

REINTEGRAÇÃO. PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISCRIMINAÇÃO PRESUMIDA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. CONVENÇÕES 111 E 159 DA OIT. É discriminatória a dispensa de empregado portador do vírus HIV por empregador que tem ciência dessa circunstância quando comunica a rescisão. Não se exige prova de qualquer outra atitude discriminatória, pois a possibilidade de rever a intenção da dispensa cria a presunção de que houve discriminação no ato da dispensa. A reintegração no emprego é medida que se impõe como forma de assegurar o respeito à dignidade humana e ao valor social do trabalho, fundamentos do Estado Democrático de Direito e princípios constitucionais de observância obrigatória. Da mesma forma, atende-se à Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, que contém o compromisso de abolir qualquer prática tendente a destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. O empregado portador do vírus HIV

Reintegração. portador do vírus HIV.

enquadra-se, ainda, na definição de pessoa deficiente, para efeito de aplicação da Convenção 159 da OIT, também direcionada à eliminação de desigualdades, no que se refere a emprego.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da Vara do Trabalho de Curitiba, PR, em que são recorrentes **XXXXX E XXXXX** e **XXXXXX XXXXX XXXXX (RECURSO ADESIVO)** e recorridos **OS MESMOS**.

I. RELATÓRIO

Da sentença de fls. 197/208, complementada pela decisão resolutiva de embargos de declaração (fls. 223/224), recorrem as partes - o autor, de forma adesiva.

O réu **XXXXXXXX** recorre, às fls. 214/220, e alega que o que define o enquadramento sindical da categoria é a atividade preponderante da empresa, de forma que a decisão diverge dos julgados que transcreve e dos parágrafos 1º e 4º do art. 511 e 577 da CLT, por ter reconhecido ao autor a condição de bancário, com todas as vantagens da categoria. Alega que a contratação de mão-de-obra especializada configura ato jurídico lícito e perfeito, respaldado na lei civil, e não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviços. Pede sua exclusão da lide, com declaração de inexistência de vínculo, ilegitimidade passiva e carência de ação, que se afaste a condição de bancário, a responsabilização solidária e a anotação em CTPS. Afirma que o autor apenas prestou serviços intermediados, sem

fiscalização e subordinação ao recorrente, pois quem o admitiu, dava ordens, fiscalizava e pagava o salário era a YYYYYYYY. Assim, entende que deve ser excluído da lide ou afastada a declaração de vínculo e consectários. Alega que o deferimento de horas extras sem a devida prova violou o art. 818 da CLT, que o divisor correto é 220 e que, mesmo se fosse bancário, o divisor seria 180, jamais 150, de acordo com o Enunciado 343 da Súmula do TST. Custas processuais e depósito recursal satisfeitos (fls. 221/222). A representação processual é regular (fls. 24/27 e 279/283).

A ré XXXX recorre, às fls. 226/247, para pedir reforma quanto ao vínculo de emprego, que jamais existiu com o XXXXXX . Afirma que o autor foi admitido, remunerado e fiscalizado pela recorrente, sem que tenha jamais prestado serviços próprios de bancário, mas, apenas, de separação e organização de documentos para geração de meio magnético. Observa que o serviço prestado pela XXXX ao banco consistem na preparação de documentos para a compensação junto ao Banco do Brasil, atividade que se enquadra na prestação de serviços. Ainda, não haveria exclusividade na prestação de serviços pelo autor ao XXXXXX , pois prestava serviços a outros clientes da XXXX , o que faz com que a decisão afronte o art. 5º, II da Constituição Federal e o Enunciado 256 do TST. Alega que a atividade desenvolvida pelo autor não se constituía em atividade-fim do banco, mas atividade-meio, o que impede a formação de vínculo, nos termos do Enunciado 331 do TST, Por não formarem grupo econômico, os réus não haveriam que suportar condenação solidária como a que foi imposta, como consta de julgado que transcreve. Pede que se afaste o reconhecimento de relação de emprego do autor com o XXXXXX , assim como qualquer espécie de responsabilidade (solidária ou

subsidiária) e que se declare a ilegitimidade passiva do segundo réu, que deve ser excluído da lide. Quanto à condição de bancário, alega que não encontra respaldo em previsão legal, sequer por analogia, pois o art. 224, *caput*, da CLT é preciso ao limitar a condição de bancário aos empregados de bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal, o que faz com que a sentença viole, mais uma vez, o art. 5º, II da CF/88, além dos Enunciados 55 e 119 do TST. Transcreve julgados do TST e desta Corte, no sentido de que os empregados da XXXX que prestam serviços a bancos não se enquadram na categoria dos bancários. Pede que se afaste a condenação a direitos dos bancários, como auxílio cesta-alimentação, auxílio-refeição, participação nos lucros e resultados, abono único, adicional por tempo de serviço, indenização adicional, horas extras excedentes da sexta diária e trigésima semanal, divisor 180, anuênios, diferença de adicional noturno e multa convencional. Sucessivamente, pede que a participação nos lucros seja proporcional ao período trabalhado. Seriam, ainda, indevidas diferenças decorrentes de redução salarial ilícita, porque o Aditivo do Contrato de Trabalho para alteração da jornada de trabalho apenas considerou a remuneração do autor acrescida da média de horas extras. Alega que as horas extras não podem ser mantidas, seja porque o autor não era bancário, seja porque a alteração contratual não foi ilícita, mas apenas incorporou à remuneração as horas excedentes da sexta diária. Afirma que houve compensação de jornada, conforme acordo escrito individual, que fez com que eventuais excessos fossem compensados com folga maior ou remunerados corretamente. Pede que se exclua a condenação em repousos semanais remunerados e em diferenças de

adicional noturno, especialmente porque o percentual de 35% não tem previsão legal, convencional ou contratual. A declaração de que o autor detinha estabilidade no emprego, com ordem de reintegração, seria também indevida porque o autor não sofreu qualquer doença decorrente do trabalho ou acidentária, tampouco ficou afastado por mais de 15 dias, nos termos da Lei n.º 8213/91. Pelos mesmos motivos, afirma que não pode prevalecer a condenação em salários do período de afastamento, pois é contrária aos fatos provados nos autos. Assevera que não tinha conhecimento de que o autor era portador do vírus HIV que decidiu despedi-lo apenas para readequar seu quadro funcional, jamais por discriminação, o que seria comprovado pelo fato de que, no mesmo dia, ocorreram outras rescisões. Transcreve julgados e pede que se afaste o entendimento de que ocorreu discriminação, com exclusão do pagamento de salários do período de afastamento. Sucessivamente, pede que se reduza o valor da multa diária pelo descumprimento, bem como se restrinja a estabilidade ao período de doze meses estabelecido na Lei n.º 8213/91. Por fim, alega que o FGTS não é devido em razão do seu caráter acessório. Custas processuais e depósito recursal satisfeitos (fls.248/249). A representação processual é regular (fls. 21 e 124).

O autor interpôs o recurso adesivo de fls. 271/274, apenas para pedir que se reconheça a existência de nulidade, em razão do cerceio ao direito de produção de prova. Alega que, ao rejeitar seu pedido de adiamento da audiência de instrução, para que fossem intimadas as testemunhas que pretendia ouvir, o julgador violou a lei e o entendimento jurisprudencial dominante. Afirma que as testemunhas devem ser intimadas a comparecer em Juízo,

independente de comprometimento anterior da parte em trazê-las, nos termos do art. 825, parágrafo único da CLT. Pede que se reconheça a nulidade, com determinação de retorno dos autos à origem para reabertura da instrução, caso seja acolhida alguma pretensão recursal dos réus em virtude de falta de prova, pelo autor. Procuração à fl. 17.

Em 15 de outubro de 2003, o autor apresentou cópias de exames laboratoriais que demonstrariam a gravidade de seu quadro clínico e postulou antecipação de tutela para reintegração no emprego, bem como celeridade no andamento do feito, pois encontra dificuldades em prover seu sustento e da família, na condição de desempregado (fls. 253/255). O julgador de primeiro grau despachou, à fl. 275, no sentido de que já teria se pronunciado a respeito da matéria, além de que o pedido poderia ser renovado, em segundo grau de jurisdição.

Contra-razões foram apresentadas pelo autor (fls.258/271), pela XXXX (fls. 284/288) e pelo XXXXXX (fls. 289/295).

O Ministério Público do Trabalho manifestou-se à fl. 492, no sentido de que os interesses em litígio não justificam, por ora, sua intervenção no feito.

O valor atribuído à causa permite a interposição de recurso, independente de se discutir matéria constitucional¹.

¹Lei n.º 5584/70 - Art. 2º. Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o presidente da Junta ou o juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido. (...) § 4º. Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

As partes possuem interesse e legitimidade, foram respeitados o prazo recursal e demais requisitos de admissibilidade. **CONHEÇO DOS RECURSOS.**

2. MÉRITO

RECURSO DOS RÉUS

(ANÁLISE CONJUNTA DAS MATÉRIAS
COMUNS)

a) Terceirização - vínculo de emprego - condição de bancário

O recorrente alega que o que define o enquadramento sindical da categoria é a atividade preponderante da empresa, de forma que a decisão diverge dos julgados que transcreve e dos parágrafos 1º e 4º do art. 511 e 577 da CLT, por ter reconhecido ao autor a condição de bancário, com todas as vantagens da categoria. Alega que a contratação de mão-de-obra especializada configura ato jurídico lícito e perfeito, respaldado na lei civil, e não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego com o tomador de serviços. Pede sua exclusão da lide, com declaração de inexistência de vínculo, ilegitimidade passiva e carência de ação, que se afaste a condição de bancário, a responsabilização solidária e a anotação em CTPS. Afirma que o autor apenas prestou serviços intermediados, sem fiscalização e subordinação ao recorrente, pois quem o admitiu, dava

o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação. (Redação dada ao parágrafo pela Lei nº 7.402, de 05.11.1986, DOU 06.11.1985)

ordens, fiscalizava e pagava o salário era a XXXX . Assim, entende que deve ser excluído da lide ou afastada a declaração de vínculo e consectários.

A ré XXXX pede reforma quanto ao vínculo de emprego, que jamais existiu com o XXXXXX . Afirma que o autor foi admitido, remunerado e fiscalizado pela recorrente, sem que tenha jamais prestado serviços próprios de bancário, mas, apenas, de separação e organização de documentos para geração de meio magnético. Observa que o serviço prestado pela XXXX ao banco consistem na preparação de documentos para a compensação junto ao Banco do Brasil, atividade que se enquadra na prestação de serviços. Ainda, não haveria exclusividade na prestação de serviços pelo autor ao XXXXXX , pois prestava serviços a outros clientes da XXXX , o que faz com que a decisão afronte o art. 5º, II da Constituição Federal e o Enunciado 256 do TST. Alega que a atividade desenvolvida pelo autor não se constituía em atividade-fim do banco, mas atividade-meio, o que impede a formação de vínculo, nos termos do Enunciado 331 do TST, Por não formarem grupo econômico, os réus não haveriam que suportar condenação solidária como a que foi imposta, como consta de julgado que transcreve. Pede que se afaste o reconhecimento de relação de emprego do autor com o XXXXXX , assim como qualquer espécie de responsabilidade (solidária ou subsidiária) e que se declare a ilegitimidade passiva do segundo réu, que deve ser excluído da lide. Quanto à condição de bancário, alega que não encontra respaldo em previsão legal, sequer por analogia, pois o art. 224, *caput*, da CLT é preciso ao limitar a condição de bancário aos empregados de bancos, casas bancárias e Caixa Econômica Federal, o que faz com que a sentença viole, mais uma vez, o art. 5º, II da CF/88,

além dos Enunciados 55 e 119 do TST. Transcreve julgados do TST e desta Corte, no sentido de que os empregados da XXXX que prestam serviços a bancos não se enquadram na categoria dos bancários. Pede que se afaste a condenação a direitos dos bancários, como auxílio cesta-alimentação, auxílio-refeição, participação nos lucros e resultados, abono único, adicional por tempo de serviço, indenização adicional, horas extras excedentes da sexta diária e trigésima semanal, divisor 180.

O autor narrou, na inicial, que foi contratado pela ré XXXX , em 10 de março de 1993, na função de auxiliar de tesouraria I. Depois de ser promovido a auxiliar de serviços, em setembro de 1993 e a conferente, em abril de 1994, foi demitido em 18 de janeiro de 2000. Durante todo o contrato, prestou serviços para o XXXXXX consistentes em recebimento de depósitos bancários, conferência de dinheiro e cheques do banco 24 horas, digitação e conferência de cheques para compensação e entrega de malotes para o serviço de compensação no Banco do Brasil. Os serviços seriam inerentes à atividade do banco e desenvolvidos em suas instalações. Defendeu a ilegalidade da locação de mão-de-obra, com base no Enunciado 331 da Súmula do TST e pediu a declaração de nulidade do contrato com a ré XXXX e reconhecimento de vínculo com o XXXXXX , com a determinação de registro da CTPS.

Os réus apresentaram defesa e documentos e impugnam a pretensão do autor com o argumento de que pactuaram a prestação de serviços, pela XXXX ao XXXXXX , conforme instrumento de fls. 100/106. A XXXX alegou que os serviços prestados eram típicos de empresas prestadoras de serviços, sem que se pudesse cogitar da

alegada nulidade. Além disso, não havia exclusividade, uma vez que a empresa mantinha contratos semelhantes com outras empresas, tampouco subordinação hierárquica do autor ao banco. Alegou que não havia pessoalidade na prestação dos serviços que não se incluíam na atividade-fim das instituições bancárias. Apontou o próprio Enunciado 331 da Súmula do TST como fundamento da licitude da pactuação. O XXXXX trilhou linha de argumentação semelhante. Foram tomados os depoimentos dos representantes dos réus (fls. 125/127).

A decisão foi de que o autor efetivamente desenvolvia atividades condizentes com a condição de bancário e que o contrato de prestação de serviços entre os réus foi apenas um instrumento para propiciar a locação de mão-de-obra ao banco, por meio de empresa interposta, ao arrepio da lei. Foi declarada a ilicitude da terceirização e reconhecido o vínculo diretamente com o banco, com os direitos daí decorrentes.

Ocorre que, no próprio contrato de prestação de serviços de fls. 100/105 e o anexo XI, datado de 1997, vislumbram-se elementos capazes de sustentar a tese de nulidade, defendida na inicial.

Da mesma forma, não há, nos autos, prova de que a constituição e forma de atuação da empresa prestadora de serviços permita seu enquadramento específico em uma categoria de serviços a ofertar no mercado. Não se trata, à toda evidência, de pactuação passível de ser enquadrada como autêntica terceirização; a XXXX não é empresa de asseio, limpeza e conservação, atividades que, segundo entendimento consolidado ao longo dos anos, pode ser transferida a terceiros, sem risco de representar tentativa de fraude às normas de direito do

trabalho. Nesse sentido, este Colegiado tem aplicado entendimento que bem se resume na seguinte ementa:

TERCEIRIZAÇÃO. ATIVIDADE ESSENCIAL. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. À custa de alguma tolerância, tem-se aceito a terceirização de serviços, desde que atendidos os limites e exigências legais da espécie. Todavia, quando se constata que a intermediação de mão-de-obra tem mero objetivo de baratear custos para o tomador, já que a atividade desempenhada é essencial para o empreendimento, torna-se imperioso reconhecer o vínculo de emprego diretamente com o tomador. A tarefa de prestar informações e esclarecimentos por meio do que se conhece por *telemarketing* é, hoje, vital em toda sorte de empreendimento, pois denota preocupação com o cliente-consumidor. Trata-se, portanto, de setor que pode ser ocupado por empregados do próprio banco, sem risco de desvirtuar seus objetivos empresariais. Recurso a que se nega provimento, no particular, para manter a decisão que enquadrou a autora como bancária.²

² TRT 9ª Região - 2ª Turma - RO 04357/2002-001-09-00-4 RO 10314/2003 - Rel. Juíza Marlene T. Fuverki Suguimatsu. j. 16.03.2004; Acórdão n.º 6668/2004.

Reintegração. portador do vírus HIV.

O contrato de prestação de serviço de preparação de documentos para compensação foi firmado entre XXXXXX e XXXX em 21 de agosto de 1997, sem prazo de vigência predeterminado. O instrumento descreve as atividades postas a cargo da prestadora de serviços, com a expressa previsão de que a contratante (XXXXXX) poderia fiscalizar todas as etapas do serviço, que consistiria, basicamente, na preparação de documentos (cheques) para envio à câmara de compensação do Banco do Brasil. Não há, entre as tarefas ali descritas e que foram postas a cargo da XXXX , uma só que se possa dizer estranha à atividade bancária. O Anexo XI (fl. 106) contém cláusula particularmente interessante, na medida em que a prestadora assume, por exemplo, a obrigação de remunerar seus empregados com base nos instrumentos da categoria dos bancários. Outras cláusulas contêm responsabilidades em tamanha extensão que permitem cogitar da viabilidade, em termos econômicos, de tal empreendimento.

Observe-se, por exemplo, a cláusula 4.4 (fl. 103) em que a XXXX se obriga a ressarcir perdas financeiras do XXXXXX , ocasionadas pela má execução dos serviços, nos seguintes termos:

4.4 - No caso de perdas financeiras, ocasionadas pela má execução dos serviços operacionais, a XXXX se comprometerá a ressarcir a CONTRATANTE pelas perdas ocorridas, no valor total do seu faturamento mensal, em todas as praças de sua atuação e referentes ao período de ocorrência do fato, sendo

reembolsadas em parcelas mensais, até o limite de 15% desse faturamento.

O dispositivo contratual representa imposição tipicamente leonina e parece capaz de soterrar qualquer possibilidade de lucro do empreendimento. A responsabilidade da prestadora de serviços é ampla a ponto de que se possa questionar se, na verdade, a empresa não se tratava de uma extensão do banco, criada exatamente com o objetivo de proporcionar alguma economia de gastos, na folha de pagamento, especificamente pela obtenção de serviços bancários sem as particularidades previstas em lei para a categoria, no que tange à remuneração. Ainda que não se possa chegar a essa conclusão, a pactuação causa espécie.

Há outros aspectos interessantes, no contrato, no que diz respeito aos empregados da prestadora de serviços. Conquanto se estabeleça a responsabilidade da XXXX por todo e qualquer ônus relativos à mão-de-obra (cláusula 2.11), outras disposições são absolutamente estranhas aos autênticos contratos de prestação de serviços. Assim, por exemplo, é a previsão do Anexo XI, à fl. 106, que trata do reajuste dos serviços prestados pela XXXX ao XXXXXX, fixado em 70% da variação do custo da mão-de-obra, conforme dissídio da categoria profissional dos bancários, além de 30% do IGPM.

No contrato de prestação de serviços, é prevista a subordinação do contrato às regras relativas ao sigilo bancário, previstas nas Leis n.º 4595/94 e n.º 7492/86 (cláusula 4.2, fl. 103), assim como a de que o XXXXXX promoveria fiscalização permanente da qualidade de execução dos serviços contratados.

Entendo que se tem, nos autos, típica contratação irregular que, a pretexto de prestação de serviços nos moldes da Lei n.º 6019/74, transfere parte das atividades diretamente ligadas à atividade-fim do tomador para a prestadora, em clara tentativa de redução dos ônus salariais impostos pela legislação trabalhista dirigida à categoria dos bancários. A hipótese atrai, de forma inafastável, a aplicação do Enunciado 331 da Súmula do TST, que condiciona a legalidade dessa espécie de contratação aos casos de trabalho temporário, serviços de vigilância, de conservação e limpeza e outros serviços que possam ser classificados como pertinentes à atividade-meio do tomador, desde que não se verifique a subordinação e pessoalidade entre o empregado e o tomador. A partir desses requisitos tem-se que as tarefas desempenhadas pelo autor eram nitidamente características da atividade-fim do tomador.

Não procede a alegação de que o serviço não era de compensação e, portanto, não pode ser considerado tipicamente bancário. A prevalecer tal entendimento, haveria que se excluir do âmbito de aplicação das normas trabalhistas específicas dos bancários aqueles empregados de banco que desempenhem suas tarefas em qualquer setor que não seja o da compensação propriamente dita. Outro aspecto a considerar é a possibilidade de que a compensação se efetive, caso não sejam cumpridos os procedimentos postos a cargo da XXXX . A verdade é que o contrato de prestação de serviços firmado pelos réus tinha por objeto o desempenho de típicas atividades bancárias, ou seja, todo o processamento dos cheques liquidados através do Sistema de Compensação de Cheques, com o objetivo de adequá-los à Compensação Convencional. Observe-se que, inclusive, faz parte da contratação a

entrega ao Banco do Brasil dos lotes de cheques e seus relatórios. Nesse sentido, observe-se que a prova oral corrobora a cláusula contratada, uma vez que os depoimentos confirmam que o autor conferia, carimbava e manipulava cheques. A representante do XXXXXX admitiu que era possível designar o autor para o serviço de compensação de cheques, sem que tivesse condições de informar com certeza, pois não acompanhava os serviços. De acordo com outros elementos dos autos, a começar pelos contratos de prestação de serviços, havia, ainda, tarefas como a conferência de envelopes e depósitos e abertura de malotes.

A propósito do tema, observe-se o teor de decisão do TST:

DIGITADOR. BANCÁRIO. ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TOMADOR DE SERVIÇOS. INTERMEDIÇÃO IRREGULAR. O trabalho desenvolvido por empregado que presta serviço de digitação para banco insere-se na atividade-fim da instituição, revelando-se irregular a contratação havida por interposta pessoa, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Recurso não conhecido.³

Não se cogita de que o entendimento aqui proposto represente afronta à Lei n.º 6.019/74, que estabelece critérios para a contratação de trabalho

³ TST-RR-358.430/1997.1 - SP - Ac. 4ª T.- Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJU, p. TST-12-5-2000.

Reintegração. portador do vírus HIV.

temporário. O art. 2º do diploma, assim como o art. 1º de seu regulamento, o Decreto 73.841/74, dispõem expressamente:

Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.

Com relação à duração do contrato individual de trabalho, nessas hipóteses, o art. 10 da Lei n.º 6019/74 determina:

O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.

Ainda que seja possível declarar a nulidade da intermediação pela mera constatação de prestação de serviços compatíveis com a atividade-fim do tomador, a situação do autor permite vislumbrar, também, a presença acentuada de requisitos como a subordinação e a fiscalização, em especial pela previsão contratual de que o XXXXXX exerceria fiscalização permanente sobre os serviços.

Outros requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT, como a pessoalidade, sequer merecem análise exaustiva, pois sequer foi ventilado - de modo sério - que não fosse o autor quem realizava as tarefas ou que as pudesse delegar a terceiro, estranho à relação jurídica que se formou a partir do contrato de trabalho de fl.51. A ré XXXX alegou, em defesa, que a pessoalidade se afastava porque a atividade desempenhada pelo autor não se incluía na atividade-fim do banco, o que é, de todo, impertinente.

Os aspectos da admissão e pagamento de salários se configuram pela contratação realizada entre tomador e prestadora: o réu XXXXXX , por intermédio da ré XXXX , utilizou via transversa tanto para a contratação quanto para o pagamento dos salários, ao contratar 'serviços' e repassar valores que, sob a mal disfarçada rubrica de remuneração do contrato de prestação de serviços, eram até mesmo corrigidos por índices relativos à categoria dos bancários.

Nem se alegue que a inexistência de grupo econômico possa descaracterizar o contrato de trabalho que se estabeleceu entre o autor e o réu XXXXXX . A configuração de grupo econômico entre os réus seria apenas um elemento a mais a considerar no que diz respeito à natureza jurídica da responsabilidade que devem suportar. Nessa esteira, tem-se que a inexistência do grupo não implica óbice ao reconhecimento do vínculo.

Por fim, afasta-se qualquer possibilidade de aplicação do Enunciado 256, da Súmula do TST, pois a intermediação foi ilegal e, em decorrência, nula. Pelo mesmo fundamento, não se cogita de que o reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços represente afronta ao artigo 5º, II, da

Constituição Federal.

O reconhecimento da condição de bancário tem por conseqüência inarredável a condenação em parcelas previstas em lei, para a categoria, além de outras constantes de instrumentos negociados. Os réus não trazem qualquer argumento capaz de ensejar reforma na decisão de fundo. Limitam-se a insistir na tese de que o autor não executava tarefas típicas de bancário, o que, pelos fundamentos já expostos, não era a realidade do contrato de trabalho.

Observe-se que o autor mencionou, na petição inicial, outras cláusulas do contrato de prestação de serviços firmado entre os réus, em que a XXXX se compromete a remunerar seus 'funcionários' com os mesmos salários e condições de trabalho próprios dos compromissos assumidos entre as lideranças dos bancos e bancários, bem como as normas legais correspondentes. Conquanto esse instrumento, especificamente, não tenha vindo aos autos, seu conteúdo já veio ao conhecimento deste Colegiado, que decidiu nos seguintes termos:

BANCO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TAREFAS BANCÁRIAS. NULIDADE. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO COM O TOMADOR. A instituição bancária que contrata empresa para prestar serviço de preparo de cheques para compensação, entre outras tarefas tipicamente bancárias, age ilicitamente, no intento de burlar a lei trabalhista. O contrato de trabalho firmado entre a autora e a prestadora

de serviços é nulo e o vínculo se estabeleceu, na realidade, com o banco tomador. O próprio contrato de prestação de serviços evidencia a condição de bancária da autora, ao estipular que os salários e benefícios serão tratados de acordo com os dispositivos legais específicos dos bancários, além de que serão atendidos os instrumentos normativos da categoria. A subordinação ficou evidente, também, pela expressa previsão de que o banco fiscalizaria toda a atividade dos empregados da prestadora. Nulidade do contrato de trabalho com a prestadora e reconhecimento de que o vínculo de emprego se deu entre a autora e o banco tomador dos serviços. Recurso provido, em parte, também para reconhecer a condição de bancária e deferir, parcialmente, verbas correlatas.⁴

A recorrente alega não possuir credenciais do Banco do Brasil ou do Banco Central para promover a compensação de cheques, o que comprovaria que não pode ser enquadrada como instituição bancária e, portanto, não poderia ser reconhecida a condição de bancário, ao autor. Ao contrário do que pretende a ré, o

⁴ RO 16.384-2000-015-09-00-0 (RO 1135/2003); j. 24.06.03; Ac. 15903/2003

conjunto de elementos trazidos aos autos demonstra que, na verdade, a pretexto de pactuar prestação de serviços, os réus agiam como verdadeiros parceiros, com o objetivo de proporcionar benefícios ao banco pelo fornecimento - totalmente irregular - de mão-de-obra a preços reduzidos. Não tem pertinência o argumento de que o autor não pode ser considerado bancário porque a ré XXXX não é instituição bancária, pois o vínculo existiu, na verdade, entre o autor e o XXXXXX, a quem eram prestados serviços de autêntico bancário, independente de credenciais para execução de serviços na câmara de compensação do Banco do Brasil ou do Banco Central. Como se sabe, a tarefa não é inerente a todo e qualquer empregado bancário, tampouco se pode afirmar que só detém a condição de bancário o empregado que trabalha na compensação de cheques.

Mantém-se a sentença, portanto, quanto a todas as parcelas decorrentes da condição de bancário, inclusive àquelas verbas relacionadas pela ré XXXX : participação nos lucros, abono único, adicional por tempo de serviço, indenização adicional, auxílio cesta alimentação e multa convencional. O argumento da recorrente não passa de insistência na alegação de que o autor não tinha a condição de bancário. Não há o que prover quanto ao pedido sucessivo de que a participação nos lucros seja proporcional ao período trabalhado, pois não se cogita de que o simples deferimento com base nas CCTs dos bancários seja capaz de alcançar período além daquele já trabalhado. Por certo que a prestação de serviços depois da reintegração atribuirá ao autor direitos semelhantes que, todavia, não se consideram incluídos, concretamente, na sentença, exceto pela declaração da condição de bancário. **Mantenho.**

Nego provimento ao recurso dos réus quanto ao reconhecimento de vínculo de emprego com o réu XXXXXX e conseqüente condenação em direitos inerentes à condição de bancário.

RECURSO DO RÉU XXXXXX

(Análise das matérias exclusivas)

Horas extras

O réu XXXXXX alega que o deferimento de horas extras sem a devida prova violou o art. 818 da CLT, que o divisor correto é 220 e que, mesmo se fosse bancário, o divisor seria 180, jamais 150, de acordo com o Enunciado 343 da Súmula do TST.

Não se cogita de que o deferimento de horas extras tenha se dado ao arrepio de prova do efetivo trabalho extraordinário, especialmente porque foram considerados válidos os registros de jornada trazidos aos autos. A condenação, na verdade, é mera conseqüência do reconhecimento de que o autor realizava tarefas típicas de bancário e, portanto, faz jus à jornada reduzida que a lei assegura à categoria. Assim, não há que se cogitar de afronta ao art. 818 da CLT.

O réu carece de interesse no tocante ao afastamento do divisor 150 e fixação de 180, na medida em que foi este o divisor fixado pela sentença, em razão do reconhecimento da condição de bancário ao autor que, pelos fundamentos expostos no tópico específico, foi

Reintegração. portador do vírus HIV.

adequado à situação de fato exposta nos autos. As horas extras, portanto, são devidas, nos exatos parâmetros fixados em primeiro grau. **Mantenho.**

Nego provimento ao recurso do XXXXXX .

RECURSO DA RÉ XXXX

(Análise das matérias exclusivas)

a) Redução salarial ilícita

Seriam, ainda, indevidas diferenças decorrentes de redução salarial ilícita, porque o Aditivo do Contrato de Trabalho para alteração da jornada de trabalho apenas considerou a remuneração do autor acrescida da média de horas extras.

O procedimento adotado pela ré, a partir de outubro de 1998 acarretou inegável perda salarial, como se constata no demonstrativo apresentado pelo autor, na petição inicial. Até setembro de 1998, a jornada era de seis horas, com limite semanal de 30 e, portanto, divisor 180. Quando passou a considerar a jornada de oito horas, em outubro, a ré pagava, como horas extras, apenas as excedentes da oitava diária, o que significa utilizar divisor 220. Assim, ainda que o valor nominal do salário aparentemente tenha sido majorado, o fato é que a sétima e a oitava horas, que antes eram remuneradas com adicional de 50%, porque eram extraordinárias, passaram a ser pagas de forma simples, pois consideradas integrantes da jornada normal. É inegável o prejuízo e a afronta aos dispositivos da CLT que vedam a alteração contratual que venha em prejuízo do empregado.

Aplica-se à relação de emprego o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. Importado do direito

civil, onde é conhecido pelo aforismo *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), o princípio da inalterabilidade dos contratos ganhou tratamento especial no âmbito do Direito do Trabalho. As alterações contratuais não são vedadas de forma absoluta, porém só se consideram legítimas quando efetivadas em benefício do empregado. Quando é assim, o próprio ordenamento legal trabalhista trata de incentivá-las (art. 468 da CLT). Em contrapartida, quando se pretenda alterar o pacto em prejuízo do empregado, a vedação é rigorosa, sem que sequer se cogite da aplicação da atenuante - válida no Direito Civil - da fórmula *rebus sic stantibus*, pela qual se suplanta a inalterabilidade em face de grave desequilíbrio contratual. Porque se entende que os riscos do empreendimento pertencem unicamente ao empregador, nem mesmo as mudanças mais drásticas no cenário econômico, por exemplo, justificam alteração contratual desfavorável ao empregado. Quanto aos salários, especificamente, os artigos 7º, VI e 8º da Constituição Federal fixaram a regra geral de irredutibilidade, condicionando quaisquer condutas de redução salarial à negociação coletiva sindical.

Não há como considerar legítima a conduta da ré que, como demonstrado, acarretou prejuízo salarial ao autor. **Mantenho.**

b) Horas extras - compensação

Alega que as horas extras não podem ser mantidas, seja porque o autor não era bancário, seja porque a alteração contratual não foi ilícita, mas apenas incorporou à remuneração as horas excedentes da sexta diária. Afirma que houve compensação de jornada, conforme acordo escrito individual, que fez com que

eventuais excessos fossem compensados com folga maior ou remunerados corretamente.

O primeiro obstáculo para o acolhimento da pretensão da ré reside na preclusão. Em defesa, foi alegada a existência de acordo de compensação de jornada, conforme documentos que anexou. Todavia, a sentença passou ao largo de qualquer consideração a esse respeito, e, nos embargos de declaração de fls. 211/213, a ré não provocou o Juízo a se pronunciar sobre a questão. Observe-se que a alegação de existência de acordo de compensação não pode ser entendida como implícita ao pedido genérico de indeferimento de horas extras. Trata-se de mais um argumento da parte que merece receber resposta judicial expressa. A análise da validade de acordo de compensação apenas em sede recursal suprime um grau de jurisdição e, por se tratar de matéria de prova, não enseja revista. Com isso, haverá um único pronunciamento judicial, sem chance de revisão da matéria, tampouco oportunidade para debate, pelas partes, o que não se coaduna com os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, especialmente o do contraditório e o da ampla defesa.

Ainda que assim não fosse, haveria empecilhos também para acolher a pretensão, no mérito. O acordo para prorrogação e compensação de horas para flexibilização da jornada de trabalho (fl. 57) não preenche exigências básicas, como a assistência sindical, que, segundo entendimento predominante deste Colegiado, oferece garantia de que eventual compensação de jornada sofrerá acompanhamento da entidade representativa da categoria profissional, de forma a evitar abusos que podem ocorrer, caso seja deixado ao exclusivo alvitre do

empregador. Com o reconhecimento da condição de bancário, o autor deveria ter sido assistido pelo sindicato dessa categoria, o que, com certeza, não ocorreria, pois tal condição não era reconhecida pela ré.

Exige-se, ainda, que os instrumentos coletivos da categoria do empregado prevejam a possibilidade do ajuste, que, de qualquer forma, deverá ser firmado por escrito e individualmente, com cada trabalhador. Este é, também, o entendimento contido na Orientação Jurisprudencial n.º 182, da SDI/TST: é válido o acordo de compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. É dizer: a pactuação não é vedada, porém deve ser fruto de acordo coletivo, além de condicionada ao atendimento dos comandos da CLT.

Mais uma vez, o tratamento dispensado ao autor impediria até mesmo aferir a existência e validade dessa autorização, ao longo do contrato, pois, apesar de realizar tarefas típicas de bancário, o autor não era assim tratado, pelos réus.

Além de não ser vedada em norma coletiva, a pactuação em que se ajusta o prolongamento da jornada em um ou alguns dias da semana, a fim de reduzir ou suprimir a jornada, também em um ou mais dias, pode ser considerada válida desde que seja efetivamente cumprida. Como o autor tinha direito à jornada reduzida dos bancários, não se pode sequer cogitar de que eventual compensação tenha abrangido todo o trabalho extraordinário, pois a ré sujeitava-o a jornada de oito horas.

Assim, por mais de um fundamento, não há reparos a empreender no julgado. **Mantenho.**

Reintegração. portador do vírus HIV.

c) Repouso semanais remunerados

A ré alega que os repouso semanais remunerados já foram pagos corretamente, quando o autor recebeu pelas horas trabalhadas.

Não há o que prover, no particular, pois o reconhecimento da condição de bancário acarretou a condenação em horas extras, assim consideradas as excedentes da sexta diária. Como este não era o critério adotado pela ré, para cálculo da remuneração extraordinária do autor, por óbvio remanescem diferenças dos repouso semanais remunerados, pois não eram calculados com os reflexos das horas extras a partir da sexta diária. **Não há o que prover.**

d) Diferenças de adicional noturno

Seriam, ainda, indevidas diferenças de adicional noturno, especialmente porque o percentual de 35% não tem previsão legal, convencional ou contratual.

A condenação em diferenças de adicional noturno decorreu da alegação do autor de que a previsão convencional da categoria dos bancários é de adicional noturno de 35%. A parcela era paga, no importe de 20% sobre o valor da hora normal, como se infere da ficha financeira do mês de junho de 1999 (fl. 63)⁵. Reconhecida a condição de bancário, devem ser assegurados os direitos da categoria. Como a ré não cuidou de trazer aos autos prova de que o adicional seja devido em percentual diverso, impõe-se a manutenção da sentença, no particular. **Mantenho.**

⁵ Salário de R\$ 688,21; valor da hora normal = R\$ 3,128; 122.58 horas com adicional de 20% = R\$ 76,69.

e) Garantia de emprego - reintegração

A declaração de que o autor detinha estabilidade no emprego, com ordem de reintegração, seria também indevida porque o autor não sofreu qualquer doença decorrente do trabalho ou acidentária, tampouco ficou afastado por mais de 15 dias, nos termos da Lei n.º 8213/91. Pelos mesmos motivos, a ré afirma que não pode prevalecer a condenação em salários do período de afastamento, pois é contrária aos fatos provados nos autos. Assevera que não tinha conhecimento de que o autor era portador do vírus HIV que decidiu despedi-lo apenas para readequar seu quadro funcional, jamais por discriminação, o que seria comprovado pelo fato de que, no mesmo dia, ocorreram outras rescisões. Transcreve julgados e pede que se afaste o entendimento de que ocorreu discriminação, com exclusão do pagamento de salários do período de afastamento. Sucessivamente, pede que se reduza o valor da multa diária pelo descumprimento, bem como se restrinja a estabilidade ao período de doze meses estabelecido na Lei n.º 8213/91.

A recorrente alega que não houve prova de que soubesse da doença, antes de se decidir pela dispensa do autor, levada a cabo por força de readequação do quadro funcional na empresa, quando outros empregados foram também dispensados. Alega que outras seis rescisões ocorreram no mesmo dia que a do autor, como comprovam os documentos que anexou à defesa. Assim, afirma que só teve ciência de que o autor portava o vírus quando informada por ele, na rescisão contratual, o que afasta o entendimento de que houve discriminação. Nesse sentido, assevera que o depoimento do preposto faz prova de que a empresa perdeu alguns serviços e dispensou cerca

de 30 funcionários, entre eles o autor. O preposto afirmou, ainda, ter certeza de que nenhum dos encarregados do setor de pessoal recebeu atestado médico sobre a moléstia.

O julgador de primeiro grau asseverou que os autos contêm prova robusta de que o autor foi dispensado quando se encontrava doente e necessitava de tratamento médico por ser soropositivo (fl. 201).

A petição inicial contém a afirmação de que, na data da dispensa, o autor já era portador do vírus HIV. Os documentos de fls. 46/56 do volume de documentos comprovam que, desde novembro de 1999, os exames laboratoriais realizados pelo autor registram a efetiva existência da moléstia, o que impõe a conclusão de que, na data da rescisão do contrato de trabalho, 18 de janeiro de 2000, o autor estava doente.

A pretexto de provar que, na mesma data, outros empregados foram demitidos, porque a empresa se encontrava em processo de readequação, a ré trouxe o documento de fl. 89 que, todavia, nada prova. Trata-se de uma simples relação de quinze nomes, entre eles o do autor, com datas de desligamento indicadas ao lado, sem aptidão para provar a alegação da ré.

Também em defesa, a ré negou que houvesse recebido comunicação do autor a respeito da doença, sequer por ocasião da rescisão do contrato. Ao se manifestar sobre os documentos trazidos com a defesa (fl. 110), o autor apenas impugnou o atestado de saúde ocupacional de fl. 87. A avaliação, em 27 de agosto de 1999 - 4 meses e 21 dias antes da rescisão - foi feita por anamnese ocupacional e exame físico e mental e levou à

conclusão de aptidão do autor para o trabalho.

O volume de documentos contém outros atestados de saúde ocupacional periódicos. O de fl. 43 não indica a data em que foi realizado, o que lhe retira qualquer valor, como prova. Além do exame realizado em 27 de agosto de 1999, o autor foi submetido a exame demissional em que foi, também, considerado apto (fl. 44).

Em depoimento, o preposto da XXXX afirmou que, embora não lembrasse se o autor faltou ao serviço em razão de doença, esse tipo de ausência deve ser justificado com a apresentação de atestado médico, por exigência da empresa.

À fl. 74, encontram-se anexados ao cartão de ponto do mês de janeiro de 1998 dois atestados médicos: o primeiro, com timbre do Hospital Yyyyyyyy e firmado pelo médico Nonononono, dá conta de que o autor deveria ficar afastado do trabalho por seis dias, entre 9 e 14 de janeiro; o segundo, em que há o timbre do Zzzzzzzz e foi firmado pelo médico Jjjjjjjjjj, atesta que o autor foi atendido, em 14 de janeiro de 1998. Às fls. 54/58 do volume de documentos, há atestados de atendimento médico e hospitalar ao autor, em janeiro e fevereiro de 1998 e outubro de 2000. Ainda que os documentos não indiquem o CID (Código Internacional de Doenças), de forma que se possa afirmar, com segurança, que a causa dos afastamentos e dos atendimentos médicos tenha sido a doença que o acomete, os exames laboratoriais datados de novembro de 1999 são sérios indícios de que o autor já tivesse problemas, antes da confirmação dos exames.

A ré admite, nas razões de recurso, que

tomou conhecimento da doença apenas por ocasião da rescisão contratual do autor, o que torna incontroverso o fato de que teve conhecimento do quadro clínico do empregado em tempo de rever a decisão de dispensá-lo.

A alegação de que não existe previsão legal de estabilidade ao portador do vírus HIV e que a condenação afronta o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, II da Constituição Federal descuida de que o entendimento contido na decisão de fundo tem pilares na própria ordem constitucional, que elegeu como base do estado Democrático de Direito, ao lado da legalidade, princípios como o da dignidade humana, assim como o repúdio à discriminação, como se observa no recente julgado do TST:

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - 1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado. **2.** O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria

inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego. 3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego. 4. Embargos de que não se conhece.⁶

O tratamento especial aos doentes portadores do vírus HIV tem assumido, com o passar do tempo, feição humanitária, calcada no respeito à vida e na necessidade de proporcionar existência digna ao cidadão acometido da doença que, infelizmente, não dispõe de cura conhecida. Na busca desse intento, liberam-se valores existentes na conta vinculada do FGTS, como se observa em decisão da Justiça comum:

FGTS - LEVANTAMENTO - TRATAMENTO DE SAÚDE DE DEPENDENTE PORTADOR DO VÍRUS HIV - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STJ - 1 - Na contraposição entre a liberação de um saldo de conta vinculada que pertence à impetrante, e que só pode ser movimentado em situações disciplinadas legalmente, e o bem maior a ser preservado que é a vida, sobreleva o segundo. 2 - Dada a pressuposição de verdade e lealdade

⁶ TST - ERR 439041 - SBDI I - Rel. Min. João Oreste Dalazen - DJU 23.05.2003.

com que devem atuar os litigantes, tem-se por verdadeira a afirmação de que a doente - Irmã da impetrante - Seja, efetivamente, dependente da impetrante. 3 - É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, tendo em vista o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida, à dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares. Precedentes do stj. 4 - Remessa improvida.⁷

O direito à aposentadoria por incapacidade definitiva já é reconhecido até mesmo na esfera administrativa, como se observa no seguinte julgado⁸:

⁷ TRF 1ª R. - REO-MS 2001.38.00.028843-4 - MG - 5ª T. - Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida - J. 14.04.2003.

⁸ A Lei n.º 7670/88, em seu art. 1º, inc. I, "c " inclui os militares portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida no elenco dos beneficiados pelo art. 108, inc. V, da Lei nº 6.880/80, garantindo-lhes direito à reforma. Nesse sentido foi, também, a seguinte decisão: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ADMINISTRATIVO - LEIS N.º 7.670/88 E N.º 6.880/80 - MILITAR PORTADOR DO VÍRUS HIV - DESLIGAMENTO - IMPOSSIBILIDADE - O militar portador do vírus HIV tem direito à reforma por incapacidade definitiva, motivo pelo qual deve ser determinada sua reintegração imediata ao Exército, sendo-lhe concedida licença para tratamento de saúde, com as vantagens dos militares da ativa. TRF 4ª R. - AI 2003.04.01.045362-4 - RS - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon - DJU 21.01.2004 - p. 623.

**ADMINISTRATIVO - CONSTITUCIONAL
- MANDADO DE SEGURANÇA - LEIS
NºS 8.622/93 E 8.627/93 - 28, 86% -
ART. 37, X, CF - REAJUSTE GERAL -
EXTENSÃO AOS SERVIDORES CIVIS -
ISONOMIA - SAQUE INTEGRAL POR
MOTIVO DE SAUDE - VIRUS HIV - 1.
Sendo o direito à saúde assegurado
pelo art. 6º, da CF/88, e, aplicando-
se o disposto no art. 5º, da LICC, onde
determina que, na aplicação da Lei, o
juiz atenderá aos fins sociais a que
ela se dirige e às exigências do bem
comum, não há como denegar-se
pedido de liberação total do
percentual de 28, 86%, por motivo de
saúde (Vírus HIV). 2. Apelação e
remessa oficial improvidas.⁹**

O entendimento de que a tutela jurisdicional deve atender os fins sociais a que se dirige a lei e as exigências do bem comum ensejou decisão para liberar o portador do vírus HIV da obrigação de prestar alimentos, sem que se cogite de previsão legal para tanto, como se observa na seguinte decisão:

**RECURSO DE AGRAVO DE
INSTRUMENTO - DECISÃO QUE FIXOU
ALIMENTOS PROVISÓRIOS -
IMPOSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE
EM PROVÊ-LOS - COMPROVAÇÃO -
ALIMENTANTE QUE DEMONSTRA SER**

⁹ TRF 5ª R. - AMS 75218 - (2000.80.00.003894-0) - AL - 2ª T. - Rel. Des. Fed. Petrucio Ferreira - DJU 27.10.2003 - p. 556.

Reintegração. portador do vírus HIV.

PORTADOR DO VÍRUS HIV/AIDS E ESTÁ DESEMPREGADO - RECURSO PROVIDO - Demonstrada a impossibilidade do alimentante em prover os alimentos provisórios fixados pelo juízo monocrático, em virtude de estar desempregado e ser portador do vírus HIV/AIDS, dá-se provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto em face dessa decisão, a fim de desobrigá-lo de seu cumprimento.¹⁰

Há que se observar, ainda, que o autor pede o retorno ao emprego, o que, provavelmente, decorre de seu estado assintomático e da disposição de trabalhar para auferir a renda necessária a seu sustento e da família, assim como ao custeio do tratamento médico de que, sem dúvida, necessita. Não é razoável negar esse direito quando o ordenamento jurídico assegura até mesmo o benefício de renda mensal aos portadores do HIV, quando não tenham condições de trabalhar e prover sua subsistência, assim como o acesso à assistência médica e a medicamentos, como consta da seguinte decisão¹¹:

¹⁰ TJMT - AI 36453/2002 - 3ª C.Cív. - Rel. Des. José Ferreira Leite - J. 04.12.2002.

¹¹ No mesmo sentido: PREVIDENCIÁRIO - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - LEI N.º 8.742/93 - CONCESSÃO A PARTIR DA DATA DO REQUERIMENTO - DEFICIENTE FÍSICO PORTADOR DO VIRUS HIV - REQUISITOS PRESENTES - APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDAS - 1. Surge o direito à percepção do benefício assistencial na data em que é formulado o requerimento na seara administrativa, não antecedendo, no entanto, à vigência da Lei n.º 8.742/93. 2. Destarte, não se pode desconhecer a qualidade de deficiente habilitado a perceber o benefício assistencial, uma pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados

RENDA MENSAL VITALÍCIA - ARTIGO 203, INCISO V, DA CF/88 - LEI N.º 8.742/93 - PORTADOR DO VÍRUS HIV
- I- Comprovado nos autos ser o apelado portador do vírus HIV e que não poder exercer qualquer atividade laborativa, não possuindo, portanto, capacidade de prover sua própria subsistência, ou de tê-la provida por sua família, deve ser reconhecido seu direito ao recebimento do benefício previsto no artigo 20, da Lei nº 8.742/93; II- A União Federal, conjuntamente com o Estado do Rio de Janeiro, é responsável por prestar a assistência médica e hospitalar e fornecer medicamentos necessários ao tratamento do portador do vírus HIV, não só por força de mandamento constitucional, inserto nos artigos 196

freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família como é o caso dos autos. 3. Preenchidos os requisitos da incapacidade da demandante para atividades laborativas e para vida independente, e de não poder prover a subsistência própria ou por seus familiares, a mesma faz jus o benefício assistencial, nos termos do art. 203, V, da Lei Maior, que elenca, entre os objetivos da assistência social, "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a Lei". E para esse fim, foi editada a Lei n.º 8.742/93, regulamentada pelo Decreto n.º 1.744, de 08 de dezembro de 1995. 4. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª R. - AC 322336 - (2003.05.00.018666-4) - CE - 1ª T. - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde - DJU 27.10.2003 - p. 501)

Reintegração. portador do vírus HIV.

e 198, da Constituição Federal de 1988, como também por força do estatuído na Lei n.º 8.080/90, àqueles que não têm condições de arcar com as despesas do tratamento; III- Apelações Cíveis e remessas necessárias a que se nega provimento.¹²

Seria, portanto, contrário ao princípio da dignidade humana negar ao autor o direito ao trabalho, quando o sistema constitucional assegura até mesmo a renda, independente do trabalho¹³.

Assevere-se que a empresa privada não se encontra em campo neutro, quando se trata de promover meios de sobrevivência digna ao trabalhador, de forma que possa simplesmente relegar ao Poder Público o dever de prestar assistência social. Afinal, a assistência social é fruto da evolução da tradicional assistência pública, como pronuncia José M. Almansa Pastor¹⁴. Nesse sentido, observe-se que a assistência social, espécie do gênero seguridade social, é definida como “um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens

¹² TRF 2ª R. - AC 98.02.19371-2 - 5ª T. - Rel. Des. Fed. Antonio Ivan Athié - DJU 03.09.2003 - p. 201.

¹³ A Lei n.º 8742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), que dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências, estabelece, no art. 20: O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

¹⁴ PASTOR, José M. Almansa. Derecho de la seguridad social. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 39-40.

oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades provindas”¹⁵ (sem grifos no original).

Outro importante aspecto a considerar é que, quando assegura a liberdade de iniciativa, a ordem constitucional mantém firme o vínculo empresarial com outros objetivos - tão ou mais relevantes - gravados na própria Carta, como o respeito à dignidade humana, ao valor social do trabalho e a função social da propriedade - orientada que deve ser, também, à consecução do bem comum. Assim, não há que se vislumbrar na liberdade de iniciativa um aval para dispensar trabalhador que necessita de amparo, em virtude de doença que, muito provavelmente, lhe ceifará a vida. Trata-se, afinal, de dar cumprimento aos compromissos sociais assumidos na Carta, sem permitir que a interpretação da norma programática transforme-a em promessa constitucional inconstitucional, como já advertiu o Min. Celso Mello, em julgamento no STF, a respeito da distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. Depois de observar que o direito à saúde é consequência indissociável do direito constitucional à vida, o Ministro advertiu que o “reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da CF (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.343, em referência à definição de Wladimir Novaes Martinez.

Reintegração. portador do vírus HIV.

alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”¹⁶

A solidariedade, como valor a ser cultivado em todas as esferas de relações jurídicas pautou também o seguinte julgado:

DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA DO PORTADOR DO VÍRUS HIV - Anulação. O artigo 5º (caput) da Constituição Federal dispõe sobre a igualdade de todos perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantia à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, apontando em seu inciso XLI que "a Lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". E tal embasa o direito do autor à reintegração, porquanto, a dispensa sem justa causa do portador de vírus HIV importa, em última análise, à negação do direito à vida, representando o desemprego e a conseqüente falta de recursos, na impossibilidade de tratamento eficaz tanto físico, quanto psicológico. Dispensa que se anula, determinando-se a reintegração ao emprego.¹⁷

¹⁶ STF - AgRg-RE 273.834-4 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Celso de Mello - DJU 02.02.2001) (ST 144/129.

Não foi por outra razão que, ao relacionar os fundamentos da República Federativa do Brasil, o legislador constituinte cuidou de enfatizar a dignidade humana e o valor social do trabalho, como se constata da própria redação do art. 1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

Os moldes propostos no texto constitucional para a ordem econômica nacional pressupõem a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em empreendimentos voltados ao fim precípua, que é assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social e dos princípios relacionados no art. 170 da Carta de 1988, que não fazem mais do que asseverar o que já ficara estatuído no preâmbulo da Carta, no art. 1º, IV e no art. 3º, I, III, IV, bem como em outros pontos do texto¹⁷.

¹⁷ TRT 2ª R. - RO 50933 - (20030066845) - 10ª T. - Relª Juíza Sônia Aparecida Gindro - DOESP 11.03.2003.

¹⁸Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

Incontroverso o conhecimento da doença, pela ré, no ato da dispensa do autor, há que se perquirir da existência de discriminação. Como já se acentuou, foi inócua a apresentação do documento de fl. 89, a pretexto de demonstrar que outras dispensas teriam ocorrido na mesma data da rescisão do contrato do autor. Tem-se, portanto, que, ao tomar conhecimento da doença do empregado, a empregadora ainda poderia rever a decisão de dispensá-lo e permitir que trabalhasse até ser afastado pela Previdência Social, como consta de julgado transcrito nas razões de recurso (fl. 244)¹⁹.

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

¹⁹ TRT - 15ª Região - RO 2597/2000. No mesmo sentido foi a decisão do

Alice Monteiro de Barros comenta os posicionamentos jurisprudenciais e legais adotados em diversos países quanto à exigência de exames para detecção do vírus HIV na admissão e demissão de empregados, assim como no curso do contrato de trabalho. Noticia a formulação de comandos administrativos, no Brasil, em atendimento às instruções gerais contidas na Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho, formulada pela Organização Mundial de Saúde e a Organização Internacional do Trabalho. Assim, malgrado a omissão legislativa a respeito da questão, já existem resoluções como a de n.º 1359/92, do Conselho Federal de Medicina, que proíbem os médicos responsáveis por exames periódicos de divulgar resultado positivo do HIV ao empregador. Registra, ainda, pronunciamentos de autoridades internacionais no sentido de que o empregado não deve ser obrigado a informar ao empregador acerca de sua situação relacionada com o HIV/AIDS²⁰.

Os esforços da OIT e da OMS já fazem com que, no Brasil, os instrumentos coletivos, inclusive os da categoria dos bancários, passem, já há algum tempo, a tratar de políticas relacionadas à AIDS no ambiente de trabalho. Não foi diferente com a categoria dos bancos, pelo que se observa nas CCTs trazidas aos autos. A cláusula

TST: RECURSO DE REVISTA - PORTADOR DO VÍRUS HIV - CONHECIMENTO DO EMPREGADOR - LEI Nº 7670, DE 08-09-88 - ART. 476/CLT - DESPEDIDA OBSTATIVA - Ao dispensar o empregado, sem justa causa, portador da síndrome à época (com doença já manifestada) a Recorrida impediu a obtenção do benefício previdenciário, quando usufruía de licença não remunerada. Princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Art. 1º/III/IV/CF. Recurso do Reclamante provido. - RR 439041 - 3ª T. - Rel. Min. Conv. Carlos Francisco Berardo - DJU 10.08.2001 - p. 664.

²⁰ *Proteção à Intimidade do Empregado*. São Paulo: LTr, 1997, p. 89.

36 de todos os instrumentos, desde 1996, trata da política sobre AIDS²¹. Em geral, os empregadores assumem compromisso com a assistência financeira ao empregado portador do vírus, estabelecem regras quanto aos exames admissionais e periódicos, além de iniciativas para combater a discriminação do empregado. As negociações entre as categorias levam, via de regra, ao estabelecimento de cláusula que desobriga o empregado de informar ao empregador sua situação em relação à AIDS, como recomendam os organismos internacionais. E nem poderia ser de outra forma, pois seria desumano exigir que o trabalhador se expusesse, no ambiente de trabalho, a toda sorte de sofrimentos, pela discriminação, que só viriam se somar àqueles inerentes à moléstia.

Quando se comprometem a educar seus empregados contra a discriminação, os empregadores não fazem mais do que acatar os termos da Convenção 111 da OIT, aprovada em 1960 e ratificada pelo Brasil em 1965, que estabelece o que deve ser considerado discriminação, para efeitos do que é convencionado²²:

Art. 1 - 1. 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

²¹ CCT 96/97, fl. 170, CCT 97/98, fl. 131, CCT 98/99, fl. 97, e CCT 99/2000, fl. 78.

²² SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 245-247.

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 oportunidade 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.

O item 3 do dispositivo esclarece que, para os fins da Convenção 159 as palavras 'emprego' e 'profissão' incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

As decisões judiciais têm adotado como fundamento, também, o teor da Convenção n.º 159 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1990, que trata da reabilitação profissional como forma de proporcionar igualdade de tratamento e oportunidade a pessoas com deficiência. Aplica-se aos portadores de HIV a definição de pessoa deficiente, constante do artigo 1º da Convenção²³:

Art. 1 - 1. Para efeitos desta Convenção, entende-se por 'pessoa deficiente' todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir

²³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.* p. 399-401.

Reintegração. portador do vírus HIV.

no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada.

Interpretação como a que se vê no julgado a seguir transcrito utiliza a ponderação de valores para deferir a reintegração no emprego a portador de HIV, enquadrado na categoria de pessoa deficiente:

DISPENSA - PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - PORTADOR DE VÍRUS HIV - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - DIREITO À REINTEGRAÇÃO - CONVENÇÃO OIT 159 - READAPTAÇÃO E REABILITAÇÃO PROFISSIONAIS - 1. A proteção contra discriminação cobra do intérprete exegese pró-ativa que efetivamente implique o operador do direito na viabilização concreta do bem jurídico perseguido. Na hipótese do portador do vírus HIV, a tutela contra discriminação desse trabalhador, tanto no âmbito da empresa, como no do estabelecimento, pode ser alcançada a partir da presunção da existência de dispensa discriminatória, quando não exista motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, para a despedida, salvo robusta prova em contrário. Inteligência dos artigos 1º E 4º Inciso I, da Lei n.º 9.029/95. 2.

A discriminação velada, inconsciente e até involuntária um fenômeno que deve ser combatido, mas uma realidade que não pode ser simplesmente ignorada pelo judiciário. A releitura do instituto da readaptação profissional, principalmente à luz da perspectiva aberta pelo artigo 1º da convenção OIT 159, uma das formas de ponderação dos bens jurídicos postos em confrontação, na difícil e delicada questão que envolve a integração do portador de vírus HIV na vida social da empresa.²⁴

A finalidade da reabilitação profissional, tratada na Convenção 159, é, nos expressos termos do art. 1º, item 2, permitir que a pessoa deficiente consiga e conserve um emprego e progrida no mesmo, e que se promova, assim, a integração ou a reintegração dessa pessoa na sociedade. O item 4 do mesmo artigo assevera que as disposições da Convenção se aplicam a todas as categorias de pessoas deficientes²⁵.

A decisão de que, na ausência de motivação de ordem técnica, econômica, disciplinar ou financeira, presume-se que despedida decorreu de discriminação, adota entendimento nos moldes do que pautou decisões deste Colegiado, a partir de voto condutor desta Juíza Relatora, em que se asseverou:

²⁴ TRT 3ª R. - RO 9067/02 - 3ª T. - Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior - DJMG 05.10.2002 - p. 06.

²⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 400.

A ruptura unilateral do contrato de trabalho é permitida, desde que se faça em moldes capazes de acomodar todas as normas e princípios constitucionalmente conformadores. Dito de outra forma, interessa investigar a forma da rescisão contratual e, uma vez constatado abuso de direito, concluir que ela se deu em infringência à série de comandos derivados do princípio da dignidade humana. Ou, como no Direito francês, exigir que o empregador exiba motivo real e sério para o exercício do direito de dispensa, sob pena de incorrer em abuso de direito e violação a princípios constitucionais.

Na esteira das considerações feitas, de início, há que se considerar que é altamente discutível a efetiva existência de um 'poder potestativo' nos moldes propostos pela ré, capaz de sustentar toda e qualquer espécie de arbitrariedade. Novos padrões de conduta moral e ética que, felizmente, se incorporam ao que se considera lícito, jurídico e legítimo, desaprovam atitudes como a dos réus e ensejam a aplicação de elogiáveis reprimendas - concretizadas pela imposição de indenizações -, quando levadas ao conhecimento do Poder

Judiciário.

A ré não apontou motivo sério para a dispensa do autor. O documento de fl. 89, como já se assinalou, nada prova a respeito da suposta dispensa de outros tantos empregados, pois se trata de documento unilateral que contém uma mera relação de nomes e datas. A alegação de que precisava readequar seu quadro de empregados em razão de serviços perdidos não se fez acompanhar de qualquer elemento de prova. A única conclusão possível é de que a dispensa do autor configurou discriminação e ele deve ser reintegrado.

O entendimento de que a dispensa de portador do vírus HIV presume-se discriminatória prevalece, também, nos julgados do TST:

**RECURSO DE REVISTA -
ADMISSIBILIDADE - I - EMPREGADO
PORTADOR DE HIV - ESTABILIDADE -**
Entre os pressupostos do acórdão regional, encontramos, além de outros, a existência da dispensa discriminatória, por ser o reclamante o único empregado dispensado no período e de ter a prova oral informado que o mesmo era bom servidor, sendo, pois, necessário à Reclamada, e ainda, em razão do princípio da solidariedade, pelo qual o empregado tem assegurada a proteção de sua saúde, a qual se materializa com o acesso aos benefícios previdenciários instituídos para referido fim, somente possível

Reintegração. portador do vírus HIV.

com a manutenção do contrato de trabalho, pressupostos não abordados pelo julgado paradigma. Incidência do óbice dos Enunciados nºs 23 e 296 do TST. Revista não conhecida.(...)²⁶

Não procede o pedido sucessivo de limitar a condenação ao período de estabilidade previsto no artigo 118 da Lei n.º 8213/91, de doze meses após a rescisão. A linha de argumentação trilhada até este ponto parece suficiente para demonstrar que ao autor deve ser assegurado, antes de tudo, o direito ao emprego para que, ao menos enquanto tenha condições físicas, aufera seu sustento com o próprio esforço. Trata-se de proteger sua dignidade, e não apenas de penalizar a ré, até mesmo porque punição não há, na medida em que o pagamento de salários retribuirá os benefícios auferidos da mão-de-obra do empregado.

Por fim, não se vislumbra exagero na imposição de multa diária no importe de 10% do salário contratual, para a hipótese de descumprimento da ordem de reintegração. Além de se tratar de valor razoável - a maior remuneração do autor foi de R\$ 688,21 - a imposição de multa pecuniária tem, justamente, o fito de incentivar que se cumpra o mais prontamente possível o comando judicial. Tornar irrisória a multa equivaleria a tolher sua efetividade.

O autor, portanto, deve ser reintegrado no emprego e receber os salários do período de afastamento, com reflexos em férias com um terço, verbas natalinas e depósitos fundiários, abatidos valores recebidos na

²⁶ TST - RR 599259 - 5ª T. - Rel. Min. Conv. Guedes de Amorim - DJU 20.04.2001 - p. 610.

rescisão (aviso prévio e multa), exatamente nos termos da decisão de fundo. **Mantenho.**

f) FGTS

Por fim, a recorrente alega que o FGTS não é devido em razão do seu caráter acessório.

O pedido de exclusão da condenação em depósitos fundiários e multa de 40% baseia-se em seu caráter acessório em relação às verbas deferidas. E é exatamente por esse fundamento que se rejeita a pretensão, já que a obrigação de depositar FGTS e multa remanescerá na exata proporção do que foi mantido, da decisão de primeiro grau, bem como acrescido, por reforma em favor do autor. **Nada a prover.**

Nego provimento ao recurso.

RECURSO ADESIVO DO AUTOR

O autor pede que se reconheça nulidade da decisão de fundo, proferida depois de ato que teria violado seu direito de produzir prova. Afirma que as testemunhas convidadas não compareceram à audiência de instrução, que deveria ter sido adiada até que fossem intimadas, por ordem do Juízo. Observa que manifestou protestos, na própria audiência, ratificados em razões finais, sem que o julgador alterasse o entendimento que alega ser contrário ao que tem decidido este Tribunal. Pede que, na hipótese de ser acolhida alguma das pretensões recursais dos réus, exatamente por ausência de prova pela parte autora, seja provido seu recurso para declarar a nulidade e determinar o retorno dos autos à origem, com reabertura da instrução.

Reintegração. portador do vírus HIV.

O procedimento, na instrução das ações trabalhistas, é o de oferecer às partes as opções de depositar, em determinado prazo, o rol das testemunhas que devem ser intimadas ou de trazê-las, independente de intimação. Nesta última hipótese, tem sido corriqueira a advertência de que o não comparecimento das testemunhas acarretará a preclusão do direito de produzir a prova. Ocorre que esse posicionamento não se coaduna com a regra específica do direito processual do trabalho, consubstanciada no comando do art. 825 da CLT, com o seguinte teor:

825. As testemunhas comparecerão à audiência independentemente de notificação ou intimação.

Parágrafo único. As que não comparecerem serão intimadas, ex-officio, ou a requerimento da parte, ficando sujeitas à condução coercitiva, além das penalidades do artigo 730, caso sem motivo justificado, não atendam à intimação.

Este Colegiado tem entendido que, por existir dispositivo específico na legislação trabalhista, não se cogita de aplicação do CPC, no particular, de forma que, mesmo ciente de que deve trazer suas testemunhas, a parte tem o direito de vê-las intimadas pelo Juízo, quando não compareçam espontaneamente.

Com o objetivo de imprimir disciplina processual, exige-se que o inconformismo da parte, pela rejeição à oitiva de testemunhas ou ao adiamento de

audiência para sua intimação, seja manifestado, de modo inequívoco, até as razões finais. Desta forma, propicia-se a discussão, ainda em primeiro grau, para que a matéria conste da sentença e, em grau de recurso, seja apenas revista. Outro importante fundamento para a posição do Colegiado é evitar que se chegue à fase decisória e, somente depois, em recurso, pleiteie-se a decretação de nulidade. Trata-se, de certa forma, de medida que proporciona economia processual, pois evita que a parte que se mostrava satisfeita com a instrução - uma vez que silenciou sobre eventual nulidade nas razões finais - obtenha, em segundo grau, decisão que retrocederá o feito, com inegável prejuízo às partes e à própria Justiça. Nessa esteira, não se admite que a insurgência seja manifestada somente em recurso, com pleito de nulidade que poderia ter sido feito antes da decisão primeira.

Esse posicionamento acarretaria, em tese, o acolhimento da pretensão recursal do autor, para que, fosse reaberta a instrução, com intimação das testemunhas que pretendia ouvir.

Ocorre que, a despeito dessa possibilidade de prover o recurso, o fato é que a verdadeira pretensão do autor foi expressamente condicionada ao eventual acolhimento de alguma das pretensões recursais dos réus. Assim, assevera que, apenas na hipótese de se entender que alguma parcela não seja devida em razão da ausência de prova, pelo autor, acolha-se o recurso adesivo para declarar a nulidade por cerceio do direito de produção de prova.

Na verdade, o recurso adesivo do autor poderia mesmo não ser conhecido, com base no entendimento de que falta o pressuposto de interesse

recursal. No momento em que apresentou suas razões ao Tribunal, não tinha verdadeira pretensão de reforma, a não ser que se desse provimento a algum tópico dos recursos dos réus e se afastasse alguma parcela da condenação, por ausência de prova. Quando interpôs o recurso, não é possível afirmar que o autor fosse sucumbente em relação ao objeto de sua insurgência, até mesmo porque não sofreu prejuízo com o alegado cerceio. Observe-se que não houve rejeição a qualquer pedido por falta de prova, assim como jamais houve o intento de ver declarada a nulidade, independente do que se entenda a respeito dos recursos dos réus, o que equivale a afirmar que não detinha autêntico interesse recursal, assim entendido como o binômio *necessidade + utilidade*²⁷. Como o pedido de reforma é condicionado à hipótese de prevalecer entendimento diverso do que consta na sentença, conhecer, somente nessa hipótese, o recurso adesivo do autor e provê-lo para determinar o retorno à origem poderia equivaler a admitir recurso antes de existir a sucumbência.

Observe-se, porque importante, que não se trata de entendimento semelhante ao que se aplica à hipótese de recurso adesivo pela parte que não sucumbiu e, portanto, não teria interesse em recorrer, porém, a partir do recurso da parte adversa, passa a pleitear decisão que a coloque em posição processual mais firme. Assim é, por exemplo, quando são rejeitadas arguições preliminares feitas em defesa (como a ocorrência de transação ou prescrição) e que, providas, podem evitar que determinada parcela seja deferida, por força de

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 264.

recurso da outra parte.

Todavia, em razão do entendimento predominante no Colegiado, de que a rejeição ao pedido de adiamento da audiência pode acarretar nulidade, o conhecimento do recurso é medida que se impôs, para ulterior verificação da efetiva ocorrência de nulidade ou de prejuízo, pela decisão do julgador de primeiro grau.

Há, porém, obstáculo ao provimento da pretensão recursal, residente na falta de requisito essencial à declaração de nulidade, que é a existência de prejuízo. Como o autor não pretende que se declare a nulidade do feito, independente do que venha a ser decidido nos recursos dos réus, mas, apenas se houver provimento, e, ainda assim, fundado na ausência de prova, fica evidente que não sofreu qualquer prejuízo com a rejeição ao pedido de adiamento da audiência. Na verdade, a declaração de nulidade e retorno dos autos à origem para reabertura da instrução seria fator extremamente prejudicial à parte. Observe-se que a falta de prova testemunhal, pelo autor, não foi adotada como fundamento da sentença, seja para rejeitar, seja para acolher pedidos do autor, o que explica porque não pediu a declaração de nulidade, a não ser que fosse provido algum pedido recursal dos réus. **Rejeito.**

Nego provimento ao recurso adesivo do autor.

Pelo que,

ACORDAM os Juízes da Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DOS RECURSOS** e, no mérito, por igual votação, **EM NEGAR-LHES**

Reintegração. portador do vírus HIV.

PROVIMENTO, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 10 de agosto de 2004.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU

Juíza Relatora

!/a.