa pesquisa são aqueles onde não há a impossibilidade de se continuar exercendo atividade laboral, seja na mesma função ou reabilitado. Ou ainda quando o funcionário retorna a exercer suas atividades na empresa após o afastamento para realização do respectivo tratamento.

O presente trabalho justifica-se uma vez que o tema abrange um elevado número de indivíduos em seus ambientes laborais. A atitude da discriminação é algo inerente as pessoas e revela graves problema sociais, nas relações de trabalho não é diferente, e a discriminação de revela de diversas maneiras.

Sendo que o principal foco deste trabalho é a discriminação que ocorre com os portadores de doenças grave, casadoras de preconceito e estigma tratando de maneira específica dos pacientes acometidos pelo de câncer.

Contudo, não encontra-se no Direito do Trabalho uma norma específica que ampare o portador de câncer ou qualquer outra doença grave, causadora de atos de discriminação no meio laboral. Sendo neste caso de suma importância o entendimento jurisprudencial consolidado, previsto na Súmula 443 do TST.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia utilizada para a presente pesquisa é a qualitativa, uma vez que essa permite a análise e compreensão de fatores mais subjetivos, como opiniões, valores, atitudes, significados, percepções, entre outros.

Nesta pesquisa serão analisados fatos notórios sobre a dispensa discriminatória no sistema jurídico brasileiro, tratando de forma específica sobre a dispensa sem justa causa do funcionário portador de câncer e os motivos pelos quais fazem com que essa possa ser considerada discriminatória, bem como sobre a abrangência da Súmula 443 do TST a esse empregado.

Na pesquisa também será adotado o método bibliográfico por meio do qual procura-se explicar o problema da dispensa de cunho discriminatório a partir de referências teóricas, revisão de literatura de obras, documentos que se relacionam com o tema pesquisado tais como artigos científicos, bem como a legislação brasileira e internacional acerca do tema e demais fontes que possam colaborar com a pesquisa.

3. REQUISITOS PARA RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO

O fenômeno sociológico-jurídico da relação de trabalho é resultado da combinação de determinados elementos essenciais sem os quais essa relação mencionada não se configura.

Para que seja caracterizada a relação de emprego, se faz necessária a cumulação de alguns requisitos essenciais, estes são estabelecidos pela CLT nos Art. 2º e 3º:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos** da atividade econômica, admite, **assalaria** e dirige a **prestação pessoal** de serviço.

Art. 3º - Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.

Pela doutrina têm-se o parecer do doutrinador Luciano Martinez:

A relação de emprego é caracterizada pela necessária cumulação de alguns elementos. São, portanto, configuradores dessa especial relação a conjunção dos seguintes elementos: pessoalidade, onerosidade, não assunção, duração contínua ou não eventual e subordinação (MARTINEZ, 2020, p.1143).

3.1. Pessoalidade

Ao contratar um empregado o empregador espera usufruir de todas qualidades e habilidades pessoais que ele desempenha, isto quer dizer que o contrato de trabalho é pessoal.

Devido a essas características, o empregador espera que a atividade seja executada pelo empregado e não outra pessoa que ele designe. No conceito de "pessoalidade", transmite a ideia de intransferibilidade, de que existe apenas uma pessoa específica e nenhuma outra pessoa possa oferecer o serviço.

3.2. Onerosidade

“A onerosidade significa que os serviços prestados têm como contraprestação o recebimento da remuneração, não se tratando, assim, de trabalho gratuito. O empregado trabalha com o fim de receber salário, sendo este seu objetivo ao firmar o pacto laboral”(GARCIA,2018, p.128).

De modo geral, a onerosidade manifesta-se, através de pagamentos de materiais aos prestadores de serviços, ou seja, no trabalho haverá sempre uma retribuição, sem grandes explicações esperasse vantagens recíprocas. Contudo, o simples fato de não possuir contraprestações durante o tempo “trabalhado” não exclui a caracterização da ocorrência da relação de emprego.

Diante do exposto a relação que não houver onerosidade, isto é, se o trabalho for prestado gratuitamente, este será considerado como trabalho voluntário.

3.3. Não assunção dos riscos da atividade patronal

A assunção de riscos faz parte das características do próprio empregador, conforme estabelece a CLT, em seu Art. 2º “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assinala e dirige a prestação pessoal de serviço.”

Portanto, fica evidente a intenção do legislador quanto à não assunção dos riscos de ordem financeira e econômica por parte do empregado no desenvolvimento da atividade exercida.

Este é um critério diferenciador, haja vista que em todos os outros a intensidade pode variar de acordo com o cargo ocupado pelo empregado, contudo ao analisarmos essa relação é evidente que para um empreendimento alcançar o sucesso exige muitos fatores que fogem da alçada do empregado. Desta forma, se há assunção de risco na relação, não há empregado.

3.4. Duração contínua

Conforme estabelecido pela CLT no **Art. 3º** que “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Ao dizer que o empregado precisa prestar o serviço de natureza não eventual a intenção do legislador é apresentar que o serviço deve ser prestado de forma contínua.

A natureza não eventual apresentada pela legislação trabalhista caracteriza-se pela necessidade do trabalho desenvolvido pelo empregado ser permanente no empreendimento.

3.5. Subordinação

Na relação de emprego a subordinação se evidencia na forma em que o tomador de serviço determina o modo de execução e o tempo para aquilo que foi contratado. Pelo viés jurídico, a subordinação é uma situação que limita a ampla autonomia prestadora de serviços.

A subordinação está sempre presente nas relações de trabalho, contudo sua intensidade pode variar de acordo com a posição hierárquica que o empregado ocupa dentro da empresa ou de acordo com o grau de técnico da atividade realizada, onde nessas situações a subordinação tende a ficar mais frágil.

4. DIAGNÓSTICO DA DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

Para iniciar o diagnóstico da dispensa discriminatória temos o doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia, o qual conceitua a dispensa discriminatória como aquela decorrente de características ou aspectos pessoais do empregado.

Tais características, podem ser, por exemplo, idade, sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, crença religiosa ou estado de gravidez, havendo previsão na Lei 9.029/1995.

Acerca do mesmo tema, temos a Súmula 443 do TST que assim prevê: 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 a reintegração no emprego.

Durante o exercício do contrato de trabalho, o empregador não pode exercer o poder de direção com abusos e desrespeito em face do empregado.

Nesse contexto, circunstâncias como o fato de o empregado ser portador de HIV ou outra doença que provoque estigma, tendo como exemplo o câncer, não podem motivar uma demissão sem justa causa.

Pois esta tem caráter discriminatório e não representa a mera execução do poder potestativo de demissão do empregador. Uma vez provada tal situação a demissão será inválida e o empregado terá o direito à reintegração no emprego.

Embasado no entendimento da súmula em questão, um dos principais objetivos neste trabalho é demonstrar por meio das pesquisas e jurisprudenciais que serão adiante analisadas que o funcionário portador de câncer que foi despedido sem justa causa, se enquadra nos requisitos da Súmula 443 do TST para que se presuma e configure a dispensa discriminatória.

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Antes de passar para análise da Súmula 443 do TST, cabe destacar a Convenção 158 da OIT, a qual foi elaborada com o propósito de tornar motivado qualquer ato resilitório de natureza patronal.

Art. 4º Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Perceba-se que a causa justificada precisaria estar relacionada com a capacidade do empregado (motivo técnico), com seu comportamento (motivo disciplinar) ou com as necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (motivos econômicos, financeiros, tecnológicos, estruturais ou análogos).

A Convenção 158 da OIT atuou também no plano da interpretação do ato resilitório baseada em causa discriminatória, tendo, para tanto, assim atuado:

Art. 5º Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento de empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;

d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, a ascendência nacional ou a origem social;

e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Art. 6º (...) 1. A ausência temporal do trabalho por motivo de doença ou lesão não deverá constituir causa justificada de término da relação de trabalho.

2. A definição do que constitui uma ausência temporal do trabalho, a medida na qual será exigido um certificado médico e as possíveis limitações à aplicação do parágrafo 1º do presente artigo serão determinadas em conformidade com os métodos de aplicação mencionados no artigo 1º da presente Convenção.

4.1. Premissas da Súmula 443 do TST

Refletindo sobre o desempenho do Judiciário em deferência das garantias aos direitos, pode-se discorrer sobre a rescisão do contrato de trabalho na dispensa feita pelo empregador, cujo conhecimento real em que o empregado seja portador de alguma enfermidade.

Desta maneira, configura-se então, um ato ilícito, um abuso de direito, que violaria a lei sobre os direitos fundamentais, o prescrito na norma maior, a Constituição Federal. (PIMENTA, 2013, p. 216).

Diante da análise dos princípios protetores do trabalhador, percebe-se que o Direito do Trabalho inclinou-se para conceder ao empregado um acolhimento cada vez maior nas relações trabalhistas.

É cediço que o mesmo é a parte hipossuficiente da relação laboral, sendo, portanto, imprescindível a criação de normas jurídicas que corroboram com esse entendimento, bem como conferem a este, a possibilidade de lutar igualmente com o empregador pelos seus direitos (LOPES, 2012).

Nesse contexto, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) consolidou a observância do princípio favor *laboratis* e demais princípios do ramo do Direito do Trabalho, na concepção da Súmula 443. E, após numerosos julgados no sentido de resguardar o portador do vírus HIV ou de outra doença grave contra a dispensa discriminatória, a Resolução nº 185/2012 do TST consolidou a súmula 443 do TST. (BULOS, 2010, p. 21).

No que diz respeito às premissas da Súmula 443 do TST, em sua redação ainda que não se compreenda o câncer como uma doença considerada estigmatizante “aquelas que fazem com que o seu portador sofra preconceito e discriminação social em razão da ignorância e da falta de empatia e de consciência social”, não se pode negar que o câncer é uma doença grave.

Uma pesquisa desenvolvida pelo LinkedIn que é uma rede social que tem como objetivo as relações profissionais, em parceria com a Fundação Laço Rosa apontou que 31% (trinta e um por cento) das pessoas que têm ou já tiveram a neoplasia maligna (câncer) continuaram trabalhando durante o tratamento.

Além disso, outras 18% (dezoito por cento) afirmaram ter sofrido dispensa discriminatória, enquanto 26% (vinte e seis por cento) desconheciam o termo. (JORNAL DA FRANÇA, nº 2949, Ed. 27 de novembro de 2023).

Os desafios enfrentados pelos pacientes com câncer não terminam com o tratamento da doença, relatos de pacientes recuperados citam o estigma e o desconhecimento em um cenário em que se busca a reinserção social e laboral.

Desta forma, o resultado às vezes é o contrário, com demissão ou revogação de nomeação em cargo público. Neste sentido temos o relato da Adv. Marília Biscuola:

Relato 1: A advogada Marília Biscuola, de 33 anos. Ela teve a nomeação em um concurso público estadual revogada em junho por ter enfrentado um câncer em estágio inicial há mais de dois anos, logo após prestar a seleção. “Era um nódulo muito pequeno, tinha menos de um centímetro, nem precisei fazer quimioterapia”, explica. Depois da doença, a advogada fez entrevistas e exerceu serviços de assessoria jurídica normalmente em outro órgão público paulista, do qual se demitiu com a nomeação. Ela fez, então, os exames para assumir o novo cargo, no qual teve de informar o histórico de saúde. “Aí saiu no Diário Oficial, ‘não apta’”, recorda.

Marília entrou com uma ação e conseguiu uma liminar, mas lamenta que o processo possa se arrastar por anos. “As pessoas acham que só o tratamento é difícil. Difícil também é depois”, desabafa. “Se com 33 anos eu não posso trabalhar, o que eu vou fazer da vida? Foi revoltante.” Ela diz perceber um estigma. Fala da expressão de “luto” que já viu de pessoas ao contar que já teve a doença. “Cada caso precisa ser analisado individualmente”, destaca. “O trabalho é um direito fundamental, a gente sem trabalhar não é nada nessa vida.” (JORNAL ESTADO DE MINAS, 2020).

Situações como a de Marília estão espalhadas pelo país, isso porque as pessoas portadores de câncer ainda são associadas a uma situação prognóstico ruim, daí surge todo preconceito ainda vigente.

Mesmo que menos intenso ou evidente a discriminação dessas pessoas ainda está presente em plena terceira década do século XXI.

Com isso, parte delas vai para os Tribunais, na Justiça enfrentam decisões variáveis tanto reconhecem a discriminação dos profissionais com histórico de câncer quanto também tomam o lado oposto ao dizer que se trata de uma doença não discriminatória.

4.2. Estigma e preconceito

A discriminação tem por razão um fundamento injustificável, e por reflexo acarreta grandes perdas queles que a sofre. Por muito tempo, as doenças graves e que apresentavam maior complexidade no tratamento, tornaram-se causa de muitos debates e ações distintivas, por conta disso receberam um tratamento diferenciado.

Com isso, ao analisarmos o contexto histórico são diversas doenças endêmicas e epidêmicas, dentre as quais as mais comuns: pestes, hanseníase, gripes e tuberculoses que eram vistas como castigo de Deus para com o indivíduo.

Neste contexto, na maioria dos casos a solução mais fácil era o afastamento/isolamento desses doentes.

Ainda no contexto histórico a lepra na Idade Média, era uma das doenças que mais provocou estigma e preconceito entre os doentes, haja vista ser temida pela sociedade. Alice Monteiro Barros aponta que a Igreja Católica foi protagonista na função de isolar os leprosos do meio social, por a ela cabia:

(...) o encargo de combater a lepra, lançando um edital que determinava o isolamento dos leprosos, os quais, antes mesmo de sucumbirem à morte física, já eram considerados mortos pela sociedade, que os excluía dos direitos civis, condenando-os ao isolamento. (BARROS, 2016. p.769).

Nos dias de hoje, outras doenças têm o poder de despertar um sentimento estigmatizante e preconceituoso em desfavor dos doentes, da forma que ocorria nos tempos das enfermidades acima mencionadas, para Alice Monteiro Barros:

Talvez o temor e a estigmatização social que outrora existiram em relação à lepra sejam muito semelhantes ao que hoje se tem demonstrado no tocante à AIDS, vista como o 'mal que discrimina'. A desinformação sobre a doença é, provavelmente, a principal causa dos preconceitos. (BARROS, 2016. p.769).

Não há concordância entre os doutrinadores sobre a definição de “estigma”. No entanto, conforme o pensador Goffman, um clássico no assunto, a sociedade cria maneiras de classificar indivíduos conforme seus atributos, identificando-os como “comuns” ou “naturais”.

Então, nesta categoria você pode ver encontros sociais, pessoas estranhas (desconhecidas), são vistas conforme essa classificação.

Com base nesta avaliação, que espera-se procurar atributos “comuns” ou “naturais”, a pessoa desconhecida pode ser classificada como pessoa de mau caráter moral ou socialmente desfavorável, ser visto como tendo atributos negativos, como ser mesquinho, perigoso ou fraco.

A imagem da pessoa estranha, então, é reduzida a um atributo negativo, que a torna destinatária de posturas de desprezo. O preconceito está diretamente relacionado com a socialização do indivíduo, desta forma, decorre do meio sociocultural onde se inclui.

O ato preconceituoso tende a se apresentar nas distintas crenças e em relação a diversos objetos (doenças, homossexualidade...) sem ter em conta as próprias características deste.

Neste sentido, pode-se complementar que o preconceito é um juízo preconcebido e apontado através de uma atitude de discriminação em face de indivíduos, ambientes ou tradições. Em virtude desse fato tem-se como um indicador de desconhecimento e uma atribuição pejorativa ao que lhe é diferente.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, voltando este para o paciente de câncer é possível afirmar que estes são marcados por estigmas e preconceito, inclusive na dimensão social do trabalho, haja vista que a sociedade tende a enxergar o indivíduo acometido por doença grave como alguém incapaz e improdutivo.

De fato, as doenças que exigem tratamento invasivo e prolongado (a exemplo do câncer), mas é importante mencionar que o tratamento não afasta completamente o indivíduo de seu cotidiano, contudo esse pensamento errôneo, faz com que esses pacientes assumam dentro da sociedade um protagonismo de pessoas doentes e incapazes impactando diretamente na relação de trabalho.

Segundo Oliveira Neto, a discriminação pode ocorrer de duas formas, de maneira direta ou indireta. *In casu*, a direta se baseia em práticas manifestas, políticas institucionais ou empresariais, que não escondem as razões para o tratamento diferenciado de grupos desvalidos estão relacionadas com condições específicas.

Assim, no caso da discriminação indireta, por outro lado, ocorre quando o tratamento diferenciado resulta de um comportamento aparentemente neutro, mas na verdade está relacionado a alguma característica que o agressor considera inferior.

Na forma direta, a discriminação é explícita, pois plenamente verificada a partir da análise do conteúdo do ato discriminatório. A discriminação indireta, por sua vez, é criação do direito norte-americano, baseada na teoria do impacto desproporcional (...). Esta modalidade se dá através de medidas legislativas, administrativas ou empresariais, cujo conteúdo, pressupondo uma situação preexistente de desigualdade, acentua ou mantém tal quadro de injustiça, ao passo que o efeito discriminatório da aplicação da medida prejudica de maneira desproporcional determinados grupos ou pessoas. Finalmente, a discriminação oculta, oriunda do direito francês, caracteriza-se pela intencionalidade (não encontrada na discriminação indireta). A discriminação oculta, outrossim, é disfarçada pelo emprego de instrumentos aparentemente neutros, ocultando real intenção efetivamente discriminatória." (OLIVEIRA NETO, 2006).%

A dispensa discriminatória é habitual no grupo de trabalhadores, haja vista, que em grande parte das ocorrências não se tem a devida atenção a esse fato que causa reflexos não somente no âmbito social quanto também afeta o psicológico do trabalhador.

Neste cenário, em muitas dispensas, o empregador, na busca incessante de obter cada vez mais lucro, despede o empregado, logo após contratar outro. Uma vez este trabalhador teve sua produtividade diminuída.

5. REFLEXOS E EFEITOS COLATERAIS DA DOENÇA

Os reflexos, efeitos colaterais que a doença e o tratamento deixam no organismo do indivíduo, interferem direta e indiretamente no seu rendimento no trabalho.

Isso ocorre , pois o câncer caracteriza-se na alteração em uma célula, a qual tem seu funcionamento descontrolado e não respeita a divisão e multiplicação celular, crescendo e se expandindo anormalmente, na presença de erro no crescimento celular pode ocorrer a chamada mutação e assim ao surgir uma célula doente, ao se proliferar, causará o câncer.

Em conformidade com o Instituto Nacional de Câncer (INCA) a quimioterapia é um dos principais tratamentos no combate ao câncer, sendo muito empregada para diminuir, eliminar e controlar o tumor.

No entanto, as drogas usadas para o tratamento oncológico causam alguns efeitos colaterais: queda de cabelo, prisão de ventre, diarreia, enjoo, vômito, feridas na boca, hiperpigmentação, anemia, leucopenia, trombocitopenia.

Ao retornar no ambiente de trabalho o paciente ainda pode sofrer interferência desses efeitos colaterais e enfrentar diversos desafios, tais como a carga de trabalho com o corpo e as emoções fragilizados, possível reabilitação profissional e mudança de atividade e, muitas vezes, os olhares diferentes da equipe e a 'ponta de preconceito' que muitos dizem sofrer.

Relato 2: "Inês Terezinha de B. Pacheco de 51 anos, assistente social em uma clínica de hemodiálise em Balneário Camboriú (SC). Em tratamento de um câncer de mama, retornou ao trabalho no dia 1 de julho - 15 dias após a realização da cirurgia. Ela conta que foi muito bem recebida no local de trabalho, embora tenha sentido certo preconceito ao contar aos colegas que retirou um nódulo maligno da mama. "Percebi que sentiram dó, pena de mim. Mas não quero isso! Estou sim em tratamento de um câncer, mas sinto-me bem fisicamente e apta a produzir", declara. A assistente social acrescenta que, a partir de agora, quer ser um vetor de informações sobre o câncer em seu ambiente profissional, de forma a contribuir com a redução dos estigmas

em torno da doença. "Espero que, a partir do relato da minha experiência, possa levar às pessoas com quem convivo a pensarem de forma diferente sobre o câncer. A olharem para a perspectiva da cura. Isso é real". (PORTAL ONCOGUIA, MATÉRIA: CÂNCER E TRABALHO HORA DE PARAR E RETORNAR, 2015).

É possível perceber que os funcionários, portadores de câncer devem ser protegidos pelo Estado, uma vez que a discriminação mantém o fora do mercado de trabalho e torna difícil encontrar um novo emprego. Para

Para os acometidos por doença crônica, que estão trabalhando, a discriminação por parte do empregador pode acontecer por este pensar que o trabalhador doente tem seu valor diminuído, por acreditar que ele não está doente de fato (comum nas moléstias psiquiátricas) ou, até mesmo, em forma de pressão para que o doente não suporte exercer suas funções e peça desligamento do emprego. (SANTOS, 2012, p.239)

5.1. A importância da ocupação

Para os indivíduos que se encontram na luta contra o câncer ou aqueles que acabaram recentemente o tratamento, contar com o amparo do empregador é algo fundamental. "No processo de adoecimento há uma quebra de rotina. Quando esse paciente volta para o dia a dia, tem a sensação de controle e de continuidade", diz Julia Schmidt Maso, psicóloga do Hospital Sírio-Libanês.

O tratamento e a própria doença por si só, deixam o paciente com a aparência de fragilidade, isso porque o organismo dessas pessoas passou por muitas mudanças, contudo o que esses pacientes mais desejam ao retornar para o ambiente laboral é demonstrar força e resiliência.

Assim sendo, quanto mais a empresa demonstrar confiança e solidariedade para com esses, mais produtivo se tornará. Além disso, existem outros motivos pelos quais os pacientes precisam do emprego, sendo um destes o custo financeiro de uma doença como essa, que demanda alto investimento.

5.2. Noções elementares sobre o câncer e a estrutura da Justiça do Trabalho.

De acordo com o Ministério da Saúde, o câncer engloba mais de 100 (cem) doenças relacionadas ao desenvolvimento/crescimento desordenado celular, que ocupam o espaço das células saudáveis, não é uma doença da atualidade dos tempos modernos, uma vez que já foi detectada sua existência em múmias egípcias de cerca de 3.000 (três mil) anos antes de Cristo.

O câncer é uma das principais causas de morte a nível mundial, juntamente com as doenças cardiovasculares, mas é provável que se torne uma das principais

causas de morte no século XXI, sublinhando a necessidade de os países avançarem em políticas para enfrentar esta doença.

Conforme previsão publicada pelo INCA são esperados 704 mil casos novos de câncer no Brasil para cada ano do triênio 2023-2025, com destaque para as regiões Sul e Sudeste, que concentram cerca de 70% (setenta por cento) da incidência.

Há estimativas para o ano de 2023 das taxas brutas e ajustadas de incidência por 100 mil habitantes e do número de casos novos de câncer, segundo sexo e localização primária:

Distribuição proporcional dos dez tipos de câncer mais incidentes estimados para 2023 por sexo, exceto pele não melanoma:

Localização Primária	Casos	%	Homens	Mulheres	Localização Primária	Casos	%
Próstata	71.730	30,0%			Mama feminina	73.610	30,1%
Cólon e reto	21.970	9,2%			Cólon e reto	23.660	9,7%
Traqueia, brônquio e pulmão	18.020	7,5%			Colo do útero	17.010	7,0%
Estômago	13.340	5,6%			Traqueia, brônquio e pulmão	14.540	6,0%
Cavidade oral	10.900	4,6%			Glândula tireoide	14.160	5,8%
Esôfago	8.200	3,4%			Estômago	8.140	3,3%
Bexiga	7.870	3,3%			Corpo do útero	7.840	3,2%
Laringe	6.570	2,7%			Ovário	7.310	3,0%
Linfoma não Hodgkin	6.420	2,7%			Pâncreas	5.690	2,3%
Fígado	6.390	2,7%			Linfoma não Hodgkin	5.620	2,3%

*Números arredondados para múltiplos de 10.

⁴As Tabelas 1 a 62, bem como todas as figuras desta publicação, foram elaboradas pelo INCA.

A partir dessas informações, é notório que existem inúmeros casos de pessoas que possuem ou venham a desenvolver câncer ao longo de suas vidas. Assim sendo, muitas dessas pessoas encontram-se ou estarão empregadas, o que torna imprescindível a regulamentação das regras trabalhistas visando evitar conflitos no contexto das relações de emprego.

Conforme as informações da “Estimativa 2023 - Incidência de Câncer no Brasil”. Em consequência da grande ocorrência de câncer, em âmbito global, é inevitável que grande parte dos pacientes pertençam ao grupo de pessoas economicamente ativas, incluindo trabalhadores com contrato de trabalho, que podem vir a ser vítimas de discriminação no ambiente de trabalho em virtude do estigma e preconceito.

De acordo com o INCA os desafios em relação ao câncer começam juntamente com o diagnóstico, haja vista a complexidade do tratamento, bem como os efeitos que este acarreta no organismo do paciente.

O tratamento por sua vez depende do estágio no qual a doença se encontra, podendo ocorrer por meio de cirurgia, quimioterapia e radioterapia ou em conjunto.

A cirurgia é o principal tratamento para o câncer. Quando indicada, sua finalidade é remover o tumor cancerígeno em sua totalidade com intenção de que não volte mais. Deve ser realizada sempre sob anestesia que poderá ser local, na espinha (raqui) ou geral. (HOSPITAL DO CÂNCER DE BARRETOS, 2016).

A quimioterapia pode ser usada na forma de um medicamento misturado ao “soro” e então injetado na veia (via intravenosa) do paciente, ou em forma de comprimidos que são engolidos (via oral) pelo paciente diariamente.

Muitas vezes são utilizados mais de um tipo de quimioterápico para uma mesma quimioterapia. Isso é o que os médicos chamam de protocolo de tratamento. O protocolo vai dizer a quantidade de quimioterápico que deve ser usado, como eles devem ser combinados e em que momento devem ser aplicados. (HOSPITAL DO CÂNCER DE BARRETOS, 2016).

A Radioterapia também é um procedimento comum entre os procedimentos, onde consiste no uso terapêutico da radiação para o tratamento de alguma enfermidade.

Assim, existem três modalidades clínicas utilizadas: Injeção de radioisótopos na corrente sanguínea; Braquiterapia, em que fontes radioativas na forma de aplicadores especiais - agulhas, sementes ou fios - são colocadas em contato direto com o local onde se deseja empregar a radiação; Teleterapia, ou radioterapia com feixe externo, que é a modalidade mais difundida.

A fonte irradiante se posiciona externamente ao paciente, a certa distância dele, podendo-se utilizar de diversas máquinas, como o gerador convencional de raios-X, a unidade de Co-60 e, mais comumente, os aceleradores lineares. (HOSPITAL DO CÂNCER DE BARRETOS, 2016)

Diante dos fatos, é evidente o quão agressivo é o tratamento para o portador de neoplasia em virtude da doença e do tratamento, há o fator de logística, desde o transporte e alimentação, tal como a necessidade de um acompanhante, devido aos efeitos colaterais diversos.

Se não bastasse toda complexidade de tratamento, insegurança quanto a cura, mudança na qualidade de vida desses pacientes. Após o tratamento ainda permanece o pensamento errôneo de que o trabalhador não possui capacidade para desenvolver atividades laborais.

Brasil



Tabela 1⁴

Estimativas para o ano de 2023 das taxas brutas e ajustadas^a de incidência por 100 mil habitantes e do número de casos novos de câncer, segundo sexo e localização primária*

LOCALIZAÇÃO PRIMÁRIA NEOPLASIA MALIGNA	ESTIMATIVA DOS CASOS NOVOS								
	Homens			Mulheres			Total		
	Casos	Taxa bruta	Taxa ajustada	Casos	Taxa bruta	Taxa ajustada	Casos	Taxa bruta	Taxa ajustada
Mama feminina	-	-	-	73.610	66,54	41,89	73.610	66,54	41,89
Próstata	71.730	67,86	55,49	-	-	-	71.730	67,86	55,49
Cólon e reto	21.970	20,78	12,43	23.660	21,41	11,06	45.630	21,10	11,43
Traqueia, brônquio e pulmão	18.020	17,06	12,73	14.540	13,15	9,26	32.560	15,06	10,52
Estômago	13.340	12,63	9,51	8.140	7,36	4,92	21.480	9,94	7,08
Colo do útero	-	-	-	17.010	15,38	13,25	17.010	15,38	13,25
Glândula tireoide	2.500	2,33	1,84	14.160	12,79	6,68	16.660	7,68	4,83
Cavidade oral	10.900	10,30	7,64	4.200	3,83	2,61	15.100	6,99	4,95
Linfoma não Hodgkin	6.420	6,08	4,55	5.620	5,08	3,00	12.040	5,57	3,79
Leucemias	6.250	5,90	4,75	5.290	4,78	3,95	11.540	5,33	4,43
Sistema nervoso central	6.110	5,80	4,56	5.380	4,85	3,80	11.490	5,31	4,33
Bexiga	7.870	7,45	3,96	3.500	3,14	1,58	11.370	5,25	2,75
Esôfago	8.200	7,76	5,46	2.790	2,49	1,43	10.990	5,07	3,38
Pâncreas	5.290	5,00	3,74	5.690	5,15	3,22	10.980	5,07	3,31
Fígado	6.390	6,06	5,18	4.310	3,89	3,14	10.700	4,95	4,29
Pele melanoma	4.640	4,37	2,24	4.340	3,90	1,56	8.980	4,13	1,88
Corpo do útero	-	-	-	7.840	7,08	4,13	7.840	7,08	4,13
Laringe	6.570	6,21	5,07	1.220	1,09	0,72	7.790	3,59	2,68
Ovário	-	-	-	7.310	6,62	5,01	7.310	6,62	5,01
Linfoma de Hodgkin	1.500	1,40	0,84	1.580	1,41	0,78	3.080	1,41	0,75
Outras localizações	41.730	39,49	26,17	33.970	30,69	19,70	75.700	34,99	21,96
Todas as neoplasias, exceto pele não melanoma	239.430	226,56	185,61	244.160	220,75	154,08	483.590	223,59	169,63
Pele não melanoma	101.920	96,44	-	118.570	107,21	-	220.490	101,95	-
Todas as neoplasias	341.350	323,00	-	362.730	327,96	-	704.080	325,53	-

^aPopulação-padrão mundial (1960). / *Números arredondados para múltiplos de 10.

Importante ressaltar que, embora o paciente tenha vencido o câncer, ele ainda está passando por um momento delicado, onde o mesmo ainda está se recuperando física e psicologicamente, principalmente pelo receio do retorno da doença. Diante dessas circunstâncias necessita de cuidados especiais

A Justiça do Trabalho foi instalada no Brasil em 1º de Maio de 1941, pelo então presidente da República, Getúlio Vargas. “A Justiça do Trabalho, que declaro instalada neste histórico Primeiro de Maio, tem essa missão. Cumpre-lhe defender de todos os perigos nossa modelar legislação social-trabalhista, aprimorá-la pela jurisprudência coerente e pela retidão e firmeza das sentenças”.

Em 1943, foi promulgada a Consolidação das Leis Trabalhistas, no Brasil, a Justiça do Trabalho integra o Poder Judiciário, conforme previsão do Título IV, Capítulo III, da Constituição Federal, estrutura judiciária criada para a tramitação dos processos trabalhistas, com estrutura em três níveis, denominadas instâncias.

Então, têm-se a instância superior, que consiste no Tribunal Superior do Trabalho (TST); uma instância intermediária, formada pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), e a instância inicial, constituída pelos Juízes, que exercem a judicatura nas Varas do Trabalho, conforme os Art. 92, 111 e 112, da CF/88.

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: (...)
II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (...)

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho: (...)
II - os Tribunais Regionais do Trabalho; (...)

Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.”

A Justiça do Trabalho foi criada para ser a entidade responsável por resolver e julgar os desentendimentos entre empregados e empregadores, que surgem nas relações trabalhistas, quando uma das partes solicita sua intervenção.

Neste sentido, esses conflitos podem ocorrer na forma de Dissídios Individuais (quando envolvem um ou mais empregados de uma empresa) ou Dissídios Coletivos (quando envolvem todos os trabalhadores ou empregadores de uma determinada categoria profissional).

Nos termos previstos pelo Art. 114 da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é responsável por processar e julgar:

as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; as ações que envolvam exercício do direito de greve; as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

Uma das principais atribuições da Justiça do Trabalho é solucionar o problema da desigualdade entre empregador e trabalhador: o empregador possui o poder de

controlar e gerir a prestação de serviços do empregado, evidenciando a situação de fragilidade do trabalhador.

Nesse sentido, a CLT e as demais legislações pertinentes surgiram com o objetivo de resguardar os direitos dos trabalhadores e nivelar a relação entre as partes. Dessa forma, a Justiça do Trabalho desempenha essas funções descritas acima, pautada em princípios, normas trabalhistas e demais legislações.

6. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Após feita a introdução necessária para o maior entendimento do tema discutido nessa, passaremos para a análise de jurisprudências de distintos Tribunais, o qual a justiça do trabalho possui entendimento consolidado acerca do assunto, onde presume-se discriminatória a despedida de empregado portador de doença grave, como o câncer, por exemplo.

AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 13.015/2014 E Nº 13.467/2017- DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. A decisão monocrática está correta e não merece nenhum reparo, pois foi proferida em conformidade com a jurisprudência pacífica e notória desta Corte Superior, consagrada na Súmula 443 do TST, no sentido de que "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". No presente caso, o Tribunal Regional consignou que "os documentos médicos apresentados com a petição inicial dão conta de ter, a reclamante, recebido **diagnóstico de neoplasia maligna de mama em junho de 2017, tendo sido submetida a tratamento cirúrgico (mastectomia da mama direita e posterior reconstrução da mama com prótese de silicone), estando em acompanhamento e tratamento pós diagnóstico**". Ressaltou que a reclamada não negou desconhecer o estado de saúde da autora, que foi "despedida em pleno período de recuperação de uma doença que suscita forte estigma e preconceito, sendo inarredável a conclusão de que esta é nula de pleno direito". Acrescente-se que a **reclamada não trouxe nenhuma prova apta a justificar a dispensa da reclamante**, presumindo-se, portanto, que a rescisão do contrato de trabalho foi discriminatória. Agravo de que se conhece e a que se nega provimento" (Ag-AIRR-20763-56.2018.5.04.0001, 8ª Turma, Relator Ministro Sérgio Pinto Martins, DEJT 26/06/2023).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA (NEOPLASIA). HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA DIRETRIZ DA SÚMULA Nº 443 DO TST. ACÓRDÃO EMBARGADO EM QUE FOI RECONHECIDO DIREITO A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OMISSÃO NO TOCANTE AO DIREITO À REINTEGRAÇÃO E/OU PAGAMENTO EM DOBRO DA REMUNERAÇÃO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO PREVISTO NA LEI Nº 9.029/95. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITO MODIFICATIVO. 1 - A Sexta Turma do TST deu provimento ao recurso de revista interposto pelo reclamante para, reconhecendo a natureza discriminatória da dispensa (Súmula nº 443 do TST), acrescer à condenação o pagamento de **indenização por dano moral, decorrente da dispensa**

discriminatória, no importe de R\$ 20 mil. 2 - O reclamante, nos presentes embargos de declaração, sustenta que o acórdão embargado padece de omissão, haja vista que, o recurso de revista " não cinge-se somente ao pedido de indenização por dano moral pela despedida discriminatória, abrange, também, **os pedidos que envolvem o direito à reintegração e/ou o pagamento em dobro da remuneração** do período de afastamento, conforme assegurado na Lei 9.029/95 e postulado pelo Reclamante, ora Embargante " (fl. 762), pretendendo, assim, que haja pronunciamento judicial por esse enfoque. 3 - De fato, a leitura atenta das razões de recurso de revista evidencia que a parte requereu, em decorrência do reconhecimento da dispensa discriminatória, não apenas o deferimento de indenização por danos morais, mas também o reconhecimento do direito à reintegração e/ou pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento. Nesse passo, passa-se à apreciação do pedido não enfrentado no acórdão embargado. 4 - Diante do reconhecimento, no acórdão embargado, de que os elementos constantes do acórdão do TRT não têm o condão de afastar a presunção de que a dispensa do reclamante foi discriminatória (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. "), em razão de ser portador de neoplasia, dessa circunstância também decorre o reconhecimento do direito da parte de exercer a faculdade prevista no artigo 4º, incisos I e II, da Lei nº 9.029/95. 5 - De outro lado, colhe-se das razões dos presentes embargos de declaração o registro de que o reclamante teria " exercido o seu direito de opção pela percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais " (fl. 760). 6 - Nesse contexto, cumpre acolher os embargos de declaração para, sanando a omissão detectada e emprestando efeito modificativo ao julgado embargado, acrescer à condenação decorrente do reconhecimento do caráter discriminatório da despedida do reclamante (Súmula nº 443 do TST) o pagamento, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, na forma do artigo 4º, inciso II, da Lei nº 9.029/95, e observada a Súmula nº 28 do TST (" No caso de se converter a reintegração em indenização dobrada, o direito aos salários é assegurado até a data da primeira decisão que determinou essa conversão "), conforme se apurar em liquidação. 7 - Embargos de declaração acolhidos com efeito modificativo" (ED-RR-21141-85.2019.5.04.0030, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhães Arruda, DEJT 16/06/2023).

Verifica-se que, em tais decisões jurisprudência adotou expressamente o entendimento da Súmula 443 do TST, no que diz respeito a presumir discriminatória a despedida sem justa causa do funcionário portador de câncer (doença grave), que causa preconceito e estigma.

A demissão sem justa causa na 1ª (primeira) decisão evidenciou a falta de prova apta por parte da reclamada para justificar a dispensa da reclamante, configurando essa como discriminatória.

Posto isto, na 2ª (segunda) decisão, além da configuração da dispensa discriminatória, foi julgado como procedente o pedido de danos morais, decorrente do ato discriminatório e ainda pela reintegração do empregado e/ou o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento.

Para reafirmar a proteção do emprego contra a dispensa arbitrária e discriminatória o TST tem se manifestado da seguinte forma:

NULIDADE DO ATO DEMISSSIONAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE - NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1. Não se reconhece ofensa aos artigos 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de empregado portador de doença grave - neoplasia nodular epitelióide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder a dispensa discriminatória e arbitrária de empregado portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou o direito à relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir prova da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e a não discriminação, insculpidos nos artigos 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, 333 além da previsão contida nos artigos 5º, cabeça e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. 3. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n.º 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n.º 62.150, de 19.01.1968). 4. Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). 5. Recurso de revista de que não se conhece. TST RR – 119500-97.2002.5.09.0007 - 1ª T Ministro Lelio Bentes Corrêa. DJU 23/03/2012.

Os Tribunais Trabalhistas desempenham um papel importante no sentido de tutelar as ações em combate à discriminação no ambiente de trabalho, onde os trabalhadores são vítimas, em que pese a falta de uma legislação específica tratando do tema. Neste sentido segundo Paolla Fonseca:

Como a legislação pátria sempre se mostrou deficiente no tocante à eliminação das várias formas de discriminação, a Justiça do Trabalho encarregou-se de suprir as lacunas do ordenamento jurídico, baseando suas decisões em jurisprudência, que é fonte formal de direito, na analogia, na equidade, nos princípios e normas gerais e até do Direito Comparado, na forma do artigo 8º da CLT. (FONSECA, 2016. p.27).

Compartilhando do mesmo raciocínio, temos Maurício Godinho Delgado que leciona que a prática preconceituosa deve ser combatida pelos tribunais, uma vez que vão contra os princípios constitucionais:

Ora, a prática jurisprudencial trabalhista tem evidenciado a ocorrência de reiterados preconceitos e discriminação, dentro do ambiente empresarial, com relação a trabalhadores portadores de certas doenças graves, que venham ensejar estigma ou preconceito. Essa prática processual demonstra que o viés

pode ser verificado seja em vista da própria doença, seja em vista do decréscimo de produtividade laborativa que o malefício tende a produzir no empregado. Nesse quadro, a incidência dos princípios e regras constitucionais referidos (art.1º, III; art.3º,IV; art.7º, XXXI) além dos internacionais ratificados, contrapostos à reiteração de casos de dispensas arbitrárias de obreiros portadores de tais doenças graves, conduziu a jurisprudência a consagrar a presunção de despedida discriminatória, com o consectário normativo da invalidação do ato de ruptura contratual. (DELGADO, 2017. p.923).

6.1 Ônus da prova

Para fundamentar a análise do ônus da prova, ancora-se na pesquisa por Jorge da Silva Wagner que foi construída acerca do ônus da prova e a dispensa discriminatória.

O preconceito é exteriorizado a partir de diversos pretextos, como raça, sexo, idade, religião, classe social, orientação política, orientação sexual etc. A discriminação negativa é uma das faces do preconceito, a qual prejudica determinado grupo ou indivíduo pela criação de situações injustas. Na seara juslaboral, essa vertente do preconceito se dá pela demissão em razão de ato discriminatório realizado pelo empregador contra seu empregado, e resulta no dever de reintegração do empregado e, conseqüentemente, do pagamento das verbas do período em que permaneceu afastado, e à indenização por danos morais, ou ainda em conversão ao dobro dos salários. **De acordo com os artigos 373 do Código de Processo Civil e 818 da Consolidação das Leis Trabalhistas, baseados em uma visão estática, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Contudo, a teoria dinâmica do ônus da prova rompe com a concepção estática da distribuição de tal ônus, considerando o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, pelas circunstâncias fáticas, tiver melhores condições para demonstrar os acontecimentos do caso específico, independentemente de sua posição. (WAGNER, 2017)."**

Ao estabelecer a presunção relativa sobre o caráter discriminatório da demissão do empregado portador de doença grave que estigmatize ou administre preconceito, a Súmula nº 443 do TST demonstra especial preocupação quanto à discriminação indireta.

Considerando que a legislação nacional se revelou insuficiente na condenação da discriminação e não cobre todas as formas de discriminação, incluindo os motivos discriminatórios para o despedimento sem justa causa.

A CLT, no Art. 8º, que estabelece as fontes formais do direito material do trabalho, da jurisprudência e do direito comparado, na falta de disposições legais ou contratuais, podendo decidir por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de Direito, principalmente do Direito do Trabalho.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

A Súmula nº 443 do TST consolidou o entendimento jurídico de que a demissão de empregado portador de doença grave é discriminatória e cabe ao empregador provar que a demissão não teve por motivação ato discriminatório, o que tornaria válida a rescisão do contrato de trabalho.

Ao analisar a situação da dispensa discriminatória fica evidente que o entendimento dos tribunais tem ampla coerência, tendo em vista que a tutela jurídica depende da produção de prova, nas situações em que tal produção é bastante difícil.

Tal dificuldade, é o que ocorre nos casos de discriminação, a distribuição estática do ônus probatório pode resultar em negativa de proteção jurisdicional ao trabalhador vítima de ato discriminatório, sendo cabível a inversão deste encargo processual, previsto no Art. 818 da CLT.

6.2. Nulidade da dispensa discriminatória

A dispensa discriminatória ocorre quando o vínculo empregatício é rompido por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade ou qualquer outro motivo que viole a igualdade de tratamento entre os empregados.

A dispensa é considerada inválida porque viola os princípios como da igualdade, do valor social do trabalho e da dignidade humana, podendo ainda ser reclamada indenização através dos tribunais.

Ao tratar da nulidade da dispensa discriminatória, realizando uma análise da legislação acerca do tema, que de um lado, a CLT garante ao empregador a possibilidade de rescindir o contrato por prazo indeterminado, no contexto de seu poder diretivo, de outra perspectiva, tal direito não pode ser exercido de forma ilimitada e contrária à razoabilidade, devendo estar de acordo com os direitos fundamentais e trabalhistas assegurados em normas constitucionais.

Quando a rescisão contratual estiver contrária aos princípios constitucionais, assim como fundada em razão desqualificante ou discriminatória, restará ilícita tal rescisão, implicando em sua nulidade, a teor do que dispõe a Lei nº 9029/95. Nula a dispensa, portanto, caberá ao empregado a sua reintegração ao trabalho.

Por fim, para abordar acerca da reintegração do discriminado, será analisada a lei nº 9029/95 que quanto ao rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, estabelece o Art. 4º da referida lei o que segue:

“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.”

Assim sendo, a pesquisa foi amparada no entendimento de especialistas da área e autores retromencionados, com a respectiva coleta de dados dos Tribunais, objetivando verificar as análises feitas no que diz respeito à dispensa discriminatória do funcionário portador de câncer.

Cabe destacar que todas as normas do Direito do Trabalho que possuam índole protetiva ao trabalhador são de ordem pública e, assim, imperativa, irrenunciável e impostergável, excetuando-se as hipóteses previstas expressamente na lei, cuja interpretação deve ser restritiva.

Portanto, toda e qualquer ofensa aos preceitos do Direito do Trabalho estará eivada de nulidade, não produzindo efeitos no contrato de emprego.

Dessa forma, a dispensa do empregado operada por conduta discriminatória é ato jurídico nulo, já que viola os direitos e garantias constitucionais, disposições da CLT, inúmeros tratados internacionais, e diversas leis esparsas.

Posto isto, haverá clara afronta aos princípios basilares de Direito, além das normas mencionadas neste trabalho.

6.3. Reintegração do empregado

A Justiça do Trabalho determina pela reintegração dos trabalhadores dispensados sem justa causa com diagnosticados com doenças graves, a exemplo o câncer, haja vista ser considerada uma medida discriminatória, que possui relação direta com o diagnóstico da doença.

Tal garantia é protegida pelo Estado Democrático de Direito, que não permite a promoção de qualquer ato discriminatório e que promova a desigualdade.

Nesse sentido a jurisprudência:

DISCRIMINAÇÃO. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. Comprovado nos autos que a reclamada tinha ciência da doença do reclamante, resta configurada a discriminação e, por consequência, nula é a dispensa, motivo pelo qual são devidas à reintegração e a indenização por danos morais. Recurso a que se dá provimento. (TRT-2 - RO:413200404602002 SP 00413-2004-046-02-00-2, Relator: SILVIA ALMEIDA PRADO, Data de Julgamento: 20/04/2010, 8ª TURMA, Data de Publicação: 26/04/2010).

Portanto, como no Acórdão citado acima, o poder potestativo do empregador é limitado e, sendo discriminatória a despedida, nasce ao empregado o direito à reintegração e à indenização. No mesmo sentido estabelece a CLT:

Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Art. 497 - Extinguindo-se a empresa, sem a ocorrência de motivo de força maior, ao empregado estável despedido é garantida a indenização por rescisão do contrato por prazo indeterminado, paga em dobro.

Os direitos estabelecidos na Súmula 443 incluem a responsabilidade do empregador em pagar todos os salários devidos entre a rescisão do contrato e a reintegração, passível de correção monetária, juntamente com o recolhimento de todos os tributos, como INSS e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além de reajuste salarial que tenha acontecido neste tempo, e a computação do tempo de trabalho para fins trabalhistas e previdenciários. (PANCOTT, 2016, p.12)

6.4. Indenização por dano moral

A teoria e a jurisprudência concordam que o dano mental é uma violação de um dos direitos da personalidade estipulados no Art. 11 do Código Civil, tais como violação dos direitos de nome, direitos de retrato, direitos de privacidade, direitos de honra, boa reputação, dignidade etc.

Assim, considerando o caso específico, contudo é de responsabilidade do juiz verificar cuidadosamente se um ato ilegal, doloso ou criminoso causou dano mental a alguém, causando sofrimento psíquico além dos incômodos diários a que todos estamos sujeitos na vida.

No entanto, a fixação do dano moral deve levar em conta o princípio da razoabilidade e a proporcionalidade, de modo a não ensejar enriquecimento sem causa para o ofendido.

Neste sentido prevê o Art. 944, do Código Civil, o qual dispõe acerca da exigência de proporcionalidade entre a reparação e o dano cometido, cuidando para a não ocorrência de discrepância entre o ato e o numerário valorado, ao magistrado faculta sua minoração e adequação ao caso concreto.

Desta forma, preleciona o Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa leciona que:

“(...) Qualquer indenização não pode ser tão mínima a ponto de nada reparar, nem tão grande a ponto de levar à penúria o ofensor, criando para o estado mais um problema social. Isso é mais perfeitamente válido no dano moral. Não pode igualmente a indenização ser instrumento de enriquecimento sem causa para a vítima; nem ser de tal forma insignificante ao ponto de ser irrelevante ao ofensor, como meio punitivo e educativo, uma vez que a indenização desse jaez tem também essa finalidade”. (VENOSA p.269).

Observados alguns dos critérios para determinação do dano moral, bem como para sua valorização, passamos para a análise do dano moral contido na dispensa discriminatória. Inicialmente cabe destacar que assim como qualquer outro, deverá ser analisado caso a caso, levando em consideração as particularidades contidas em cada ocorrência.

Contudo a possibilidade do arbitramento do dano moral na dispensa movida por ato discriminatório se evidencia pela ofensa dos princípios da dignidade da pessoa humana, pela inequívoca dor e a angústia acarretadas ao empregado (reclamante) em razão da dispensa, e por outros motivos que possam demonstrar a necessidade de compensação econômica pela lesão injustamente sofrida.

Nesse sentido, determina a seguinte decisão:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E OBSTATIVA AO GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL - DOENÇA GRAVE (ART. 493 DO CPC C/C A SÚMULA 394 DO TST) - NULIDADE DA DISPENSA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443 c. TST - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROTEÇÃO À SAÚDE DA TRABALHADORA - REINTEGRAÇÃO IMEDIATA AO EMPREGO - DANO MORAL IN RE IPSA- APELO PROVIDO. Nos termos da Súmula 443 do c. TST presume-se discriminatória a despedida de empregada portadora de doença grave, que suscite estigma ou preconceito no ambiente de trabalho. Tais circunstâncias violam os direitos fundamentais da pessoa humana. Nula a dispensa, a empregada tem direito à reintegração imediata no emprego, acrescidas das contribuições previdenciárias e verbas salariais legais, honorários advocatícios sucumbenciais e indenização por dano moral *in re ipsa*, na forma da lei.

REINTEGRAÇÃO IMEDIATA AO EMPREGO - DANO MORAL IN RE IPSA- APELO PROVIDO. Nos termos da Súmula 443 do c. TST presume-se discriminatória a despedida, pugnando pela reintegração ao emprego, em decorrência de discriminatória, e pelo pagamento de indenização por dano moral. (TRT da 3.^a Região; PJe: 0011009-30.2022.5.03.0017 (ROT); Disponibilização: 21/09/2023; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator(a)/Redator(a) Taisa Maria M. de Lima).

No mesmo sentido, a 6º Turma do TST rejeitou recurso de revista do empregador contra condenação à reintegração e ao pagamento de indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais pela dispensa de funcionário com neoplasia maligna, considerando a dispensa como discriminatória:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO. NEOPLASIA MALIGNA. Delimitado pelo eg. Tribunal Regional que a reestruturação do setor que supostamente ocasionou a despedida do reclamante não ocorreu, sendo que apenas dois funcionários acusados de fraude, dispensados por justa causa foram despedidos juntamente com o reclamante, bem como tendo a reclamada plena ciência da doença que lhe acomete, evidencia-se a dispensa discriminatória e, portanto, nula, a ocasionar a reintegração ao emprego, com o pagamento dos salários durante o período do afastamento. Recurso de revista não conhecido. **DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. PRÁTICA DE ATO ILÍCITO COMPROVADA.** Evidenciado que a reclamada dispensou o

reclamante de forma discriminatória, tendo em vista a doença grave de que é portador – neoplasia maligna no rim – há de se reconhecer a prática de ato ilícito que ofende a honra e imagem do reclamante, a ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. Na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios são devidos tão somente nos termos da Lei nº 5.584/70, quando existentes, concomitantemente, a assistência do Sindicato e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou a impossibilidade de se pleitear em juízo sem comprometimento do próprio sustento ou da família. Constatado que o reclamante não se encontra assistido por sindicato de sua categoria, dá-se provimento ao recurso de revista, para excluir da condenação os honorários advocatícios. Incidência das Súmulas nº 219 e 329 do c. TST. Recurso de revista conhecido e provido. (TST da 4.^a Região; PJe: RR-20168-81.2015.5.04.0027; Disponibilização: 20/05/2016; Órgão Julgador: 6º Turma; Relator/Ministro Aloysio Corrêa da Veiga).

7. REGRAMENTO NACIONAL E INTERNACIONAL

A Constituição Federal de 1988, estabelece no seu Art. 7º a garantia da segurança do empregado contra demissão injustificada “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Desta forma, mesmo que o empregador não seja obrigado a justificar a razão da rescisão do contrato de trabalho (nos casos de demissão sem justa causa), a legislação estipula como um dos direitos básicos do trabalhador a relação empregatícia protegida contra a dispensa arbitrária.

Enquanto a CLT prevê em seu Art.o 373-A, II a definição do ato discriminatório como: “recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível”.

No entanto, surgiu em 1995 a Lei nº 9.029/95, considerada uma das leis mais relevantes sobre o assunto. Essa legislação veta variadas práticas discriminatórias que possam obstaculizar os trabalhadores em alcançar e conservar seus empregos:

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

- I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;
 - a) indução ou instigamento à esterilização genética;
 - b) promoção do controle de natalidade, assim não considerando o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Observa-se que a lei tem o propósito de proteger, sobretudo, as mulheres.

Dada a grande importância do trabalho, a Constituição Federal deu-lhe a devida atenção no Art. 1º, ao destacar que a República Federativa do Brasil se fundamenta nos valores sociais do trabalho, livre iniciativa. Uma vez que afirma que a ordem econômica se fundamenta na valorização do trabalho.

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: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Na esfera internacional, o princípio da não discriminação vem previsto em inúmeras normas, declarações, tratados, convenções etc., e, já em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, referido princípio vinha assegurado.

Neste sentido, depreende-se de seu Art. 1º Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Em seguida, o Art. 2º da referida Declaração Universal está previsto que:

Art. 2º - Toda pessoa 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.

A Conferência de Paz aprovou o Tratado de Versalhes, em que a Parte XIII dispôs sobre a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo essa composta por três órgãos: a Conferência ou Assembléia Geral, o Conselho de Administração e a Repartição Internacional do Trabalho.

As conferências realizadas com a participação das delegações de tais Estados, que por sua vez são compostas de membros de três segmentos sociais (do governo, dos empregados e dos empregadores), com o objetivo de criar normas básicas que regem a política social que devem ser observadas na OIT. Foi na conferência que foram elaboradas convenções e recomendações.

Estas recomendações constituem orientações para os Estados membros e constituem os objetivos a alcançar. Estas convenções destinam-se a estabelecer normas obrigatórias para os Estados membros que as possam ratificar.

Arnaldo Sussekind afirma que a OIT:

(...) é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais de entidade e das convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas como uma das suas agências especializadas. (SUSSEKIND, p.122).

É evidente que a intenção OIT, é formar um direito comum da humanidade, ou seja, que em todo o mundo, ou ao menos nos países que ratificam suas convenções, haja um consenso, uma relação de emprego humanizada e justa. Possui competência para tratar de questões que visem à justiça social.

Conforme já mencionado anteriormente o Art. 4º da Convenção 158 da OIT, merece destaque ao dispor que não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Portanto, a justificação do término da relação de emprego, cabendo ao empregador fundamentar a despedida do empregado com base em motivo subjetivo, isto é, disciplinar ou objetivo, assim considerado o de ordem econômica, tecnológica, estrutural ou análoga.

Nesse aspecto, três hipóteses diferenciadas no que tange à possibilidade de término da relação de emprego:

- a) o término por motivo relacionado ao comportamento do empregado (o que, no caso do nosso ordenamento, equivale à “justa causa”);
- b) a ruptura por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos a serem previstos na regulamentação da Convenção;
- c) o término sem justificativa, sem atender aos quesitos anteriores e que, portanto, levariam à readmissão do empregado ou ao pagamento de indenização adequada ou reparação que se considerar apropriada.

Já a Convenção nº 111, aprovada pela OIT, em 1958, ratificada pelo Brasil em 25/11/1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19/01/1968, tem inúmeras disposições em matéria de emprego e profissão.

Posto isto, tendo como escopo promover a igualdade de oportunidades e de tratamento, com o fim de eliminar qualquer discriminação, seja qual for a raça, credo, religião, cor, opinião política, ascendência nacional, origem social ou qualquer outro motivo especificado por um Estado.

De forma a garantir acesso à formação profissional, admissão no emprego e nas diversas ocupações e condições de trabalho, e assim conceitua discriminação:

“Para os fins da presente Convenção, o termo “discriminação” compreende;
a) 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; b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificado pelo Estado-membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando existam, e outros organismos adequados. (2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação. (3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.”

Pode-se definir que a Convenção nº 111 demonstra grande preocupação no que diz respeito a discriminação, não ficando limitada na remuneração, por esse motivo é vista como grande ferramenta de combate à discriminação independente do contexto sociocultural do país.

7.1. Efeitos imediatos da dispensa discriminatória

Embora não demonstre grande importância de imediato, um dos principais pontos a serem abordados com o efeito da dispensa discriminatória é o aumento da **desmotivação entre os trabalhadores**, uma vez que o ato injusto demonstra que empresa não é solidária e tão pouco se importa com a saúde e bem-estar de seus colaboradores.

O impacto emocional é inevitável diante da premissa de que o colaborador deixou de ser um recurso valioso para empresa e por esse motivo fora dispensado, o que pode acarretar aos colegas de trabalho a impressão negativa acerca dos princípios éticos da empresa.

Assim sendo, além da questão emocional enfrentada pelo trabalhador dispensado de maneira discriminatória, que já lida com o estigma social em decorrência dessa demissão, essa forma de término do contrato de trabalho pode gerar um ambiente laboral instável.

A impressão duvidosa sobre a conduta da empresa frente ao empregado dispensado injustamente não se restringe apenas aos colegas de trabalho, estando a empresa ainda sujeita a críticas da sociedade de maneira geral, o que acarreta à mesma uma imagem ruim no mercado.

No âmbito jurídico a Lei nº 9.029/1995 que assim como a CLT e a Carta Magna ampara pela não discriminação, prevê que:

Art. 3º Sem prejuízo do prescrito no art. 2º desta Lei e nos dispositivos legais que tipificam os crimes resultantes de preconceito de etnia, raça, cor ou deficiência, as infrações ao disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

- I - **multa administrativa** de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;
- II - **proibição de obter empréstimo ou financiamento** junto a instituições financeiras oficiais.

Resumindo, este dispositivo traz possibilidades que não se confundem com o direito do trabalhador de ingressar com uma reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho, nesse estamos diante de medidas administrativas, que tem o intuito de através punições de natureza econômica: multas e proibição de empréstimos e financiamentos, a diminuição da prática discriminatória no ambiente laboral.

Tal previsão parte da interpretação a qual a dispensa discriminatória está diretamente relacionada com o preconceito. Contudo cabe destacar que a procedência ou improcedência são analisadas na individualidade de cada caso, considerando que as decisões nesse sentido não são unânimes.

Segundo estabelece o autor Nehemias Melo, com o qual esta pesquisa segue a mesmo pensamento:

(...) é direito do empregador demitir qualquer funcionário sem justa causa, desde que lhe pague todos os direitos indenitários. O que é inadmissível é demitir-se tão-somente porque aquela pessoa está acometida de uma determinada doença – isto é discriminação. (MELO, 2007, p.130)

Conforme o expressado pelo autor, o empregador pode dispensar o empregado a qualquer momento sem justa causa, desde que pague todas as verbas trabalhistas desta rescisão. O que não se admite é a dispensa em razão da doença.

8. CONSIDERAÇÕES

Conforme o estudo evidenciado nesta pesquisa, a ideia da não discriminação foi erigida a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil na atual Constituição Federal o princípio da não discriminação, faz-se presente em todo o ordenamento pátrio.

Assim, encontra-se exposto tanto no tecido Constitucional, como nos inúmeros tratados e convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, e, ainda, em leis ordinárias.

Isso demonstra que vivemos em uma sociedade democrática, na qual se destacam as ideias da igualdade real, da dignidade da pessoa humana e o repúdio a qualquer forma de discriminação, que acabam por impedir o progresso social e humanitário.

Pelo compromisso assumido na Constituição Federal de 1988, assim como em normas internacionais, o Brasil tem como dever combater e eliminar toda e qualquer forma de discriminação, tanto no campo do direito material como no do direito processual.

Não obstante, nota-se que as vítimas de discriminação enfrentam dificuldades para provar suas alegações nos processos judiciais, dificuldades essas que podem, se revelar como um obstáculo significativo para obtenção de um resultado justo.

Neste contexto, com vistas a tutelar o combate antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro, bem como com o objetivo de promover maior eficácia aos princípios e direitos fundamentais, a Lei nº 9.029/95 inova ao assegurar o direito à reintegração do discriminado no trabalho, inversão do ônus da prova.

Destaca-se, além dos devidos direitos pecuniários, tais como o recebimento em dobro da remuneração do tempo afastado e em alguns caso até mesmo caberá danos morais. Tal diploma legal se aplica às hipóteses de discriminação do portador de doença grave se suscite preconceito e estigma no ambiente de trabalho.

Outrossim, a Súmula nº 443 do TST representa uma maior proteção desses empregados que se encontram fragilizados e sujeitos a discriminação nas relações de trabalho, frente à conduta discriminatória do empregador.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário a conscientização acerca da dispensa discriminatória, de maneira a evitar o estereótipo empregado ao portador de doenças graves, de forma especial acerca do câncer, o qual é o principal interesse desta pesquisa.

Pelo presente estudo foi observado que, tanto nas legislações no âmbito internacional quanto nacional, o objetivo é erradicar toda a forma de discriminação, com objetivo de promover a igualdade material entre as pessoas.

No contexto laboral a discriminação pode ocorrer na contratação, na dispensa do empregado ou na relação de emprego, entretanto a presente trabalho estudou de maneira específica a discriminação no momento da dispensa do empregado.

Em suma, esta pesquisa tem como principal objetivo trazer grandes benefícios para a discussão do tema, com o aumento cada vez mais significativo dos números de pessoas acometidas pelo câncer, o que consequentemente aumenta o número de trabalhadores em situação de vulnerabilidade e suscetíveis a dispensa discriminatória.

Promover o debate/pesquisa acerca do tema faz com que as medidas de proteção dos trabalhadores sejam adotadas na prática, além fazer com que a causa,

cada vez mais ganhe visibilidade, para que assim possa haver a implementação e desenvolvimento de maiores medidas de proteção das garantias dos trabalhadores que sofrem com a discriminação, estigma e preconceito.

De acordo com os dados, o número de pessoas com neoplasia maligna no Brasil tende a aumentar, com isso, ao empregador e às empresas cabe o dever de estarem dispostos para que um dia eventualmente ter em seu quadro colaboradores portador de câncer.

Contudo, não há pretensão de esgotar o tema, é necessário seguir e fomentar a discussão quanto às consequências da dispensa arbitrária ou discriminatória no meio jurídico.

Para finalizar, se faz necessário lembrar que no ambiente de trabalho, assim como em qualquer outro, a igualdade e o respeito devem prevalecer, não sendo aceitável que qualquer indivíduo seja constrangido ou diminuído em pelo preconceito e falta de empatia de pessoas desinformadas!

REFERÊNCIAS

AGENCIABRASIL, Disponível em:

<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-10/fundacao-laco-rosa-busca-empregabilidade-da-paciente-com-cancer>.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 769.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Ministério da Saúde. Câncer**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/cancer>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (TRT)**. Recurso ordinário (RO). 0011009-30.2022.5.03.0017 Disponibilização: 21/09/2023; Órgão Julgador: Décima Turma; Relator(a)/Redator(a) Taisa Maria M. de Lima.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (TRT)**. Recurso ordinário (RO). 413200404602002 SP 00413-2004-046-02-00-2, Relator: SILVIA ALMEIDA PRADO, Data de Julgamento: 20/04/2010, 8ª TURMA, Data de Publicação: 26/04/2010.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) 20763-56.2018.5.04.0001, 8ª Turma, Relator Ministro Sérgio Pinto Martins, DEJT 26/06/2023.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. RR – 119500-97.2002.5.09.0007 - 1ª T Ministro Lelio Bentes Corrêa. DJU 23/03/2012.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho (TST)**. Embargos de declaração em recurso de revista (EDRR). 21141-85.2019.5.04.0030, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 16/06/2023.

BULOS, Uadi Lammego. **Curso de Direito Constitucional**. 7a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLT, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev.ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 923.

FONSECA, Paolla Santana Coelho. **A dispensa discriminatória do empregado acometido de doença grave a luz do direito brasileiro: análise da Súmula nº 443 do Tribunal Superior do Trabalho**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2016. p.27.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Instituto Nacional de Câncer - INCA. disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/assuntos/cancer/tratamento/quimioterapia>

JORNAL DA FRANCA, **mercado de trabalho portas se fecham a pacientes de câncer**. 2020 Disponível em: <https://www.jornaldafranca.com.br/mercado-de-trabalho-portas-se-fecham-a-pacientes-de-cancer/>

JORNAL ESTADÃO. **ex pacientes relatam a dificuldade e discriminação no mercado de trabalho**. 2020. Disponível em:

<https://www.estadao.com.br/saude/ex-pacientes-de-cancer-relatam-dificuldades-e-discriminacao-na-volta-ao-trabalho/>

JORNAL ESTADO DE MINAS, **portas se fecham para pacientes de câncer**. 2020. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2020/08/02/interna_nacional,1172326/portas-se-fecham-a-pacientes-de-cancer.shtml

Leite, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho** / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022.

LOPES, Maria Carla Baeta Vieira. **Vedação à dispensa discriminatória: análise da Súmula 443 do TST**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3436, 27 nov, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/23113>.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo. Saraiva, 2023.

MELO, Nehemias Domingues. **Dano Moral Trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. **O princípio da não-discriminação e sua aplicação às relações de trabalho**. In: Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1176, 20 set. 2006. Disponível em: . Acesso em: 22 fev. 2014

ONCOGUIA. **câncer e trabalho hora de parar e retornar**. 2015. Disponível em: <http://www.oncoguia.org.br/conteudo/materia-cancer-e-trabalho-hora-de-parar-e-retornar/3629/8/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 111 da OIT. Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 jan. 2021.

Organização Internacional do Trabalho. disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/lang--es/index.htm>

PANCOTT, José. **Apostila de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: Unisaesiano, 2016.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. **A súmula nº 443 do TST e a reintegração do empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave**. Rev. TST, Brasília, vol. 79, nº 3, jul/set 2013.

Resumo de direito do trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

REVISTA VOCÊRH, **o câncer e o trabalho como as empresas tratam quem tem a doença**. 2021. Disponível em: <https://vocerh.abril.com.br/politicaspraticas/o-cancer-e-o-trabalho-como-as-empresas-tratam-que-tem-a-doenca>.

SANTOS, Denise Oliveira dos. **A Discriminação ao Portador de Doença Crônica no Mercado de Trabalho**, 2012.

SUSSEKIND, Amaldo, **Direito Internacional do Trabalho**, 3ª edição atualizada e com novos textos, LII, São Paulo, página 122.

TST - **Tribunal Superior do Trabalho** - TST. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/>

VENOSA, Silvio de Salvo - Direito Civil – **Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**, Ed. Atlas, 2004.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. **Noções de direito do trabalho: um enfoque constitucional. Edição ampliada e revisada**. Passo Fundo: UPF, 2007.

Villaverde, Larissa Greco, **A Nulidade da Dispensa Discriminatória do Empregado Portador de HIV**. / Larissa Greco Villaverde. – 2013

WAGNER, Jorge da Silva. **Ônus da prova e a dispensa discriminatória**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2017.