

E-RR *LSF*

S. T.

N.º **205359**



19 **95** / 6

JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

SEÇÃO ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

SUBSEÇÃO I ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Relator: Sr. Ministro **LEONALDO SILVA**
Revisor: Sr. Ministro: **RIDER NOGUEIRA DE BRITO**

2.º Volume
2.º Vol

09.09
MAO

EMBARGOS

E-RR - 205359/1995.6

PROCESSO 01/00111/94

Processo TRT: RO 6751/94 TRT: 3ª Região
01a. - JCJ DE BELO HORIZONTE

Volume: 2/2 Coautoria: 0 Partes: 0

Partes:
RECLAMANTE : [Redacted]
REENDERECHTE : [Redacted]

ADVOGADO : ROSANA AUGUSTA DA COSTA
049753MG
ENDEREÇO : R CURITIBA, 1.022 - APTO. 1.514
BELO HORIZONTE - 30001-970

524

PROCESSO 01/00111/94

01a. JCJ DE BELO HORIZONTE

RECLAMADO : ECT EMPRESA BRAS CORREIOS TELEGRAFOS
ENDEREÇO : AV AFONSO PENA 1270
BELO HORIZONTE - MG - 30130-900

ADVOGADO : DEOPHANES ARAUJO SOARES FILHO
054278MG
ENDEREÇO : AV AFONSO PENA, 1270 SALA 209
BELO HORIZONTE - MG - 30130-900

354

11/194



RECORRENTE - [REDACTED]
RECORRIDO - EBCT - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

EMENTA: Servidor Público -
Aplicação da Lei 7670/88 -
Reintegração Aidético -
Dispensa Anti-Social ou
Arbitrária - Obstativa ao
Seguro-Doença - Discriminatória
- Nulidade do Ato Patronal.
Empregado portador do vírus da
AIDS não é beneficiário de
estabilidade (Lei 7670/88), por
não ostentar a condição de
servidor público. A
reintegração, in casu, decorre
do ato patronal eivado de
nulidades, configurando-se a
despedida anti-social ou
arbitrária, obstativa ao seguro
doença, além de discriminatória
(Inteligência e aplicação do
artigo 5o. da CF/88, artigo 5o.
da LICC, artigo 476 da CLT e
princípios protetores do
Direito do Trabalho).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de
recurso ordinário, procedentes da MM. 1a. Junta de Conciliação
e Julgamento de Belo Horizonte, MG, sendo Recorrente Luis
Washington Bessone e Recorrido EBCT - Empresa Brasileira de



Correios e Telégrafos.

RELATORIO

A MM. 1a. J.C.J. de Belo Horizonte, através da decisão de fls. 163/170, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou procedente em parte a reclamação trabalhista proposta, para deferir ao reclamante apenas a assistência judiciária gratuita.

Inconformado, recorre ordinariamente o reclamante, alegando, em síntese: que a r. sentença de 1o. grau merece ser reformada, tendo em vista ser a dispensa discriminatória, arbitrária e abusiva. Pretende a reintegração aos quadros da recorrida, já que, além de ser servidor público, é portador do vírus da AIDS. Pede o provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 186/199, pugnando pela manutenção da sentença.

Parecer Ministerial às fls. 210/202, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Tudo visto e examinado.

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Conheço do recurso, próprio e tempestivo, atendidos os pressupostos de sua admissibilidade.



2. Mérito

Alega o recorrente, em síntese, fazer jus à garantia de emprego, estabelecida na Lei Federal 7670/88, já que, sendo servidor público e portador do vírus da AIDS, não poderia ter sido despedido arbitrariamente e discriminadamente.

Aduz, ainda, que a despedida perpetrada pelo empregador está eivada de nulidades, constituindo-se em ato anti-jurídico, anti-social, além de ferir o art. 7o. da Constituição Federal de 88, que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrariamente e o art. 170, VIII, que garante o pleno emprego.

Como se vê, as razões recursais são complexas, havendo vários pontos cruciais a serem analisados, o que farei de forma destacada.

2.1. Da condição de servidor público do recorrente/ Aplicação da Lei 7670/88

Em primeiro lugar, cumpre perquirir se o reclamante é (ou não) servidor público e se a ele se aplica a Lei 7670/88, que estendeu aos portadores do vírus HIV os benefícios da Lei 1711/52.

Transcreve-se, por inteira pertinência, o magistério de Júlio Bernardo do Carmo (in O Servidor Público Celetista da Administração Direta e Indireta - Contornos Constitucionais, LTR, 54-7/786):

"O critério idealizado pelo legislador para conceituar o servidor público não foi o material, e sim o estritamente formal.

Tivesse o legislador brasileiro adotado, nesta seara o critério exclusivamente material, só poderia ser servidor público o trabalhador vinculado a entidade da Administração Pública Direta ou Indireta que efetivamente prestasse serviço público.



Tal critério, na verdade, não foi perfilhado pelo legislador pátrio, até porque pode acontecer que entidades da Administração Indireta, de forma anômala, deixem de desempenhar serviços privados, para assumir a prestação de serviços públicos típicos e nem por isso seus trabalhadores serão automaticamente convertidos em servidores públicos.

Cite-se o exemplo de empresas públicas e de sociedade de economia mista resultantes da transformação de antiga autarquia, como, e.g., a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), do extinto BANCO NACIONAL DE HABITAÇÃO (B.N.H.) e do BNDES (GRIFAMOS).

No caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, temos uma entidade de administração indireta que não exerce atividade privada, mas exclusiva atividade pública, até porque constitui monopólio da União a exploração do serviço postal e do correio aéreo nacional (Artigo 21, Item X, da Constituição Federal de 1.988).

Ora, se o critério idealizado pelo legislador pátrio para definir o servidor público fosse o exclusivamente material, não resta dúvida que os trabalhadores da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos seriam iniludivelmente servidores públicos celetistas, haja vista que, embora revestindo a natureza de pessoa jurídica de Direito Privado, persegue atividades exclusivamente públicas, decorrentes do monopólio estatal encartado no art. 21, item X, da atual Carta Magna.

Todavia, como sói acontecer, o legislador brasileiro mais uma vez contrariando a natureza das coisas, definiu "a priori" os servidores públicos pelo critério exclusivamente formal, alijando dessa qualidade o pessoal de entes paraestatais que, na verdade perseguem atividades tipicamente públicas, como é o caso da EBCT".

E prossegue mais adiante:

"Pela letra inarredável do artigo 39 da CF/88,



só podem revestir a qualidade de servidores públicos civis, estatutários ou celetistas, os trabalhadores admitidos, por concurso público (art. 37,II), pela União, Distrito Federal, Estados Membros, Municípios, Autarquias e Fundações Públicas, estando expressamente alijadas do preceito constitucional as sociedades de economia mista e as empresas públicas, mesmo que essas últimas prestem atividades exclusivamente públicas". (grifamos)

Do exposto, considerando que a CF/88, no seu art. 37, não incluiu a empresa pública (como é o caso da EBCT) no seu texto, abrangendo tão somente a administração pública direta, indireta ou fundacional, que, em seu art. 39, estabelece o regime jurídico único e planos de carreira apenas para os servidores da Administração pública direta, das autarquias e fundações públicas, a conclusão a que se chega é que o reclamante (empregado da EBCT), não ostenta a condição de servidor público.

Logo, ao recorrente não se aplicam os benefícios da Lei 7670/88 que, no seu art. 10., I, "a", faz remissão, específica aos servidores públicos estatutários.

Destarte, inviável a reintegração pretendida com base na invocada Lei 7670/88, seja porque o reclamante não é servidor público.

2.2. Despedida Arbitrária/ Poder Potestativo do Empregador/ Abuso de Direito/ Ato Discriminatório

Alega o recorrente que sua dispensa, dentre outros fundamentos que apresenta, foi **discriminatória**, decorrente da sua condição de adético.

Da prova produzida nos autos, fica mais do que comprovada a discriminação sofrida pelo reclamante, vez que, constatada a doença em junho de 1993 (documento de fl. 22), a dispensa veio a se consumar logo dois meses após. Ademais, possui a empresa outros adéticos no quadro de pessoal, dispensando-lhes



inclusive, assistência psicológica (depoimento de Selmita, fls. 154/155), tratamento este não oferecido ao reclamante, lançado de forma abrupta e imotivada à rua, sem qualquer assistência, o que, por si só, já evidencia a discriminação em relação ao autor.

E, ainda que assim não se entendesse, o ato patronal está eivado de nulidades, como passo a destacar.

A reclamada fundamenta o desfazimento do vínculo no **poder potestativo** do empregador de dispensar seus empregados, desde que pague as indenizações legais (fl. 28).

Cumpra observar, contudo, que, inobstante buscar a empresa uma justificativa para a rescisão contratual ao fundamento do poder potestativo, quando da instrução processual, produziu prova no sentido de ficar evidenciada a **inadaptação do empregado às funções** (depoimento do preposto, fls. 154/155).

Ora, a prova, quanto à mencionada **inadaptação**, não só é estranha aos limites da **litiscontestatio**, como também não restou configurada, haja vista que o próprio contrato de trabalho inicialmente firmado como de experiência, foi prorrogado, indeterminando-se, numa demonstração inequívoca da aprovação do empregado no período experimental.

Assim, a pretexto do poder potestativo, o que se vê é que a reclamada, ao tomar conhecimento da doença do reclamante, lançou-o ao desemprego, obstando-lhe a aquisição do direito em obter o benefício previdenciário em um digno acompanhamento médico. O despedimento, longe de ser um direito do empregador, foi uma **conduta ilícita**, representando o descumprimento de um dever jurídico, já que, livrando-se do empregado, acarretou-lhe dificuldades e cometeu um ato anti-social, por ser o trabalho um direito inerente à pessoa humana. Não há, portanto, como acolher a justificativa do poder potestativo para a rescisão, constituindo o ato patronal, além de **conduta ilícita, abuso de direito** que, segundo Santiago Dantas, traduz-se em exercício anti-social do direito, vez "que o poder



potestativo que tem o empregador de admitir e demitir um empregado, é limitado pelo interesse social da empresa, não podendo ser ativado contra a pessoa do trabalhador" (LTR, 57 4/93). "Não se pode acobertar um ato de vontade arbitrário que retira do trabalhador aquilo que constitui meio indispensável à sua sobrevivência".

Ademais, a Carta Constitucional de 88 protege o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, restringindo a invocação simples e genérica do poder potestativo.

Como já dito supra, a empresa conhecia o estado de saúde do empregado, acometido do pior mal do século - a AIDS e, inobstante essa dura realidade, dispensou-o.

Não se trata de decidir em favor do empregado com base na **emoção**, ou de invadir a seara do legislativo, criando-se norma jurídica, à míngua de suporte legal, como consta do "decisum" de 1o. grau (fl. 168).

Discordo, frontalmente, da instância "a quo" para, em coro com Carlos Maximiliano, dizer que "as mudanças econômicas e sociais constituem o funco e a razão de ser de toda evolução jurídica; o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social".

O Juiz não pode fechar os olhos aos fatos que o rodeiam. A sentença é o seu sentimento (**sentire**), a resposta do seu pensar, da sua razão, do seu coração ao fato social.

Não se trata da consagração do arbítrio, da emoção ou da piedade, mas de exigir que o magistrado "marche com o seu tempo", - não se mantendo estagnado, atrelado a padrões jurídicos que já não mais atendem às premências sociais.

Nesses instantes, é preciso criar uma **paranorma**, ou "um conceito centrado no juiz para fazer atuar a ordem jurídica à vista da necessidade de adaptação das regras à realidade concreta dos fatos".

Assim a emoção - o sentimento, participa da



atividade pela própria raiz que já se traduz no termo "sentença". Não se trata de um elemento passional, mas "de fruto de dedução e de indução, semeados pelas diversas fases da informação, pelo contraditório, pelas provas e pelas normas jurídicas.

"O diálogo do juiz com os fatos e com as normas jurídicas, de que a sentença é resultante, deixa entrever uma terceira porta, que se abre para que o juiz, ele próprio, se desvista de sua capa protetora e ofereça à luz a infinita variação com que se dá a sua inserção na cena processual, contaminada da personalidade do juiz, que imprime as marcas fundamentais do caminho a ser por ele trilhado" (in A EQUIDADE E OS PODERES DO JUIZ, Mônica Sette Lopes).

E, diante da AIDS, ninguém fica imune ao horror, ao medo ou pode considerar-se livre de ser acometido dessa sinistra realidade. É um fato social que não pode ser ignorado.

É incontroverso nos autos que o reclamante estava acometido de AIDS, em quadro crítico de saúde, portanto.

Ora, o artigo 476 da CLT é taxativo ao estatuir que o empregado doente é considerado em licença não remunerada, não podendo a empresa obstar o reclamante de receber o benefício previdenciário, se dele necessitar.

O que pretende o autor é o direito ao emprego, ao trabalho, tendo a segurança de que, se necessário, terá acesso ao auxílio doença.

A jurisprudência corrobora:

EMENTA: AIDS - Doença já manifestada - Quando o empregado já não é simplesmente um portador do vírus HIV, ou seja, quando a doença denominada AIDS já se manifestou, a dispensa sem



motivo, mesmo não comprovada a discriminação pela doença letal, é vedada, pois caracteriza-se como obstativa ao recebimento do direito previdenciário. É sobejamente sabido que o empregado gravemente enfermo, com doença letal em desenvolvimento, não pode ser demitido; o artigo 476 da CLT é claro ao informar que o empregado que está em auxílio-doença ou auxílio enfermidade é considerado em licença; a não remunerada, durante o prazo desse benefício; não se pondera no sentido de que o autor não estava em seguro doença ou auxílio enfermidade, uma vez que a reclamada impediu-lhe a obtenção desse benefício quando o demitiu. Não pode a reclamada obstar o reclamante de perceber o benefício previdenciário e talvez a sua aposentadoria.

A incapacidade para o trabalho, comprovada de fato, motivada pela enfermidade ou incapacidade biológica impede a execução contratual pelo empregador em razão de estar **suspenso** o contrato de trabalho, sendo que a inexecução permanece até a aptidão para o trabalho ou pela aposentadoria definitiva.

O reclamante, inquestionavelmente, necessitava de tratamento médico, cabendo à empregadora o seu encaminhamento



devido e não proceder à sua despedida, como fez.

Assim, considerando que o reclamante encontrava-se doente e, como tal, não poderia ser dispensado por encontrar-se suspenso o contrato de trabalho; considerando o **abuso de direito** por parte da empresa que ignorou o fato social, decorrente da privação do trabalho; considerando que a dispensa é obstativa ao acesso à saúde e ao auxílio previdenciário; considerando, ainda, que a Carta Constitucional **protege o emprego** contra a dispensa imotivada, prestigiando o **pleno emprego** e o **primado do trabalho** e que devem ser aplicados ao caso os princípios basilares do Direito do Trabalho: da proteção e da continuidade da relação de emprego, atendendo, ainda, aos **fins sociais**, previstos no artigo 8o. da CLT, entendo ser ilegal, injusta a dispensa perpetrada pelo empregador e **declaro nulo o ato patronal** determinando a **reintegração imediata** do reclamante ao emprego, vez que o retardamento implicará, presumivelmente, a decretação da morte do recorrente, ante as suas precárias condições de saúde, cominando-se a pena diária de R\$ 70,00, pelo não cumprimento da obrigação de fazer, voltando as partes ao **status quo ante**, com pagamento dos salários vencidos, desde o afastamento até a efetiva reintegração, **salários vencidos**, com observância de todas as vantagens salariais ocorridas no período de afastamento, pagando-se-lhe, ainda, 13o. salários, férias e depósitos de FGTS em sua conta vinculada, sob pena de indenização substitutiva, competindo à reclamada, se for o caso, proporcionar ao reclamante o desempenho de atividades compatíveis com suas condições.

Quanto aos honorários advocatícios, ao contrário do que afirma o recorrente, a **jus postulandi** não se encontra revogado pelo art. 133 da Constituição Federal, mas só serão deferidos nos termos estabelecidos nos Enunciados 219 e 220 do TST, o que não é o caso.

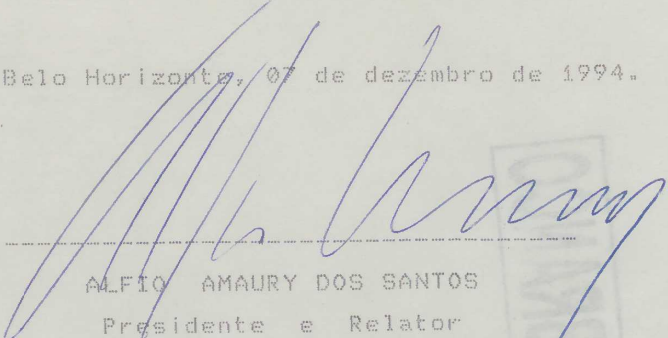


Fundamentos pelos quais,

ACORDAM os Juízes do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região, pela sua Terceira Turma, à unanimidade, conheceu do recurso; no mérito, por maioria de votos, vencida a Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria, deu-lhe provimento parcial para determinar a reintegração imediata do autor com todos os direitos e vantagens.

PODER JUDICIÁRIO - JUSTIÇA DO TRABALHO
3ª REGIÃO

Belo Horizonte, 07 de dezembro de 1994.


ALFIU AMAURY DOS SANTOS
Presidente e Relator


P/ PROCURADORIA REGIONAL

PODER JUDICIÁRIO - JUSTIÇA DO TRABALHO
3ª REGIÃO