



Jacques Malka: Lei que torna crime discriminar quem tem HIV preocupa

10/06/2014

A recentíssima Lei 12.984 de 2 de Junho de 2014, define como crime de discriminação, punível com reclusão e multa, determinadas condutas, das quais destacamos aqui, o ato de exoneração ou demissão de cargo ou emprego da pessoa portadora do HIV e o doente de Aids. Na prática, acredita-se que muitos interpretarão a lei sob o enfoque de que a condição de portador do vírus ou da doença, doravante impede a dispensa. E mais, temeroso de ser processado criminalmente, o empregador não cogitando ser preso, entenderá a *novel* legislação como estabilidade ao funcionário doente. Mas não é bem assim.

Com efeito, a tipificação do crime de discriminação somente se verifica quando o ato praticado se der em razão da condição de portador ou doente.

Pode-se dizer que este novo diploma legal, seria mesmo uma ampliação da Lei 9.029 de 13 de Abril de 1995, que proíbe e tipifica como crimes a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

No âmbito do Direito do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho já enfrentou a questão e a pacificou através da Súmula 443, editada aos 25/09/2012, que diz: “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”.

Até então, enquanto a questão estava restrita aos tribunais trabalhistas, ainda que a contragosto, cabia ao empregador provar que a dispensa não estaria motivada na existência da grave doença. Feita a prova negativa, a demissão prevaleceria, do contrário, o empregado teria o direito a ser reintegrado e eventualmente a uma indenização por danos morais.

Agora, com a nova legislação, estendendo a discussão para o campo do Direito Penal, o tema ganhou novos — e preocupantes — contornos e o que antes orbitava no terreno da presunção de arbitrariedade na dispensa, agora pode ser tido como certeza, simplesmente porque haverá o risco da demissão ser considerada um crime discriminatório que pode levar o agente à reclusão de um a quatro anos e multa.

Esse fato, erigido ao ordenamento jurídico penal, provavelmente aumentará ainda mais a conta do empregador, sem qualquer compensação ou colaboração do Poder Executivo, que fatalmente estará ainda mais inibido — para não se dizer impedido — de promover a dispensa de um empregado portador de HIV ou doente de AIDS, considerando, inclusive, a jurisprudência consolidada pelo TST.

Não bastasse o fato que o emprego no Brasil está em declínio, havendo até quem diga estar o país em processo de desindustrialização, discordamos desta maneira de criminalizar fatos já



tutelados sob outra ótica. Primeiro, porque não se deve partir da premissa de que toda e qualquer dispensa seja discriminatória. Como bem disse certa vez um magistrado, o *“fato de o empregador ter ciência da doença da empregada não importa em presunção de que essa teria sido causa para a extinção do contrato de trabalho.”*

Em segundo lugar, porque os poderes legislativo e executivo, deveriam evitar ao máximo, intromissões nas relações privadas, ainda que com finalidade social, deixando que o Poder Judiciário corrija eventuais ilicitudes ou distorções, analisadas caso a caso. Sim, porque provado judicialmente o excesso cometido pelo empregador, porém respeitado o contraditório e a ampla defesa, então, poder-se-ia admitir e punir o preconceito. Jamais o contrário. E o que é ainda mais grave, tipificado previamente como crime.

Não se alegue simplesmente que direitos subjetivos devem obedecer a determinadas funções sociais ou que o exercício de um direito deve ter por escopo um motivo legítimo. No atual momento, nem mesmo tais fatores terão qualquer relevância e não mais será perquirida a intenção, isto porque fatalmente, haverá vozes no sentido de que bastará que se verifique a exoneração ou a dispensa para que se tenha configurado o crime de discriminação previsto em lei aqui comentada, como, ilustrativamente, há na tipificação do artigo 297, parágrafo 4º, do Código Penal, que trata da ausência de anotação na CTPS. O

O tratamento aqui analisado, destinado ao portador do vírus HIV e ao doente de Aids, ao invés de legítima proteção, acabou ferindo a igualdade de todos perante a lei, preconizada pela Constituição Federal dentro do capítulo dos direitos e garantias fundamentais.

É necessário acreditar que proteção àqueles que necessitam ser cuidados de forma diferenciada, não seja confundida ou transformada em privilégio — e aqui sim reside a discriminação a ser rechaçada — e o que é pior, criando em desfavor dos empregadores a possibilidade de que um ato discricionário antes legalmente previsto, agora esteja enquadrado como crime.

No exercício do poder diretivo empresarial, suficientes são as balizas ao respeito dos direitos fundamentais e sociais dos empregados, assim como a boa-fé contratual. Daqui em diante, o cenário se torna ainda mais nebuloso e talvez o julgador não consiga mais sopesar eventuais direitos e prerrogativas sob conflito, impondo a lei de forma temerosa.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-jun-10/jacques-malka-lei-torna-crime-discriminar-pessoas-hiv-temerosa/>