

O DEVER DE ACOMODAÇÃO RAZOÁVEL EM FAVOR DOS EMPREGADOS IMUNODEFICIENTES NOS TEMPOS DO CORONAVÍRUS

THE DUTY OF REASONABLE ACCOMMODATION IN FAVOR OF IMMUNODEFICIENT EMPLOYEES IN THE TIMES OF THE CORONAVÍRUS

Luciano Martinez

Professor Adjunto IV de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Federal da Bahia (UFBA); mestre e doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP); pós-doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA; juiz titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia.

4

Aloísio Cristovam dos Santos Júnior

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM); pós-doutorando em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL), cumpriu estágio de doutorado (doutorado sanduíche) na Universidade de Coimbra (UC) como bolsista do PDEE da CAPES/MEC; juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Simões Filho - Bahia.

Resumo

O artigo analisa o dever de acomodação razoável em favor dos empregados imunodeficientes nos tempos do Coronavírus e, nesses limites, defende a tese de que, independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados organicamente vulneráveis e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.

Palavras-chaves: “Acomodação razoável”; “adaptação razoável”; “empregados organicamente vulneráveis”; “empregados imunodeficientes”; Coronavírus; COVID-19

Abstract:

The article analyzes the duty of reasonable accommodation in favor of immunodeficient employees in times of Coronavirus and, within these limits, defends the thesis that, regardless of the existence of an express legal norm, the employer has a duty to accommodate the claim of its employees who are organically vulnerable and to change their working conditions, aiming at minimizing the risk of contamination by COVID-19, as long as this, of course, does not imply excessive difficulties for the realization of economic activity, in the case of employer-company.

Keywords: “Reasonable accommodation”; “Reasonable accommodation”; “Organically vulnerable employees”; “Immunodeficient employees”; Coronavirus; COVID-19

1. Introdução

A disseminação, em progressão geométrica, de uma doença de imensa transmissibilidade e de elevada letalidade entre os organicamente mais vulneráveis foi o cenário protagonizado pelo coronavírus ou COVID-19 a partir dos primeiros meses do ano de 2020.

A doença provocada pelo coronavírus teve o seu ponto de partida na China. Os primeiros estudos indicaram Wuhan, na província de Hubei, como a localidade de onde proveio a mutação viral que gerou o chamado "salto de espécies", alteração que permitiu a um vírus típico de animais, em particular de morcegos, tornar-se capaz de atacar o homem. Por essa razão, a rota de contaminação da COVID-19 pode ter sido resultado do consumo de animais selvagens, enquanto espécies exóticas, pelos chineses. O dominante mercado de bichos silvestres comercializados vivos foi, ao que tudo indica, a perfeita incubadora para esse mal jamais mapeado pelos cientistas até aquele momento. Assim emergiu o coronavírus, e assim surgiu a pandemia.

Essa pandemia, contudo, ao contrário das anteriores, teve a especial consequência de uma rápida proliferação, capaz de levar ao colapso o sistema de saúde de qualquer país, independentemente do seu grau de desenvolvimento e de organização. Não fosse apenas isso, o fato de a pessoa infectada não apresentar sintomas imediatos da doença, demorando algum tempo até ficar debilitada, aumentou o risco de contágio nesse período em que o doente continuava a exercer as suas atividades regulares e a frequentar espaços públicos, tornando-se, por isso, e assim, um difusor inconsciente desse poderoso mal.

Diante da problemática, nenhuma estratégia mostrou-se mais eficaz ao combate ao coronavírus do que o isolamento social de populações inteiras, contidas nos limites de suas residências, sem que sequer devessem transitar pelas casas de amigos e familiares. Paralelamente a isso, o fechamento de shopping centers, escolas, centros de convenções, barzinhos, restaurantes, entre outros espaços que

propiciavam o encontro das pessoas, foi essencial para contribuir para o sucesso dessa medida de contenção e de preservação de saúde de toda a coletividade.

O grande problema de todas as estratégias engenhadas para refrear a COVID-19 estava num incoerente discurso que, a despeito de sustentar que as pessoas deveriam permanecer em casa, não lhes dava o direito subjetivo de não comparecer ao trabalho. Esse é o ponto inicial de toda a discussão que será realizada neste estudo.

2. A inexistência do suposto direito dado ao empregado de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se do coronavírus

Diante da difusão dos esforços no sentido de as pessoas submeterem-se a um isolamento social, a primeira e uma das mais importantes questões postas diante da pandemia do coronavírus foi, sem dúvidas, a que diz respeito ao *absenteísmo laboral* e às suas consequências dentro dos contratos de emprego.¹

Afinal, não é raro ver um empregado indagar se teria o direito de faltar ao serviço por sua própria iniciativa sob o fundamento de proteger-se de um vírus com elevado grau de transmissibilidade.

A resposta aqui é negativa. Não, o empregado, em regra, não tem o direito de, por sua própria iniciativa, decidir se comparecerá ou não ao trabalho para proteger-se do coronavírus, ao menos enquanto não exista vedação imposta pelas autoridades públicas para o desenvolvimento do serviço. Não há nenhuma norma jurídica que evite por completo o trabalho presencial, a despeito de haver, como antedito, uma contraditória recomendação de as pessoas permanecerem em suas casas.

Essa negativa de direito de faltar ao serviço é constatável, porque, até determinado momento, sem que evidentemente existam determinações estatais

¹ Para saber mais sobre esse assunto e para compreender toda a extensão da problemática dos trabalhadores em face da COVID-19, consulte-se MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. O trabalho nos tempos do Coronavírus. São Paulo: Saraiva, 2020.

quanto ao fechamento de empresas ou quanto à suspensão do desenvolvimento de algumas atividades, cabe imaginar a existência de um *risco controlado* se observadas as orientações gerais ditadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde do Brasil.

E se o risco é controlado, não há sustentar-se que o patrão estaria, pelo simples fato de manter a sua atividade em funcionamento – quando seja lícito fazê-lo - submetendo o empregado a “correr perigo manifesto de mal considerável” (art. 483, c, da CLT), impondo-lhe, por conta disso, diante de suposto desespero, uma demissão forçada, vale dizer, uma ruptura coacta do contrato de emprego para preservar um bem mais elevado do que o trabalho, que é a sua própria saúde.

Situação diversa seria visível em face da insistência do empregador em manter aberto espaços que as autoridades públicas determinaram fossem fechados. Nesses casos haveria, sim, um autêntico *direito de resistência* do trabalhador e um claro abuso de autoridade patronal.

Bons exemplos disso são notados nas creches, escolas e nos clubes sociais. Sabe-se que as autoridades municipais e estaduais de todo o país, em regra, determinaram o fechamento completo desses espaços de convívio e de entretenimento, haja vista o elevado risco de difusão da COVID-19. Nesses termos, se um empregador viesse a insistir em manter tais espaços abertos e se persistisse em ter empregados em atuação dirigida ao público externo, ele estaria, aí sim, submetendo os seus colaboradores a um risco elevado e desproporcional, e, sem dúvidas, impondo-lhes perigo manifesto de mal considerável. Isso, em tese, daria ao empregado o direito de não comparecer e de, em casos extremos, invocar a despedida indireta. À administração pública municipal, pela infração, dar-se-ia o direito de até mesmo cassar o alvará de funcionamento da empresa violadora.

Atente-se, de todo modo, que o expediente interno de empregados em empresas cujas atividades foram encerradas para o público externo, não constitui, em regra, uma violação do empregador, salvo, é claro, se as autoridades públicas

sanitárias dispuserem em sentido diverso. Assim, embora uma escola esteja fechada para o público, nada impede, em regra, que, dentro dela, o diretor, os professores e os coordenadores pedagógicos possam estar a realizar atividades de organização do calendário escolar para futura retomada das atividades.

Esse direito de não comparecer ao trabalho pode, porém, estar lastreado em situações ainda mais extremas, conforme devidamente regulado pelo §3º do art. 3º da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que assim dispõe:

Art. 3º [...]

§ 3º Será considerado falta justificada ao serviço público ou à atividade laboral privada o período de ausência decorrente das medidas previstas neste artigo.

E quais seriam essas medidas justificadoras da falta ao serviço público ou à atividade laboral privada? Somente elas, por ora, justificam a falta ao serviço?

O *caput* do referido art. 3º responde de forma bem detalhada, identificando que, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, podem ser adotadas, entre outras, as medidas previstas nos seus incisos, algumas das quais configuram situações que, nos termos do referido § 3º autorizam, *ex lege*, o status de “falta justificada”:

I – **isolamento** ou segregação compulsória, assim entendida a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus. Assim, o direito do empregado de não comparecer ao trabalho surge se, por alguma razão, ele, por estar contaminado, receber ordem médica de isolamento. Nesse caso, o empregado estará verdadeiramente internado, sob cuidados médicos, e em verdadeira segregação compulsória. Diante disso, o empregador há de acatar o isolamento desse seu empregado e, conseqüentemente, por motivos mais do que óbvios, entender como justificada a sua ausência.

Não se confunda o “isolamento individual”, que, em verdade, é uma “segregação compulsória” para evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus, com o recomendação geral de “isolamento social”, que é um comportamento voluntário, espontâneo e facultativo dos cidadãos em apoio às medidas de contenção da pandemia.

II – **quarentena**, compreendida como restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Essa hipótese envolve empregados com suspeita de contaminação. Exemplo disso foi visível nos brasileiros que estavam em Wuhan, epicentro do surgimento do coronavírus na China, e que foram resgatados de lá pelo governo brasileiro.

Ao chegarem à cidade de Anápolis, em Goiás, tanto os resgatados quanto os tripulantes passaram a cumprir uma quarentena de dezoito dias dentro de um hotel montado na base militar. Até que a quarentena fosse encerrada, esses trabalhadores não voltaram às suas relações de emprego. Eles permaneceram em situação de interrupção contratual, recebendo seus salários, mas sem prestar os seus serviços.

Averbe-se que, diante do isolamento e da quarentena, os empregados têm não apenas o direito, mas o *dever de afastamento do ambiente laboral*, por uma questão de segurança de toda a comunidade.

III – **determinação de realização compulsória de:**

- a) exames médicos;
- b) testes laboratoriais;
- c) coleta de amostras clínicas;
- d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou
- e) tratamentos médicos específicos, bem como

IV – estudo ou investigação epidemiológica. Nessas situações, a administração pública pode impor a determinados grupos, levando em conta as características de sua prestação laboral, a realização impositiva de exame médicos, de testes laboratoriais e de outras medidas de controle e de constatação epidemiológica, o que, na prática, já ocorreu, por exemplo, com passageiros e tripulantes, prestes a desembarcar, em cruzeiros nos quais se constatou a existência de pessoa portadora do adoecimento viral aqui em análise. Não se poderia, portanto, imaginar que um empregado a bordo de um desses cruzeiros não tivesse razões ponderosas para não ir ao trabalho.

O seu retorno das férias será, portanto, abortado.

Há, pelo contrário, muitas justificativas para não comparecer, haja vista a exigência de submetimento a testes de diversas naturezas e, até mesmo, ao isolamento ou à quarentena, referidas nos tópicos anteriores, caso inserido nas situações acima destacadas.

VI – restrição excepcional e temporária de entrada e saída do país, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos.

Essa situação também pode atingir empregados. Imagine-se que um deles, responsável pela gestão de uma rede hoteleira, tenha seguido para uma importante reunião em Madrid, quando, então, se viu impedido de retornar à sua base de trabalho por restrição de entrada de voos no território brasileiro. Nesse caso, evidentemente, estão justificadas as suas ausências, cabendo ao empregador não apenas tolerá-las até que diplomaticamente seja solucionado o repatriamento, como também custear as despesas do seu empregado deslocado para o estrangeiro durante todo o tempo em que ele esteja constrito a ali permanecer.

Não se pode esquecer que as medidas ora referidas, interferentes na atividade laborativa, devem ser adotadas com razoabilidade pelos governos,

embora seja difícil dizer o que é ou não razoável diante de um mal tão desconhecido. De todo modo, o §2º do art. 3º da citada Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, é bem claro no sentido de que

as medidas [...] somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

O equilíbrio é importante, mas é bem difícil.

Arremata-se esse tópico deixando-se claro que o empregador, entretanto, pode, *por reflexão própria*, determinar o fechamento do local de trabalho e o encerramento das atividades com a consequente assunção dos custos decorrentes do afastamento dos seus empregados. O poder diretivo patronal aí será a razão essencial da interrupção contratual, caso em que o empregador assumirá integralmente os custos dessa decisão interna.

Diz-se mais. Em verdade, e em rigor, o empregador poderá realizar controle sanitário e vedar a presença de empregados suspeitos de contaminação no ambiente de trabalho. O fundamento para esse especial modo de atuar é o *dever de proteção* imposto ao empregador. Nos termos do § 1º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”, cabendo-lhe, entre essas medidas coletivas, e entre as condutas proativas que visem ao estancamento da disseminação viral, a avaliação das condições de saúde dos seus empregados e a determinação de afastamento daqueles que, a juízo dos médicos da empresas e de acordo com o sigilo profissional, sejam entendidos como inaptos de ali continuar.

O vetusto art. 157 da CLT é sempre invocável acerca desse dever de proteção, pois, conforme ali expandido:

[...] 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.

E se uma das ordens patronais for a de afastamento do trabalhador suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, essa é uma determinação que há de ser acatada, sob pena de o empregado ser despedido por justa causa.

O art. 158 da CLT completa a lógica dessa relação entre os deveres de proteção do empregador e de colaboração do operário, ao prever que “cabe aos empregados: I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho”. O parágrafo único desse dispositivo é claríssimo ao dispor que “constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada [...] à observância das instruções expedidas pelo empregador”.

Não se pode esquecer que, para além de o empregador estar obrigado a afastar empregado suspeito de ser portador de doença infectocontagiosa, cabe-lhe, preservando ao máximo possível o seu nome e imagem, informar isso aos demais trabalhadores que estiveram ombro a ombro com o companheiro adoecido para que adotem pessoalmente e junto às suas famílias as condutas de certificação do eventual contágio e as medidas profiláticas de caráter protetivo. Isso é um reflexo do importante *dever de informar*, claramente presente no § 3º do art. 19 da Lei n. 8.213/91, segundo o qual “é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular”.

Evidentemente, considerando o fato de ser do patrão o risco do seu negócio, não se poderia imaginar, sem as relativizações impostas por negociações coletivas, a existência de prejuízos gerados sobre a remuneração do empregado que tenha sido preventivamente afastado do espaço de realização dos serviços. Em regra, se esse afastamento compulsório lhe foi imposto pelo empregador, caberá a este manter a dimensão da retribuição mensal, observado o seu salário-base ou, se for o caso, a dimensão duodecimal média da sua retribuição variável.

3. Os empregados imunodeficientes e demais vulneráveis orgânicos estão dispensados de comparecer ao trabalho em tempos de pandemia? Haveria em favor desse especial grupo um suposto dever de acomodação razoável?

Essa é uma questão delicada, que, entretanto, pode ser respondida mediante uma cuidadosa reflexão sobre a extensão e os limites do relevantíssimo dever de acomodação razoável (*reasonable accommodation*), também conhecido como “dever de adaptação razoável”, haja vista a versão para o português da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Pois então. Apesar de não existir propriamente um direito de gestantes, de lactantes e de doentes graves de não comparecimento ao trabalho pelo simples fato de a sociedade viver a pandemia de Coronavírus, sabe-se que a esses empregados é dada a especial proteção jurídica de realização dos seus serviços em ambiente salubre. No caso de gestantes e de lactantes há, aliás, expressa disposição normativa protetiva no art. 394-A da CLT e nos seus §§ 2º e 3º e nas razões de decidir da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF.²

Mas a pandemia do coronavírus é evento suficiente para concluir-se que o meio ambiente de trabalho é insalubre diante da constatação de possíveis agentes biológicos agressivos?

Não nos parece assim, pois não há quanto ao coronavírus uma insalubridade ou mesmo uma condição de risco que incida específica e unicamente no meio ambiente no trabalho. O que há, na verdade, é um risco absolutamente difuso, que se manifesta em todo o meio social em decorrência da interação humana. A gestante e a lactante, portanto, onde quer que estejam, dentro da empresa ou em deslocamento residência-trabalho-residência, estarão, igualmente, em situação de potencial dano à sua saúde.

Se houvesse – ou se, no futuro, vier a existir – a conclusão no sentido de

²Para compreender maiores detalhes consulte-se MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 399-400.

que o coronavírus eliminou os espaços salubres de trabalho dentro da empresa para as gestantes e para as lactantes, a solução já estará posta na lei, mais especificamente no §3º do art. 394-A da CLT, segundo o qual:

quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada [...] exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Note-se, porém, que esse dispositivo, por envolver a concessão de benefício previdenciário, não comporta interpretação extensiva em favor de outros empregados, vale dizer, dos demais imunodeficientes.

Mas e se não houver conclusão de que o ambiente interno da empresa é insalubre e de que não há dentro dela (empresa) espaços salubres para acomodar os empregados em situação de vulnerabilidade orgânica, que se há de fazer?

No caso de *empregados com imunodeficiência* (entre os quais aqueles acometidos de doenças autoimunes, a exemplo de diabetes mellitus tipo 1, artrite reumatoide e lúpus, ou portadores de moléstias que danificam o sistema imunológico e interferem na habilidade do organismo de lutar contra as infecções, a exemplo da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS e de cânceres que afetam a medula óssea, como a leucemia e o linfoma) e, por extensão conceitual, pela degenerescência natural, *de empregados com idade elevada* e, pela condição especial, *de gestantes e lactantes*, caberá ao empregador, caso tenha condições para tanto, o dever de acomodar o empregado vulnerável em posto compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa, justamente para evitar o seu submetimento ao um perigo manifesto de mal considerável.

Mas o que seria exatamente esse “dever de acomodação razoável” e de onde ele provem?

A história do instituto tem suas bases no direito estadunidense. A imposição ao empregador do chamado *dever de acomodação razoável* ali surgiu com o objetivo claro de combater a discriminação motivada pelas crenças religiosas no âmbito laboral. Na sua origem, portanto, a acomodação razoável emergiu como um instrumento jurídico destinado a garantir a máxima efetividade da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho. O que se buscava acomodar, à época, eram as necessidades religiosas da parte mais frágil do contrato de trabalho.

É importante que se diga, ademais, que a ideia nasceu como um dos desdobramentos do movimento dos direitos civis que, embora nos seus primórdios visasse essencialmente ao enfrentamento da segregação racial, passou a ter o seu alcance ampliado de modo a incluir a luta por igualdade em favor das camadas da população que sofriam discriminações de outras espécies, a exemplo das motivadas pelas diferenças de gênero e de religião. Justamente por isso, o mais importante estatuto federal destinado a proteger os trabalhadores (empregados, candidatos a emprego e estagiários) da discriminação religiosa no ambiente de trabalho foi o Título VII da Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*), promulgada pelo Congresso americano em 02 de julho de 1964.³

O referido estatuto proibiu o tratamento desigual, as ações de retaliação, os ambientes de trabalho hostis e a recusa do empregador a fazer a acomodação razoável das práticas religiosas de seus empregados. Conquanto se aplicasse apenas às empresas com um número mínimo de 15 (quinze) empregados que operassem algum negócio relacionado ao comércio interestadual, os Estados federados também aprovaram leis, substancialmente semelhantes, que estenderam as mesmas vedações a empresas cujas atividades econômicas se limitavam à sua área territorial.

³ Sobre o assunto, veja-se Gregory (2001), especialmente o capítulo 15, cujo conteúdo é, em boa medida, aproveitado no presente tópico.

É bem verdade que em sua redação original, o Título VII não se referia especificamente ao dever de acomodação. Contudo, ainda em 1964, a primeira das diretrizes editadas pela Comissão para a Igualdade de Oportunidades de Emprego (em inglês, *United States Equal Employment Opportunity Commission*, conhecida pela sigla EEOC), criada pelo *Civil Rights Act*, determinou aos empregadores que acomodassem razoavelmente as necessidades religiosas de seus empregados, desde que isso pudesse ser feito sem grave inconveniente (*serious inconvenience*) para a condução dos negócios empresariais. Um ano depois, a Comissão reviu as suas diretrizes, substituindo a ideia de *serious inconvenience* pela de *undue hardship*, que é aqui traduzida como “encargo excessivo”.⁴

Em 1972, o Congresso dos Estados Unidos acrescentou ao Título VII um dispositivo que estabeleceu expressamente o dever de acomodação. O dispositivo introduzido⁵ refletiu as diretrizes da EEOC, prevendo que a prática e a observância religiosa dos empregados fossem razoavelmente acomodadas pelo empregador, a menos que este demonstrasse não ser possível fazê-lo sem encargo excessivo (*undue hardship*) para o desenvolvimento da sua atividade econômica.

Com a introdução do novo dispositivo, a tutela judicial do dever de acomodação no direito estadunidense passou a pressupor que o empregado demonstrasse que as suas crenças eram sinceras (*bona fide religious practice*) e que, além disso, teriam sido comunicadas ao empregador e que, por causa delas, passou a sofrer discriminação por parte da empresa. O empregador, por seu turno, poderia se defender demonstrando que tentou acomodar as necessidades religiosas do

⁴ Acompanha-se aqui a tradução de Machado (2010:16–17), pioneiro na lusofonia sobre o tema, ao qual já se referia na sua obra clássica sobre a liberdade religiosa (1996, p. 266).

⁵ A redação original do dispositivo adicionado é a seguinte: “For the purpose of this title [...] the term “religion” includes all aspects of religious observance and practice, as well as a belief, unless an employer demonstrates that he is unable to reasonably accommodate to an employee’s or prospective employee’s religious observance or practice without undue hardship on the conduct of the employer’s business”.

empregado ou que a acomodação não seria viável sem que o patrão fosse submetido a um encargo excessivo na condução de seus negócios⁶.

O *duty of reasonable accommodation* não ficou, porém, encastelado no direito dos Estados Unidos, cujos tribunais construíram – e ainda têm construído – caudalosa jurisprudência sobre o tema.

Na década de 80, a ideia de acomodação razoável aportou no Canadá, onde paulatinamente foi se desprendendo das raízes estritamente conectadas à defesa da liberdade religiosa do empregado no ambiente de trabalho e adquiriu alcance mais amplo, passando a ser utilizada como instrumento jurídico visando à garantia da igualdade real em favor dos mais vulneráveis em diferentes âmbitos da vida social.

As bases para a ampliação dos contornos da acomodação razoável podem ser encontradas na decisão proferida pela Suprema Corte do Canadá no caso "Simpsons-Sears". Ali, embora a Corte ainda estivesse tratando da questão religiosa, ficou estabelecido que uma acomodação razoável traduz-se na aceitação social da obrigação geral de respeitar a igualdade e de tomar medidas razoáveis para protegê-la, desde que reconheça que um padrão aparentemente neutro poderia ter um efeito discriminatório sobre uma pessoa em razão de ser incompatível com as suas observâncias religiosas.⁷

A ideia deixou de ser estranha a outros ordenamentos jurídicos nacionais que receberam, no trato da questão, alguma influência do direito estadunidense ou canadense.

Atualmente, a ideia do dever de acomodação razoável tem deixado de se restringir ao ambiente de trabalho, podendo ser aplicada – com os devidos ajustes – a outros campos da vida social, a exemplo das escolas e dos serviços públicos. De

⁶ Acerca disso consulte-se JOVER, Adoración Castro. La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005, p. 168–169.

⁷ Sobre o assunto, vale conferir VIVES, Juan Martín. *La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral. Su posible aplicación al Derecho Argentino*. Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828.

igual modo, o dever de acomodação não mais se limita a proteger um grupo específico de vulneráveis (como os trabalhadores religiosos) e pode vir a ser usado para combater outras espécies de discriminação, a exemplo das motivadas pela deficiência, pelo gênero, pela idade e pela identidade étnica.

No âmbito do Direito do Trabalho, o dever de acomodação razoável pode ser conceituado como uma regra de ação atribuída ao empregador, egressa do seu dever de proteção, que se traduz na adoção de medidas razoáveis, assim entendidas as que não lhe imponham encargo excessivo, capazes de contemporizar as necessidades do serviço às vulnerabilidades e/ou às diferenças dos empregados, especialmente diante da constatação de que uma conduta aparentemente neutra poderia produzir efeito discriminatório.

Em rigor, contudo, o atendimento das necessidades específicas do trabalhador por meio do reconhecimento de um dever patronal de acomodação razoável é uma ideia que deve assimilada como uma consequência natural da primazia dos direitos humanos. Por outro lado, a sua relevância para a preservação da dignidade do trabalhador impõe que se lhe reconheça um campo de incidência maior do que aquele já reconhecido aos que invocam a sua identidade religiosa e às pessoas com deficiência.

4. O dever de acomodação razoável, direito social ao trabalho e dignidade do trabalhador

Na íngreme trilha dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana constitui, simultaneamente, ponto de partida e de chegada. Com efeito, a doutrina dos direitos humanos parte da ideia de que os humanos possuem uma dignidade essencial que os distingue de outros seres e, por conta disso, devem ser tratados como fins e não como meios, razão pela qual lhes é apanágio a titularidade de certos direitos universais e inalienáveis. De outra banda, a dignidade da pessoa humana constitui um fim que somente é alcançado plenamente – isto é, somente se

concretiza no mundo dos fatos – quando os direitos humanos são respeitados, protegidos e promovidos.

Ora, a dignidade da pessoa humana não faz sentido sem que seja resguardado aos indivíduos o direito de prover o seu sustento e o de seus dependentes, o que se faz, em regra, por meio de um trabalho remunerado. Com efeito, até mesmo para que seja possível a fruição de outros direitos humanos, os indivíduos necessitam lhes sejam garantidas condições mínimas de sobrevivência. Não é sem razão, portanto, que o direito ao trabalho fulgura na constelação dos direitos humanos como um direito social da mais alta relevância e cuja concretização é sempre urgente.

Um direito social de tal magnitude não poderia jamais ser ignorado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de modo que esta, no seu artigo 23º, proclama de forma retumbante que “toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego”. No mesmo diapasão, o artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é igualmente claro ao consagrar “o direito de toda pessoa ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito”.

É certo, também, que o direito ao trabalho não se confunde com o direito ao emprego, na medida em que o trabalho assalariado não esgota todas as formas de trabalho pelos quais os indivíduos obtêm o seu sustento. Mas, sem dúvida alguma, o vínculo de emprego é, no sistema capitalista, a modalidade de relação de trabalho que desfruta de maior importância histórica e social (além de ser, ainda, a mais comum), o que, por si só, justifica que seja tomada aqui como principal foco de cogitação.

Sob tal prisma, há de registrar-se que a configuração da relação de emprego como uma relação de poder torna-a um terreno fértil para discriminações contra o trabalhador fundadas nos mais diversos motivos, inclusive na imunodeficiência.

Não há quem duvide, acredita-se, que o direito ao trabalho somente se assegura de forma plena quando todas as espécies de discriminação são banidas do ambiente laboral. Se assim for, tão importante quanto garantir aos indivíduos o direito de obter um emprego, igualmente será o de assegurar-lhes que a sua permanência no posto de trabalho não estará condicionada à necessária manutenção, durante todo o pacto laboral, de uma higidez física ou psíquica impecável, sobre-humana. Cabe garantir ao empregado que eventual manifestação de alguma condição pessoal relacionada com a saúde não o torne indesejável ao empregador pelo simples fato de isso ser um fator capaz de reduzir a lucratividade do negócio.

O que foi dito vale para qualquer época, mesmo quando não se estiver diante de uma crise de saúde global.

É certo, porém, que o problema se manifesta com maior gravidade em situações agudas como aquela produzida pela pandemia da COVID-19, que ceifou a vida de milhares de pessoas pelo mundo e pelo Brasil, vitimando prioritariamente os indivíduos imunodeficientes, sejam por conta da degenerescência trazida pelas elevadas faixas etárias, seja em virtude de entidades mórbidas eventualmente preexistentes ou adquiridas, seja ainda por força de alguma condição natural vividas, a exemplo da gravidez e da lactação.

Se um trabalhador, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador no sentido de que considere a sua condição pessoal representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Tal qual a escolha de Sofia narrada na obra de William Styron, é desumano ver o trabalhador submetido à opção entre se sujeitar a um risco elevado de morte ou preservar o seu meio de subsistência. Trata-se de um sacrifício incomensurável que atenta, iniludivelmente, contra a dignidade da pessoa humana e que,

exatamente por isso, no contexto do Estado Democrático e Social de Direito, não pode vicejar.

No entanto, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí, eventualmente, medidas que restrinjam a autonomia do trabalhador, é imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Cabe, assim, perquirir sobre como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Defende-se aqui que, independentemente de que haja norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica.

Diante da problemática, pode-se argumentar que a inexistência de previsão expressa em normas legais conspiraria contra a admissibilidade de um dever de acomodação razoável nesse sentido. Este argumento, entretanto, não se sustenta, pois ignora completamente o caráter principiológico dos direitos humanos.

Um argumento que também poderia ser levantado contra o reconhecimento de tal dever patronal seria o de que, por envolver a acomodação um nível de ação positiva em favor dos empregados imunodeficientes, isso representaria um prejuízo para os seus colegas de trabalho. A acomodação, assim, poderia gerar problemas particularmente complexos, considerando-se que o princípio da igualdade imporia que aqueles que não são imunodeficientes fossem igualmente protegidos pelo direito do mesmo modo que os trabalhadores imunodeficientes.⁸

⁸ Uma análise mais detalhada sobre os argumentos contrários ao dever de acomodação pode ser encontrada no excelente estudo de Vickers (2008), renomada professora britânica a quem foi atribuída a redação do Relatório da Comissão Europeia sobre a Discriminação de Crença e de Religião no Emprego (*Report for the European Commission on Religion and Belief Discrimination in*

Com efeito, qualquer acomodação em favor de um trabalhador específico, independentemente da espécie de necessidade acomodada, tem realmente o potencial de ser teoricamente vista como discriminação pelos demais trabalhadores. A imposição de um dever empresarial de acomodar as necessidades de alguns empregados pode, de fato, produzir a imediata criação de uma correspondente desvantagem para outros. Por exemplo, a permissão para que um empregado vendedor preste seus serviços mediante teletrabalho numa atividade comercial pode redundar em desvantagem para os outros trabalhadores que, em razão disso, tenham que se dirigir mais vezes às instalações da empresa e permanecer por algum tempo ali. O argumento pode ser reforçado, ainda, com a ideia de que a acomodação provocaria a prevalência do interesse de um único indivíduo sobre o interesse do grupo.

Diante disso, questiona-se: tal argumento da criação de vantagem em favor do imunodeficiente, isoladamente, seria impeditivo da atribuição ao empregador do dever de acomodar razoavelmente as necessidades desses empregados?

A resposta depende muito da avaliação que se faça da importância que se deve conferir à condição específica do trabalhador com déficit de imunidade. Não se pode perder de vista, em primeiro lugar, que a imunodeficiência, própria ou de terceiros com quem resida, não é uma condição pessoal escolhida pelo trabalhador. Colocá-lo na posição de ter de escolher entre a sua autopreservação ou de algum dos seus familiares e a manutenção do emprego constitui claramente uma violência que não parece justificável numa sociedade que se diz solidária.

Negar a acomodação razoável em tais casos representaria a imposição ao trabalhador imunodeficiente de uma desvantagem *a priori* com fundamento apenas no fato de ele possuir uma deficiência no seu sistema imunológico, tornando-o, assim, ainda que momentaneamente, um indesejado pela política empresarial.

Employment, publicado em 2007). O que foi escrito no presente tópico muito se beneficia de suas lições.

Não parece, ademais, que a função social da empresa, que deve ser compreendida com um alcance que vai além da mera distribuição de renda,⁹ respalde a defesa da prescindibilidade da acomodação das necessidades do trabalhador imunodeficiente. Socialmente é importante que a empresa seja, também, um lugar no qual se promova a inclusão das minorias, inclusive – e especialmente para os fins deste estudo – dos trabalhadores organicamente vulneráveis, vale dizer, é relevante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios.

Desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busca nada mais do que preservar a sua vida, será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

⁹ Que o bem-estar dos trabalhadores se inclui na função social da propriedade não é novidade no texto constitucional, pois referida no art. 186, *in verbis*:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - *exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores* (destacamos).

Naturalmente, o dispositivo em questão, posto que se reporte especificamente à propriedade rural, apresenta requisitos que servem para a aferição do cumprimento da função social de qualquer propriedade, incluindo-se, é claro, a empresa

5. Por que os ordenamentos jurídicos têm modernamente buscado ajustar os ambientes de trabalho às pessoas com deficiência, inclusive às pessoas com imunodeficiência?

A resposta é muito clara. Há um consenso de que a asseguarção da dignidade do trabalhador com deficiência demanda medidas específicas de proteção destinadas não apenas à sua inclusão no mercado de trabalho, mas também à sua adaptação ao espaço físico em que a prestação de serviços se desenvolve, constituindo uma pauta cuja relevância para a construção de uma sociedade solidária justifica a imposição à empresa dos custos decorrentes.

A inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa, de fato, reclama uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (inclusive com imunodeficiência) e os que não o são. Ainda assim, vale lembrar que os tipos de deficiência existentes são muitos e que a acomodação das necessidades de trabalhadores com deficiência pode se dar em diversos níveis, exigindo em alguns casos medidas de pouco custo.

O exemplo serve para demonstrar que o mero argumento de que a acomodação das necessidades de seus empregados imunodeficientes representaria uma quebra do princípio isonômico *não é decisivo* para afastar o reconhecimento de um dever empresarial nas situações em que os trabalhadores vivem uma condição especial de vulnerabilidade.

Outro argumento que pode ser levantado contra a necessidade de reconhecer-se a existência de um dever empresarial é o de que o atendimento da necessidade do empregado imunodeficiente haveria de ser resolvido com a pura e simples ponderação, na medida em que o trabalhador e o empregador já teriam o dever mútuo de respeito à vida, um em relação ao outro. Não se olvide, porém, que

as partes do contrato de trabalho não estão numa posição de igualdade. A inferioridade socioeconômica do trabalhador o põe, em regra, numa condição pouco favorável ao atendimento de suas necessidades. O temor de sofrer retaliações e de ser levado ao desemprego o tornam ainda mais vulnerável aos caprichos de um empregador que ignora ou que desvaloriza a sua condição pessoal de vulnerabilidade. Por isso, o dever de acomodação não afasta a necessidade da ponderação dos interesses dos empregados e dos empregadores. Apenas impõe a estes últimos o ônus argumentativo de demonstrar a impossibilidade de acomodação. Nesse sentido, o reconhecimento de um dever patronal de acomodação atende melhor ao princípio de proteção do vulnerável do que a sua negativa ou inaplicação.

Mais uma dificuldade que pode vir à tona nas discussões sobre a acomodação razoável é a de saber-se, em alguns casos, se a pretensão do trabalhador é realmente sincera, já que pode referir-se não à sua própria imunodeficiência, mas à de membros de sua família com quem convive e aos quais precisa dar atenção e assistência. Isso ocorre porque nesses casos o empregador, num primeiro momento, terá que basear a sua decisão nas informações prestadas pelo obreiro.

A dificuldade de comprovação da sinceridade da postulação de um trabalhador, contudo, não é substancialmente diferente da dificuldade de demonstrar a sinceridade de qualquer outra afirmação cuja aceitação dependa da credibilidade de seu autor. Toda vez que o conteúdo de uma afirmação se refere a uma condição subjetiva será difícil mensurar-lhe a sinceridade. Assim, supondo que alguém possa argumentar contra o dever de acomodação com base na dificuldade de aferir-se a sinceridade da pretensão do obreiro, há que se registrar que o perigo de que alguém apresente uma falsa postulação para se beneficiar de uma alteração nas condições de trabalho em nada é diferente do perigo de que alguém apresente uma falsa capacitação profissional ou do risco de que minta sobre a sua pretérita experiência de trabalho. Tais ocorrências, por seu caráter excepcional, não podem

ser presumidas, sob pena de não mais haver qualquer espaço no contrato de trabalho para o princípio da boa-fé. No caso concreto, ademais, é justificável exigir que o empregado demonstre detalhadamente, mediante relatórios e outros documentos, a condição de vulnerabilidade orgânica daquele com o qual reside e em favor de quem oferece intransferível atenção. Para além disso, as sustentações insinceras merecerão a punição exemplar a ser aplicada pelo empregador no exercício do seu poder disciplinar.

Um argumento que também poderia ser oposto ao dever de acomodação é o de que ele poderia representar um custo desnecessário e não desejado para o empregador, com reflexos negativos para os resultados de sua atividade econômica, sobretudo numa época de crise. Enfim, pode-se argumentar que exigir que o empregador atenda às necessidades de seus empregados pode implicar redução dos lucros. O argumento, numa primeira análise, poderia ser rebatido com a concepção ampliada da função social da empresa que impõe o seu comprometimento com o objetivo de promoção de uma sociedade justa e solidária.

Com efeito, os fins econômicos não são os únicos que devem ser considerados na atividade empresarial. Todavia, se não há como ignorar que o dever de acomodação sempre acarreta algum custo, como sói ocorrer também com as medidas visando à inclusão de outras minorias, há maneiras de minimizá-lo, de modo a que os reflexos sobre os resultados da atividade econômica sejam os menores possíveis. É isso que nos Estados Unidos se quer dizer com acomodação “razoável”. No caso concreto, ademais, a necessidade de autopreservação é inerente ao direito à vida, seguramente o mais importante dos direitos humanos.

Há que se chamar, ainda, a atenção para o fato de que o reconhecimento do dever de acomodação não prescinde necessariamente das categorias dogmáticas da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de interesses. Isso é muito evidente, até porque o recurso ao dever de acomodação não esconde o conflito. Antes, tal recurso tem a virtude de apontar, na grande maioria dos casos, para a

precedência *prima facie* da necessidade de o empregado tentar contornar o risco de morte,¹⁰ introduzindo um importante ponto de partida para a ponderação de interesses, o que, em última análise, facilita o processo argumentativo conducente à solução da colisão.

Aliás, a noção do dever de acomodação nem mesmo guarda incompatibilidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A afirmação de que o empregador tem o dever de acomodar razoavelmente as condições de trabalho de seu empregado imunodeficiente, desde que não implique dificuldade excessiva à condução dos negócios, é outra forma de dizer que lhe é vedado restringir desproporcional ou irrazoavelmente a autonomia do trabalhador em busca da sua autopreservação em face de situações que o sujeitam ao risco de morte.

Anote-se, ao final deste tópico, que, apesar de o texto referir muitas vezes as palavras “empresa”, “empresarial”, “lucros” ou “negócios”, a sistemática de acomodação razoável é, em rigor, exigível também do empregador doméstico, cabendo, porém, alguns ajustes relacionados às particularidades do trabalho desenvolvido nas unidades residenciais e também às vicissitudes de um tomador de serviços caracterizado como pessoa ou família. O mesmo se pode dizer, quanto à extensão do dever de acomodação razoável, em relação ao Estado-empregador, o qual, aliás, pela sua visibilidade, é responsável pelo oferecimento do exemplo de conduta a ser seguido pelos particulares.

Anote-se, ainda, que os trabalhadores autônomos podem ser igualmente destinatários da acomodação razoável, embora a atuação dos tomadores dos seus serviços seja menos influente do que aquela constatável dentro de uma relação de emprego, haja vista as reduzidas possibilidades de o referido tomador de serviços

¹⁰ Acompanha-se, no particular, o entendimento de STEINMETZ, Wilson (A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 224), que sustenta a precedência *prima facie* dos direitos fundamentais de conteúdo pessoal sobre a autonomia privada, impondo ao empregador o ônus argumentativo em favor da prevalência do seu poder diretivo. Tal entendimento vai ao encontro do princípio de proteção.

não ter as mesmas possibilidades de interferir no universo jurídico daqueles que atuam com autonomia, salvo se houver uma destacada dependência econômica.

Igualmente, embora isso já tenha sido anunciado em algumas passagens do texto, o empregado, especialmente nos tempos do coronavírus, e por um imperativo de incolumidade, pode vir a pretender a acomodação razoável para preservar não apenas a sua frágil saúde diante de eventual vulnerabilidade orgânica, mas também a saúde de seus familiares, igualmente imunodeficientes, com quem resida e em favor de quem preste necessária e intransferível atenção e assistência.

6. As mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus e as consequências decorrentes da negativa de acomodação razoável.

Entre as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do coronavírus estão, sem dúvidas, a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho.

Anote-se, porque importante, *que a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência* ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

A Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de gestantes, de lactantes, de idosos e de empregados com imunodeficiência – é bem clara nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Veja-se o texto do § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015:

Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§ 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o

propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Assim, se o empregador tiver condições de acomodar a gestante, a lactante, o idoso ou o empregado imunodeficiente em posto compatível diante da depreciação da sua capacidade laborativa, e não o fizer, poderá, em última análise, dar causa à resolução do contrato por despedida indireta, nos termos do art. 483 da CLT, sem a exclusão de possível indenização por dano moral fundado em discriminação.

É sempre bom dizer que caberá ao empregado que invoque a inobservância do dever de acomodação razoável o ônus de provar a existência de posto de trabalho compatível com a depreciação de sua capacidade laborativa.

Por fim, nunca se deve esquecer que, para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação. Para bem entender a situação cabe uma ilustração:

Imagine-se que um empregado do setor administrativo de uma empresa de seguro de saúde tenha levado ao conhecimento do seu empregador, por escrito, o fato de ser o único a residir com a sua avó de mais de 80 anos de idade. Considere-se, ainda, que esse mesmo empregado tenha também demonstrado a ampla possibilidade de realização dos seus trabalhos burocráticos mediante *home office*, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado em atividades presenciais.

Com base nesses elementos, suponha-se que o citado empregado, fundado no dever patronal de acomodação razoável, tenha pedido, por escrito, a alteração do regime de trabalho presencial para o teletrabalho.

Veja-se o texto da carta, que ora serve de sugestão para situações

assemelhadas:

Estimado senhor gerente.

Considerando o fato de eu ser o único a residir com a minha avó, que tem mais de 80 (oitenta) anos de idade (vide anexa cópia da identidade) e múltiplas comorbidades patogênicas que atingem o seu sistema imunológico (vejam-se relatórios médicos demonstrativos), e levando em conta que o meu trabalho presencial, desenvolvido em unidades hospitalares, me faz vetor de um risco acentuado à saúde a à vida dela, haja vista a pandemia do Coronavírus, SOLICITO, com lastro no dever patronal de acomodação razoável, seja-me permitida, durante o período de decretação da calamidade pública, a realização dos meus trabalhos mediante home office, sem nenhum prejuízo do rendimento evidenciado nas atividades presenciais e com amplas possibilidade de a empresa verificar e acompanhar o meu desempenho.

Reitero que somente residimos juntos eu e a minha avó (vide anexa certidão inscrita pelo síndico do prédio) e que as circunstâncias do meu trabalho têm levado preocupação para mim e justa apreensão para ela, o que nos permite entender que a exigência da minha prestação laborável presencial nos levará – e especialmente ela - a correr perigo manifesto de mal considerável.

Diante da urgência que o caso requerer, entenderei que o meu pedido foi deferido, caso não seja oferecida resposta a esta mensagem no prazo de 48 horas.

Ficarei, por isso, à disposição da empresa e seguirei realizando integralmente as minhas atividades, observando o mesmo horário de trabalho, cumprindo as tarefas com o mesmo desempenho e oferecendo o serviço com idêntica qualidade.

Certo de que contarei com a sua compreensão, subscrevo-me atenciosamente,

Pois bem. Considere-se agora que, a despeito de não ter nenhum prejuízo por conta do acolhimento dessa pretensão, *o empregador resolveu não atender o pleito* sob o singelo argumento de que, se assim agisse, outros tantos empregados se achariam desprestigiados pelo simples fato de não conviverem com alguma pessoa imunodeficiente, o que produziria uma verdadeira babel dentro da empresa.

Por conta da rejeição do pleito do trabalhador, imagine-se que esse mesmo empregado, embora contrariado, tenha continuado a frequentar o setor administrativo do hospital no qual atendia dezenas de pessoas suspeitas e efetivamente acometidas do Coronavírus, e que, em um dos atendimentos feitos

aos familiares dos internados, tenha sido infectado pela COVID-19.

Pois bem. Considere-se que esse empregado ao retornar para casa tenha infectado também a sua idosa avó e que, pela múltipla situação de imunodeficiência desta, ela tenha falecido por insuficiência respiratória produzida justamente pelo Coronavírus que tanto o empregado queria evitar.

Ora, a empresa, pela violação do dever de acomodação razoável, estaria possivelmente inserida numa demanda de responsabilização civil com elevada possibilidade de condenação por danos aos patrimônios material e imaterial do seu empregado, pois não lhe faltariam dano e nexos de causalidade para dar início ao processo com vista ao pagamento de indenização em face do Judiciário trabalhista. A negativa de atendimento ao pedido, realizado por escrito, de acomodação razoável seria, sem dúvidas, uma importante peça demonstrativa de culpabilidade do empregador e da sua omissão de acomodar uma situação que não lhe causaria nenhum encargo excessivo.

Considerações finais

Como se disse no transcurso do texto, a relação de emprego se caracteriza, em regra, pelo poder dado ao empregador e pela sujeição constatável na condição de empregado. Justamente por isso a relação aqui em análise se trona terreno fértil para discriminações fundadas nos mais diversos motivos, inclusive, e especialmente, na imunodeficiência do trabalhador nos tempos do Coronavírus. Dessa forma, se ele, por seu déficit de imunidade, tem o fundado receio de expor-se ao risco de contaminação e de eventual morte pela COVID-19, a sua pretensão dirigida ao empregador, no sentido de que considere a sua condição pessoal, representará, também, a promoção do direito social ao trabalho.

Assim, como o poder diretivo patronal compreende inequivocamente a prerrogativa de organizar o trabalho, incluindo aí, eventualmente, medidas que

restringam a autonomia do trabalhador, tornou-se imperioso clarificar a posição na qual se situa o empregador diante da necessidade de seus assalariados. Coube, assim, investigar como o empregador deve se portar em face da pretensão de empregados imunodeficientes de terem as suas condições de trabalho alteradas para que se acomodem à sua necessidade de autopreservação.

Diante disso, o presente artigo defendeu a tese de que, independentemente da existência de norma legal expressa, o empregador tem o dever de acomodar a pretensão de seus empregados imunodeficientes e de alterar as suas condições de trabalho, visando à minimização do risco de contaminação pela COVID-19, desde que isso, evidentemente, não implique dificuldades excessivas para a própria realização da atividade econômica, no caso de empregador-empresa.

Igualmente, sustentou-se aqui a tese de que é importante que a empresa seja um lugar no qual a cidadania possa ser exercida de forma plena até o limite em que não haja prejuízo significativo à condução dos negócios. Assim, desde que se considere natural – e até mesmo compreensível – que o trabalhador imunodeficiente busque nada mais do que preservar a sua vida, será notória a fragilidade de qualquer argumento que rejeite a atribuição de tal dever ao empregador com base na ideia de que o seu acolhimento redundaria na quebra de igualdade no ambiente de trabalho. A desigualdade entre o trabalhador imunodeficiente e os demais justifica o tratamento diferenciado, a partir do entendimento de que a regra da igualdade não consiste em nada diverso de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

O presente artigo conclui também que a inserção da pessoa com deficiência – inclusive da pessoa com imunodeficiência – na empresa reclama, de fato, uma atuação positiva do empregador que, embora represente à primeira vista um tratamento desigual, atende ao princípio da igualdade, na medida em que é flagrante a desigualdade existente entre os trabalhadores com deficiência (nesse âmbito incluída a imunodeficiência) e os que não o são.

Destacou-se, por fim, no texto que a retirada dos empregados vulneráveis do contato com o público externo, a realocação deles em espaços físicos reservados da empresa e, em última análise, caso seja possível e viável, a adoção de uma sistemática de teletrabalho seriam, sem dúvidas, as mais importantes formas de acomodação razoável em tempos do Coronavírus.

Em linhas finais o texto chama a atenção para o fato de que a recusa à acomodação razoável pode vir a configurar discriminação em razão da deficiência ou, em sentido amplo, em razão da vulnerabilidade orgânica do empregado.

O § 1º do art. 4º da Lei n. 13.146/2015 – com possível aplicação analógica em favor de qualquer empregado com imunodeficiência – é bem claro nesse sentido ao considerar discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Para além de uma possível indenização por dano moral fundado em discriminação, o presente artigo também salienta que haverá em favor do empregado que pretendeu a acomodação, mas não se viu atendido, a possibilidade de postular em juízo a apuração dos danos materiais que tenham sido produzidos em decorrência da negativa de uma razoável acomodação.

Referências

GREGORY, Raymond F. **Encountering religion in the workplace: the legal rights and responsibilities of workers and employers.** Ithaca, New York: Cornell University Press, 2001.

JOVER, Adoración Castro. **La utilización de signos de identidad religiosa en las relaciones de trabajo en el derecho de Estados Unidos.** Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de derecho – Universidad Complutense de Madrid, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. Liberdade e Igualdade Religiosa no Local de Trabalho – Breves apontamentos. In: MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes... [et al.]. II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório. **Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região**, Porto Alegre: HS Editora, n. 3, p. 7-19, 2010.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

_____; POSSÍDIO, Cyntia. **O trabalho nos tempos do coronavírus**. São Paulo: Saraiva, 2020.

Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears, Supreme Court of Canada, S.C.R., 5361985.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. **A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro**. São Paulo: Mackenzie, 2007.

_____. **Liberdade religiosa e contrato de trabalho**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

_____. **A liberdade religiosa do empregado: a acomodação razoável das demandas religiosas do empregado enquanto dever empresarial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

VICKERS, Lucy. **Religious freedom, religious discrimination and the workplace**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

VIVES, Juan Martín. **La "acomodación razonable" de las prácticas religiosas en el ámbito laboral**. Su posible aplicación al Derecho Argentino. Buenos Aires, Sup. Const. 2012 (junio), 28/06/2012, 1 - LA LEY2012-D, 828