

A NULIDADE DA DEMISSÃO DO TRABALHADOR ADOENTADO

Xisto Tiago de Medeiros Neto
Professor da UFRN e da Escola Superior
do Ministério Público da União
Mestre e Especialista em Direito Público

RESUMO

A Constituição brasileira confere especial tutela ao direito do trabalhador à saúde, pela sua reconhecida fundamentalidade e, assim, inerência ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, a violação ao direito à saúde, configurada pelo adoecimento do empregado em razão das condições de trabalho existentes, gera conseqüências jurídicas efetivas no plano contratual. O sistema jurídico, com efeito, consagra limitações ao poder potestativo do empregador de rescindir o contrato laboral, vedando a dispensa de natureza abusiva e/ou discriminatória, como é exemplo a despedida arbitrária de empregado adoentado. É nula, pois, a rescisão do contrato, se demonstrado que o trabalhador apresentava sintomas ou seqüelas de doença, e tal circunstância foi omitida no exame médico demissional. E, evidenciado o teor abusivo e discriminatório da demissão, enseja-se o direito do trabalhador de ser reintegrado no emprego, entendimento hoje consagrado pelo magistério doutrinário e também pela jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Trabalhistas.

Palavras-chave: Trabalhador adoentado. Demissão. Nulidade e efeitos.

1 INTRODUÇÃO

Em recente decisão proferida no Recurso Ordinário n.º 00819-2007-006-21-00-5, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Norte determinou a reintegração ao emprego de trabalhadora que, ao ser demitida pela empresa, era portadora de doença profissional, situação que foi devidamente atestada por laudo pericial.¹

Reconheceu-se, assim, de forma acertada e em louvável interpretação jurídica, a nulidade da demissão da *empregada adoentada*, uma vez que, mesmo não estando em gozo de benefício previdenciário, evidenciavam-se os sintomas típicos de doença contraída em razão da própria atividade laboral, circunstância omitida pelo exame demissional obrigatório, de responsabilidade do empregador.

É sobre esta questão que se debruça o presente estudo.

2 O DIREITO DO TRABALHADOR À SAÚDE

A análise da questão há de se fundar na premissa de que o *direito à saúde* do trabalhador é de natureza fundamental, integrando a esfera de proteção inerente à sua dignidade como pessoa humana, conforme se lê dos artigos 6º e 7º da Constituição da República, a destacar, pois, a tutela especial que lhe é assegurada pelo ordenamento jurídico (art. 1º, III; art. 5º, *caput*, e art. 7º, XXII, 200 e 225 da CF; arts. 154 e seguintes da CLT).

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde do trabalhador implica, assim, em sérias conseqüências jurídicas no âmbito das relações laborais, diante da primazia que se impõe conferir à sua proteção, em razão de se conjugar com o respeito exigido à dignidade humana, como condição inerente à preservação da própria vida.

Com efeito, é *dever constitucional* do empregador, por um ângulo, abster-se de praticar qualquer conduta lesiva à saúde física ou psíquica do trabalhador, e, por outro, adotar todas as medidas necessárias à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, em conformidade com as normas aplicáveis e tendo em vista as condições efetivas em que o labor é realizado.

É nessa linha que o art. 157 da CLT dispõe de forma explícita e contundente que cabe às empresas:

- I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho;
- II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;
- III – adotar das medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

¹ Acórdão n.º 71.761, Juíza Relatora Joseane Dantas dos Santos, publicado no Diário Oficial do Estado em 05.03.2008.



IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Conseqüência disso, a *violação* ao direito fundamental à saúde, configurada pelo adoecimento do trabalhador, motivado pelas condições de trabalho existentes na empresa, gera conseqüências efetivas, não apenas no campo da responsabilização pela reparação dos danos sofridos (morais e/ou materiais), mas também com relação aos *efeitos* incidentes sobre a própria relação jurídico-laboral, no sentido da sua *manutenção e continuidade*, aspecto este a ser especialmente enfatizado neste estudo.

3 A OBRIGATORIEDADE DO EXAME MÉDICO DEMISSIONAL E A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

Tem-se observado, que, não raro, no momento da rescisão contratual, o trabalhador encontra-se acometido por *enfermidade adquirida no exercício do labor*, em níveis variados de sintomatologia e seqüelas, em função das condições impróprias, inadequadas ou prejudiciais a que se submeteu, e esse quadro é simplesmente ignorado ou encoberto pela empresa.

Tal situação, a expressar a negligência do empregador, não poderia ser olvidada ou desprezada, em face mesmo da visibilidade e conseqüências da manifestação da doença. Não se pode ignorar que, ao adoecer, o trabalhador geralmente se afasta das atividades por períodos curtos ou longos, realiza consultas médicas e exames clínicos, submete-se a tratamento com medicamentos e goza de benefícios previdenciários, além de, quando é o caso, cumpre rotina de reabilitação profissional e de mudança e/ou adaptação em outra função. E todos estes eventos são de obrigatoriedade anotada pela empresa.

Assim, os *registros funcionais* dos trabalhadores, que as empresas devem manter porque constituem obrigação legal – mesmo que se mostrem incompletos ou manipulados, segundo se verifica em alguns casos –, prestam-se a retratar as ocorrências principais relativas à saúde do trabalhador, de maneira a autorizar a conclusão de que, sempre que a empresa decidir pela rescisão do contrato, o *exame médico demissional* do empregado deve necessariamente considerar o *histórico* correspondente à sua condição e estado de saúde, com o objetivo de ser registrada, por óbvio, naquele momento de pré-desenlace contratual, a *existência* ou, mais especialmente, a *persistência de qualquer doença ou enfermidade relacionada ao trabalho*.

Esse fato, de indiscutível relevância, gerará conseqüências jurídicas diretas e graves para a definição da possibilidade de ocorrência do término do contrato, seja diante da observação de existência, em nosso sistema, de vedação para a concretização da dispensa (se evidenciado, anteriormente ou no momento próprio, o quadro de comprometimento e seqüelas à saúde do trabalhador), seja à vista da possibilidade do reconhecimento da nulidade do ato rescisório, com a determinação de se reintegrar o trabalhador no emprego (se comprovada posteriormente a preexistência de doença e, assim, a omissão inescusável do exame médico em informá-la).

Nesse passo, faz-se importante invocar a disposição do art. 168, II, e § 1º, da CLT, que impõe o dever de a empresa realizar, por sua responsabilidade, exame médico no ato da demissão:



Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I – na admissão;

II – na demissão;

III – periodicamente.

§ 1º. O Ministério do Trabalho baixará instruções relativas aos casos em que serão exigíveis exames:

a) *por ocasião da demissão*;

b) complementares. [grifos acrescidos]

Em complemento, tem-se a Norma Regulamentadora (NR) n.º 07 do Ministério do Trabalho e Emprego, que versa sobre Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – PCMSO, estabelecendo as regras de obrigatório atendimento pelo empregador, no que pertine especificamente à realização de exames médicos, dentre as quais merecem destaque as seguintes:

7.4.1. O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos:

a) admissional;

b) periódico;

c) de retorno ao trabalho;

d) de mudança de função;

e) *demissional*.

7.4.2. Os exames de que trata o item 7.4.1 compreendem:

a) avaliação clínica, abrangendo anamnese ocupacional e exame físico e mental;

b) exames complementares, realizados de acordo com os termos específicos previstos nesta Norma Regulamentadoras e seus anexos.

7.4.3.5. O exame médico demissional será obrigatoriamente realizado até a *data da homologação, desde que o último exame médico ocupacional tenha sido realizado há mais de:*

- 135 dias para as empresas de grau de risco 1 e 2, segundo o Quadro I da NR 4;

- 90 dias para as empresas de grau de risco 3 e 4, segundo o Quadro I da NR 4.

7.4.4. Para cada exame médico realizado, previsto no item 7.4.1, o médico emitirá o Atestado de Saúde Ocupacional – ASO, em 2 (duas) vias.

7.4.4.1. A primeira via do ASO ficará arquivada no local de trabalho do trabalhador, inclusive frente de trabalho ou canteiro de obras, à disposição da fiscalização do trabalho.

7.4.4.2. A segunda via do ASO será obrigatoriamente entregue ao trabalhador, mediante recibo na primeira via.

7.4.4.3. O ASO deverá conter no mínimo:

a) nome completo do trabalhador, o número de registro de sua identidade e sua função;



- b) os riscos ocupacionais específicos existentes, ou a ausência deles, na atividade do empregado, conforme instruções técnicas expedidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho – SSST;
 - c) *indicação dos procedimentos médicos a que foi submetido o trabalhador, incluindo os exames complementares e a data em que foram realizados;*
 - d) o nome do médico coordenador, quando houver, com respectivo CRM;
 - e) *definição de apto ou inapto para a função específica que o trabalhador vai exercer, exerce ou exerceu;*
 - f) nome do médico encarregado do exame e endereço ou forma de contato;
 - g) data e assinatura do médico encarregado do exame e carimbo contendo seu número de inscrição no Conselho Regional de Medicina.
- 7.4.5. *Os dados obtidos nos exames médicos, incluindo avaliação clínica e exames complementares, as conclusões e as medidas aplicadas deverão ser registrados em prontuário clínico individual, que ficará sob a responsabilidade do médico-coordenador do PCMSO. [grifos acrescidos]*

Observa-se, então, que se exige do *exame médico demissional*, de responsabilidade da empresa, como condição *sine qua non* para a concretização da rescisão do contrato, a obediência estrita às diretrizes fixadas pelas disposições transcritas, com o objetivo de detectar e indicar a *presença ou a persistência de doença*, física ou mental (e os respectivos sintomas, efeitos ou seqüelas existentes), apresentada pelo trabalhador no momento da ruptura do vínculo pela empresa.

Certo é que, à vista da imposição normativa pertinente ao modo e às especificações a serem atendidas na realização do exame demissional, configura-se, por conseguinte, a *responsabilidade do empregador*, diante de eventual *omissão, manipulação, falsidade ou qualquer outro vício* verificado no procedimento médico, que constitui, como ressaltado, requisito imprescindível para autorizar e legitimar a rescisão contratual sem justa causa, por iniciativa da empresa.

Tenha-se presente, ainda, que a emissão, pelo médico responsável pela realização do exame demissional, de Atestado de Saúde Ocupacional contendo *informações inverídicas ou distorcidas* quanto ao estado de saúde do trabalhador, é conduta tipificada no Código Penal brasileiro como crime de *Falsidade de atestado médico*, segundo se inscreve no art. 302 daquele Estatuto.

Portanto, o *exame médico demissional* e a correspondente expedição de *atestado de saúde ocupacional* não podem ser concebidos como procedimentos meramente formais para atendimento à exigência normativa, sob pena de se transformarem numa farsa, com o fim de apenas suprir requisito documental sujeito a fiscalização futura por parte do órgão que detém esta atribuição (a atual Superintendência Regional do Trabalho, nova denominação atribuída à Delegacia Regional do Trabalho).

E o médico, não obstante empregado da empresa ou contratado como



autônomo, não pode se sujeitar a assumir o papel escuso de profissional “a serviço dos interesses” do empregador ou contratante, como ocorre quando não realiza devidamente exame demissional no trabalhador ou expede atestado de saúde não condizente com a verdade, para favorecimento indevido de quem lhe remunera. Se assim o fizer, certamente que não estará imunizado pela alegação do dever de obediência e subordinação contratual, mas sujeitar-se-á a responder por prática criminosa e antiética.

4 LIMITAÇÃO AO PODER POTESTATIVO DO EMPREGADOR DE DESPEDIR O EMPREGADO

É de se reconhecer, com ênfase, que o sistema jurídico laboral vigente em nosso país, fundando-se em regras e princípios de proteção de estatura constitucional, impede a dispensa arbitrária de *trabalhador adoentado*.

Nesse passo, vê-se que o direito potestativo do empregador de despedir o trabalhador, sem motivação, não é absoluto, à luz do princípio constitucional de proteção estampado no *art. 7º* da Constituição da República, do qual se irradia, inclusive, o princípio específico da *continuidade da relação de emprego*, a legitimar e orientar: (a) a interpretação favorável à sua aplicação no caso concreto e (b) a previsão legal de situações jurídicas garantidoras da *manutenção* do vínculo laboral, a exemplo das hipóteses de *estabilidade e garantia provisória* do emprego, e do *restabelecimento* do contrato, nos casos de *dispensa abusiva ou discriminatória*.

Assim, qualquer rescisão contratual que se valha, em sua efetivação, de *meios ilegítimos*, ou que sinalize para uma *direção abusiva ou discriminatória*, padecerá de nulidade, com a incidência dos efeitos previstos no ordenamento jurídico pátrio, como é exemplo a *reintegração do trabalhador*, ou, se inviável essa situação, a concessão de indenização compensatória (Lei n.º 9.029/95, art. 4º).

Em outro ângulo, é igualmente fundamental pontuar que o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho imotivadamente sofre mitigação em face da vinculação do empregador aos limites impostos pela *eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais*, que se põem como contenção ao proceder patronal, por força do respeito que se lhe impõe às esferas de proteção à dignidade da pessoa humana, especialmente nos lindes de um contrato laboral.

Quer-se dizer que qualquer conduta do empregador, no âmbito da relação jurídico-laboral, há de guardar respeito e consideração aos direitos fundamentais do trabalhador, de latitude constitucional, os quais, na condição de normas de reconhecido *status superior* no ordenamento jurídico, espriam-se e assentam-se como manto protetivo para a parte hipossuficiente, constituindo fator limitante e relativizador da autonomia da vontade do empregador.

Daí porque se afirma que a omissão inescusável em se atestar a *enfermidade do trabalhador*, no momento da rescisão, por meio do exame médico, e a conseqüente iniciativa da empresa de romper o vínculo laboral, resulta em violação a *direitos fundamentais do trabalhador*, com evidentes prejuízos, seja em relação à possibilidade de recebimento adequado de assistência e de tratamento de saúde, seja quanto ao gozo de benefícios previdenciários, seja mesmo no que tange à própria sobrevivência,



considerada a perpetuação da enfermidade e a desproteção decorrente da perda do emprego. A rescisão concretizada nestas circunstâncias enquadra-se, por conseguinte, como conduta irregular *obstativa de direitos* em relação ao empregado.

Sobre esse tema, que se projeta, na atualidade, como um dos mais relevantes no campo do direito constitucional, é obrigatória a invocação de recente decisão do Supremo Tribunal Federal², ao expressar que, nas relações privadas, os *direitos fundamentais* constituem obstáculo à liberdade de ação, não se admitindo o desrespeito a eles e a decorrente causação de prejuízo à parte vítima da conduta adotada. Do acórdão, extraem-se os seguintes trechos, de maior interesse para o presente estudo:

I – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II – [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza [*relações entre particulares*] tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbra os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade dos indivíduos – torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isso ocorre em decorrência da atuação de um poder privado ou público.

É por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem jurídica – não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares,

² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 201.819-8/RJ. T2. rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 27/10/2006.



no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema jurídico nacional estabelece restrições à autonomia da vontade do empregador diante de casos em que a sua conduta caracteriza-se pela nota da abusividade ou discriminação, a refletir, sob essa lente de visão, ameaça ou desrespeito a direitos fundamentais reconhecidos ao trabalhador, os quais integram as esferas de alcance da sua dignidade, como são exemplos maiores os direitos à saúde, à previdência e à assistência.

5 NULIDADE DA DISPENSA DO TRABALHADOR ADOENTADO: CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA ABUSIVA E DISCRIMINATÓRIA

À toda evidência, deve-se considerar *nula* a rescisão do contrato laboral na hipótese de se verificar que foi baseada em *exame médico* cujo conteúdo exposto no respectivo atestado de saúde era inverídico, por registrar a "*aptidão*" físico-psíquica do trabalhador, quando, na realidade, havia a presença de *sintomas de doença relacionada ao trabalho*.

O quadro exposto retrata *vício insanável* na rescisão contratual, de molde a ensejar a *declaração da nulidade* do respectivo ato, e, por efeito, a possibilidade de retorno do trabalhador ao *status quo ante*, ou seja, à condição de empregado, mediante a necessária reintegração.

Anote-se que, tivesse a empresa atestado a existência ou a continuidade da doença apresentada pelo trabalhador, estaria *vedada* a possibilidade de demissão, dado que o ordenamento jurídico não admite tal iniciativa, nesta hipótese de detecção de enfermidade, diante da inequívoca proteção exigida ao direito fundamental à saúde do empregado, naquele momento vulnerável e exposto à condição de desfavorabilidade.

Dessa maneira, evidenciando-se que a existência de doença acometendo o trabalhador representa *fato impeditivo* do poder potestativo do empregador de rescindir o contrato de trabalho, tem-se que a *dispensa* realizada nestas circunstâncias reflete a *abusividade* no exercício do próprio ato e estampa o teor *discriminatório* em face do empregado dispensado, em razão de encontrar-se adoentado.

E assim se proclama, uma vez que a realidade tem confirmado, tristemente, que o trabalhador vítima de problemas de saúde, por não poder atender às exigências impostas pelo empregador – principalmente no tocante à produtividade –, ingressa no rol dos "*descartáveis*", daí decorrendo, no mais das vezes, a decisão de sua dispensa, respaldada na *omissão do exame médico demissional* a respeito da enfermidade ou dos seus sintomas, e, assim, concretizando-se a violação e o prejuízo direto à vida e à saúde do empregado.

Não se ignore a crueza dos fatos: trabalhador adoentado no serviço tem-se transformado em *peça rejeitada*. E o termo que se presta a traduzir esta condição é: *trabalhador descartável*. Um ser humano tratado como um produto ou material que, utilizado à exaustão – e, por isso, considerado já sem condições de uso intenso –, em seguida, é rejeitado e condenado à inutilidade.



O sistema jurídico, nesse contexto, tem de apresentar respostas vivas, coerentes e eficazes, de maneira a impedir que o direito da empresa de rescindir o contrato constitua meio velado de discriminação do trabalhador vítima de *doença* provocada pelas condições de trabalho impostas, e que lhe gerou a redução ou mesmo a exclusão, nos casos mais graves, da capacidade produtiva e da possibilidade de exercer atividades laborais.

No rumo apontado por tal diretriz, é importante destacar a disposição do art. 118 da Lei nº 8.213/91, que, ao tratar dos benefícios de natureza previdenciária, introduz garantia de preservação do contrato do empregado que sofreu acidente do trabalho. Assim estatui a referida norma:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

É por tudo isso que, no universo da Justiça do Trabalho, tem-se observado a evolução firme e positiva da interpretação congruente com a tutela ao direito à saúde do trabalhador, a exemplo do que estampam os seguintes acórdãos:

A despedida é obstativa, depois que manifestada a doença no organismo da empregada, pois a impede de usufruir dos benefícios previdenciários. Inteligência do art. 476 da CLT. (...) Assim, é arbitrária a despedida do empregado enfermo que vê frustrado com esse ato o seu direito protegido por lei³.

ATO DISCRIMINATÓRIO. LEI Nº 9.029/95. READMISSÃO. Constitui-se, sem dúvida, ato discriminatório, a dispensa imotivada de empregado apenas porque esteja sofrendo problemas de saúde (cisticirrose), uma vez que a Lei nº 9.029/95 protege todos os empregados, sem distinção, de práticas discriminatórias limitativas do acesso à relação de emprego, ou à sua manutenção. A norma legal deve ser interpretada no contexto protetivo ao hipossuficiente, princípio que dá suporte e é a própria razão do Direito do Trabalho. Verificada a prática discriminatória, impõe-se na espécie, conforme pedido, a readmissão do empregado com o ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais (art. 4º, inc. I, da Lei nº 9.029, de 13.04.95)⁴.

Reafirma-se, então, que a conduta irregular da empresa, quando emite, por

³ TRT 2ª R-7ª T., RO 02.960.145.695, Rel Braz José Molica, DJ 28/03/1996

⁴ TRT 9ª R - RO 562/97, 2ªT, Ac. 28.527/97, Rel Juiz Arnor Lima Neto, DJ-PR 24.10.97



meio do médico contratado, atestado de saúde inverídico de *aptidão do empregado* – documento obrigatório para se proceder à rescisão contratual (art. 168, II, da CLT; itens 7.4.1 e segs. da NR 07) –, não apenas desborda das fronteiras da licitude, mas igualmente da boa-fé, da equidade e da razoabilidade exigida no exercício de qualquer direito. Por isso, a prática dessa conduta, atrelada à conseqüente dispensa injusta do trabalhador, resulta no enquadramento do ato como *abusivo e discriminatório*, revelando, em todas as cores, a sua *nulidade*.

Atento à ocorrência desses casos, o Juiz do Trabalho Leonardo Vieira Wandelli (2004, p. 397-398) assim expõe, em obra de referência sobre a matéria:

Há, porém, situações, em que o preconceito não está na inadequada avaliação da relação lógica entre uma característica da pessoa e a finalidade pretendida. Ele se expressa na desvalor à pessoa humana e na desconsideração do valor social do trabalho que, baseando-se na característica de fato existente, se pretende levar a efeito.

É o que ocorre, por exemplo, na despedida discriminatória por motivo de doença do empregado, ainda que não esteja suspenso o contrato em razão de incapacidade laborativa e mesmo que não se trate de doença decorrente do trabalho.

Trata-se de casos em que a doença, embora não seja, num dado momento, de todo incapacitante para o trabalho, produz de fato uma série de limitações, exige o afastamento de determinadas tarefas, há o risco do agravamento do quadro de saúde, além de, quando a doença tem ligação com o trabalho, chamar a atenção, no ambiente da empresa, para os riscos do trabalho e para a necessidade de integral cumprimento das normas de qualidade de vida do trabalhador.

Nessas condições, isso poderá efetivamente afetar a produtividade ou o custo da produção. *Todavia, em que pese a legitimidade do interesse do empregador em obter maior produtividade e menor custo, que poderiam ser afetados, é ilegítimo, também do ponto de vista constitucional, que pretenda fazê-lo mediante a instrumentalização negadora da dignidade da pessoa do empregado e em violação de suas obrigações para com a valorização do trabalho humano e a justiça social* (art. 170, caput, da CF).

Não obstante, são recorrentes os casos em que o empregador, em função da debilitação da saúde do empregado, aproveita o momento para discriminá-lo como pessoa de menor valor – e aí o preconceito –, despedindo-o. Na verdade, está negando sua igual dignidade como pessoa por considerá-la apenas um instrumento produtivo, mera força de trabalho. [grifos acrescidos]

Frise-se que o *abuso de direito* está previsto no novo Código Civil, em seu artigo 187, ao prescrever que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico



ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Tome-se, no ponto, a lição autorizada do magistrado Sérgio Torres Teixeira (1998, p. 161-162, 164, 304, 307), para quem

A despedida abusiva corresponde a um ato unilateral do empregador, pelo qual este resile o contrato individual de trabalho por motivo não apenas arbitrário, mas essencialmente anti-social, caracterizando o abuso de direito. [...] A dispensa abusiva, pois, vai além da despedida arbitrária, por caracterizar o exercício irregular de um direito previsto em lei, de forma a contrariar a sua finalidade social, e que, em virtude dos efeitos nocivos causados pelos respectivo excesso, enseja a anulação do ato resilitório.

Diz mais, em complemento:

O direito de despedir, mesmo sendo um legítimo direito do empregador, somente mantém tal *status* no plano empírico quando legitimamente exercido. Direito potestativo não equivale a direito absoluto. Mesmo o direito como o de despedir, cuja prática pelo empregador independe da vontade do empregado, exige, para o seu válido exercício, a observância das diretrizes estabelecidas pelo ordenamento jurídico, de acordo com a sua função social, sob pena de ser enquadrado como abuso de direito. [...]

Aplicado o direito de forma irregular e de modo anti-social, a anormalidade do seu exercício torna ilícito um direito originalmente legítimo. Apesar de lícito no seu estado abstrato, o direito se tornou viciado durante o processo de sua concretização, ao contrariar interesses superiores que devem guiar o seu exercício. [...]

Exercido o direito de despedir de forma anti-social, de modo contrário à sua finalidade, configura-se o abuso de direito pelo empregador, e, conseqüentemente, surge a chamada dispensa abusiva. [...]

Dispensa abusiva, portanto, constitui despedida anulável. Exercido o direito de despedir de forma abusiva, em violação a princípios de observação obrigatória, o ato resilitório se torna suscetível de anulação.

Registre-se também, pela sua relevância no âmbito do sistema constitucional, a disposição do art. 3º, IV, da Carta Magna, ao fixar como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”, e, também, do art. 5º, *caput*, contudente ao prever que “todos são iguais perante a lei, *sem distinção de qualquer natureza*”, e, do seu inciso XLI, prescrevendo que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”. Veja-se, outrossim, o teor do art. 7º, XXXI, na mesma linha, a especificar a proibição “de



qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Merece destaque, igualmente, a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, da qual é o Brasil signatário, incorporada ao direito doméstico, por meio do Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.1964, sendo ratificada em 26.11.1965, promulgada pelo Decreto n.º 2.150, de 19.01.1968, e vigente desde 26.11.1966. Trata-se do principal instrumento normativo internacional que versa sobre o tema da discriminação no trabalho, inserido devidamente em nosso sistema jurídico, estando pleno vigor. Do seu artigo 1º, colhe-se a seguinte disposição:

Art. 1º. 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 oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

6 EFEITOS JURÍDICOS DA NULIDADE DA DISPENSA

É a Lei n.º 9.029/95 que explicita, em seu art. 1º, na esteira do que prevêem as normas constitucionais, a proibição quanto à “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, *ou sua manutenção*, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade [...]”. E, no **art. 4º**, estabelece-se expressamente:

Art. 4º. O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, 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.

Dessa maneira, sendo *nula* a rescisão do contrato, por encontrar-se o trabalhador adoentado, refletindo-se o abuso do direito da empresa de extinguir a relação de emprego e a conotação discriminatória emergente do próprio ato, o efeito jurídico decorrente do reconhecimento dessa circunstância é, nos termos da mencionada lei



(art. 4º da Lei n.º 9.029/95), a garantia de sua *reintegração no emprego*, admitindo-se, de forma alternativa, se inviável o retorno do empregado, a *percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento*, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Mais uma vez, registra-se o irretocável magistério doutrinário de Sérgio Torres Teixeira (1998, p. 311-312) ao sentenciar:

Hodiernamente, um empregado 'não estável' poderá obter judicialmente a anulação de sua dispensa, se comprovar que a mesma resultou do exercício abusivo do direito de despedir pelo seu empregador.

Demonstrando ao julgador a ocorrência de abuso de direito, pelo qual a rescisão contratual ocorreu em violação a princípios de observação obrigatória, mesmo o empregado que não desfruta de estabilidade jurídica poderá obter do Estado-Juiz a sua *reintegração no emprego*. Para tanto, basta a comprovação da prática de dispensa abusiva, ou seja, suficiente é a demonstração do abuso do direito de despedir pelo empregador. (...) *É o exercício abusivo do direito de despedir, revelado pela causa motivadora do ato resilitório, portanto, que gera a anulação da dispensa. E é esta sanção, por sua vez, que enseja a reintegração do empregado.* [grifos acrescidos]

No mesmo passo, Edilton Meireles (2004, p. 215) expõe que, diante de despedida do empregado decorrente de prática abusiva, tem-se o próprio ato de rompimento contratual nulo, daí porque, a princípio, "o empregado deve ser reintegrado". E fundamenta:

Em tais hipóteses, considerado o abuso do direito de romper unilateralmente, tem-se como nula a despedida injusta, determinando-se a reintegração no emprego. A reintegração, por sua vez, decorre do fato de o contrato não ter sido rompido validamente, partindo-se do pressuposto de que o ato abusivo, enquanto nulo, não gera nenhum efeito. Como não gera qualquer efeito, é lógico concluir que o contrato de emprego continua em sua vigência. Assim, o retorno ao *status quo ante*, diante da nulidade, é o restabelecimento do vínculo empregatício.

Em derradeira anotação, mais uma vez é obrigatória a referência às seguintes decisões paradigmas da Justiça do Trabalho, em casos em que se assegurou o *direito à reintegração* de trabalhador adoentado demitido sem justa causa, por força do reconhecimento da conduta abusiva e discriminatória:

PORTADOR DO VÍRUS HIV. DESPEDITO INJUSTO. PRESUNÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO. REINTEGRAÇÃO.

O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como



tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de conseqüência, sua reintegração⁵.

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO 'AIDÉTICO'.

Empregado que, na vigência do contrato de trabalho, desenvolve a da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA, passa, certamente, a ser marginalizado, cabendo ao empregador proporcionar-lhe os encaminhamentos legais para que possa gozar de assistência médica devida. No caso, a dispensa imotivada, por si só, reveste-se de ato discriminatório, que lhe fecha as portas do mercado de trabalho, em detrimento da isonomia inserta no artigo 5º da CF⁶.

É esse, portanto, o enquadramento jurídico que se impõe conferir à rescisão contratual injusta do trabalhador adoentado, sob pena de, em um Estado que se proclama Democrático e de Direito, contemporizar-se com a violação insidiosa do sistema de tutela jurídica à saúde do trabalhador, a relegá-lo a uma condição indigna de *descartabilidade*, diante da ausência de uma *proteção efetiva* a direitos de natureza fundamental.

7 CONCLUSÕES

- (a) O direito do trabalhador à saúde, pela sua reconhecida fundamentalidade, é condição inerente ao imperativo respeito à dignidade humana, conferindo-lhe o ordenamento jurídico-constitucional especial tutela (arts. 1º, III, 5º, *caput*, 6º, 7º, XXII, 200 e 225);
- (b) É dever constitucional do empregador, de um lado, abster-se de praticar qualquer conduta lesiva à saúde física ou psíquica do trabalhador, e de outro, adotar todas as medidas necessárias à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, em conformidade com as normas aplicáveis e tendo em consideração as condições efetivas em que o labor é realizado;
- (c) A violação ao direito fundamental à saúde do trabalhador, configurada pelo seu adoecimento, motivado pelas condições de trabalho existentes na empresa, gera conseqüências efetivas, não apenas no campo da responsabilização pela reparação dos danos sofridos (morais e/ou materiais), mas também com relação aos efeitos incidentes sobre a própria relação jurídico-laboral, no sentido da sua manutenção e continuidade;
- (d) É condição essencial para concretizar-se a rescisão do contrato laboral por iniciativa da empresa, a realização de exame médico demissional no trabalhador, a fim de atestar a sua efetiva aptidão físico-psíquica (art. 168, II e § 1º da CLT; itens 7.4.1 e seguintes da NR 07);
- (e) O exame médico demissional deve registrar, obrigatoriamente, a condição e

⁵ TRT 3ª R, RO Nº 16.691/1994, Juiz Levi Fernandes, DJ-MG 05.09.1995

⁶ TRT 15ª R, REO-035.697/98-6, Ac. Nº 34.078/99, Juiz Antonio Lazarim



- estado de saúde apresentado pelo trabalhador, explicitando a existência de sintomas ou seqüelas decorrentes de doença relacionada ao trabalho, responsabilizando-se o empregador por eventual omissão, manipulação, falsidade ou qualquer outro vício detectado no procedimento;
- (f) O sistema jurídico consagra limitações ao poder potestativo do empregador de rescindir o contrato laboral, vedando a dispensa de natureza abusiva e/ou discriminatória, e que de qualquer modo traduza violação a direitos fundamentais do trabalhador, como é exemplo a despedida arbitrária de empregado adoentado (CF, art. 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, 7º, XXXI; Convenção nº 111 da OIT, art. 1º; Lei nº 9.029/95);
 - (g) É nula a rescisão do contrato se vier a ser demonstrado que o trabalhador apresentava sintomas ou seqüelas de doença, circunstância omitida no exame médico demissional, porquanto a existência da enfermidade constitui fato impeditivo da extinção da relação de emprego, por iniciativa da empresa;
 - (h) O reconhecimento da nulidade da rescisão do contrato do trabalhador adoentado, pelo seu teor abusivo e discriminatório, enseja o direito à reintegração no emprego, entendimento hoje consagrado pelo magistério doutrinário e também pela jurisprudência mais atualizada dos Tribunais Trabalhistas, podendo-se ainda admitir, de forma alternativa, se inviável o retorno do empregado, o direito à percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais (art. 4º da Lei nº 9.029/95).

REFERÊNCIAS

DAL-RÉ, Fernando Valdés. La vinculabilidad jurídica de los derechos fundamentales de la persona del trabajador: una aproximación de derecho comparado. *In: O processo como instrumento de realização dos direitos fundamentais*. Coord. Sebastião Vieira Caixeta e Juliana Vignoli. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A saúde do trabalhador como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2008.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à relação de emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida abusiva**. São Paulo: LTr, 2004.

