

REVISTA ELETRÔNICA



DIREITO À ESTABILIDADE

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargadora
ANA CAROLINA ZAINA

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
ARION MAZURKEVIC

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargador
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

COORDENAÇÃO

Seção de Editoração e Divulgação
Científica

EDITOR CHEFE

Desembargador
Luiz Eduardo Gunther

EDITOR ASSISTENTE

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano XI - 2022 - n.112

EDITORIAL

A edição deste mês da Revista trata do Direito à Estabilidade.

Danielle Gonçalves de Moraes analisa as modificações no âmbito jurídico, relativas à garantia de emprego da mãe trabalhadora, com foco nos casos de contrato por prazo determinado, gravidez no curso do aviso-prévio e a recente edição da Lei Complementar 146/2014.

Araken de Assis, Fernando Krieg da Fonseca e Bóris Chechi de Assis examinam a garantia provisória no emprego estendida aos direitos eleitos de cooperativa pelo alcance do art. 55 da Lei nº. 5.764/71.

Fausto Siqueira Gaia investiga os aspectos relacionados à estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos por prazo determinado à luz dos princípios contratuais estruturantes do direito civil.

Em artigo especial, Maria Fernanda Muniz da Silva, Arthur Leopoldino Ferreira Neto e Rui César Publio Borges Correa fazem uma avaliação das leis criadas com a finalidade de proteger e incentivar a contratação e manutenção da mulher no mercado de trabalho, à partir dos paradigmas da princípio da isonomia e do princípio da igualdade.

Para finalizar, estão disponíveis acórdãos proferidos do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- 7 | Direito à estabilidade da empregada gestante: uma análise acerca da proteção à maternidade - Danielle Gonçalves de Moraes
- 40 | A garantia provisória no emprego do diretor eleito de cooperativa - Araken de Assis, Fernando Krieg da Fonseca e Bóris Chechi de Assis
- 63 | Contratação por prazo determinado e estabilidade provisória da gestante: uma releitura necessária - Fausto Siqueira Gaia
- 86 | ARTIGO ESPECIAL - Lugar de mulher: a inserção da mulher no mercado de trabalho regular - Maria Fernanda Muniz da Silva, Arthur Leopoldino Ferreira Neto e Rui César Publio Borges Correa

Acórdãos

- 108 | Acórdão - Processo nº 0000988-33.2020.5.09.0652 (ROT) - 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Eliázer Antonio Medeiros
- 119 | Acórdão - Processo nº 0000815-28.2021.5.09.0020 (RORSum) - 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Nair Maria Lunardelli Ramos
- 129 | Acórdão - Processo nº 0001371-32.2018.5.09.0021 (ROT) - 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Thereza Cristina Gosdal
- 136 | Acórdão - Processo nº 0000708-07.2018.5.09.0014 (ROT) - 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relatora Marlene T. Fuverki Suguimatsu

Acórdãos

- 166 Acórdão - Processo nº 0000141-54.2021.5.09.0245 (RORSum) - 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Sergio Guimarães Sampaio
- 178 Acórdão - Processo nº 0000140-85.2018.5.09.0015 (ROT) - 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Arnor Lima Neto
- 189 Acórdão - Processo nº 0001183-41.2019.5.09.0009 (RORSum) - 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região - Relator Eduardo Milleo Baracat
- 201 Acórdão - Processo nº TST-ROT-100624-73.2021.5.01.0000 - Subseção II Especializada em Dissídios Individuais - Relator Sergio Pinto Martins

DIREITO À ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE: UMA ANÁLISE ACERCA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Danielle Gonçalves de Moraes

RESUMO

Trata-se da análise acerca da evolução de um tema com grande discussão e relevância social no Direito Trabalhista, considerando as recentes alterações nas normas do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se um significativo avanço no que diz respeito ao direito de estabilidade da empregada gestante. Apresenta-se um tema vasto, através do método dedutivo por meio de pesquisa em doutrinas, jurisprudências, legislação, que visam conceder maior proteção ao nascituro, buscando proporcionar dignidade em seu início de vida. O presente artigo tem como objetivo analisar as modificações no âmbito jurídico, relativas à garantia de emprego da mãe trabalhadora, com foco nos casos de contrato por prazo determinado, gravidez no curso do aviso-prévio e a recente edição da Lei Complementar 146/2014.

Palavras-Chave: Estabilidade. Gestante. Princípios norteadores. Lei Complementar. Direito Trabalhista

ABSTRACT

This is an analysis of the evolution of a topic with great discussion and social relevance in Labor Law, considering the recent changes in the norms of the Brazilian legal system, there is a significant advance regarding the right to stability of the pregnant employee. It presents a vast theme, through the deductive method through research in doctrines, jurisprudence, legislation, which aim to grant greater protection to the unborn child, seeking to provide dignity in their early life. This article aims to analyze the changes in the legal sphere, relating to the employment guarantee of the working mother, focusing on cases of fixed-term contracts, pregnancy in the course of prior notice and the recent edition of Complementary Law 146/2014.

Keywords: Stability. Pregnant. Guiding principles. Complementary law. Labor Law.

Danielle Gonçalves De Moraes

Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Pós Graduada em Direito Cível pela Faculdade do Ministério Público; Advogada;

1. INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é um ramo do Direito com normas e princípios próprios, cuja finalidade é disciplinar as relações do trabalho bem como tutelar a parte que teoricamente é mais frágil, qual seja, o trabalhador. Entre diversos pontos que protegem o trabalhador nesta esfera do direito, tem-se as estabilidade que são formas de garantia do emprego diante de determinadas situações, podendo estas serem definitivas ou provisórias. Dentre as estabilidades provisórias vislumbra-se especificadamente a estabilidade da gestante prevista na própria Constituição Federal nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata-se de uma garantia de emprego para a mulher que ao seu estado gravídico, tem dificuldades de buscar um novo emprego, precisando ter segurança para uma boa recuperação e também para garantir os devidos cuidados ao filho recém-nascido. Justifica-se a explanação de tal assunto, tendo em vista sua grande relevância social ao dificultar com que o empregado seja demitido a qualquer tempo, garantindo-lhe maior segurança neste caso, para que a mãe sustente a si mesma e ao seu filho em um momento tão delicado e importante, porém, ao exercer tal direito de forma extrapolada a empregada desvirtua a real finalidade do instituto e causa uma insegurança jurídica ao empregador que, acredita não ter mais vínculo com aquela empregada e depois de um certo lapso temporal é cientificado que precisa indenizá-la por uma dispensa indevida, sem mesmo saber que era indevida na época, por exemplo. Objetiva-se por meio do método dedutivo de pesquisa, tendo em vista a amplitude do tema, trazer através de doutrinas, legislação, artigos científicos e jurisprudências, em primeiro lugar trazer conceituações acerca do direito à estabilidade da gestante, bem como explicar acerca de seus princípios norteadores e de sua aplicação. Busca ainda conceituar o abuso de direito e demonstrar algumas formas de sua caracterização no exercício ao direito da estabilidade gestacional, tendo em vista que tal instituto tem como finalidade tutelar mulher grávida e nascituro, garantindo-lhes uma segurança de sustento e maior dignidade em razão do direito social ao emprego e, algumas empregadas tentam desvirtuar tal função. Traz ainda como foco a problemática da caracterização do abuso ao exercício do direito à estabilidade por algumas empregadas que o utilizam de forma exorbitante, ou seja, abusando de seu direito e, ao final demonstrar algumas possibilidades para a tentativa de evitar a ocorrência de tal abuso. Espera-se que ao final de todo o exposto no decorrer do artigo, seja possível de forma clara, ter uma visão

acerca da conceituação e aplicação do tema no cenário jurídico atual, de forma com que se verifique a importância do instituto e de sua utilização correta pela empregada ao pleiteá-lo, bem como se vislumbre possibilidades de coibir àquelas que utilizam seu direito de forma deturpada, desvirtuando a finalidade do instituto e trazendo insegurança jurídica aos empregadores, além de ter uma percepção, opinião e visão de solução para a problemática exposta.

2- DA ESTABILIDADE GESTACIONAL

A empregada gestante tem direito à estabilidade no emprego que é prevista pela Constituição Federal e Disposições Transitórias art.10,II ,b, segundo a qual é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante no momento que se confirma seu estado gravídico e até cinco meses após o parto.

Durante o período de estabilidade da gestante, esta faz jus ao recebimento do salário maternidade que é custeado pela Previdência Social, porém, tal pagamento passa a ser de responsabilidade do empregador caso o mesmo a dispense neste período sem justa causa (BARROS, 2013). Garantia com previsão no artigo 6º, e artigo 7º inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

A garantia de emprego da empregada gestante tem como fundamento o fato de que a mulher durante a gravidez e por um período posterior ao parto não conseguiria um novo emprego já que precisa recuperar-se e cuidar de seu filho (MARTINS, 2012).

Além dos princípios gerais do direito com por exemplo, a boa fé nos contratos de trabalho, a estabilidade da gestante tem como princípios norteadores os princípios da continuidade da relação de emprego e o da proteção cujo respaldo encontra-se no princípio da causalidade da relação da dispensa (TÚLIO; CASAGRANDE).

Sabe-se que na relação empregatícia o empregado é juridicamente dependente ao empregador, tendo em vista sua hipossuficiência em relação a ele portanto, o princípio

da proteção tem por finalidade compensar juridicamente o empregado em face de tal desvantagem (NASCIMENTO, 2011), de forma com que tal princípio seja uma forma de proteger no plano jurídico o empregado que é a parte hipossuficiente em relação ao desequilíbrio do contrato de trabalho (DELGADO, 2012).

Outro princípio que visa a proteção do empregado - no caso em tela a gestante - é o princípio da continuidade de relação de emprego, que objetiva preservar o contrato de trabalho fazendo com que o empregado permaneça na empresa podendo trabalhar com tranquilidade, exercendo sua função com mais qualidade e garantindo a empresa um serviço com profissionais capacitados (GARCIA, 2012).

Vislumbra-se ainda que o empregado ao ser admitido em uma empresa, passa a ter uma segurança e estabilidade econômica e pretende que tal relação seja contínua para que possa realizar seus planos pessoais através de sua renda (CASSAR, 2015).

Além das vantagens econômicas do trabalho, o sentimento de segurança do empregado que possui um trabalho duradouro faz com que produza melhor e também tenha crescimento pessoal, familiar e tenha um melhor bem estar físico e psicológico (VICENTE JÚNIOR, 2014). Quanto a causalidade, ou seja, a relação entre a causa, efeito obtido pela ação ou omissão, e o fato acontecimento (dano) (GONÇALVES, 2012) diz respeito ao fato de que, a empregada não pode ser demitida sem justa causa simplesmente por estar grávida, e precisar dedicar-se ao seu filho ou ter alguns cuidados especiais consigo mesma. Não só a proteção da empregada é objetivada com a garantia de emprego da gestante, mas também a do nascituro, pois, o legislador objetivou não tutelar apenas a mulher gestante, mas sobretudo a criança já que tendo segurança no emprego poderá recuperar-se do parto e conviver com seu filho no começo de sua vida, momento este o mais importante (DANTAS, 2009).

Tendo em vista que se trata de assunto de interesse público, e em razão de ser direito social garantido pela Constituição, tal estabilidade ultrapassa a proteção ao empregada, tutelando também sua gestação e o nascituro (DELGADO, 2012).

No mesmo sentido, o salário possui caráter alimentar para o trabalhador e conseqüentemente para o recém-nascido, portanto, tutelar o emprego traz uma segurança para a mulher gestante que está de certa forma com sua força produtiva reduzida de que terá possibilidades de sustentar as necessidades de seu filho ao nascer (PEREIRA, 2015).

Assim, fica claro que além do que visa o direito do trabalho que é a proteção do empregado, o direito a estabilidade da gestante procura também proteger o nascituro, a criança já que a empregada/mãe precisa de seu trabalho e remuneração não só para ela, mas também para dar uma vida digna ao seu filho, bem como dar a ele todos os cuidados necessários a um recém-nascido. Para a confirmação do direito a estabilidade da gestante possuem duas principais teorias, quais sejam a subjetiva, que sustenta que a empregada deve confirmar, ou seja, comprovar/demonstrar para o empregador sua gravidez; e a objetiva, a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal conforme RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, onde a confirmação da gestação basta ser por parte da empregada já que em detrimento da proteção ao nascituro o empregador tem responsabilidade objetiva (MARTINS, 2012).

Contudo, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante claramente pretende tutelar direitos da empregada e principalmente do nascituro, tendo em vista que possuindo um emprego a mulher terá maior tranquilidade para cuidar do filho em seus primeiros meses de vida já que terá segurança quanto ao seu emprego. Ao tutelar o emprego da gestante portanto, é possível com que direitos básicos de qualquer pessoa ou trabalhador, como a dignidade da pessoa humana tanto da mulher quanto da criança; os direitos sociais previstos no artigo 6º; os direitos da criança previstos no artigo 227, e a proteção à família do artigo 226, todos da nossa Constituição Federal sejam garantidos (ALMEIDA, 2010).

2.1-ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

O contrato por prazo determinado, conforme disposto no art. 443 § 1º da CLT, é aquele “cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

A Súmula 244 do TST, em seu inciso III, determina que o direito à estabilidade da empregada gestante também se aplica ao contrato por prazo determinado, conforme se lê:

SÚMULA nº 244 DO TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários

e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Porém, nem sempre foi assim. Tal inciso foi alvo de uma modificação no ano de 2012, quando até então não era reconhecido o direito da gestante de continuar no emprego diante da dispensa arbitrária, permitindo ao empregador, ao final do contrato, dispensar sem justa causa a mãe trabalhadora. A antiga redação da Súmula dispunha que:

SÚMULA nº 244 DO TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Mesmo antes da referida modificação, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido por algumas vezes que as empregadas por contrato a termo já faziam jus ao direito à estabilidade no emprego quando estivessem grávidas, conforme se pode observar:

CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento.

(STF - RE: 287905 SC, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 28/06/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, “B”, do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação

da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 600057 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJE-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23- 10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02124) EMENTA: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.

(RE 634093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RTJ VOL-00219- PP00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47)

Mais uma vez, é evidente no ordenamento jurídico pátrio uma mudança que visa a proteção à maternidade, aos direitos da empregada gestante e à vida digna do nascituro, apresentando assim uma visão mais humana em relação à empregada gestante com contrato de experiência, temporário ou qualquer outro contrato a termo.

2.2 DA ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Sobre o aviso-prévio, Sérgio Pinto Martins aduz que “aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva.” (MARTINS, 2007, p. 384) Assim como nos contratos a termo, a obreira que engravidar no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, terá garantia de emprego, nos moldes do art. 10, II, “b” do ADCT, conforme dispõe art. 392-A da CLT, acrescentado pela lei 12.812/2013. Leia-se:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mesmo que a concepção tenha ocorrido durante o período do aviso-prévio, a trabalhadora não perderá seu direito de não ser despedida até cinco meses após o parto. Porém, antes da modificação do inciso III da Súmula 244 do TST, instituindo a garantia de emprego às gestantes que possuíam contratos a termo, aquelas que engravidassem no curso do aviso-prévio indenizado não fariam jus à garantia, somente se a gestação se desse antes deste aviso-prévio.

Sérgio Pinto Martins, antes mesmo da modificação da súmula, já entendia que “provando a empregada gestante que, durante o aviso-prévio, está grávida, mesmo recebendo aviso-prévio indenizado, fará jus à garantia de emprego, em razão de que o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso-prévio indenizado.” (MARTINS, 2007, p. 414) No que se trata da empregada doméstica gestante, esta, assim como no contrato por prazo determinado, tem estabilidade provisória também durante o curso do aviso-prévio. Este direito ficou assegurado através da Lei Complementar 150/2015, que trouxe, além da garantia de emprego advinda da gravidez, diversos direitos para a categoria de empregados domésticos. O parágrafo único do art. 25 da referida lei aduz sobre tal direito: Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na

alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com isso, a mãe trabalhadora pôde ficar mais confortável quanto à sua permanência no emprego caso viesse a engravidar no curso do aviso prévio, tendo garantida a estabilidade provisória até cinco meses após o parto, estabelecida no art. 10, II, “b” do ADCT.

2.3 ESTABILIDADE NOS CASOS DE MORTE DA GESTANTE

No ano de 2014, houve uma inovação no que diz respeito ao direito à estabilidade da gestante, desta vez, tratando da morte desta. A Lei Complementar 146, de 25 de junho de 2014, confere a garantia de emprego a quem detiver a guarda da criança, no caso da morte da genitora, conforme se extrai da leitura:

LEI COMPLEMENTAR Nº 146, DE 25 DE JUNHO DE 2014 Art. 1º O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho.

A proposta encontrava-se no Projeto de Lei nº 62, que tramitava no Congresso Nacional, da ex-deputada Nair Lobo, sendo aprovado por unanimidade no Plenário, com 61 votos. A empregada que vier a falecer no curso de sua estabilidade, deixando a criança aos cuidados do seu cônjuge ou qualquer outra pessoa, repassará automaticamente a estabilidade à qual fazia jus a quem ficar responsável pelo menor, caso este responsável seja empregado. A lei é omissa no que tange o tempo de estabilidade que o terceiro virá a ter, porém o que se entende, sendo razoável, é que o tempo a que fará jus a pessoa que detiver a guarda da criança será o tempo que restou de estabilidade da empregada. Segundo a leitura do art. 10, II, “b” do ADCT, entende-se que a estabilidade, seja da gestante ou de quem detiver a guarda da criança no caso do falecimento da genitora, será de cinco meses após o parto, independentemente do momento, desde que esteja dentro do período da garantia de emprego da gestante. Sendo assim, se ocorreu o falecimento no parto, o terceiro terá cinco meses de garantia de emprego. Já se, por alguma complicação, a morte se der um mês após o parto, por exemplo, o terceiro não poderá ser dispensado sem justa causa nos próximos quatro meses. Uma

segunda interpretação, esta menos razoável que a primeira já citada, é que o terceiro terá cinco meses de estabilidade, a partir do falecimento da empregada gestante. Porém, esta interpretação vai de encontro ao que está previsto no ADCT, sendo, provavelmente, descartada. A norma tem como objetivo geral a proteção ao nascituro, assim como as outras modalidades de garantia de emprego da mãe trabalhadora, e visa fazer com que a criança não fique desamparada com a morte de sua genitora, concedendo maior segurança a quem ficar responsável pelo menor, retirando a possibilidade de ser dispensado sem justa causa durante o tempo da garantia. É de fácil vislumbre o grande passo dado pela norma brasileira, posto que, ao estender a garantia de emprego da gestante a um terceiro no caso de falecimento daquela, este fato recairá diretamente sobre o menor. Este menor necessita de cuidados em tempo integral principalmente durante os primeiros meses, e seu tutor poderá dedicar-se sem o receio de ser despedido, o que só poderá ocorrer em alguma hipótese que gere a justa causa. Além de cuidados especiais, é evidente que a manutenção do emprego de quem detiver a guarda da criança só trará benefícios a esta, pois seu sustento depende única e exclusivamente do seu novo responsável, e uma possível perda de emprego geraria graves danos ao menor.

3 - A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O direito do trabalho visa preferencialmente prezar pela continuidade do trabalhador em seu emprego a fim de dar-lhe uma vida com maior dignidade e segurança. Seguindo tal ideia há duas figuras que, de certa forma impossibilita que o empregado seja dispensado: garantias de emprego e estabilidade (DELGADO, 2012). A garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade faz parte. A garantia de emprego é toda forma de inibição ou desestímulo à dispensa e incentivo a admissão visando sempre diminuir o desemprego, sendo caracterizado como instituto de cunho social, econômico e político. Já a estabilidade, é um instituto trabalhista que restringe ao empregador dispensar determinados empregados em virtude de algumas situações (CASSAR, 2015). A estabilidade possui relevância social ao garantir que o empregado que precisa trabalhar, tenha segurança de não ser dispensado a qualquer momento, garantindo sua fonte de sustento pessoal e familiar já que a própria Constituição Federal garante direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, os quais permitem com

que os hipossuficientes com a força de seu trabalho tenha uma melhoria - material - em sua situação de vida, garantindo maior dignidade, com base em um dos princípios norteadores do direito, qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal (ARAÚJO, 2014). Tal instituto pode ser analisado de forma jurídica e econômica, sendo que economicamente é o direito de fato ao emprego, conforme fundamentos da Constituição que o traz como direito social, enquanto juridicamente, caracteriza o direito de o empregado permanecer no emprego em alguns casos, mesmo que o próprio empregador não queira (FUCK, 2001). A estabilidade jurídica, ou seja, a advinda da lei, é aquela que limita o poder potestativo do empregador de demitir sem justa causa o empregado, a qual possui duas vertentes: obrigação de não fazer para o empregador de não dispensar sem justa causa; e direito de trabalhar do empregado; mesmo que contra a vontade do empregador, podendo esta ser definitiva ou provisória (CARVALHO, 2014). Do ponto de vista da estabilidade econômica tem-se que esta é um objetivo que todos pretendem alcançar, porém o empregado muitas vezes possui menores possibilidades. Por tal motivo, o Estado interfere, buscando formas de garantir o emprego visando maiores possibilidades econômicas e segurança para o empregado. Assim, a estabilidade econômica além da jurídica tende a garantir a mínima dignidade da pessoa (NASCIMENTO, 2011). No presente artigo tratamos da estabilidade provisória, que é uma garantia de emprego adquirida em razão de circunstância temporária prevista por lei onde, ao contrair alguma das hipóteses, o empregado tem seu vínculo empregatício mantido até o término da referida situação (DELGADO, 2014). A gestação é um dos fatos geradores que previsto em lei dá o direito a estabilidade provisória da empregada visto que, nesse período a mulher além de suas necessidades pessoais, adquire novas responsabilidades com o nascimento de um filho, sendo extremamente necessário o recebimento de sua remuneração (CASSAR, 2011). A empregada gestante possui a mencionada garantia desde o começo da gravidez até cinco meses após o parto, não podendo ser demitida sem justa causa, conforme disposto no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CASSAR, 2015).

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição: (...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Durante o período de estabilidade da gestante, esta faz jus ao recebimento do salário maternidade que é custeado pela Previdência Social, porém, tal pagamento passa a ser de responsabilidade do empregador caso o mesmo a dispense neste período sem justa causa (BARROS, 2013). Garantia com previsão no artigo 6º, e artigo 7º inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

A garantia de emprego da empregada gestante tem como fundamento o fato de que a mulher durante a gravidez e por um período posterior ao parto não conseguiria um novo emprego já que precisa recuperar-se e cuidar de seu filho (MARTINS, 2012). Além dos princípios gerais do direito com por exemplo, a boa fé nos contratos de trabalho, a estabilidade da gestante tem como princípios norteadores os princípios da continuidade da relação de emprego e o da proteção cujo respaldo encontra-se no princípio da causalidade da relação da dispensa (TÚLIO; CASAGRANDE). Sabe-se que na relação empregatícia o empregado é juridicamente dependente ao empregador, tendo em vista sua hipossuficiência em relação a ele portanto, o princípio da proteção tem por finalidade compensar juridicamente o empregado em face de tal desvantagem (NASCIMENTO, 2011), de forma com que tal princípio seja uma forma de proteger no plano jurídico o empregado que é a parte hipossuficiente em relação ao desequilíbrio do contrato de trabalho (DELGADO, 2012). Outro princípio que visa a proteção do empregado - no caso em tela a gestante - é o princípio da continuidade de relação de emprego, que objetiva preservar o contrato de trabalho fazendo com que o empregado permaneça na empresa podendo trabalhar com tranquilidade, exercendo sua função com mais qualidade e garantindo a empresa um serviço com profissionais capacitados (GARCIA, 2012). Vislumbra-se ainda que o empregado ao ser admitido em uma empresa, passa a ter uma segurança e estabilidade econômica e pretende que tal relação seja contínua para que possa realizar seus planos pessoais através de sua renda (CASSAR, 2015). Além das vantagens econômicas do trabalho, o

sentimento de segurança do empregado que possui um trabalho duradouro faz com que produza melhor e também tenha crescimento pessoal, familiar e tenha um melhor bem estar físico e psicológico (VICENTE JÚNIOR, 2014). Quanto a causalidade, ou seja, a relação entre a causa, efeito obtido pela ação ou omissão, e o fato acontecimento (dano) (GONÇALVES,2012) diz respeito ao fato de que, a empregada não pode ser demitida sem justa causa simplesmente por estar grávida, e precisar dedicar-se ao seu filho ou ter alguns cuidados especiais consigo mesma. Não só a proteção da empregada é objetivada com a garantia de emprego da gestante, mas também a do nascituro, pois, o legislador objetivou não tutelar apenas a mulher gestante, mas sobretudo a criança já que tendo segurança no emprego poderá recuperar-se do parto e conviver com seu filho no começo de sua vida, momento este o mais importante (DANTAS, 2009). Tendo em vista que se trata de assunto de interesse público, e em razão de ser direito social garantido pela Constituição, tal estabilidade ultrapassa a proteção ao empregada, tutelando também sua gestação e o nascituro (DELGADO, 2012). No mesmo sentido, o salário possui caráter alimentar para o trabalhador e conseqüentemente para o recém-nascido, portanto, tutelar o emprego traz uma segurança para a mulher gestante que está de certa forma com sua força produtiva reduzida de que terá possibilidades de sustentar as necessidades de seu filho ao nascer (PEREIRA, 2015). Assim, fica claro que além do que visa o direito do trabalho que é a proteção do empregado, o direito a estabilidade da gestante procura também proteger o nascituro, a criança já que a empregada/mãe precisa de seu trabalho e remuneração não só para ela, mas também para dar uma vida digna ao seu filho, bem como dar a ele todos os cuidados necessários a um recém-nascido. Para a confirmação do direito a estabilidade da gestante possuem duas principais teorias, quais sejam a subjetiva, que sustenta que a empregada deve confirmar, ou seja, comprovar/demonstrar para o empregador sua gravidez; e a objetiva, a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal conforme RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, onde a confirmação da gestação basta ser por parte da empregada já que em detrimento da proteção ao nascituro o empregador tem responsabilidade objetiva (MARTINS, 2012). Contudo, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante claramente pretende tutelar direitos da empregada e principalmente do nascituro, tendo em vista que possuindo um emprego a mulher terá maior tranquilidade para cuidar do filho em seus primeiros meses de vida já que terá segurança quanto ao seu emprego. Ao tutelar o emprego da gestante portanto, é possível com que direitos básicos de qualquer

peessoa ou trabalhador, como a dignidade da pessoa humana tanto da mulher quanto da criança; os direitos sociais previstos no artigo 6º; os direitos da criança previstos no artigo 227, e a proteção à família do artigo 226, todos da nossa Constituição Federal sejam garantidos (ALMEIDA, 2010).

4-DIREITO À ESTABILIDADE DA GESTANTE E SUA EVOLUÇÃO

A estabilidade da gestante não é um direito antigo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que somente com a Constituição Federal de 1988 passou a ser garantida a todas as mulheres já que anteriormente somente algumas categorias profissionais por meio de suas convenções coletivas de trabalho possuíam tal direito (NASCIMENTO, 2011). A empregada gestante segundo a CLT em seu artigo 392, tinha somente 12 semanas de licença gestante e não possuía estabilidade alguma. Com o advento da Constituição de 1988 em seu artigo 7º o período de licença foi estendido para 120 dias, sendo ainda que conforme artigo 10, II, b dos Atos das Disposições Transitórias que durante a gravidez e por 5 meses após o parto a empregada é estável, ou seja, não pode ser dispensada de seu emprego sem justa causa (NASCIMENTO, 2011). Inicialmente, a empregada gestante tinha direito somente a indenização do período estável e não a garantia de emprego que possui atualmente, tendo em vista que a súmula 244 conforme resolução administrativa nº 15/85 tinha a seguinte redação: “A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos” (BORGES, 2012). Após a Constituição de 1988, a empregada gestante passou a ter direito então, a receber indenização referente ao seu período estável em dinheiro ou ainda, sendo possível a sua reintegração ao trabalho caso tenha sido dispensada de forma irregular (CASSAR, 2015). Além do período de estabilidade garantido pela Constituição, há ainda a possibilidade de que a empregada gestante tenha seu período estável estendido por mais 60 dias, desde que a empresa tomadora de serviços faça parte do Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/08), sendo assim, a empregada deve solicitar tal benefício no primeiro mês da licença que já lhe é garantida e ao final desta, inicia-se a contagem de mais 60 dias, período este também pago pela Previdência Social, tendo a empresa benefícios para o pagamento de impostos (BARROS, 2009). Conforme entendimento consolidado do TST, a súmula 244 regulamentava que a empregada gestante fazia

jus a garantia de emprego, ou seja, a estabilidade com a indenização do período ou a reintegração ao seu trabalho, portanto só nos casos de contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que o término dos contratos a termo não caracterizaria a dispensa arbitrária, a qual é vedada durante a gravidez tendo em vista que empregador e empregada tinham ciência da data que findaria o contrato (RIBEIRO, 2012). A súmula 244 do TST então, possuía a seguinte redação:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT) (exOJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04). II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).

Dessa forma, a empregada grávida no curso de contratos de trabalho por tempo determinado não gozavam da estabilidade das demais empregadas gestantes, devido ao fato de que o término do contrato de trabalho não caracterizava a situação prevista pelo ordenamento jurídico, ou seja, não se trata de dispensa arbitrária já que ambas as partes tinham conhecimento da data final do acordo. Diante das discussões acerca da súmula e do fato de que a estabilidade busca tutelar os direitos da mãe trabalhadora e também do nascituro, é necessário então esclarecer alguns pontos. Primeiramente surge a dúvida se a confirmação da gravidez para o empregador é requisito para que a empregada goze de sua estabilidade, porém, como é expresso no inciso I da súmula 244 do TST não há a necessidade confirmação para o mesmo, tendo em vista a teoria da responsabilidade objetiva do empregador pelo empregado, sendo a comunicação apenas um requisito, não podendo o empregador esquivar-se da garantia da empregada sob alegação de desconhecimento (BORGES, 2012). Pode-se verificar conforme decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ PARA O EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE. Nos termos da Súmula nº 244, item I, do TST, - o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT) -. Recurso de Revista a que se dá provimento. TST - RECURSO DE REVISTA: RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900. Relator: Fernando Eizo Ono. Data do Julgamento: 26/11/2008.

Dá-se ao empregador a responsabilidade objetiva no que tange aos direitos estabilitários da empregada gestante, tendo em vista que sua finalidade vai além da simples proteção a empregada, tutelando também os direitos da maternidade e a proteção do nascituro (TST - RR-1239-59.2013.5.09.0664, Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ: 04/03/2015) Há ainda a possibilidade de a própria empregada desconhecer seu estado gravídico no momento da dispensa, o que também não afasta seu direito a estabilidade, já que a garantia de emprego neste caso não é exclusivamente para tutelar a empregada, ora gestante, mas essencialmente do nascituro, dessa forma, basta que haja a confirmação de que a gravidez ocorreu durante o contrato de trabalho (TRT 3 - RO - 00351-2012-038-03-00-9, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, DJ: 24/07/2012). Verifica-se o entendimento conforme o julgamento do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR OU PELA EMPREGADA DO ESTADO GRAVÍDICO OCORRIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante mas, sobretudo, a tutela do nascituro. Nesse sentido, nos termos do que recomenda a Súmula nº 244, I, do TST, não se afigura indispensável para o reconhecimento da garantia de emprego que a confirmação da gravidez da reclamante tenha ocorrido antes da rescisão contratual. Assim sendo, para a garantia da estabilidade provisória da gestante é irrelevante que o empregador, e também a empregada, tenham conhecimento do estado gravídico [...]. Processo: 00351-2012- 038-03-00-9-RO, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Data do Julgamento: 24/07/2012.

No que tange a confirmação, há entendimentos de que esta deve ser para a própria empregada, sendo necessário a confirmação do estado fisiológico da gravidez durante o contrato de trabalho para que tenha acesso aos seus direitos constitucionais,

independente de notificação ao empregador (JORGE NETO, 2011). Mas, ainda se deve mencionar que há correntes contrárias, no sentido em que acreditam que a empregada deve comprovar a gravidez ao empregador sob pena de não ter direito a estabilidade, porém, é vedado pela própria Consolidação das Leis do Trabalho a exigência de exames pelo empregador à mulher para que comprove gravidez, sendo que a confirmação de sua gestação é íntima da mulher (CASSAR, 2015).

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Ressalta-se ainda que, atualmente tendo em vista que o texto legal menciona que a vedação diz respeito à admissão ou para a continuidade do contrato de trabalho alguns entendem que é legítimo que exija exame para verificar se a empregada está ou não gestante no momento da ruptura do contrato. Devido ao fato de que antes da Constituição de 1988 a empregada não tinha qualquer estabilidade, o período de gestação da empregada era somente convertido em pecúnia e a mesma recebia salário e demais direitos por indenização, após a Constituição há a possibilidade de reintegração ao emprego enquanto durar sua estabilidade (CASSAR, 2015). Assim, reintegração é a volta do empregado ao trabalho após a dispensa arbitrária no curso de sua estabilidade, voltando com toda as vantagens que tinha antes da demissão, como se o contrato de trabalho nunca tivesse cessado (SARAIVA, 2009). Verifica-se então que o inciso II da súmula 244 do TST deixa para que conforme a situação seja possível que seja determinado para que a empregada volte ao seu trabalho, exercendo-o da forma que o exercia antes da demissão ou para que nos casos de impossibilidade do retorno, todo o período de estabilidade seja convertido em indenização pecuniária (BARROS, 2009). Podendo vislumbrar tal entendimento ainda segundo Sabongi e Almeida:

[...] a empregada gestante deve pleitear a reintegração ao emprego, em caso de ruptura do contrato de trabalho, antes do término do período estabilitário. A indenização apenas é cabível diante da inviabilidade da reintegração, ou seja, nas seguintes situações: (a) quando já se encontrar exaurido o período estabilitário; ou (b) a critério do magistrado, caso entenda inexistir ambiente para reintegração (aplicação analógica do art. 496 da CLT c/c Súmula 396, II, do TST).

Outro ponto discutido acerca da estabilidade da gestante, é o inciso III da súmula 244 do TST tendo em vista que garantia o direito a estabilidade somente para as gestantes cujo contrato de trabalho fosse por prazo indeterminado já que nos contratos a termo não há a dispensa arbitrária já que ambas as partes sabem quando finda a

relação de emprego (GARCIA, 2012).

A Constituição de 1988 trouxe a garantia de emprego para a empregada gestante, porém, não fez distinção do direito a empregada gestante em curso de trabalho com contrato por prazo determinado ou indeterminado, tutelou simplesmente os direitos da empregada gestante (RIBEIRO, 2012). Em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar posição em sentido contrário ao inciso III da súmula 244 do TST, no sentido de conceder estabilidade nos contratos de trabalho por prazo determinado, isto após várias decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir a várias empregadas gestantes em cargos comissionados, contratadas a título precário, o direito a estabilidade provisória (FRANCO FILHO, 2012). Como por exemplo, pode-se vislumbrar:

EMENTA: LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CF. ART. 10, II, B, do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da CF e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. STF: RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 287.905. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/06/2005.

Em 2010 pela primeira vez o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que a Constituição assegura o direito a gestante, independente da modalidade de contrato de trabalho (FRANCO FILHO, 2012), como podemos observar no seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. ESTABILIDADE ASSEGURADA. Estabelece o art. 10, II, “b”, do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa à tutela do nascituro. O item III da Súmula nº 244 desta Corte Superior não constitui impedimento a que se reconheça a estabilidade provisória da gestante, na espécie, visto que a extinção da relação de emprego não se deu em face do término do prazo de experiência, mas sim pela rescisão antecipada do contrato, por ato da empresa, configurando, portanto, dispensa sem justa causa de empregada coberta por estabilidade provisória constitucional. Precedentes do STF, de cuja orientação dissentiu o acórdão recorrido, violando preceito constitucional. TST, RR: RR 194040-35.2006.5.02.0472. Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. Data do Julgamento: 09/06/2010.

Após então diversas decisões favoráveis a concessão da estabilidade para empregadas gestantes que possuíam vínculo de emprego por meio do contrato de experiência, em 2012 pela resolução nº 185/2012 o item III da súmula 244 do TST foi alterado, permitindo então com que as empregadas que ficassem gestantes independentemente do tipo de contrato de trabalho (determinado ou indeterminado) teriam direito à estabilidade, passando então a ter a seguinte redação: “III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado” (FRANCO FILHO, 2013). Como exemplo pode-se vislumbrar nos textos da Revista Legislação do Trabalho:

[...] O art. 10, II, b, da ADCT, da CF veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante [...]. Essa garantia fundamental reafirma a Convenção n. 3 da OIT, que estabelece, em seus arts. 3 e 6 a ilegalidade da dispensa da empregada gestante enquanto perdurar a licença maternidade. Logo, o contrato de experiência não constitui óbice à estabilidade provisória da gestante, na medida em que a norma do art. 443 da CLT, ao regular a contratação por prazo determinado, não tem o condão de afastar o direito à estabilidade provisória. A jurisprudência do STF e TST é também no sentido de que a empregada gestante, mesmo contratada a título precário, tem direito a estabilidade provisória [...] (Revista LTR. 77-10/1256). [...] a justificativa legal decorre do fato de que a relação de emprego ainda se encontra em vigência, já que o aviso prévio, cumprido ou não, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos (art. 487, § 1º da CLT) [...] (Revista LTR. 77-06/615).

Válido ainda é mencionar acerca de alguns pontos acerca da estabilidade da gestante, como por exemplo, a situação onde há a dispensa da empregada gestante antes do período da licença maternidade. Assim, caso a empregada seja dispensada arbitrariamente durante sua gestação, cabe ao empregador nos moldes da legislação já citada (independente do tipo de contrato de sua ciência) indenizar pecuniariamente todo o período que ainda resta de gestação e estabilidade para a empregada (BARROS, 2009). Outro ponto importante é a questão do nascimento com ou sem vida da criança, ou ainda a morte logo após o parto. Não há entendimento pacífico sobre o tema já que alguns acreditam que é cabível a estabilidade já que o fato gerador é o parto, enquanto outros entendem que é devido a gestante somente o descanso de duas semanas previsto no artigo 395 da CLT. (CASSAR, 2015). Verifica-se que a estabilidade da gestante busca proteger a mãe e o nascituro, assim independe se a criança nasce com ou sem vida já que a mulher necessita recuperar-se fisicamente e psicologicamente, tendo

portanto o direito à estabilidade (TRT 3- Processo 0000600-17.2014.5.09.0014, Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, DJ: 23/06/2015). Válido ainda mencionar ainda acerca da mãe adotiva, já que esta possui direito a licença maternidade porém, não faz jus ao direito estabilitário (CASSAR, 2015). Outro ponto a deixar claro é que mesmo que a descoberta da gestação seja no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a empregada faz jus a estabilidade, em conformidade com a Lei 12.812/2013, que cria o artigo 391-A da CLT (CASSAR, 2015). No que diz respeito a estabilidade da gestante ainda, é importante destacar qual o momento para que a empregada possa pleitear seus direitos, porém, tal assunto será discutido em tópico posterior.

5- ABUSO DE DIREITO DO EXERCÍCIO DA ESTABILIDADE

A gestante tem direito a pleitear seu direito a estabilidade em até dois anos conforme previsto no Art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, porém, em alguns casos pode-se vislumbrar a ocorrência abuso do exercício de tal direito conforme disposto a seguir.

5.1- Abuso de direito

Sabe-se que a teoria do abuso de direito tem origem no direito medieval, onde era verificada nos atos emulativos, ou seja, aqueles atos que visavam obter proveitos sobre terceiros, assim causando-lhes prejuízos (BARROS, 2005). Tendo em vista que tal instituto não era expresso no Código Civil de 1916 sendo que, apenas por interpretação a partir do artigo 160, inciso I do mencionado Código de que a prática de atos em desconformidade com o ali disposto poderia configurar conduta abusiva (BRITO, 2011): “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (BRASIL, 1916).” Apesar do fato de o Código de 1916 adotar a teoria subjetiva, e da necessidade de interpretação inversa do artigo de lei, a ideia do abuso de direito como princípio foi sendo aceito por doutrina e jurisprudência, assim como sendo utilizada por outros ramos do direito (BRITO, 2011). O primeiro instituto a fazer menção ao abuso de direito no ramo privado foi o Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente o Código Civil de 2002 em seu artigo 187, fazendo assim com que tal instituto alcançasse o princípio da boa-fé e a limitação do

exercício do direito: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)” (BRITO, 2011). O abuso de direito é aplicável em todos os ramos do direito e existe a partir do momento em que o titular de algum direito o exerce de forma com que gere afronta a princípios do direitos e cause lesão a terceiros (HIGA, 2013). Tendo em vista que aquele que abusa de seu direito o exerce porém, prejudicando terceiros, sua teoria tem como base o fato de que não se pode alegar desconhecimento do direito para realizar determinado ato, visando assim equilíbrio nas relações de forma com que sejam priorizados os interesses coletivos aos individuais (FERREIRA, 2013). A caracterização do abuso de direito é portanto, uma linha frágil entre o exercício do direito subjetivo e o abuso do mesmo direito. Ora, o direito do indivíduo possui previsão legal porém, ao pleitear, exercer tal direito o mesmo ultrapassa os limites de seu direito objetivando uma vantagem exagerada ou seja, que vai além do permitido de forma com que prejudique terceiros (VIANNA, 2009). Atualmente fala-se que o abuso de direito independe de culpa, sendo que o agente utiliza de seu direito de forma contrária a sua finalidade social. O agente não desvirtua a lei objetivamente, mas sim sua finalidade (GONÇALVES, 2014). Assim, não verifica-se culpa ou dolo para a configuração do abuso do direito, bastando a constatação do desvio da finalidade do mesmo em seu exercício anormal (VENOSA, 2014). Ressalta-se ainda que a ideia do abuso de direito não está atrelada apenas aos atos emulativos, ou seja, aqueles que visam prejudicar outrem mas, naqueles que independente de vontade de causar danos utilizam de seu direito de forma incoerente ou objetivando apenas interesse próprio (RODRIGUES, 2003). Conclui-se portanto que o sujeito que possui determinado direito subjetivo incorre no abuso do mesmo caso contrariar o princípio da boa-fé, bons costumes, moral e a finalidade da própria norma que tutela tal direito, ocasionando responsabilidade do mesmo por eventuais danos que causar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Tendo em vista que o abuso de direito está no Título dos atos ilícitos nos Código Civil, é pertinente fazer a diferenciação dos dois institutos. No abuso de direito o agente de certa forma está exercendo seu direito mas violando os valores atrelados a ele. Já no ato ilícito o indivíduo age em desconformidade com a norma. Nas duas hipóteses o sujeito está e desconformidade com o ordenamento jurídico, porém, praticando o ato ilícito está agindo claramente em desconformidade com a lei, já no abuso de direito

está utilizando tal lei contrariando sua finalidade (BARROS, 2005). A caracterização do abuso de direito pode ser por várias modalidades, sendo que é válido que algumas delas sejam aqui destacadas. A primeira é o princípio da vedação ao comportamento contraditório (*Venire contra Factum Proprium*), que advém da violação ao princípio da confiança (OLIVEIRA, 2013).

Tal princípio está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, da confiança e lealdade, sendo que deve haver a limitação das atitudes dos indivíduos em prol da sociedade, ou seja, visa uma solidariedade social. Assim, a vedação diz respeito a atitudes contrárias as já praticadas pelo indivíduo anteriormente para que não haja uma violação de expectativas já criadas anteriormente podendo assim gerar prejuízos a outrem (PRETEL, 2009). Outro instituto que pode-se analisar no campo do abuso de direito é a *supressio* (conforme doutrina alemã: *Verwirkung*), onde os direitos de um indivíduo da relação são suprimidos, diminuídos em razão de sua inércia ao pleiteá-lo, fazendo com que a outra parte acredite que tal direito não seria mais exercido. Há no mesmo campo a *surrectio* sendo que a atitude de um gera expectativa de direito em outrem (MEZZOMO, 2006). Conclui-se portanto, que entre as duas teorias há uma correspondência já que em uma relação haverá supressão de direitos para uma das partes - *supressio* -, enquanto para a outra haverá um aumento nos direitos que este esperava - *surrectio* (OLIVEIRA, 2013). A teoria *tu quoque* ou ninguém poderá beneficiar-se da própria torpeza, também pode ser utilizada para falar do abuso de direito tendo em vista que, tal teoria leciona que uma pessoa não pode utilizar de sua torpeza para invocar determinada norma jurídica a seu favor e posteriormente a violar, ou vice versa (LEITE, 2010). No direito do trabalho verifica-se a compatibilidade do instituto tendo em vista que a própria CLT dispõe em seu artigo 8º, que nos casos omissos nesta serão supridos pelos outros ramos do direito naquilo que for compatível. Assim, o fato de o princípio norteador do direito do trabalho ser o da proteção para igualar empregador e empregado juridicamente, não há incompatibilidade em utilizar o instituto do abuso de direito nos casos em que lhe couber (AMARAL, 2005). Diante todo o exposto conclui-se que, o abuso de direito é um instituto de difícil caracterização tendo em vista que embora seja recorrente no cotidiano, há a necessidade de uma análise de certa forma subjetiva já que o direito do indivíduo é tutelado mas, o mesmo ao exercê-lo o faz de forma desmesurada agindo em desconformidade com princípios básicos do direito como boa fé, indo contra costumes e o que é “bem visto” pela sociedade e podendo até

prejudicar terceiros.

5.2- Possibilidades de caracterização de abuso de direito no exercício à estabilidade da gestante

No decorrer do artigo é possível vislumbrar os princípios norteadores da garantia de emprego, ou estabilidade provisória da gestante e como esta é tutelada pelo direito brasileiro, podendo citar como exemplo a súmula 244 do TST e o artigo 10, II, 'b', do ADCT. Conforme exposto, a empregada gestante faz jus à reintegração ao emprego ou a indenização do período de estabilidade nos casos de dispensa sem justa causa. Ocorre que, não há especificação legal do prazo em que a empregada pode ingressar com reclamatória pleiteando os direitos advindos da estabilidade gestacional, sendo então utilizado o prazo prescricional do Artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, ou seja, dois anos. No mesmo sentido há manifestação do Tribunal Superior do Trabalho no texto da Orientação Jurisprudencial 399:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Não há o que questionar quanto a existência do direito da empregada quanto a estabilidade, porém, devemos analisar a seguinte situação: a empregada é desligada da empresa sem justa causa e está gestante nesse momento, porém, de forma imotivada, ajuíza reclamatória pleiteando somente indenização do período e nega-se a reintegrar ao emprego. Ou ainda o ajuizamento é após o período estável, mas ainda no prazo prescricional da Constituição, não sendo mais possível sua reintegração, somente indenização pecuniária esta não estaria incorrendo em um abuso de direito? Extrapolando seu exercício mesmo que este seja devido? Há entendimentos de que tendo em vista que a responsabilidade do empregador é objetiva, é cabível a conversão do período em dinheiro já que o ato da dispensa realizada pelo empregador

tem mais gravidade que a demora do ajuizamento da ação pela empregada (CASSAR, 2015). Porém, há entendimentos no sentido de que não é mais cabível as vantagens da estabilidade àquelas que por desleixo deixa transcorrer o período da estabilidade para pleitear tal direito, é o que será mostrado a seguir.

ESTABILIDADE DA GESTANTE. AÇÃO PROPOSTA APÓS O PERÍODO APTO À REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA E DEFERIDA. INTEGRAÇÃO DO PERÍODO INDENIZADO AO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. Para fins de reconhecimento da estabilidade da gestante, é irrelevante a propositura da ação após o fim do período estabilitário, uma vez que assegurada a indenização correspondente aos salários e demais direitos daí resultantes, a exemplo do FGTS mais 40%, férias e 13º salário e integração desse período ao tempo de serviço a ser anotado na CTPS, item II da Súmula 244 do TST (TRT 5 - RR 0000036- 84.2012.5.05.0025. Relator: Renato Mário Borges Simões. DJ 04/11/2013). Grifo nosso.

Há entendimentos que o ajuizamento após escoado o período de estabilidade não configura o abuso de direito, desde que tenha observado o prazo prescricional da Constituição é devida a indenização do período estabilitário, tendo em vista que o empregador possui responsabilidade objetiva e tal instituto visa a proteção das necessidades da pessoa e do nascituro (TST-RR-19600-18.2007.5.02.0313. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho. DJ: 10/06/2015). Ocorre que não se pode tratar a empregada gestante como incapaz ou doente, assim, estabilidade justifica-se então devido ao fato de a gestante ter dificuldades de ingressar em um novo emprego com um filho recém-nascido, garantindo tal direito para a proteção ao nascituro. Contudo, a indenização só deve ser concedida se não for mais possível a reintegração ao emprego, não fazendo jus a indenização caso deixar terminar o período de estabilidade já que não deu oportunidade para o empregador de reintegrá-la, tendo em vista que mostra desinteresse da empregada na manutenção do emprego almejando apenas a indenização pecuniária (MARTINS, 2012). Além das disposições doutrinárias, há diversos julgados mostrando casos concretos onde foi reconhecida a abusividade no exercício da estabilidade da empregada gestante, conforme disposto a seguir. Em que pese o desconhecimento por parte do empregador ser irrelevante para a caracterização do direito à estabilidade, verifica-se que em alguns casos a própria empregada obsta com que lhe seja concedido tal direito ao violar princípios da boa-fé e informação. A empregada realiza exame demissional somente após a confirmação da gravidez e não

a informa no mencionado momento; não científica o empregador nem a entidade sindical no momento da homologação acerca de seu estado gravídico e, diretamente ajuíza reclamationária pleiteando indenização do período estabilitário sem cumprir o papel principal da garantia que é a proteção ao emprego. Verifica-se ainda que, recebeu parcelas do seguro desemprego e da licença maternidade no período estabilitário o qual requer indenização. (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO). Percebe-se nesses casos que a empregada descumpriu com preceitos éticos e morais, princípios da lealdade e boa-fé objetiva visando somente a indenização e não a proteção à maternidade e ao emprego. Recusa a reintegração ao emprego de forma injustificada obstando de forma maliciosa com que o empregador cumprisse sua obrigação, sendo então indevida a conversão em indenização pecuniária. O mesmo entendimento é mantido em sede recursal já que as atitudes da empregada não demonstram mera recusa à reintegração, o que não afastaria seu direito à estabilidade, mas demonstra que a mesma agiu de maneira contrária aos costumes moralmente aceitos pelo direito ao criar embaraços para o empregador pretendendo apenas indenização e não a finalidade real do instituto da estabilidade (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO). Em muitas hipóteses percebe-se que a empregada obsta seu retorno ao emprego ou ajuíza reclamationária com uma demora imotivada não visando a garantia de emprego que lhe é dada, mas apenas indenização pecuniária "já que possui tal direito". Em outro caso, a empregada é dispensada grávida e, ajuíza reclamationária seis meses após a dispensa pleiteando indenização do período, porém, o empregador alega que na CCT da categoria há uma cláusula que autoriza a empregada gestante renunciar tal direito, porém tal cláusula é nula, sendo concedido direito à indenização em primeira instância. (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014). Em sede de recurso, a reclamada afirma que ao pleitear somente a indenização, a empregada pretende somente dinheiro e não a real finalidade da estabilidade que é a garantia de emprego. O Tribunal concorda no ponto em que a empregada ajuizou ação em momento ainda oportuno à sua reintegração ao emprego, porém, pleiteia somente indenização ficando evidenciado apenas seu interesse pecuniário sem prestar serviço algum ficando perceptível a caracterização do abuso de direito da empregada não sendo devida a indenização (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014).

Verifica-se que ao ajuizar a reclamatória dentro do prazo da estabilidade ou ainda cientificando o empregador acerca da gestação, a empregada garante não só seu direito mas também a possibilidade de o empregador dar a oportunidade de reintegração da mesma ao trabalho e assim utilizar sua força de trabalho para pagamento dos salários do período e não apenas ao pagamento posterior de salário sem ter usufruído de seu labor. Pode ocorrer dúvidas do motivo pelo qual o empregador reintegraria a ex empregada, mas a resposta é simplesmente porque tal possibilidade é decorrente da lei, ou seja, a empregada é estável e ele pode simplesmente indenizá-la pelo período estável, ou pagar o período em troca do trabalho da funcionária (SANTOS JUNIOR, 2010). Outra situação mostra que a empregada ajuizou reclamatória pleiteando indenização do período estável somente após um ano do nascimento da criança, sem qualquer justificativa na demora para o ajuizamento, sendo impossibilitada reintegração e verificada interesse na indenização pecuniária, sendo em primeira instância indeferido tal pedido. (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Ao analisar tal situação o Tribunal entende que não há fatos que comprovem que a empregada informou ao empregador acerca da gestação, e demorou de forma imotivada para pleitear seus direitos estáveis. Ocorre que em razão do Princípio da Segurança Jurídica, o empregador não pode ficar sempre submisso as normas protetivas e que não é pelo fato de estar gestante que a empregada pode não mais trabalhar e receber por tal período (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Há no caso em tela, interesse em contrariar a função de garantia de emprego para a empregada visando a proteção ao nascituro para simplesmente receber dinheiro por tal direito, não podendo utilizar da Constituição que tutela a empregada gestante para gerar enriquecimento ilícito, sendo ainda que somente em hipóteses de exceção que há pagamento sem efetivo trabalho e não em qualquer situação. Verifica-se ainda que a empregada não demonstrou qualquer justificativa para ajuizamento da reclamatória somente após tanto tempo não sendo então cabível conceder indenização para a empregada (TRT 3 - RO 0001191- 14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Verifica-se em parte da doutrina e em diversos julgados o mesmo posicionamento no que tange à reintegração ao emprego, ora, se a função do direito à estabilidade é manutenção do emprego então somente se esta não for justificadamente possível passa a ser cabível a conversão em

indenização pecuniária. Mais um caso mostra que reclamante estava em contrato de trabalho por tempo determinado e foi dispensada gestante, incontroverso a questão da estabilidade quando ao tipo de contrato de trabalho. Ocorre que a indenização pecuniária somente ocorre em casos de impossibilidade de reintegração ao trabalho, no entanto verifica-se no caso em tela que o empregador, tendo em vista possuir responsabilidade objetiva no caso em tela, reconsiderou a dispensa e deu a alternativa de reintegração ao emprego à empregada já que ainda estava em tempo. Porém, a mesma recusou evidenciando a busca emulativa pela indenização pecuniária. (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015).

Não houve qualquer comprovação de justificativa plausível para a recusa, sendo requerida somente a indenização do período sem qualquer pedido de reintegração, ficando evidenciado o abuso do direito da empregada não sendo cabível o pagamento do período estabilitário (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015). Além de todo o exposto há que vislumbrar ainda o fato de a empresa que não tinha ciência do estado gravídico da empregada, e após um longo período de tempo ser surpreendida com uma reclamatória pleiteando indenização, tal situação contraria além da finalidade da estabilidade o princípio da segurança jurídica. Verifica-se que em outra situação que a empregada foi demitida grávida e ajuizou reclamatória pleiteando indenização de sua estabilidade. Oportuno mencionar que a reclamada colocou à disposição da reclamante seu emprego e de forma escrita, sendo que a própria reclamante confirma tal fato e recusa-se a retornar ao emprego, alegando ser insustentável a convivência com a reclamada. Porém, não há indícios ou comprovação de tal alegação, sendo que as testemunhas alegaram que ambas tinham um bom relacionamento antes da dispensa, sendo ainda que uma delas teria ouvido que a dispensa teria sido em razão de apresentação de atestado médico falso pela reclamante (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012). Conforme entendimento do judiciário, caracterizaria enriquecimento ilícito conceder a indenização do período estabilitário, tendo em vista sua renúncia ao negar-se a voltar ao trabalho oferecido pela reclamada sem qualquer comprovação de impossibilidade do seu retorno. Em recurso a decisão é mantida não pelo fato de renúncia mas, pelo fato de que a empregada em momento algum comprovou que não haveria

possibilidade de retornar ao emprego que foi novamente oferecido pela empregadora e recusado, sendo evidenciado abuso no exercício do direito já que pretendia apenas indenização descaracterizando assim, a finalidade da estabilidade (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012) Contudo, verifica-se que a intenção do instituto da estabilidade da gestante é assegurar o emprego da mulher em um período delicado para que esta possa manter seu filho e ao ajuizar a reclamatória após uma demora imotivada a empregada não demonstra interesse na real finalidade do instituto, abusando então de seu direito, utilizando-o de forma extrapolada, não fazendo jus a ele. Diante todo o exposto questiona-se como evitar a caracterização do abuso do direito já que a empregada muitas vezes ajuíza reclamatória após ou próximo do fim do período de estabilidade, deixando o empregador “submisso às normas protetivas” conforme mencionado acima. Uma das alternativas seria que no momento da entrega do aviso prévio, o empregador entregue à empregada documento afirmando que será nulo o referido aviso caso a mesma esteja gestante, ou venha a ficar durante o curso de possível projeção de aviso prévio indenizado. Na situação a mesma deve retornar ao trabalho em 30 dias, sob pena de estar renunciando à estabilidade gestacional e incorrendo em abandono de emprego (CASSAR, 2015). Alternativa seria, dar à empregada a possibilidade de inclusão do teste de gravidez no exame demissional, porém, tal hipótese possui controvérsias. Verifica-se que seria uma das únicas formas de o empregador, no momento da demissão ter certeza se a empregada está ou não gestante, mas por outro lado pode haver, um certo constrangimento para a mulher ao realizar o exame (LINO, 2013). Sob o ponto de vista legal temos a Lei n.º 9.029/1995 que veda práticas discriminatórias e realização de exames, e o artigo 373-A, inciso IV da CLT que traz a vedação de exigência de exame de gravidez para admissão e/ou permanência da empregada.

Vejamos que tais hipóteses legais vedam a discriminação e realização de exames no que tange a permanência ou manutenção do emprego, sendo que a possibilidade da realização do teste de gravidez no momento da demissão sendo no aviso prévio ou ao final deste não contrariando a legislação no que tange a vedar exames na admissão e permanência, e em caso positivo não estaria ferindo a legislação já que iria garantir o emprego da empregada tendo em vista sua estabilidade (LINO, 2013). No mesmo sentido a realização de exame de gravidez na demissão não configura dano moral tendo em vista que não gera dano evidenciado ou situação vergonhosa para a

empregada, não caracterizando ato ilícito que enseja configuração de dano moral (TRT 3 - RO 01150-2014-033-03-00-9, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, DJ: 27/02/2016). Diante todo o exposto, conclui-se que é claro o direito da empregada gestante à estabilidade, porém, em alguns casos a empregada utiliza de seu direito de forma abusiva, deixando assim de fazer jus ao mesmo.

6-CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como foco apresentar as modificações ocorridas nas normas jurídicas no que diz respeito à estabilidade da empregada gestante, trazendo seus aspectos mais importantes nos casos em que a gravidez ocorre durante o curso do aviso-prévio, contrato por prazo determinado e nos casos do falecimento da gestante. É indubitável a evolução dos direitos conferidos à mulher, e principalmente, à gestante. Este último se dá principalmente pelo fato da proteção ao nascituro, que desperta uma maior preocupação do legislador, o que gerou grandes avanços nas normas jurídicas brasileiras nos últimos anos. A gestação é uma fase na vida da mulher que necessita de cuidados maiores, e conseqüentemente, um amparo especial no emprego. Com o crescente número de mulheres no mercado de trabalho, acompanhado das constantes lutas pelos seus direitos, as normas jurídicas de proteção à gestante vêm sofrendo alterações, estas trazendo novos benefícios.

Para que sejam asseguradas condições de vida dignas ao nascituro, tanto no aspecto social, quando emocional e econômico, é necessário, ao menos, garantir o emprego à mãe trabalhadora, para que esta possa se fazer presente e proporcionar à criança o necessário para que viva adequadamente. Observa-se que restou comprovado que a gestante tem ganhado uma atenção maior no ordenamento jurídico pátrio, tendo assegurada a estabilidade em casos antes esquecidos pelo legislador. Apesar de ainda, no Brasil, a proteção à maternidade não se dar a passos largos, é notório o grande desenvolvimento, se comparado há alguns anos atrás, quando a empregada gestante poderia ser demitida a qualquer momento, apenas pelo fato de estar grávida. Com isso, nota-se que, apesar da ainda grande discriminação contra a mulher trabalhadora, esta, quando se encontra em estado gravídico, recebe proteção à maternidade, estando protegida pelo instituto da estabilidade da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, inclusive quando a gravidez acontece nos

contratos a termo e no curso do aviso prévio.

O direito à estabilidade está atrelado a vários princípios do direito trabalhista, dentre eles o seu basilar, qual seja, o da proteção que no caso em tela qual seja, a estabilidade da gestante, visa tutelar não só a empregada, mas também seu filho recém-nascido que é totalmente dependente da mãe, e esta precisa ter segurança e o principal um emprego para que possa cuidar com dignidade de seu filho. A estabilidade da gestante está eivada de fundamentos que lhe baseiam, como a já mencionada proteção, a continuidade do emprego que não deve ser rompido em um momento delicado para a mulher, boa-fé nos contratos e entre os contratantes - empregador e empregada - além da sua função social, tanto do emprego quanto da estabilidade, ambos garantidos pela Constituição Federal. A legislação não deixa dúvidas quando aos direitos do período estabilitário da mulher gestante, estando este previsto no artigo 10, inciso II, alínea b dos Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias, Súmula 244 do TST, artigo 7º da Constituição Federal, dentre outros, sendo que a mulher desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto possui estabilidade. Ocorre que em alguns casos há a caracterização do abuso de direito, ou seja, a empregada gestante possui o direito à estabilidade, porém, o utiliza de forma exagerada, ultrapassando os limites morais e a real finalidade do direito em questão. Como demonstrado algumas empregadas somente ajuízam reclamações trabalhistas após escoado o período estabilitário, ou mesmo sem que este esteja findo mas, em tempo impossível de reintegrar-se ao emprego, sendo possível somente a indenização pecuniária que é uma exceção, pois, a finalidade do instituto é a segurança, a manutenção de emprego, e não de dinheiro simplesmente. Há casos ainda onde é possível reintegrar-se e o próprio empregador faz tal proposta e, é a própria empregada quem nega, evidenciando novamente a intenção apenas de auferir vantagem pecuniária do direito, configurando então abuso do exercício do direito à estabilidade, não sendo cabível então a indenização pecuniária. Importante mencionar que mesmo com o ajuizamento de forma tardia há entendimentos de que não configura abuso de direito pelo simples fato de ter sido 29 realizado ainda dentro do período prescricional da Constituição, pensamento este que não se compartilha no presente artigo. Verifica-se portanto, que não resta dúvidas acerca da importância do instituto do direito à estabilidade da gestante, que é um direito social, bem como que a empregada possui tal direito, mas para exercê-lo a empregada deve utilizar da boa-fé que é princípio basilar do Direito, a fim de atingir a finalidade do instituto e não

deixar o empregador a mercê do tempo e de incerteza quando ao término do vínculo com determinada empregada. Mas, como há aquelas que distorcem a finalidade do direito, deve haver uma forma de inibição e/ou prevenção, e como exemplo citamos a possibilidade por meio de previsão de instrumentos coletivos de a empregada ter a opção de fazer teste de gravidez no momento de sua demissão, ou ainda que os empregadores passem a informar a empregada no momento da demissão que, em caso de gravidez ocorrida ainda dentro do contrato de trabalho, esta deve retornar ao emprego para exercer seu direito estabilitário conforme disposto em lei, formas estas que auxiliariam a empregada a usufruir de seu direito de forma mais rápida, sem que haja um processo judicial e também traria maior segurança ao empregador. Diante todo o exposto, conclui-se que a empregada possui sim o direito à estabilidade, porém, deve pleiteá-lo de forma com que sua finalidade, qual seja, a manutenção do emprego e segurança para a empregada e nascituro seja cumprida, sendo necessário agora que além da utilização da boa-fé pelas empregadas que forem utilizar de tal direito, seja possível com que empregador e judiciário tenham formas de combater aquelas que ainda utilizem de tal instituto de forma abusiva.

O direito à estabilidade está atrelado a vários princípios do direito trabalhista, dentre eles o seu basilar, qual seja, o da proteção que no caso em tela qual seja, a estabilidade da gestante, visa tutelar não só a empregada, mas também seu filho recém-nascido que é totalmente dependente da mãe, e esta precisa ter segurança e o principal um emprego para que possa cuidar com dignidade de seu filho. A estabilidade da gestante está eivada de fundamentos que lhe baseiam, como a já mencionada proteção, a continuidade do emprego que não deve ser rompido em um momento delicado para a mulher, boa-fé nos contratos e entre os contratantes - empregador e empregada - além da sua função social, tanto do emprego quanto da estabilidade, ambos garantidos pela Constituição Federal. A legislação não deixa dúvidas quando aos direitos do período estabilitário da mulher gestante, estando este previsto no artigo 10, inciso II, alínea b dos Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias, Súmula 244 do TST, artigo 7º da Constituição Federal, dentre outros, sendo que a mulher desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto possui estabilidade.

Diante todo o exposto, conclui-se que a empregada possui sim o direito à estabilidade, porém, deve pleiteá-lo de forma com que sua finalidade, qual seja, a manutenção do emprego e segurança para a empregada e nascituro seja cumprida,

sendo necessário agora que além da utilização da boa-fé pelas empregadas que forem utilizar de tal direito, seja possível com que empregador e judiciário tenham formas de combater aquelas que ainda utilizem de tal instituto de forma abusiva.

7-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, João Alves de. **Breves comentários à Lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-A À CLT: Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso prévio.** Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador. Salvador/BA, 2013. Disponível em <http://goo.gl/C82xQT> . Acesso em: abril de 2016.

ALMEIDA, Vanessa Corrêa de. **Há estabilidade provisória da empregada gestante no contrato de experiência?** Uma visão crítica da súmula 244, III/TST. Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF, 2010. Disponível em <http://goo.gl/bsN49e> . Acesso em: março de 2016.

ARAÚJO, Miebt Oliveira de, **Estabilidade Provisória da Gestante.** Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande/PA, 2014. Disponível em <http://goo.gl/I0fV21> . Acesso em: março de 2016.

BAHIA, Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região, **Processo RR0000036-84.2012.5.05.0025.** Relator: Renato Mário Borges Simões. Data do Julgamento: 04/11/2013, Data da Publicação: 04/11/2013. Disponível em <http://goo.gl/C5dPDJ>: Acesso em: maio 2016.

BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm . Acesso em 05/10/2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 38ª ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Processo RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900**, Relator: Fernando Eizo Ono, Data do Julgamento: 26/11/2008, 4ª Turma, Data da publicação: 05/12/2008. Disponível em: <http://goo.gl/BMle6q> . Acesso em: abril de 2016.

_____. **RE 600057** SC. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5411174/agregno-recurso-extraordinario-re600057-sc> > Acesso em 13/10/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 1072020115180006**. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20979130/recurso-de-revista-rr1072020115180006-107-2020115180006-tst> > Acesso em 13/10/2015.

HIGA, Flávio Costa, **Abuso do direito na relação de emprego** - uma visão teórico-sistêmica, RKL Escritório de Advocacia, 2013. Disponível em: <http://goo.gl/RAINVy> . Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, **Lei nº 3.070, de 1 de janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://goo.gl/c0O6gb> Acesso em: maio de 2016.
BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em <http://goo.gl/eSx66> . Acesso em: maio de 2016.

Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 128/2021 | p. 183 - 207 | Nov - Dez / 2021 | DTR\2021\47741

A GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO DO DIRETOR ELEITO DE COOPERATIVA

Araken de Assis
Fernando Krieg da Fonseca
Bóris Chechi de Assis

RESUMO

O presente estudo analisará a garantia provisória no emprego estendida aos direitos eleitos de cooperativa pelo alcance do art. 55 da Lei nº. 5.764/71. Para tanto, relembrar-se-á a formação do sistema de garantias no emprego no direito brasileiro, com análise e distinção das espécies de extinção do contrato de trabalho e os pressupostos para a garantia no emprego prevista no art. 543 da CLT. Far-se-á, da mesma forma, minuciosa apreciação dos conceitos de cooperativa, ato cooperativo e suas respectivas natureza jurídicas, estabelecendo-se a forma de conexão entre ato cooperativo e a garantia prevista no art. 543 do diploma celetista.

PALAVRAS-CHAVE: garantia no emprego; cooperativa; diretor; ato cooperativo.

Araken de Assis

Professor Emérito da PUC/RS. Professor Titular (aposentado) da Escola de Direito da PUC/RS na Graduação e na Pós-Graduação (Cursos de Mestrado em Direito e Doutorado em Direito). Doutor em Direito pela PUC/SP. Desembargador (aposentado) do TJ/RS. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (Rio de Janeiro);

Fernando Krieg da Fonseca

Presidente da OAB/RS nos anos de 1987/1988. Membro nato do Conselho da OAB/RS. Membro da Comissão Nacional de Relações Internacionais da OAB. Ex-Conselheiro Federal da OAB. Desembargador (aposentado) do TRT da 4ª Região.

Bóris Chechi de Assis

Doutorando em Direito na PUCRS. Mestre em Direito - Especialidade em Ciências Jurídico-Laborais - pela Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Pesquisador na área de Direito do Trabalho.

ABSTRACT: The present study will analyze the prohibition of dismissal without cause extended to the employees elected as directors of a cooperative due to the scope of article 55 of Law no. 5.764/71. For that purpose, the formation of the system of prohibitions of dismissal without cause in Brazilian law will be remembered, with the analysis and distinction of the types of termination of the employment contract and the legal premises of the prohibition of dismissal established in the article 543 of the CLT (Consolidation of Labor Laws). In the same way, there will be a detailed assessment of the concepts of cooperative, cooperative act and its legal nature, establishing a form of connection between cooperative act and the prohibition of dismissal without cause provided by article 543 of the CLT.

KEYWORDS: prohibition of dismissal without cause; cooperative; director; cooperative act.

1. Sistema de garantias no emprego no direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro montou, com o decorrer do tempo, um autêntico sistema de estabilidade do empregado e de garantias específicas no contrato de trabalho por prazo indeterminado. O objetivo inequívoco do arranjo legislativo descansa na pretensão de outorgar eficácia real ao princípio da continuidade da relação empregatícia.¹ Ao contrário do que pode e não raro ocorre nas relações disciplinadas pelo direito civil e ramos congêneres, em que há base sólida comum em países de sistemas semelhantes, e até dessemelhantes, trazendo à colação o contraste entre *Civil Law* e *Common Law*, o Direito do Trabalho evolui e se constitui de forma heterogênea em cada ordenamento jurídico, conforme o contexto social do país, a história das respectivas instituições políticas, às vezes sujeita a reviravoltas por acontecimentos dramáticos (v.g., guerras externas e revoluções) e à medida com que o Estado em questão se desenvolveu economicamente.

E no caso do Brasil, contrariamente a outros países do sistema da *Civil Law*

1 Em outras palavras, restrições específicas de rescisões imotivadas do contrato de trabalho por parte do empregador. Vide MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade provisória no emprego. São Paulo: LTr, 1995, p. 55.,

(v.g. Portugal,² Itália,³ e Espanha,⁴ cada qual com previsões especiais de maior ou de menor intensidade relativas à “*motivação da rescisão do contrato de trabalho*”),⁵ adotou-se a possibilidade de dispensa arbitrária ou sem justa causa, ou seja, consagrou-se o que se pode designar, tecnicamente, de rescisão unilateral do contrato de trabalho por iniciativa do empregador.⁶ Todavia, a adoção do referido “*direito potestativo de despedida do empregador*” não aconteceu de um jato, tratando-se de expressiva construção histórica no Brasil.

A figura da estabilidade foi criada no Brasil por meio da Lei n.º 4.682/1923 (Lei Eloy Chaves), diploma que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos empregados das empresas ferroviárias. Embora se tratasse de lei notadamente de natureza previdenciária, estabeleceu, no art. 42, restrição à rescisão contratual do empregado ferroviário, limitando seu cabimento à ocorrência de “*falta grave constatada em inquérito administrativo*”.

A partir da legislação dos ferroviários, a estabilidade estendeu-se, gradualmente, ainda na primeira metade do Século XX, a outras categorias: aos empregados das empresas de navegação marítima e fluvial e das empresas de exploração dos portos (Decreto n.º 5.109/1926); aos empregados de empresas de transporte, energia elétrica, telégrafos, telefones, portos, águas e esgotos (Decreto n.º 20.465/1930); aos empregados das empresas de mineração (Decreto n.º 22.096/1932); aos empregados comerciários e bancários, com a possibilidade de concessão a estabilidade após 2 (dois) anos no emprego aos bancários (Decreto n.º 24.615/1934); e, finalmente, em 1935, com a promulgação da Lei n.º 62/1935, a estabilidade alcançou os empregados de forma universal, ou seja, a todos os que não haviam sido abarcados por previsões legais específicas anteriores.

2 Conforme disposto nos artigos 338 e 340 do Código do Trabalho de Portugal de 2009.

3 Na Lei n.º. 604 de 1966 da Itália, foi disciplinada a proibição da rescisão imotivada do contrato de trabalho por parte do empregador.

4 Conforme artigo 48 do Estatuto de los trabajadores, que disciplina as causas de extinção do contrato de trabalho.

5 Mesmo sob a tutela deste específico regime, tais ordenamentos jurídicos preveem a proteção ao dirigente sindical como forma de efetivação do princípio da liberdade em seu aspecto positivo, conforme artigo 410 do Código do Trabalho de Portugal e artigo 10.3 da Ley Orgánica de Libertad Sindical da Espanha. Vide DRAY, Guilherme Machado. O princípio da protecção. Coimbra: Almedina, 2015, p. 801; GRAU, Antonio Baylos. Sindicalismo y derecho social. Albacete: Editorial Bomarzo, 2019, p. 80.

6 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2020, 1404.

A criação do instituto jurídico tendente à continuidade da execução do contrato de trabalho apresentava nítida natureza previdenciária e, sobretudo, fundamentalmente objetivo previdenciário: a manutenção das relações subordinadas de trabalho garantiriam a permanência das contribuições à previdência social, aspecto essencial para a sedimentação definitiva dessa instituição no País.⁷

A Constituição de 1937, cuja principal inspiração era o corporativismo fascista, confirmou a tendência do ordenamento jurídico e consagrou a estabilidade no inciso *f* de seu art. 137, consolidando-se o instituto com a promulgação da CLT, em 1943, que tornou universal a regra da estabilidade decenal do figurante de relação de emprego em seu clássico artigo 492.

Todos os trabalhadores urbanos e rurais, a partir de 1943, após 10 (dez) anos consecutivos de execução do contrato de trabalho, adquiririam a estabilidade no emprego. Em verdade, essa consistiu em uma das inúmeras garantias trabalhistas criadas por Getúlio Vargas no afã de angariar apoio da massa dos trabalhadores.⁸

O sistema até então estabelecido baseava-se em fator temporal: a continuidade da relação subordinada de trabalho no interregno de 10 (dez) anos, previsto no já mencionado art. 492 da CLT, exceção feita a eventual denúncia cheia do contrato de trabalho, *id est*, a dispensa motivada do trabalhador.

Embora assim se indicasse a predisposição normativa, o sistema jurídico laboral brasileiro jamais impediu de forma absoluta e definitiva, tecnicamente, a ruptura do pacto laboral por iniciativa exclusiva do empregador. A rigor, antes se cuidava de desincentivo à rescisão do contrato de trabalho por qualquer uma das partes, preservando a continuidade da relação. Em que pese a existência de restrições econômicas ao exercício da rescisão contratual por parte do empregador, em virtude da cominação de multas de valor significativo no caso de rompimento do vínculo (a indenização por tempo de serviço prevista no art. 478 e seguintes da CLT), o fato é que, assumindo o empregador esse ônus financeiro e antes do vencimento do prazo de 10 (dez) anos, era possível romper o vínculo. Por exceção, adquirida a estabilidade decenal, tornava-se juridicamente impossível a denúncia vazia do contrato de trabalho.⁹

7 MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade provisória no emprego. São Paulo: LTr, 1995, p. 23.

8 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador. São Paulo: LTr, 2016, p. 46.

9 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2020, p. 1.355.

A estabilidade no emprego é, pois, gênero que comporta as seguintes espécies: (a) a estabilidade definitiva, que garante ao empregado a impossibilidade jurídica de resolução do contrato imotivadamente por iniciativa do empregador (ressalvando-se os casos previstos em lei); e (b) a estabilidade transitória (ou seja, garantias no emprego), na qual a impossibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho pelo empregador subsistirá enquanto se mantiver a causa especial e episódica que enseja essa peculiar garantia de manutenção do vínculo.¹⁰

Não obstante o caminho traçado pelo ordenamento jurídico brasileiro e das suas razões sociais e econômicas, tomou-se curva à atenuação do princípio da continuidade da relação empregatícia com a promulgação da Lei n.º 5.107/1966, que criou o regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviços, na realidade contrapartida à perda da estabilidade. Esse diploma outorgou ao trabalhador o direito de opção entre um sistema (a aquisição, *opportuno tempore*, da estabilidade decenal) e o sistema em que paulatinamente se formaria um fundo financeiro para compensar a despedida imotivada (o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou FGTS). Em termos práticos, novos contratos de trabalho se formavam apenas se o empregado optasse pelo último, enfraquecendo a estabilidade.

Essa concomitância perdurou até a promulgação da Constituição de 1988, que tornou universal o sistema do FGTS, reforçada pela Lei n.º 7.839/89, editada em substituição à antiga lei instituidora do regime do Fundo de Garantia.

A evolução histórica do direito do trabalho, em especial ao que se refere às possibilidades de extinção do contrato de trabalho, demonstram que o ordenamento jurídico brasileiro optou expressamente pela existência da possibilidade de rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador. Esse princípio é intitulado de forma unânime pela doutrina especializada como “direito potestativo” do empregador. A categoria dos direitos potestativos, ou formativos gerados, caracteriza-se pela circunstância de o sujeito passivo sujeitar-se, *tout court*, à eficácia do exercício do direito pela contraparte, ou seja, inexistente a necessidade da sua intervenção e cooperação.¹¹

Reina grande dissídio na doutrina brasileira trabalhista a respeito da

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 50.

11 PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. Tratado de direito privado. V. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 617, 7, p. 462. LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. Direito potestativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 39.

denominação das várias modalidades de extinção do pacto laboral. Criou-se verdadeira confusão entre os termos e institutos do negócio jurídico de natureza trabalhista. O risco dessa incerteza, que está longe de apaziguar ou de chegar a bases comuns, consiste em perder de vista a essência das figuras envolvidas. Um inventário mais turvaria o panorama do que o desnudaria. A bem da clareza e, em particular, para o desenvolvimento seguro do presente trabalho, parece adequado distinguir duas maneiras de extinção contratual laboral, a saber: (a) resilição é o ato unilateral de vontade exercido por um dos contratantes declarando sua intenção de extinguir o contrato sem motivo específico ou determinado (ou seja, segundo os termos comumente utilizados na doutrina e no foro trabalhista, as hipóteses de despedida sem justa causa pelo empregador ou, ao revés, de pedido de demissão do empregado); (b) resolução é a extinção do contrato de trabalho decorrente do inadimplemento das prestações de uma das partes, o que pode ser caracterizado, no direito do trabalho, como as causas da denúncia cheia do contrato por parte do empregado (rescisão indireta, art. 483 da CLT) e do empregador (despedida por justa causa, art. 482 da CLT).¹²⁻¹³

Por conseguinte, a relação de trabalho subordinada, no Brasil, independentemente das razões concretas, em princípio orientou-se para a admissibilidade de resilição dos contratos de trabalho por iniciativa de qualquer uma das partes. É verdade que a Constituição Federal de 1988 “*garantiu*” proteção à relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, porém jamais regulamentou o conteúdo do inciso I do art. 7.º por meio de Lei Complementar, necessária para conferir eficácia positiva a esse direito fundamental, vigorando, entretanto, o art. 10 do ADCT da CF/1988.¹⁴

O contrato de trabalho, embora assumida natureza sucessiva e continuada (ou seja, um pacto duradouro), não é vitalício ou perpétuo. A “*vocação de perdurabilidade*” e a natureza sucessiva da relação contratual não a retiram das repercussões possíveis em

12 CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1015.

13 Em Portugal, inexistente a denúncia vazia do contrato de trabalho, considera-se como resolução as modalidades de despedida e demissão: “No catálogo legal das formas de cessão do contrato de trabalho encontramos, pois, a caducidade, a revogação bilateral, as várias modalidades de despedimento patronal e as hipóteses de extinção por iniciativa do trabalhador – resolução e denúncia.” Vide AMADO, João Leal. Contrato de trabalho: noções básicas. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 303.

14 Pleno do STF, MI 114/SP, 04.04.1991, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJU 19.02.1993.

certos aspectos do regime jurídico laboral.¹⁵

Até nos ordenamentos jurídicos em que há proteção firme e explícita contra a rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador não se considera lícita somente a denúncia cheia do contrato de trabalho. Podem existir causas objetivas diversas para a extinção do pacto laboral além da vontade unilateral de uma das partes. Por exemplo, no direito português, os despedimentos coletivos poderão fundar-se em motivos estruturais, tecnológicos ou de mercado – art. 361 e seguintes do Código do Trabalho lusitano – e os despedimentos individuais poderão basear-se na extinção do posto de trabalho ou na inadaptação do trabalho – artigos 371 e 373 do Código do Trabalho.¹⁶

Ora, o ordenamento jurídico laboral brasileiro optou pela admissibilidade da desvinculação de um dos contraentes do contrato de trabalho de forma unilateral. É, de um lado, liberdade pessoal do trabalhador desligar-se da empresa e retirar sua força de trabalho aí alocada e, de outro, é liberdade do empregador adequar sua estrutura de acordo com o volume de trabalho necessário e a condução ideal e eficiente das atividades empresariais.¹⁷ Assim, concilia-se a clássica dicotomia, expressa no art. 1º, IV, da Constituição, entre capital e trabalho: os valores sociais da livre iniciativa e do trabalho devem convergir e, assim, merecem análise conjunta.¹⁸

No âmbito do sistema de garantias no emprego do ordenamento jurídico brasileiro, portanto, cumpre distinguir (*a*) a estabilidade definitiva e (*b*) a estabilidade provisória.¹⁹ As figuras jurídicas também são comumente denominadas na doutrina juslaboralista como (*a*) estabilidade e (*b*) garantia provisória no emprego.²⁰ A diferença radica na circunstância de a primeira ser permanente, a segunda transitória (ou provisória).

A estabilidade permanente, ou apenas estabilidade, constitui causa impeditiva da rescisão contratual por iniciativa do empregador e assenta em circunstância de

15 AMADO, João Leal. Contrato de trabalho: noções básicas, p. 46.

16 MARTINEZ, Pedro Romano. Direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2015, p. 972.

17 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Manual de direito do trabalho. Lisboa: Babel, 2014, p. 717.

18 STÜRMER, Gilberto. Direito Constitucional do Trabalho no Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

19 LAMARCA, Antonio. Contrato individual de trabalho. São Paulo: RT, 1969, p. 209.

20 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2020, 1507; CIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 712; CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1137; MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 803.

caráter geral (ou genérico) e na vigência da relação por tempo indeterminado.²¹ Esta figura, é verdade, cria situação análoga à da fixação de termo unilateral, por obra do empregador.²² Trata-se, todavia, de figura residual no ordenamento jurídico,²³ pois sua hipótese geral (art. 492 da CLT) subsiste apenas nos contratos de trabalho mais antigos, ou porque inexistia o FGTS, ou porque o empregado não realizou a opção pelo novo regime, e descansa no direito adquirido.²⁴

A estabilidade provisória (ou garantia no emprego, ou garantia provisória no emprego) erige impedimento formal à rescisão do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, mas em caráter transitório e, de resto, baseado em alguma condição pessoal e legalmente determinada do trabalhador.²⁵

Do ponto de vista sistemático, claro está que o sistema jurídico-laboral brasileiro evoluiu da garantia geral contra a rescisão contratual por parte do empregador na direção de um regime específico de garantias contra a rescisão, todas devidamente justificáveis de um ponto de vista (1) histórico, (2) objetivo e (3) subjetivo.²⁶ Em específico, reportar-nos-emos à garantia no emprego do dirigente sindical e suas características.

2. Razões da garantia no emprego do dirigente sindical

A disciplina das relações de trabalho subordinado pelo Estado, por meio de normas imperativas e indisponíveis, explica-se pelo histórico confronto entre trabalho e capital. A desregulada balança negocial entre empregado e empregador ecoava certos ideais decorrentes da Revolução Francesa, no que tange à liberdade dos particulares. Todavia, ao início do século XIX, em decorrência das precárias condições laborais, os trabalhadores encontraram, na forma da associação, possibilidade de reequilibrar (ou, ao menos, tornar menos assimétrica) a relação com o empregador.

Por outro lado, a associação de empregados em sindicatos no Reino Unido (*trade unions*) mostrou resultados positivos. Não tardaram as reações. Foram redigidas

21 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2020, p. 1346.

22 BARATA SILVA, Carlos Alberto. Compêndio de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1983, p. 531.

23 LAMARCA, Antonio. Contrato individual de trabalho. São Paulo: RT, 1969, p. 200.

24 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 714.

25 MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade provisória no emprego. São Paulo: LTr, 1995, p. 56.

26 Ibidem, p. 55; RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 432.

séries de normas restritivas à liberdade sindical, com o nítido objetivo de impedir ou de diminuir a capacidade negocial dos trabalhadores.²⁷ Apenas da metade ao final do século XIX houve descriminalização geral do direito associativo dos trabalhadores na Europa.²⁸

O empregado associado de qualquer forma à organização de trabalhadores, ou seja, o trabalhador sindicalizado, tem evidente necessidade **histórica** de garantia no emprego: ao se contrapor aos interesses diretos do empregador, legítimos ou não, e passando a representar a coletividade, ou seja, o conjunto dos trabalhadores de sua categoria,²⁹ por óbvio há de se encontrar protegido contra incompreensões ou, pior, retaliações dos interesses contrariados por sua atuação.

Em outras palavras, objetivamente, o representante da coletividade necessitará defender os interesses de seus congêneres perante uma pessoa empresarial organizada, dando-lhes voz, mas, ao mesmo tempo, personifica em sua própria pessoa o conjunto dos trabalhadores. Assim, no plano subjetivo, o trabalhador investido na representação sindical estará mais facilmente em risco perante o poder patronal exercido por seu empregador, tanto mais defenda de modo fiel e inflexível os interesses da categoria representada. São essas as razões que impuseram a criação de mecanismo compensatório perante a desigualdade intrínseca e contra eventuais represálias patronais.³⁰

O trabalhador representante de sua categoria ficará em posição de maior fragilidade, porque expõe interesses contrários aos do empregador, e, nessa situação, carecerá de proteção específica para blindá-lo. Ora, se o fundamento do instituto é esse, torna-se flagrante que a referida proteção há de amparar apenas quem efetivamente seja passível de retaliação no âmbito da relação de emprego, sendo a mais evidente e radical a despedida pura e simples, e contra quem possa adotar medidas de retorsão.

Neste sentido, corretíssimo o voto proferido no Tribunal Constitucional de Portugal, de lavra de VITAL MOREIRA, ao julgar constitucional a Lei n.º 68/1979,

27 Como os Combinations Acts de 1799 e 1800, que contavam com tipo penal específico criminalizando a realização de atos conjuntos de pessoas em busca de contemplação ou promoção de disputa trabalhista, vide WEDDERBURN, Lord. Freedom of Association and Philosophies of Labour Law. In: Industrial Law Journal, vol. 18, n.º 1, 1989, p. 1-38.

28 NOVITZ, Tonia. Freedom of Association: Its emergence and the case for prevention of its decline?. In: Law Research Paper Series, #002, Bristol, 2018.

29 RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do do trabalho. Curitiba: Juruá, 2012, p. 244.

30 DRAY, Guilherme Machado. O princípio da protecção. Coimbra: Almedina, 2015, p. 800.

garantindo aos delegados sindicais proteção especial frente à eventual despedida, posto que *“os delegados sindicais (ao lado de outros titulares de cargos dirigentes) representam os trabalhadores, têm de ser os porta-vozes dos seus interesses e reivindicações, dirigem as lutas pela defesa dos seus direitos (greves, etc.)”* e, assim, *“estão sujeitos a maior risco; e maior risco reclama maior proteção”*.³¹

Sob outro aspecto, a proteção conferida aos dirigentes sindicais contra a rescisão contratual por iniciativa do empregador decorre diretamente do princípio da autonomia coletiva, pois assegura a liberdade sindical em seu aspecto mais positivo e convincente: a efetividade da garantia da livre negociação coletiva entre representantes dos trabalhadores e representantes das empresas.³² Entretanto, o princípio da autonomia coletiva (e sua individualidade no contexto da autonomia privada), conforme descrito por PALMA RAMALHO, apresenta peculiaridades no regime jurídico da convenção coletiva, pois a torna exclusiva à categoria que efetivamente realizou o negócio jurídico –,³³ quer dizer, a negociação coletiva só produz efeitos interpartes.³⁴ Frente à autonomia coletiva, a garantia no emprego prevista ao empregado eleito para cargo de direção ou de representação sindical, prevista no art. 543 da CLT, adquire característica particular de suma importância: o trabalhador eleito é representante de associação única no âmbito geográfico de sua atuação (base territorial).³⁵ A persistência da unicidade sindical no ordenamento jurídico brasileiro, pois, concede ainda maior relevo à garantia no emprego do dirigente sindical.

Rigorosamente por essa lógica se concede impossibilidade resolutive contratual ao empregado eleito dirigente sindical: porque detém condição única em sua delimitação geográfica de atuação, está ainda mais suscetível a atos de represália pelo empregador. O princípio da unicidade, conforme previsto no art. 8º, II, da CF/88, dá maior importância à atuação do dirigente sindical, e, ao mesmo tempo, o insere em posição ainda mais débil na relação contratual.³⁶

31 PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º. 126/84. 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Conselheiro Vital Moreira, publicado em 12/12/1984. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840126.html>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

32 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do direito do trabalho. Coimbra: Almedina, 2000, p. 987;

33 Ibidem, p. 985.

34 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2020, p. 1696.

35 ROMITA, Arion Saião. Direito sindical brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Brasília, 1976, p. 91.

36 MARTINEZ, Luciano. Condutas antissindicais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 288.

O empregado eleito a cargo de diretoria da cooperativa, na mesma lógica dogmática do dirigente sindical, porque talvez se contraponha aos interesses do empregador, encontra-se em situação possivelmente débil na relação empregatícia. Contudo, a inexistência de uma obrigação jurídica de unicidade cooperativa, logicamente retira a legitimidade da garantia no emprego concedida ao diretor de cooperativa.

Ou seja, a possibilidade de existência concomitante de inúmeras cooperativas, com o mesmo objeto, na mesma área geográfica e, possivelmente, com negócios contrários aos interesses do mesmo empregador, afasta existência de representatividade dos trabalhadores do âmbito de determinadas cooperativas, que é inequivocamente fator determinante à concessão de garantia no emprego aos dirigentes sindicais e diretores de cooperativa.³⁷

A admissão da existência múltipla de inúmeras cooperativas de idêntico objeto e que representem empregados da mesma empresa é abrir caminho a *frau legis* e à indevida restrição de resilição contratual a quem não faz jus.³⁸

Exatamente em virtude dos motivos históricos, objetivos e subjetivos expostos, consagraram-se no ordenamento jurídico brasileiro as proteções ao dirigente sindical – garantia no emprego, inamovibilidade e cláusula genérica antidiscriminatória –,³⁹ no § 3.º do art. 543 da CLT e no inciso VIII do art. 8.º da CF/88. A inexistência de quaisquer desses fatores retira legitimidade à proteção legal específica outorgada ao trabalhador, ou seja, à estabilidade provisória.

Por tais razões, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou o entendimento de que o “*empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente*” (Súmula n.º 369). A ausência de preenchimento

37 Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Acórdão do processo nº 0101947-43.2016.5.01.0080. 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Célio Juaçaba Cavalcante, publicado em 14/02/2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2178817?mode=full#>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

A contrario sensu, e equivocadamente: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Acórdão do processo nº 0001049-58.2019.5.13.0023. 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Relator: Paulo Maia Filho, publicado em 01/10/2020. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/consulta>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

38 Ora, é por essa lógica que “o número de dirigentes que gozarão da garantia de emprego ficará, porém, adstrito ao critério da razoabilidade, sob pena de ser eleita toda a categoria de trabalhadores para fazer jus ao citado benefício. Nesse caso, haverá abuso de direito, que será coibido pelo Poder Judiciário.” In: MARTINS, Sérgio Pinto. Cooperativas de trabalho. São Paulo: Atlas, 2015, p. 148.

39 MARTINEZ, Luciano. Condutas antissindicais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 291.

dos critérios objetivo e subjetivo (conforme acima expostos) do empregado de categoria diferenciada retira-lhe a legitimidade da garantia no emprego.⁴⁰ Esta é, de igual forma, a *ratio legis* da legislação espanhola: ao dirigente sindical se estenderá todas as garantias concedidas aos membros dos comitês da empresa, nos termos do art. 68 do *Estatuto de Los Trabajadores*.⁴¹

A legitimidade objetiva e subjetiva do dirigente sindical é corroborada, ainda, nos termos da lógica firmada na Orientação Jurisprudencial n.º 365 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho. Ora, o membro de conselho fiscal de sindicato, justamente por não exercer a direção programática do sindicato, ou seja, não se envolver em confrontos e contrariar os interesses da atividade empresarial, não é, simplesmente, legitimado a obter a garantia no emprego, conforme prevista no § 3.º do art. 543 da CLT e inciso VIII do art. 8.º da CF/88.⁴²

Encontra-se, de igual forma, a mesma lógica aplicada ao entendimento sedimentado na Orientação Jurisprudencial n.º 253 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho: não está legitimado o membro suplente de conselho fiscal de cooperativa à garantia provisória no emprego em vista da ausência das razões objetivas e subjetivas para tanto.⁴³

3. A natureza jurídica das cooperativas e o alcance do ato cooperativo

Na ordem econômica constitucional brasileira, a cooperação assume a qualidade de *"valor essencial (necessário, possível, absoluto, invariante, atemporal e*

40 Pois, v.g., "se um médico eleito dirigente sindical do sindicato dos médicos exercer a função de auxiliar administrativo numa empresa não terá a garantia provisória no emprego.". In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 696.

41 GRAU, Antonio Baylos. Sindicalismo y derecho social. Albacete: Editorial Bomarzo, 2019, p. 80.

42 MARTINEZ, Luciano. Condutas antissindicais. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 295.

43 Neste sentido, votou o então Juiz Convocado Vieira de Mello Filho: "A garantia do citado artigo consolidado, estendida aos diretores de sociedade cooperativa, por força do artigo 55, da Lei 5.764/71, restringe-se, portanto, aos integrantes de seu corpo diretivo (Diretoria ou Conselho de Administração), onde não pode estar presente membro do conselho fiscal (artigo 56, § 2º, da citada lei), este que tem a precípua missão de fiscalizar a administração da sociedade (art. 56, caput). Isto porque, a estabilidade provisória configura uma excepcionalidade no Direito do Trabalho, construída para proteger o obreiro que, no exercício de suas funções, pode entrar em conflito com o empregador. Assim, há de ser vista e interpretada dentro do princípio hermenêutico de que "o direito excepcional só pode comportar interpretação estrita". Vide BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do processo n.º 583458/1999. 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Viera de Mello Filho, publicado em 02/03/2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=255743.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

universal)” e o único meio técnico concebível para materializar a cooperação na vida social é a cooperativa.⁴⁴ Mas, o que é, realmente, uma cooperativa?

Segundo o art. 44 do Código Civil, há seis espécies de pessoas jurídicas de direito privado (a Lei nº. 10.825/03 incluiu as organizações religiosas e os partidos políticos; a Lei nº. 12.411/11 as sociedades individuais de responsabilidade limitada), mas aqui importam três: (a) sociedade; (b) associação; e (c) fundação. Um dos objetivos do projeto que originou a lei civil vigente, ao enumerar essas três espécies na redação originária da regra, consistiu em traçar “*distinção nítida entre as associações e as sociedades*”, consoante assinalou JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES,⁴⁵ porque tal assunto era objeto de controvérsia no direito anterior.⁴⁶ Para firmar os conceitos adequados, o art. 53 do Código Civil declara a associação a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos; e o art. 981 do Código Civil estabelece que, por meio do contrato de sociedade, as pessoas físicas se obrigam reciprocamente “*a contribuir, com bens ou serviços, para ao exercício de atividade econômica e partilha, entre si, dos resultados*”. Logo, o critério distintivo são os fins econômicos, ou não, da união das pessoas,⁴⁷ posto que a finalidade econômica não seja idêntica à obtenção de lucro.

Feita a distinção entre sociedade e associação, segundo a lei civil, o passo seguinte há de fitar a Lei que disciplina a atividade cooperativa em nosso País. O art. 3.º da Lei nº. 5.764/71 esclarece que as cooperativas são uma sociedade, pois exercerá “*atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro*”, aduzindo o art. 4.º, *caput*, da nº. Lei 5.764/71, que tais sociedades de pessoas têm “*forma e natureza jurídica próprias*”. A fórmula legislativa é assaz curiosa, porque sugere que esse tipo de sociedade ostenta uma natureza peculiar, ou *sui generis*, sem ajuntar outras considerações. Seja como for, a cooperativa é, pois, uma sociedade.⁴⁸ E, ademais, a acreditar-se no art. 1.096 e no art. 982, parágrafo único, *in fine*, do Código Civil, uma sociedade simples, ainda que observadas as características do art. 1.094 do Código Civil, ou seja, sempre escapará do

44 KRUEGER, Guilherme. O que identifica uma união de pessoas como cooperativa?. p. 44 KRUEGER, Guilherme; VIEIRA, Paulo Gonçalves Lins; OLIVIERA, Priscila I. Greco. Curso de direito cooperativo.

45 MOREIRA ALVES, José Carlos. A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

46 SÁ FREIRE, Milcíades Mário de. Manual do Código Civil Brasileiro. V. 2. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1930, n.º 76, p. 215.

47 Ao contrário, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. V. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, § 82, 1, p. 319, visualizava associações com fins econômicos.

48 BECHO, Renato Lopes. Elementos de direito cooperativo. São Paulo: Dialética, 2002, p. 47.

gabarito da sociedade empresária, limitada ou não a responsabilidade pessoal dos sócios (art. 1.095 do Código Civil).

Nada disso desvela, ainda, a essência da cooperativa. É preciso buscar algures a nota que empresta natureza própria das sociedades em geral. Ora, na atividade cooperativa, a pessoa do sócio prepondera sobre o fim econômico, pois o cooperativado almeja melhorar sua própria condição.⁴⁹ Foi PONTES DE MIRANDA quem destacou a modalidade de realizar o fim econômico é alcançado na cooperativa, em passagem tão lúcida quanto esclarecedora, *in verbis*:

*O fim econômico, nas sociedades cooperativas, é atingido diretamente pelos sócios, em seus contatos com a sociedade. O fim econômico, nas sociedades lucrativas, é obtido com a repartição do que a sociedade percebeu de lucro. A diferença é sutil, porém sempre da máxima importância.*⁵⁰

Embora a cooperativa possa ter por objeto social qualquer gênero de serviço, operação ou atividade (art. 5.º da Lei nº. 5.746/71), ele há de ser específico e preciso, constando dos respectivos estatutos (art. 21, I, da Lei nº. 5.746/71). E isso, porque numa cooperativa genérica se mostraria impossível identificar o fim comum da união dos cooperativados, elemento essencial da cooperativa.

Pois bem. É preciso iluminar mais a modalidade pela qual o fim econômico é atingido pelos sócios em suas relações com terceiros. Mas, antes desse passo em terreno mais seguro, e que dará o segundo fundamento hábil para responder os quesitos formulados na Consulta, impõe-se breve digressão sobre as cooperativas de trabalho.

As cooperativas de trabalho surgiram como modalidade de organização da mão-de-obra intensiva.⁵¹ Não representam novidade, apesar da difusão recente, nos termos da Lei n.º 12.690/1912. O art. 21, III, c/c art. 23 do vetusto Decreto 22.239, de 19.12.1932, já as contemplavam. Mas, no que aqui interessa, cumpre ressaltar que respectiva natureza é muito distinta de um sindicato. Como visto, a cooperativa é uma

49 WALD, Arnold. Comentários ao novo Código Civil. V. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005, n.º 1.736, p. 600.

50 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. V. 49. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, § 5.248, 3, p. 434.

51 KRUEGER, Guilherme. Cooperativas de trabalho na terceirização. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 30.

sociedade “*com forma e natureza próprias*”, devendo observar as características arroladas no art. 4.º da Lei 5.764/1971, no que compatível com o catálogo do art. 1.094 do Código Civil, e caberá aos sócios subscreverem quotas-partes. Nada disso tem pertinência com a organização sindical: o sindicato é, na concepção da lei civil, uma associação. Ademais, as cooperativas de trabalho, de acordo com a concepção da Lei nº. 12.690/12, formam-se pela união de trabalhadores autônomos e eventuais, havendo interesses comuns na alocação de mão-de-obra, enquanto os sindicatos formam-se com a reunião de trabalhadores subordinados, cujo elo comum é o exercício de certa atividade mais ou menos definida, razão por que constituem uma categoria, objetivando a consecução dos respectivos interesses coletivos e difusos.⁵²

A natureza da cooperativa se caracteriza pela prática do chamado ato cooperativo. Segundo o art. 79, *caput*, da Lei nº. 5.764/71, “*denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aqueles e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais*”. E o parágrafo único do art. 79 ainda preceitua que o ato cooperativo “*não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria*”. Figure-se o caso de uma cooperativa de leite: o produtor A, associado da cooperativa B, retira o produto do seu tambo, entregando-o à cooperativa B, recebendo a contraprestação pelo preço corrente; por sua vez, a cooperativa B industrializa o leite em natura, operação que requer o emprego de mão-de-obra própria (v.g., D e E), quiçá também de associados, a aquisição (v.g., de E) e a conservação de equipamentos (v.g., por G), e, ato contínuo, vende o produto para a rede de supermercados C. Em termos estritos, o negócio entre A e B enquadra-se perfeitamente no gabarito do ato cooperativo (art. 79, *caput*, da Lei nº. 5.764/71). É o que WALMOR FRANKE designa de negócio interno ou negócio-fim.⁵³ O que se controverte, inclusive para fins tributários, é se o negócio-meio (venda do leite de B para C), a relação de B com D e E, e os contratos firmados com E e com G, chamados, ainda na terminologia de WALMOR FRANKE, de negócios auxiliares, também são atos cooperativos. Quer dizer, se para atingir os objetivos sociais, no exemplo ministrado a comercialização de leite, é corriqueiro a cooperativa realizar negócios com terceiros (C, D, E, E, G), incluindo negócios acessórios (v.g., a alienação da máquina X, tornada obsoleta,

52 MARTINS, Sérgio Pinto. Cooperativas de trabalho. São Paulo: Atlas, 2015, p. 44.

53 FRANKE, Walmor. Direito das sociedades cooperativas. São Paulo: Saraiva/USP, 1973, p. 24.

para *J*).⁵⁴ Fácil notar que, na literalidade do art. 79, *caput*, somente o negócio entre *A* e *B* constitui ato cooperativo; os demais, não; em particular, o negócio entre *B* e *C* é operação de mercado como qualquer outra. Ressalvadas as hipóteses particulares dos artigos 85, 86 e 88 da Lei nº. 5.764/71, tal é a interpretação estrita de ato cooperativo, adjetivada de “*rasteira, superficial e literal*” por RENATO LOPES BECHO.⁵⁵ Realmente, semelhante interpretação revela-se insuficiente; de outro lado, a interpretação que dilatasse o art. 79, *caput*, da Lei nº. 5.764/71 para quaisquer negócios pelo simples fato de figurar num dos polos a cooperativa parece excessiva.

O Superior Tribunal de Justiça enunciou a seguinte interpretação intermediária:

“1 – Equivocados a doutrina e os precedentes do STJ que entendem como ato cooperativo, indistintamente, todo aquele que atende às finalidades institucionais da cooperativa;

“2 – Constitui ato cooperativo típico ou próprio, nos termos do art. 79 da Lei n. 5.764/71, o serviço prestado pela cooperativa diretamente ao cooperado, quando:

“a) a cooperativa estabelece, em nome e no interesse dos sócios, relação jurídica com terceiros (não-cooperados) para viabilizar o funcionamento da própria cooperativa (como a locação ou a aquisição de máquinas e equipamentos, a contratação de empregados para atuarem na área-meio, por exemplo) visando à concretização do objetivo social da cooperativa;

“b) a cooperativa recebe valores de terceiros (não cooperados) em razão da comercialização de produtos e mercadorias ou a prestação de serviços por seus associados e a eles repassa;

*“3 – Estão excluídos do conceito de atos cooperativos a prestação de serviços por não associado (pessoa física ou jurídica) através da cooperativa a terceiros, ainda que necessários ao bom desempenho da atividade-fim ou, ainda, a prestação de serviços estranhos ao seu objeto social”.*⁵⁶

Logo, o conjunto das operações descritas no exemplo ministrado, incluindo o negócio-meio, ou seja, o fornecimento do leite industrializado por *B* ao super mercado *C*, constituem atos cooperativos. Ficam de fora os serviços prestados pelos associados fora dos objetivos sociais. No que tange às cooperativas de trabalho, já

54 Idem, pp. 26-27.

55 BECHO, Renato Lopes. Elementos de direito cooperativo, p. 170.

56 KRUEGER, Guilherme; VIEIRA, Paulo Gonçalves Lins; OLIVEIRA, Priscila I. Greco. O sistema operacional das cooperativas. Ob. cit., pp. 151-153. Vide, 2.^a T. do STJ, REsp 819.242/PR, 19.02.2009, Rel. Min. Eliana Calmon, DJE 27.04.2009.

advertia PONTES DE MIRANDA, *in verbis*:

*“Nas sociedades cooperativas de trabalho, os sócios têm de ser trabalhadores e exercer a arte ou serviço correspondente à especialidade da sociedade cooperativa de que fazem parte ou de sociedades cooperativas afins”.*⁵⁷

É nesse contexto que se há de interpretar e aplicar o art. 55 da Lei nº. 5.764/71. Vale frisar que o dispositivo integra a sistemática do direito cooperativo e, aí, desempenha certa função e exhibirá determinado alcance. A despeito de realizar remissão ao art. 543 da CLT, que cuida de garantia no emprego (estabilidade temporária), ocupa-se a regra da relação externa (ou negócio-fim) do ato cooperativo.

Compreende-se que sendo A associado da cooperativa B e, ao mesmo tempo, empregado do super mercado C, seja beneficiado pela garantia no emprego. O fundamento é idêntico à da tutela do dirigente sindical: pode haver conflito entre B e C, sendo A passível de retaliação por defender os interesses da “sua” cooperativa. Essa situação envolve qualquer outro empregado de C associado a cooperativa que realize os negócios-fim (v.g., cooperativa de carnes, da qual o açougueiro do supermercado é associado).⁵⁸ À semelhança do que acontece com o dirigente sindical, considerando que a unicidade prevista no art. 8.º, II, da CF/1988, comporta a especialização por categorias autônomas, fenômeno universal e incontornável no capitalismo contemporâneo,⁵⁹ também pode haver vários empregados cooperativados tutelados pelo art. 55 da Lei nº. 5.746/71 no âmbito da mesma empresa.

Já não se pode dizer o mesmo em duas outras situações: (a) a do cooperativado A cuja cooperativa B não realize negócios-fim com seu empregador C, embora os fins sociais de B não sejam incompatíveis, *a priori*, com os de C; e (b) a do cooperativado A cuja cooperativa B tenha fins sociais completamente estranhos à atividade empresária do seu empregador C. É a própria lógica do art. 55 da Lei nº. 5.746/71 que referenda

57 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Ob. cit., v. 49, § 5.268, p. 507.

58 Neste sentido, “a finalidade do art. 55 da Lei 5.764/1971 é assegurar ao dirigente de cooperativa idênticas garantias do dirigente sindical, mas desde que sua atuação (do dirigente de cooperativa) se dê em razão dos interesses dos trabalhadores perante o empregador. Vide BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Acórdão do processo nº 0011128-40.2018.5.03.0143. 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, publicado em 12/06/2020. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2850>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

59 ROMITA, Arion Saião. Direito sindical brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Brasília, 1976, p. 19; PASSARELLI, Francesco Santoro. Noções de direito do trabalho. Trad. Mozart Victor Russomano. São Paulo: RT, 1973, p. 14.

a exclusão da garantia no emprego em casos tais: não há conflito potencial ou real possível entre os interesses do dirigente da cooperativa e seu empregador. Também é a lógica da tese jurídica da Súmula n.º 369 do Tribunal Superior do Trabalho, por sinal ainda mais restritiva: *“O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente”*.

Simplesmente não há ato cooperativo. Figure-se o caso da empresa farmacêutica A que empregue B, por sua vez dirigente da cooperativa C, criada para fins habitacionais. Os fins sociais da cooperativa C nada tem a ver com o empresário A. Eventual despedida de B não pode ser, nem sequer por hipótese, debitada à sua atividade na cooperativa C. Os serviços prestados por cooperativados fora dos objetivos sociais da cooperativa não constituem atos cooperativos, sem prejuízo da interpretação extensiva do art. 79, *caput*, da Lei 5.746/1971.⁶⁰

4. Conclusões

A *ratio essendi* do art. 543 da CLT não é distinta da que inspirou o art. 55 da Lei n.º. 5.746/71. Em ambos os casos, assegura-se o emprego, transitoriamente, nas condições legais, porque pode existir conflito entre os interesses da categoria profissional, representada pelo dirigente do sindicato, ou entre o dirigente da cooperativa e o seu empregador por força da prática de ato cooperativo, entendidos como tal os negócios-fim, e, não, apenas as relações mencionadas no art. 79, *caput*, da Lei n.º. 5.746/71.

Não é, pois, garantia irrestrita. Cumpre realizar as devidas distinções e, no caso do direito cooperativo, em que se insere o art. 55 da Lei n.º. 5.746/71, impõe-se que haja, ao fim e ao cabo, ato cooperativo entre a cooperativa e o empregador do dirigente dessa singularíssima sociedade.

A garantia no emprego, logo, tem como pressupostos (a) a existência de ato cooperativo com o empregador do cooperativado e (b) a caracterização do ato

⁶⁰ É a tese exposta no voto de lavra do Min. Cláudio Brandão no processo de n.º. : TST-RR-1721-39.2015.5.17.0009. Vide BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão do processo n.º 0001721-39.2015.5.17.0009. 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Cláudio Brandão, publicado em 29/05/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/5df50a8b4eae4bda688cc8390da53657>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

cooperativo como abrangente da realização de negócios-fim, conforme a interpretação mais abalizada o art. 79, caput, da Lei 5.746/1971.

A existência de pluralidade de cooperativas na mesma base territorial de atuação perante o mesmo empregador, por óbvio, retira-lhes legitimidade face à restrição da liberdade de associação profissional prevista no inciso II do art. 8º da CF/88. Esta possibilidade autorizaria eventual *frau legis* na utilização de cooperativas como instrumento de autorização de benefício legal concedido a empregados não legitimados para tanto.

Ou seja, o fundamento da garantia no emprego é o conflito real ou potencial de interesses entre o dirigente da cooperativa e seu empregador e, conforme lógica da Súmula nº. 369 do TST, caso inexistente ato cooperativo entre a cooperativa e o empregador, não se configura semelhante conflito. Sem *possível* conflito, não há sentido na garantia no emprego prevista no art. 55 da Lei nº. 5.746/71.

A inexistência de representação e legitimidade de atuação junto ao empregador igualmente afasta a possibilidade de conflito real ou potencial da cooperativa e seus atos frente aos interesses da empresa, carecendo de proteção especial (perante possível rescisão) o contrato de trabalho destes dirigentes por ausência dos pressupostos do art. 55 da Lei nº. 5.764/71, conforme acima exposto, o que está em consonância com o entendimento consolidado na Orientação Jurisprudencial nº. 253 da SBDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

Além disso, o eventual objetivo de lucro da cooperativa é óbice à garantia no emprego. Por definição o fim econômico da cooperativa é atingido pela relação entre o cooperativado e o terceiro, mediada pela cooperativa, enquanto o fim econômico das sociedades, em geral, é obtido pela repartição dos lucros, e, de resto, o art. 3º da Lei nº. 5.746/71 declara, *expressis verbis*, que a atividade econômica da cooperativa não tem por finalidade o lucro.

Finalmente, impositivo lembrar que os fins sociais das cooperativas podem ser vários (art. 5º da Lei nº. 5.764/71), o que se reflete na multiplicidade das suas espécies (*v.g.*, consumo, crédito, habitacional, e assim por diante), mas devem ser precisos e específicos, não se concebendo uma cooperativa genérica, em razão da impossibilidade de identificar o denominador comum na reunião dos cooperativados, o que, igualmente, obsta a garantia no emprego prevista pela Lei nº. 5.764/71.

5. Referências bibliográficas

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho: noções básicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

BARATA SILVA, Carlos Alberto. **Compêndio de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1983.

BECHO, Renato Lopes. **Elementos de direito cooperativo**. São Paulo: Dialética, 2002.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão do processo nº 0101947-43.2016.5.01.0080**. 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Célio Juaçaba Cavalcante, publicado em 14/02/2020. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/2178817?mode=full#>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Acórdão do processo nº 0011128-40.2018.5.03.0143**. 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator: Rodrigo Ribeiro Bueno, publicado em 12/06/2020. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2850>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. **Acórdão do processo nº 0001049-58.2019.5.13.0023**. 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Relator: Paulo Maia Filho, publicado em 01/10/2020. Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/consulta>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão do processo nº 583458/1999**. 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Viera de Mello Filho, publicado em 02/03/2001. Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=255743.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Acórdão do processo nº 0001721-39.2015.5.17.0009**. 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Cláudio

Brandão, publicado em 29/05/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/5df50a8b4eae4bda688cc8390da53657>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2020.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da protecção**. Coimbra: Almedina, 2015.

FRANKE, Walmor. **Direito das sociedades cooperativas**. São Paulo: Saraiva/USP, 1973.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

GRAU, Antonio Baylos. **Sindicalismo y derecho social**. Albacete: Editorial Bomarzo, 2019.

JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. **Dispensa imotivada: captura da subjetividade do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2016.

KRUEGER, Guilherme. **Cooperativas de trabalho na terceirização**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.

LAMARCA, Antonio. **Contrato individual de trabalho**. São Paulo: RT, 1969.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LEMOS FILHO, Flávio Pimentel de. **Direito potestativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindicais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2015.

MARTINS, Nei Frederico Cano. **Estabilidade provisória no emprego**. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de Código Civil brasileiro**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVITZ, Tonia. Freedom of Association: Its emergence and the case for prevention of its decline?. *In: Law Research Paper Series*, #002, Bristol, 2018.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Noções de direito do trabalho**. Trad. Mozart Victor Russomano. São Paulo: RT, 1973.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francico Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. V. 49. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2000.

ROMITA, Arion Saião. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Brasília, 1976.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do do trabalho**. Curitiba: Juruá, 2012.

SÁ FREIRE, Milcíades Mário de. **Manual do Código Civil Brasileiro**. V. 2. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1930.

STÜRMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

PASSARELLI, Francesco Santoro. **Noções de direito do trabalho**. Trad. Mozart Victor Russomano. São Paulo: RT, 1973.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº. 126/84**. 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Conselheiro Vital Moreira, publicado em 12/12/1984. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840126.html>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Manual de direito do trabalho**. Lisboa: Babel, 2014.

WALD, Arnold. **Comentários ao novo Código Civil**. V. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

WEDDERBURN, Lord. Freedom of Association and Philosophies of Labour Law. *In: Industrial Law Journal*, vol. 18, n.º 1, 1989.

Artigo publicado originalmente na Revista de Direito do Trabalho | vol. 219/2021 | p. 35 - 56 | Set - Out / 2021 | DTR\2021\45184

CONTRATAÇÃO POR PRAZO DETERMINADO E ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

Fausto Siqueira Gaia

RESUMO

O presente artigo propõe analisar os aspectos relacionados à estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos por prazo determinado à luz dos princípios contratuais estruturantes do direito civil. Assentado na teoria do diálogo das fontes do direito do trabalho com o direito civil, o artigo objetivará, por meio da utilização do método de pesquisa fenomenológico, realizar uma releitura do instituto da estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos de trabalho por prazo determinado à luz dos princípios contratuais, como o da boa-fé subjetiva, da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos, de modo a estabelecer os limites desta estabilidade provisória no emprego.

PALAVRAS-CHAVE: Gestante; Estabilidade; Princípios; Limites.

ABSTRACT: Temporary stability of the pregnant female in labor contracts is analyzed from the point of view of the principles in Civil law's structure contracts. Foregrounded on the theory of dialogue between labor right sources and Civil law, current paper phenomenologically interprets temporary stability of the pregnant worker in labor contracts according to contract principles, such as subjective good faith, autonomy and the contracts' demands so that the limits of temporary labor stability may be established.

KEY WORDS: Pregnant women; Stability in work; Principles; Limits.

Fausto Siqueira Gaia

Doutorando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; E-mail: faustogaia@yahoo.com.br

RESUMEN: En el presente artículo se propone analizar los aspectos relacionados a la estabilidad provisoria de la empleada embarazada en los contratos por plazo determinado a la luz de los principios contractuales estructurantes del derecho civil. Asentado en la teoría del diálogo de las fuentes del derecho laboral con el derecho civil, el artículo tiene por objetivo, por intermedio de la utilización del método de investigación fenomenológico, realizar una relectura del instituto de la estabilidad provisoria de la empleada embarazada en los contratos laboral por plazo determinado a la luz de los principios contractuales, como el de la buena-fe subjetiva, de la autonomía de la voluntad y de la fuerza obligatoria de los contratos, de modo a establecer los límites de esta estabilidad provisoria en el empleo.

PALABRAS CLAVE: Embarazada; Estabilidad; Principios; Límites.

SUMÁRIO: Introdução; 1.1 A fenomenologia da estabilidade provisória da empregada gestante; 2 O diálogo das fontes entre o direito do trabalho e o direito civil; 3 Os limites da estabilidade provisória da gestante nos contratos por prazo determinado; 3.1 Os princípios gerais dos contratos civis: a autonomia da vontade e a boa-fé; 3.2 O diálogo da coerência dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé nos contratos de trabalho por prazo determinado; 4 Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Ainda no século XXI, são noticiadas situações em que trabalhadoras sofrem processo de discriminação no ambiente de trabalho, por meio de segregação no processo de recrutamento de pessoal, alijamento na execução de determinadas tarefas, ou mesmo com a percepção de remuneração inferior àquelas pagas aos trabalhadores do gênero masculino para a execução da mesma função, dentre outros mecanismos de diferenciação¹.

A estabilidade provisória da trabalhadora gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, foi uma das medidas estruturais adotadas pela Constituição Federal de 1988 para a proteção do trabalho da mulher. Mas não apenas a mulher é protegida com a garantia da estabilidade provisória no trabalho. A

1 UCHÔA, Marcelo Ribeiro. Mulher e mercado de trabalho no Brasil: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo normativo Espanhol. São Paulo: LTr, 2016, p. 91.

criança em seu desenvolvimento e formação também tem garantida a sua proteção, como indivíduo sujeito de dignidade, quando é assegurada à trabalhadora gestante a proteção contra a despedida arbitrária.

Ao mesmo tempo em que é assegurada à proteção contra a despedida imotivada da trabalhadora gestante, são reconhecidos no direito contratual os princípios da força obrigatória dos contratos, da autonomia da vontade das partes, manifestada pela liberdade contratual e da boa-fé objetiva para regular a relação de emprego havida entre empregadores e as trabalhadoras.

O direito do trabalho como ramo do direito privado sofre influência direta do direito civil, já que grande parte dos princípios do direito contratual irradia e o influencia diretamente, no momento de formação do contrato de trabalho, na fixação das cláusulas contratuais, no cumprimento das obrigações e no encerramento contratual. O diálogo das fontes do direito civil e do direito do trabalho é mecanismo hodierno estabelecido na teoria de Erik Jayme² para a solução de eventuais antinomias que possam advir da interpretação dos limites para a rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo determinado da empregada gestante.

Buscará, portanto, a partir do diálogo entre as fontes do direito civil e do direito do trabalho, o presente trabalho estabelecer resposta para o seguinte problema de pesquisa: “quais são as consequências jurídicas da estabilidade provisória da empregada gestante nos contratos por prazo determinado?”

Compreendendo o fenômeno da estabilidade provisória, serão analisados, a partir da revisão da literatura especializada, os efeitos no contrato de trabalho a termo da estabilidade provisória em situações em que tanto a empregada desconhece o estado gravídico no momento da contratação, quanto em situações em que é conhecida no momento da celebração do contrato de trabalho a sua condição de gestante.

1.1 A FENOMENOLOGIA DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA GESTANTE

A estabilidade provisória da empregada gestante foi elevada à categoria de direito fundamental das trabalhadoras com a Constituição Federal de 1988, ainda que tal espécie de garantia de emprego tenha sido consagrada topograficamente nos Atos

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, Paris, tomo 251, 1995, p. 60

das Disposições Constitucionais Transitórias e não no título específico “Dos direitos e das garantias fundamentais”.

O direito, para assumir a natureza jurídica de direito fundamental, deve, além de estar positivado no corpo da Constituição, representar a manifestação direta do princípio matriz da dignidade da pessoa humana. Este princípio fundante do Estado democrático de Direito expressa “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”³.

A natureza de direito fundamental atribuída a um direito decorre, portanto, não apenas do seu aspecto formal, ou seja, de sua positivação por escrito no texto da norma constitucional, mas, sobretudo, se seu conteúdo material emanar do princípio da dignidade da pessoa humana⁴. Reconhece-se, assim, a garantia provisória no emprego da trabalhadora gestante a natureza de direito formal e materialmente fundamental.

O direito à estabilidade provisória da trabalhadora gestante objetiva assegurar à trabalhadora a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justo motivo no curso do contrato de trabalho. Além de representar mecanismo de proteção à mulher no mercado de trabalho, esta modalidade de estabilidade provisória permite também a proteção do nascituro, enquanto sujeito de direitos, assegurando ao mesmo o seu pleno desenvolvimento e segurança, desde a sua concepção.

O sistema de proteção garantido pela estabilidade provisória da trabalhadora gestante é reconhecido como um modelo de proteção dúplice ou ambivalente. O sistema protetivo contra a despedida imotivada garante à trabalhadora que a mesma não venha a ser dispensada sem justa causa desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto⁵.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100-101.

4 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 520-523.

5 Ocorrendo a dispensa imotivada da trabalhadora gestante no período de estabilidade provisória, nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, será assegurada preferencialmente a sua reintegração no posto de trabalho ou, sendo a mesma impossível ou inviável, em razão da litigiosidade entre as partes, a medida reintegratória, poderá o Juiz do Trabalho de ofício ou a requerimento proceder a conversão do período remanescente de estabilidade em pagamento de indenização substitutiva. Neste sentido, conferir GAIA, Fausto Siqueira. Tutela inibitória de ofício e a proteção do meio ambiente de trabalho: limites e possibilidades da atuação jurisdicional. São Paulo: LTr, 2015, pp. 101-102.

Representa, assim, a estabilidade provisória da trabalhadora gestante mecanismo de proteção à mulher no mercado de trabalho, sendo manifestação do princípio da solidariedade⁶, impedindo que a empregadora, enquanto sujeito de direito titular do direito fundamental à dignidade, venha a sofrer dispensa discriminatória imotivada pelo simples fato de estar grávida.

Em outra vertente desse direito fundamental, a garantia da estabilidade provisória à trabalhadora gestante assegura ao nascituro, indiretamente, condições econômicas para que possa se desenvolver com dignidade.

O alcance da estabilidade provisória das gestantes, em um primeiro momento, somente foi garantido às empregadas urbanas, rurais e trabalhadoras avulsas, excluindo-se as empregadas domésticas desta garantia provisória no emprego. Somente a partir da edição da lei nº 11.324/2006⁷ que restou assegurada às empregadas domésticas a garantia provisória do emprego em razão da gestação, corrigindo uma desigualdade histórica, já que a trabalhadora doméstica merece igual proteção que às demais trabalhadoras. A Emenda Constitucional nº 72⁸ posteriormente alterou o parágrafo único do artigo 7º da Constituição estendendo às trabalhadoras domésticas o direito à garantia provisória no emprego, dentre outros direitos outrora reconhecidos às trabalhadoras urbanas.

O marco inicial da estabilidade provisória tem início no momento da confirmação do estado gravídico da trabalhadora. A confirmação do estado gestacional constitui ato meramente declaratório da existência do direito⁹, tendo o condão apenas de confirmá-lo. A proteção é da gestação em si, da trabalhadora gestante e do nascituro. Com isso, devem ser repelidas interpretações no sentido de reconhecer

6 MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Coord.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 178.

7 BRASIL. Lei 11324, de 19 de julho de 2006. Altera dispositivos das Leis n. 9250, de 26 de dezembro de 1995, 8212, de 24 de julho de 1991, 8213, de 24 de julho de 1991, e 5859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017

8 BRASIL. Constituição 1988. Emenda Constitucional 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 abr. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

9 MARTINS, Nei Frederico Cano. Garantias de emprego: questões controvertidas. Suplemento trabalhista. São Paulo, v. 26, n. 56, p. 300, 1990.

que a confirmação da gravidez constituiria o direito em si.

Esta distinção se faz importante em razão das consequências jurídicas de se atribuir à confirmação da gravidez a natureza de ato meramente declaratório ou constitutivo do direito à estabilidade provisória.

Ao se reconhecer a confirmação da gravidez como ato declaratório de um fato jurídico, tem-se que o fato do empregador ou mesmo da empregada desconhecer o estado gravídico no curso do contrato de trabalho é irrelevante para fins de assegurar o direito à estabilidade provisória. Por outro lado, em se reconhecendo que a confirmação da gravidez constituiria o direito, o desconhecimento da gestação afastaria o direito à garantia provisória no emprego¹⁰.

Outro aspecto igualmente relevante que se coloca diz respeito ao momento do conhecimento do estado gravídico, que terá inúmeros impactos na construção teórica que se pretende elaborar acerca do instituto da estabilidade provisória da trabalhadora gestante.

Alice Monteiro de Barros¹¹, na contramão do entendimento predominante no Tribunal Superior do Trabalho, defende o posicionamento de que o direito à estabilidade provisória somente é garantido se a trabalhadora tomar conhecimento da gestação na vigência do contrato de trabalho. Esta posição é alicerçada no argumento de que a garantia no emprego dependeria da confirmação da gravidez no curso do contrato de trabalho e, portanto, não teria o condão de desnaturar o ato jurídico perfeito da rescisão unilateral do contrato de trabalho se este ato confirmatório vier a ser conhecido após a extinção da relação empregatícia.

Esse posicionamento merece reparos, especialmente se considerar que a confirmação da gravidez prevista no texto constitucional refere-se a um ato meramente declaratório e não constitutivo do direito. Não obstante as críticas trazidas a esse posicionamento, veremos em outra seção do nosso trabalho que consequências jurídicas poderão advir do fato das partes do contrato de trabalho por prazo determinado tomarem ciência do estado gravídico da trabalhadora durante ou após a vigência da relação de emprego.

A modalidade de dispensa que se objetiva proteger com a estabilidade

10 O Tribunal Superior do Trabalho pacificou entendimento, por meio da Súmula 244, I, no sentido de reconhecer que o desconhecimento do estado gravídico da empregada por parte do empregador não pode constituir óbice à estabilidade provisória.

11 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 723.

provisória da gestante é a imotivada ou sem justa causa. Por outro lado, em havendo configuração da justa causa obreira, por quaisquer das situações elencadas no artigo 482 da CLT¹², é reconhecida a validade da dispensa da trabalhadora, ainda que durante o período de estabilidade.

Outro ponto que merece ser pontuado, ainda no campo do encerramento do contrato de trabalho, diz respeito a situações de manutenção da estabilidade provisória quando houver o pedido unilateral de rescisão do contrato de trabalho por parte da empregada gestante ou de declaração judicial de rescisão indireta, por justa causa cometida pelo empregador.

Como já destacado em passagem anterior, o direito à estabilidade provisória é um direito fundamental social da trabalhadora contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Os direitos sociais trabalhistas são reconhecidos como direitos inalienáveis e irrenunciáveis em razão de seu atributo de direito fundamental, associado ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio de proteção ao trabalho.

É de se reconhecer que uma parte dos direitos fundamentais não pode ser considerada como direito absoluto, podendo estes direitos reconhecidos na Constituição ser conformados com outros direitos fundamentais individuais e coletivos em uma sociedade. Romita neste sentido estabelece que

Os direitos só existem no marco de uma sociedade determinada, no seio da qual os seus integrantes são titulares desses direitos. Desta forma, nenhum deles pode valer-se de modo ilimitado sem invadir a esfera de liberdade dos outros indivíduos, ou entrar em rota de colisão com certos valores fundamentais da coletividade¹³.

A abertura de conformação dos direitos fundamentais permite reconhecer que o princípio de proteção ao trabalho da mulher, fundamento axiológico do direito à estabilidade provisória da gestante, quando confrontado com o princípio fundamental da liberdade poderá estabelecer a regra de decisão no sentido de reconhecer a preponderância na expressão da liberdade da trabalhadora em requerer a rescisão unilateral do contrato de trabalho, não obstante lhe ser assegurada a estabilidade provisória.

12 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm#art2>. Acesso em: 03 fev. 2017.

13 ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 194.

Os conflitos entre os princípios, diferentemente entre os estabelecidos entre as regras, são resolvidos pela regra da ponderação, que poderão apontar no caso concreto uma ou outra decisão igualmente correta¹⁴.

O conflito entre os mesmos princípios poderão ainda assumir posições distintas em razão das circunstâncias do caso concreto. A liberdade individual, em sua manifestação na esfera contratual, poderá ser reconhecida como princípio preponderante a ser observado se em conflito com o princípio protetivo do trabalho da mulher, quando em análise está a liberdade da trabalhadora gestante requerer a rescisão unilateral do contrato de trabalho. Por outro lado, não poderão ser reconhecidas como manifestações da liberdade válidas se a trabalhadora, no momento da contratação, renunciar o princípio protetivo que lhe assegura a estabilidade provisória.

A norma jurídica de decisão somente pode ser construída no caso concreto, a partir de elementos e demais circunstâncias do cenário fático apresentado. Direito e realidade exercem mútua influência e não se pode desconsiderar a existência do cenário fático quando da construção da norma jurídica no caso concreto¹⁵.

Essas considerações permitem reconhecer que o direito fundamental à estabilidade provisória da trabalhadora gestante é direito que poderá ser relativizado, diante das circunstâncias fáticas do caso concreto, quando em aparente conflito com outro direito de igual rede de proteção.

Em situações relacionadas à rescisão indireta do contrato de trabalho, onde é reconhecido o cometimento de falta grave por parte do empregador, a legislação consolidada autoriza, de forma excepcional, a continuação ou não da prestação de serviços por parte do empregado, enquanto discutir judicialmente as situações elencadas nas alíneas “d” e “g” do artigo 483¹⁶, referentes ao descumprimento de obrigações decorrentes do contrato de trabalho e redução do trabalho, por parte do empregador, quando a trabalhadora perceber remuneração por peça ou tarefa.

Ocorrida ou não a descontinuação na prestação de serviços por parte da trabalhadora gestante, e sendo reconhecido o direito à rescisão indireta do contrato

14 DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. 2. ed. London: Duckworth, 1978, p. 26.

15 MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

16 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm#art2>. Acesso em: 03 fev. 2017.

de trabalho, há que se garantir o direito à trabalhadora gestante o pagamento de indenização substitutiva da estabilidade provisória suprimida, sob pena de reconhecer a punição da própria vítima do ato ilícito.

Por outro lado, não havendo o reconhecimento judicial da rescisão indireta e tendo a trabalhadora gestante deixado de manter a prestação laboral, será reconhecida a dispensa a pedido da trabalhadora e, conseqüentemente, não fará jus aos efeitos da garantia provisória de emprego.

A compreensão do fenômeno da estabilidade provisória da trabalhadora gestante deve ser tida a partir da captação da essência¹⁷ do instituto, que é o da proteção da mulher contra a discriminação no mercado de trabalho. A correta delimitação desse objeto de proteção permitirá distinguir as conseqüências jurídicas que podem advir nos contratos de trabalho por prazo determinado.

2 O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO CIVIL

A regulação das relações empregatícias, por conter em seu bojo direitos fundamentais de natureza social, é mais permeável à influência das regras, dos princípios e dos valores constitucionais. O direito material do trabalho é informado por princípios da Constituição, capazes de conformar diretamente a interpretação de suas regras que são de direito privado.

A hipossuficiência da trabalhadora gestante no âmbito da relação laboral, na pós-modernidade, exige do aplicador do direito uma leitura valorativa das normas constitucionais, inclusive com a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas¹⁸.

A constitucionalização do direito privado, e especialmente no nosso estudo a do direito do trabalho, foi campo fecundo para o desenvolvimento da teoria do Diálogo das Fontes, por Erik Jayme¹⁹, como novo método de interpretação destinado a solucionar de forma coordenada os conflitos de lei no tempo. A teoria do diálogo das fontes apresenta-se como método interpretativo complementar aos tradicionais

17 HUSSERL, Edmund. A crise da humanidade europeia e a filosofia. Tradução de Urbano Zilles. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 15.

18 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 323.

19 JAYME, Erik. op cit., tomo 251, 1995, p. 60.

métodos de solução de antinomias no ordenamento jurídico, como o método da especialidade, método hierárquico e o método cronológico.

A teoria do diálogo das fontes ganha espaço para aplicação no âmbito das relações de emprego, onde uma das partes, em regra, encontra-se em situação de inferioridade jurídica. A visão de unidade do ordenamento jurídico integrada com princípios específicos do direito material do trabalho, como o princípio da proteção, faz com que a teoria do diálogo das fontes funcione como ferramenta para a efetivação dos direitos metaindividuais trabalhistas, como é o caso do direito fundamental à estabilidade provisória da trabalhadora gestante.

A teoria do diálogo das fontes é apresentada, segundo Cláudia Lima Marques, como “uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema”²⁰, assegurando a todos aqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade social maior rede de proteção aos seus direitos e interesses jurídicos.

No âmbito do direito do trabalho, a teoria do diálogo das fontes assume especial relevância, já que a compreensão de unidade do ordenamento jurídico, no paradigma do pós-positivismo jurídico, pode permitir, em matéria de proteção ao trabalho da mulher gestante, a ampliação da rede de proteção às trabalhadoras.

A teoria do diálogo das fontes permite a compreensão do ordenamento jurídico de forma coordenada, com o objetivo de solucionar os eventuais conflitos de normas. No âmbito do direito material do trabalho, a CLT²¹, no parágrafo único do artigo 8º, expressamente autoriza que o direito civil ou outras regras do direito comum funcionem como fontes supletivas e subsidiárias às normas trabalhistas, naquilo que não lhe forem incompatíveis com as suas regras e princípios.

A autorização hermenêutica apresentada abriu o caminho para que o intérprete autêntico venha a se utilizar de normas do próprio direito civil e de outros ramos do direito público e privado perante as lacunas existentes no sistema trabalhista.

O espectro de compreensão das lacunas é abrangente e não se limita apenas às denominadas lacunas normativas, ou seja, aquelas em que inexiste norma jurídica apta a regular a situação jurídica posta, mas também situações de lacunas axiológicas e ontológicas, onde, respectivamente, existem normas jurídicas, mas estas geram

20 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 141.

21 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm#art2>. Acesso em: 03 fev. 2017.

soluções injustas quando aplicadas ao caso concreto, ou são desatualizadas²².

A teoria do diálogo das fontes é apresentada no neoconstitucionalismo como metodologia hermenêutica que tem como objetivo ampliar a efetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, superando a desigualdade econômica dos atores da relação de trabalho de modo a alcançar a igualdade jurídica.

A teoria desenvolvida por Erik Jayme, na Universidade de Heidelberg, manifesta-se por meio de três meios de diálogos entre as fontes do direito, que, segundo a professora Cláudia Lima Marques²³ são: o diálogo da coerência, o diálogo sistemático da complementariedade ou da subsidiariedade e o diálogo das influências recíprocas sistemáticas.

A manifestação do diálogo da coerência parte do pressuposto da coexistência de duas normas jurídicas, onde uma delas, de caráter geral, serve como alicerce para a outra norma jurídica de caráter específico, cujo campo de aplicação é restrito a um determinado grupo social ou categoria jurídica ou econômica. É representado este mecanismo de diálogo por meio da relação que envolve as normas gerais e as normas especiais, em que aquelas apresentam os contornos normativos mais genéricos que devem ser observadas pelas normas específicas.

De modo a demonstrar a aplicação do diálogo da coerência, tem-se que os princípios gerais do direito civil da boa-fé objetiva e do equilíbrio dos contratantes, que constituem elementos interpretativos gerais do direito civil e que são aplicáveis inclusive em relações jurídicas específicas, como são exemplos as relações de emprego e as consumeristas.

Ainda que inexistam normas jurídicas que tratem, especificamente, da aplicação desses princípios aos contratos de trabalho, ou seja, situação específica de lacuna jurídica na legislação especial, há que se reconhecer a aplicação dessa manifestação do diálogo das fontes para permitir ao operador do direito interpretar as regras do contrato de trabalho à luz deste princípio geral do direito civil.

22 Sobre as lacunas jurídicas, Carlos Henrique Bezerra Leite considera a existência de três espécies de lacunas: as lacunas normativas são aquelas em que inexistem normas jurídicas sobre determinado caso, as lacunas ontológicas são aquelas em que há norma jurídica aplicável ao caso, mas ela sofre um processo de envelhecimento em razão do decurso do tempo entre a edição da norma e o momento da aplicação ao caso concreto e as lacunas axiológicas são aquelas existentes quando há norma jurídica, mas ela se revela injusta na aplicação no caso posto. Nesse sentido, conferir em LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As lacunas do direito do trabalho e a necessidade de heterointegração (diálogo das fontes) com o direito civil. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); CALVO, Adriana. Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2015, p. 49.

23 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe, op cit., 2016, p. 143-144.

Outra forma de apresentação do diálogo das fontes ocorre por meio do diálogo sistemático da subsidiariedade ou da complementariedade. A aplicação dessa manifestação do diálogo das fontes pressupõe o reconhecimento de que o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo unitário. Permite-se, desta forma, ao aplicador do direito no caso concreto, perante uma lacuna normativa, ontológica ou mesmo axiológica, que se valha da aplicação de outra fonte do direito para complementar a aplicação do direito.

O diálogo das influências recíprocas sistemáticas é a terceira forma de manifestação da teoria do diálogo das fontes. A aplicação desse método interpretativo reconhece a existência de influências mútuas entre dois ou mais sistemas jurídicos, tanto do geral no especial, quanto no especial no geral, em via de duplo sentido.

A condição de hipossuficiente da empregada gestante e a necessidade de garantir a máxima efetividade do princípio constitucional da proteção demandam do intérprete autêntico²⁴ a apropriação dos princípios e das regras de outros ramos do direito, como é o caso do direito civil, em busca de uma solução coerente e justa para o caso concreto.

A aplicação prática da teoria do diálogo das fontes revela mecanismo importante na tarefa de solucionar os conflitos de normas, especialmente diante das controvérsias existentes acerca da coexistência da estabilidade provisória da trabalhadora gestante e os contratos de trabalho por prazo determinado, conforme será analisado nas próximas etapas desse trabalho.

2 OS LIMITES DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO

2.1 OS PRINCÍPIOS GERAIS DOS CONTRATOS CIVIS: A AUTONOMIA DA VONTADE E A BOA-FÉ

Os princípios da autonomia da vontade das partes, da força obrigatória dos contratos, da relatividade dos efeitos dos seus efeitos, da revisão por onerosidade excessiva, da função social e da boa-fé objetiva e subjetiva informam o direito contratual civil e exercem influência na interpretação dos contratos de trabalho, desde o momento da sua formação até o seu encerramento.

24 Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 394.

A formação do contrato de trabalho, em razão de seu caráter especial de contrato privado, sofre conformação direta desses princípios informadores do direito civil. Em razão da delimitação do objeto de pesquisa, relativa à garantia da estabilidade provisória das trabalhadoras gestantes nos contratos a termo ou por prazo determinado, os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé serão delineados de forma pormenorizada, já que impactam diretamente a interpretação acerca desta garantia constitucional.

Os princípios funcionam como elementos fundantes do sistema jurídico, capazes de assegurar a plasticidade ao sistema quanto à adequação do direito ao fato social a ser regulado. Funcionam os princípios, dentre outras funções²⁵, como verdadeiros vetores interpretativos, que devem ser conformados pelo aplicador do direito no caso concreto.

Humberto Ávila aponta que os princípios são

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção²⁶.

Os princípios contratuais do direito civil funcionam como normas gerais, que a partir do diálogo da coerência, influenciam diretamente a interpretação dos contratos de trabalho, como espécie do gênero contrato privado.

O princípio da autonomia da vontade tem sua matriz no direito fundamental da liberdade. A liberdade na seara contratual sofre influência direta da acepção liberal do princípio da liberdade de cunho negativo, assegurando às partes livremente a pactuação dos direitos e obrigações que regeram a relação contratual²⁷.

A liberdade contratual manifestada pelo princípio da autonomia da vontade não é ilimitada, podendo sofrer restrições interpretativas em razão de normas de ordem pública, que funcionam como regras ou princípios de barreira, ou mesmo

25 Dentre as outras funções dos princípios estão a de servir como instrumento para a colmatação de lacunas, bem como funcionam como instrumentos a serem observados pelo órgão legislador na elaboração dos textos das normas jurídicas.

26 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 85.

27 LIPPMAN, Ernesto. Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais. São Paulo: LTr, 1999, p. 64.

quando em confronto com outro direito fundamental no caso em concreto.

As partes no contrato de trabalho possuem, em regra, liberdade para o estabelecimento das cláusulas contratuais relativas à sua vigência ou duração. O direito do trabalho é informado pelo princípio da continuidade da relação de emprego, o que significa reconhecer que a relação trabalhista prima pela sua manutenção no tempo, inserindo o trabalhador na empresa.

Os contratos de trabalho em sua essência vigem por prazo indeterminado como regra geral. A contratação a termo ou por prazo determinado é excepcional, sendo autorizada em determinadas situações previstas pelo legislador ordinário, como são as situações dos contratos de experiência, com duração máxima de 90 dias, ou daqueles em que o trabalhador é contratado para serviços cuja transitoriedade ou natureza justifique a pré-determinação de um prazo ou para atividades empresariais de caráter transitório, observados nestas duas últimas situações a duração máxima de dois anos.

A autonomia da vontade das partes nos contratos por prazo determinado sofre restrição em razão das normas de ordem pública previstas na legislação consolidada. O princípio da proteção funciona como instrumento limitador do princípio da liberdade contratual.

A contratação por prazo determinado representa manifestação da autonomia da vontade das partes que, observadas as limitações quanto à duração e hipóteses de cabimento previstas na legislação consolidada, deve ser considerada lícita.

O princípio da boa-fé é outro princípio informador do direito contratual, que exerce importante influência na interpretação dos contratos, especialmente dos contratos de trabalho. O princípio da boa-fé é manifestado pelo dever de transparência e de lealdade que é exigido das partes, seja no momento da fixação das cláusulas dos contratos, durante o seu cumprimento, ou mesmo após o encerramento, inclusive podendo ser exigido após o encerramento da relação jurídica²⁸.

A boa-fé objetiva representa verdadeiro padrão de comportamento ético ou *standard* objetivo que deve ser observado pelas partes, de forma independente do polo que ocupa na relação contratual. A boa-fé objetiva representa, portanto

uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro

28 A cláusula contratual de sigilo e confidencialidade do contrato, uma das manifestações do princípio da boa-fé contratual, pode ser licitamente pactuada entre as partes, inclusive com a possibilidade de sua manutenção após o termo final do contrato.

contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom final das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes²⁹.

Ao lado do padrão geral de comportamento, que deve ser exigido pelas partes do contrato, a boa-fé também se manifesta em seu aspecto subjetivo. A boa-fé subjetiva ou boa-fé crença é representada pelo comportamento praticado pelas partes, a partir do elemento anímico, ainda que não seja do seu conhecimento por negligência ou outra forma de manifestação culposa da parte do contrato. A boa-fé subjetiva tem seu contraposto a má-fé.

A fixação dos contornos destes dois princípios gerais do direito contratual permite a delimitação dos contornos que devem ser observados pelo intérprete autêntico diante do reconhecimento da estabilidade provisória das trabalhadoras gestante, nos contratos por prazo determinado, o que será a seguir analisado.

2.10 DIÁLOGO DA COERÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA BOA-FÉ NOS CONTRATOS DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

A formação do contrato de trabalho concretiza a manifestação do princípio da autonomia da vontade das partes. É exigido das partes do contrato de trabalho, durante toda a vigência da relação empregatícia, o cumprimento dos deveres de probidade e de boa-fé.

O contrato na relação de emprego é firmado em regra por partes que ostentam situações econômico-jurídicas distintas, o que influencia o poder de negociação das cláusulas contratuais que o regerão. O contrato de trabalho é apresentado, *mutatis mutandis*, na forma de um contrato de adesão, onde a interpretação de suas cláusulas deve observar a desigualdade material entre os celebrantes.

A fixação da cláusula de duração do contrato de trabalho, como analisada anteriormente, não é de livre estipulação entre os contratantes na relação de emprego, ante a fixação de regras de ordem pública decorrentes dos princípios protetivo e da

29 MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181.

A análise dos precedentes da Súmula 244 do TST permite a formulação de norma de decisão, afastando a sua aplicação no caso concreto, desde que presentes situações fáticas especiais decorrentes do contrato de trabalho a termo firmado entre o empregador e a trabalhadora gestante.

Como vimos, uma das situações previstas pelo legislador que autorizam a celebração do contrato por prazo determinado é a situação do contrato de experiência ou de prova. O contrato de experiência tem duração máxima autorizada de até 90 dias, podendo ser celebrado por menor prazo, prorrogável até este limite temporal.

A essência do contrato de experiência é o de assegurar ao empregador a verificação do desempenho do empregado contratado, inclusive suas aptidões e produtividade no exercício da função. De outro lado, permite-se ao trabalhador, durante o período de prova, avaliar as condições efetivas de labor, para ao final do período de experiência decidir pela continuidade ou da prestação de serviços.

A análise fenomenológica do contrato de experiência traz como essência desta modalidade contratual a aferição das efetivas condições de trabalho, tanto por parte do trabalhador, quanto do empregado. Essa circunstância fática é importante quando da análise de se reconhecer a garantia no emprego à trabalhadora gestante contratada a termo ou por prazo determinado.

Não apenas este elemento deve ser observado na formulação da norma de decisão. Fora destacado na primeira seção deste artigo que a norma que assegura à trabalhadora a estabilidade provisória no emprego tem como essência servir de norma de proteção contra a discriminação da mulher no mercado de trabalho, impedindo que a mesma seja dispensada em razão da condição de trabalhadora gestante.

A compreensão da estabilidade provisória da empregada gestante no contrato de experiência, portanto, deve contemplar não apenas o estado gravídico da trabalhadora no momento da rescisão contratual, mas também se a despedida, no caso concreto, foi expressão de ato discriminatório praticado pelo empregador.

Para tanto, outro elemento circunstancial deve ser observado pelo intérprete autêntico no momento da formulação da norma de decisão: o conhecimento do estado gravídico no momento da celebração do contrato de trabalho. Além disso, a compreensão dialogada entre as fontes do direito do trabalho e do direito civil contratual permitirá a confecção da correta norma de decisão.

O contrato de trabalho é informado, dentre outros princípios, pela autonomia

da vontade e pela boa-fé. Uma vez desconhecida pelo empregador, a gravidez da empregada no momento da contratação milita em favor desta parte do contrato a presunção relativa de que o encerramento da relação de emprego no termo final do contrato de experiência foi medida discriminatória.

Por outro lado, sabido pelo empregador o estado gravídico da trabalhadora, no momento da celebração do contrato de experiência, milita em favor do detentor dos meios de produção a presunção relativa de que a ruptura contratual, no termo final do contrato de experiência, não teve o aspecto discriminatório.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário nº 0001325-66.2012.5.03.0103³³, afastou, nesse mesmo sentido, o direito à estabilidade provisória a uma trabalhadora contratada grávida, admitida por meio de contrato de trabalho de experiência, que mostrou inaptidão para o cargo durante o período de prova.

Defendemos, no entanto, em razão dos princípios trabalhistas da proteção e da continuidade da relação de emprego, e de um dos aspectos da essência do contrato de experiência, que é a verificação da aptidão da empregada para o trabalho, terá o dever jurídico o empregador de apresentar as razões de ordem técnica, estrutural ou econômico-financeira que ensejam a ruptura da relação contratual, sob pena de reconhecer a prática de ato discriminatório.

Para elidir esta presunção nas duas situações apresentadas, e, conseqüentemente, afastar o direito à estabilidade provisória no emprego, entretanto, deverá o empregador demonstrar a inaptidão da obreira no período de experiência ou de prova, como manifestação do princípio contratual da boa-fé. Serão atendidos, assim, não apenas o princípio da boa-fé contratual, mas também privilegiará a autonomia da vontade das partes no momento da celebração do contrato a termo.

Em relação às demais hipóteses de autorização de contrato de trabalho por prazo determinado, para atender necessidade temporária de serviço ou para situações em que a atividade empresarial tenha duração transitória, circunstâncias outras devem ser consideradas na formulação da norma de decisão, a partir do diálogo entre os princípios do direito do trabalho e os princípios da autonomia da vontade e da boa-fé.

33 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso de Revista nº 0001325-66.2012.5.03.0103, da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG. Relator: Desembargadora Lucilde D'Ajuda L. de Almeida. Disponível em: < http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversatio-nId=1685168 >. Acesso em: 03 fev. 2017.

Nas situações que envolvem necessidade temporária de serviço, como é exemplo da celebração de contratos de trabalho no comércio em épocas festivas de maior movimento de vendas, ou mesmo quando a atividade empresarial tem duração limitada no tempo, como é o caso de feiras de eventos, estando estipulada no contrato de trabalho a circunstância fática que determinou a contratação milita em favor do empregador a presunção de que a dispensa ocorrida no seu termo final não foi obstativa da estabilidade provisória. Asseguram-se, assim, a eficácia dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé.

Poderá, entretanto, a empregada gestante dispensada demonstrar o ato discriminatório e assim garantir o direito à estabilidade provisória, em situações em que as circunstâncias fáticas que determinaram a contratação permaneçam após a rescisão do contrato de trabalho.

Por fim, em havendo a rescisão antecipada do contrato a termo ou por prazo determinado, em quaisquer situações autorizadas por lei para a sua celebração, militará em favor da empregada grávida a presunção também relativa de despedida obstativa do direito à garantia provisória no emprego.

Competirá ao empregador demonstrar, no caso do contrato de experiência, a inaptidão da trabalhadora para a função, e, nas situações que envolvem o atendimento de necessidade temporária de serviço ou para situações em que a atividade empresarial tenha duração transitória, a demonstração das questões de ordem técnica, estrutural ou econômico-financeira que ensejaram a ruptura da relação contratual precoce.

2 **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O paradigma do pós-positivismo jurídico tem a centralidade da Constituição e a força normativa dos seus princípios estruturantes como base central no processo de interpretação e de construção do direito.

A fenomenologia da estabilidade provisória da trabalhadora gestante deve ser compreendida a partir da sua essência, que é a de tutelar tanto a mulher no mercado de trabalho, quanto assegurar o desenvolvimento saudável do nascituro.

A teoria do diálogo das fontes é apresentada, neste contexto, como instrumento interpretativo para solucionar conflito aparente de normas, complementando métodos tradicionais de solução de antinomias jurídicas.

A compreensão da garantia provisória do emprego da trabalhadora gestante nos contratos por prazo determinado deve ser analisada não apenas observando o elemento objetivo, que é o estado gravídico da empregada no momento da extinção do contrato de trabalho, mas, sobretudo, observando as circunstâncias fáticas do concreto, que permitirão a construção da norma de decisão correta.

Nos contratos a termo ou celebrados por prazo determinado, milita, em razão do diálogo entre os princípios protetivos, da continuidade da relação de emprego e o da boa-fé, em favor da trabalhadora gestante a presunção de despedida discriminatória, nas situações que envolvem a rescisão antecipada.

Havendo a extinção do contrato de trabalho em seu termo final, competirá ao empregador nos contratos de experiência apresentar as razões de ordem técnica, estrutural ou econômico-financeira que ensejaram a ruptura. Já nas demais situações autorizadas para a celebração de contratos a termo, será da trabalhadora gestante o ônus probatório de demonstrar o ato discriminatório do empregador.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Norma jurídica como decisão dotada de efetividade. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 106, pp. 307-335, jun./set. 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei nº 5452, de 1 de maio de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilação.htm>

gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm#art2 >. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Constituição 1988. Emenda Constitucional 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 abr. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc72.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Lei 11.324, de 19 de julho de 2006. Altera dispositivos das Leis n. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei n. 605, de 5 de janeiro de 1949. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso de Revista nº 0001325-66.2012.5.03.0103, da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG. Relator: Desembargadora Lucilde D'Ajuda L. de Almeida. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversatio-nId=1685168>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 00107-20.2011.5.18.0006, da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF. Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**, Acórdão 07 dez. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20107-20.2011.5.18.0006&base=acordao&numProclnt=125342&anoProclnt=2011&dataPublicacao=16/12/2011%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 244. Gestante. Estabilidade Provisória. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). II - A

garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html>. Acesso em: 03 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 2. ed. London: Duckworth, 1978. GAIA, Fausto Siqueira. **Tutela inibitória de ofício e a proteção do meio ambiente de trabalho**: limites e possibilidades da atuação jurisdicional. São Paulo: LTr, 2015.

HUSSERL, Edmund. **A crise da humanidade europeia e a filosofia**. Tradução de Urbano Zilles. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**, Paris, tomo 251, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. As lacunas do direito do trabalho e a necessidade de heterointegração (diálogo das fontes) com o direito civil. In: ALMEIDA, Renato Rua de (Coord.); CALVO, Adriana. **Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

LIPPMAN, Ernesto. **Os direitos fundamentais da Constituição de 1988 com anotações e jurisprudência dos tribunais**. São Paulo: LTr, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Nei Frederico Cano. Garantias de emprego: questões controvertidas. **Suplemento trabalhista**. São Paulo, v. 26, n. 56, p. 300, 1990.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Coord.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Mulher e mercado de trabalho no Brasil**: um estudo sobre igualdade efetiva baseado no modelo normativo Espanhol. São Paulo: LTr, 2016.

Publicado originalmente na R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 27, p. 45-70, jan./abr. 2020

LUGAR DE MULHER: A INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO REGULAR

Maria Fernanda Muniz da Silva
Arthur Leopoldino Ferreira Neto
Rui César Publio Borges Correa

Resumo

O trabalho problematiza a construção da jornada da mão-de-obra feminina no mercado de trabalho, desde os primórdios quando a mulher iniciou a sua trajetória quando foi submetida a discriminações seja por questões sociais, culturais e fisiológicas. Analisa-se, as leis criadas com a finalidade de proteger e incentivar a contratação e manutenção da mulher no mercado de trabalho, à partir dos paradigmas da princípio da isonomia e do princípio da igualdade. Possui como objetivo geral expor ao leitor de que, em pleno século XXI, a mulher ainda passa pela desigualdade para com o homem no mercado de trabalho. E, com isso, o objetivo específico é que exista uma reflexão, bem como, ações positivas de toda a coletividade – Estado e cidadãos – em prol de uma sociedade mais igualitária.

Palavras-Chave: Ideologia. Igualdade. Feminismo. Isonomia.

Maria Fernanda Muniz da Silva

Especialista em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela Mackenzie. Advogada. mfmuniz92@gmail.com

Arthur Leopoldino Ferreira Neto

Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutorando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Doutorando em Filosofia pela PUC/SP. Professor Assistente do COGEAE da PUC/SP. Advogado. aferreiraneto@fntadv.com.br

Rui César Publio Borges Correa

Juiz do TRT da 2ª Região. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Direito do Trabalho pela Universidade de Córdoba (Argentina, 2016). Professor Assistente do COGEAE da PUC/SP e da Universidade Santo Amaro/SP. rui-cesar@uol.com.br

Abstract: This work problematizes the construction of the female labor journey in the labor market since the early days when women began their trajectory they were subjected to discrimination for social, cultural and physiological reasons. It analyzes the laws created with the purpose of protecting and encouraging the hiring and maintenance of women in the labor market, from paradigms such as the isonomy principle and equality principle. It's general objective is to expose the reader that, in the 21st century, women still experience inequality with men in the labor market. And, with that, the specific objective is that there is a reflection, as well as positive actions of the whole community - State and citizens - in favor of a more egalitarian society.

Keywords: Ideology. Equality. Feminism. Isonomy.

1. INTRODUÇÃO

Por questões sociais, culturais e econômicas, a mulher sempre sofreu discriminação em comparado ao homem, seja em relação ao trabalho doméstico, seja em relação ao mercado de trabalho.

Diferente do homem, a mulher demorou décadas para ocupar um lugar no mercado de trabalho, e quando o fez sempre foi com jornadas maiores e salários menores, vez que a mão-de-obra feminina sempre foi considerada de “segunda mão”.

Ao passar do tempo, as mulheres começam a reivindicar iguais condições de trabalho, e à partir desse momento, com a finalidade de equiparar a relação entre homens e mulheres no mercado de trabalho, foram criadas diversas normas protetivas e inclusivas.

Todavia, apesar do caráter protetivo das novas leis, tais disposições apenas aumentaram o abismo entre a isonomia entre homem e mulher, haja vista que as leis de garantia e proteção faziam o trabalho feminino ser mais caro ao do homem.

Para complementar a discriminação existente, a mulher, ainda, possui uma questão em que os homens não possuem, a maternidade. Dessa forma, apesar dos governos tentarem equiparar a relação entre homens e mulheres, a questão fica complexa, vez que existem situações e questões fisiológicas que naturalmente diferenciam os gêneros.

Na luta por igualdade, apesar de nos tempos atuais, existirem muitos

avanços, ainda há uma grande diferença entre o labor da mulher e do homem, visto que, apesar de mais especializada a mão-de-obra feminina sempre foi remunerada de forma inferior à mão-de-obra masculina.

Vale ressaltar, que o trabalho da mulher não se encerra no mercado, vez que por muitas vezes, ainda, exerce o trabalho doméstico, ou seja, cumpre jornada dupla.

O objeto do presente estudo é analisar a relação da mulher no mercado de trabalho a partir da questão do gênero, na perspectiva jurídica, observando as normas de garantia e proteção da mulher, com manutenção de proteção à maternidade e proibição de práticas discriminatórias.

Como a divisão dos gêneros no trabalho, restou claro a necessidade de adoção de medidas destinadas a igualar a diferenciação entre a mão-de-obra feminina e masculina.

No presente estudo, também foram analisadas as alterações sofridas na Legislação com o intuito de tutelar e proteger o trabalho da mulher, em busca de uma igualdade de gênero.

As normas jurídicas adotadas, tanto pela Constituição Federal, como pela Consolidação das Leis Trabalhistas buscam a igualdade entre os gêneros, e para que isso seja possível, deve tratar as partes de forma diferenciada.

Foram analisadas toda a questão histórica que contribui para diferenciação do trabalho entre os gêneros, bem como as normas criadas para tutelar o direito e manutenção da mulher no mercado, como a licença-maternidade, a igualdade de salários para empregos de igual valor e a jornada equiparada.

Pretende, o presente estudo, contribuir para a compreensão da situação da mulher perante o Direito do Trabalho brasileiro, evidenciando a relevância do papel do Legislativo e do Poder Judiciário para soluções definitivas em relação as discriminações sofridas pela mulher no mercado de trabalho.

2. FATOS HISTÓRICOS

A exploração da mão-de-obra feminina se deu principalmente durante a Primeira Revolução Industrial, em razão do maquinário de fácil manuseio que possibilitou a utilização da força da mulher.¹

1
CANTELLI: 1995; p. 80.

Consideradas como “sexo frágil”, as condições laborais em que as mulheres eram extremamente precárias, com trabalho em lugares insalubres e longas jornadas.

Apesar das condições que eram submetidas, as mulheres continuavam a cumprir o seu papel social de seres obedientes e invisíveis, contribuindo para evolução do mundo capitalista.

Mesmo sendo o gênero que mais sofria com o trabalho precário, não havia luta por direitos dignos ao trabalho da mulher.

As primeiras fadigas de luta por direitos e melhores condições de trabalho da mulher se deram em meados do século XIX, com o Coal Mining Act, em 1842, e o Factory Act, em 1844, diplomas responsáveis pela proibição do trabalho em minas subterrâneas e pela redução da jornada de trabalho nas fábricas.

Todavia, tais diplomas tiveram efeito reverso, vez que a mulher foi considerada como sexo frágil, sendo portanto, afastada do mercado de trabalho.²

Referida situação apenas se reverteu durante a Primeira Guerra Mundial, quando o mundo se viu na falta de mão-de-obra masculina, vez que os homens eram enviados para as guerras, sendo que, sobrou para as mulheres ocuparem os cargos operários antes ocupados pelos homens.

Assim, executariam as mesmas tarefas dos homens, todavia, com direitos diversos, vez que a jornada de trabalho era maior e o salário reduzido.

Embora, atualmente, o número de mulheres no mercado de trabalho tenha aumentado, o que se observa, na realidade, é uma discriminação persistente. Isso porque, ainda, o trabalho da mulher continua a ser desenvolvido de forma precária e sem especialização.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe em seu art. 5º, I, novos paradigmas para o direito fundamental ao trabalho, contribuindo para a construção de um Direito do Trabalho mais democrático e adequado à perspectiva de direitos fundamentais, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (...)."

2 BARROS: 1995; p. 89.

Para demonstrar a seu firme propósito de eliminar qualquer tipo de Discriminação, a Carta Magna em seu artigo 7º, no inciso XXX, proibiu expressamente a diferença de salários, de exercício de funções e critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Vale lembrar que o inciso XX do referido artigo determinou a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da Lei”.

Porém, mesmo com toda a legislação, a discriminação da mulher no mercado de trabalho ainda é preocupante, vez que continuam a receber salários inferiores aos homens, bem como a gestação é vista como forma de diminuir a evolução quantitativa da mão-de-obra feminina.

Assim, pode se compreender que a mulher continua a ser discriminada por ter que optar entre a maternidade ou o labor.

Na tentativa de vetar as discriminações a que as mulheres são submetidas, seria necessário a criação de mecanismos específicos de proteção ao trabalho feminino. Todavia, os mecanismos que visam igualar os direitos do trabalho entre homens e mulheres, são os mesmos que criam um abismo entre os gêneros, vez que as leis de proteção evidenciam as diferenças sociais, fisiológicas e psicológicas entre homens e mulheres.

O trabalho da mulher sempre foi visto como secundário, sendo que, sem a evolução das leis de proteção ao trabalho feminino, como em relação a condição de mãe e gestante, o abismo entre os salários recebidos por homens e mulheres poderiam ser ainda maiores.

Apesar da utopia da igualdade, Kelsen afirma que seria impossível chegar a uma forma de igualdade total entre os gêneros, conforme extraído trecho do livro Conteúdo jurídico do princípio da igualdade de Celso Antonio Mello:

Não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria um absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles.

Dessa forma, para o Estado Democrático, o princípio da igualdade deve ser reconhecido em uma sociedade heterogênea e plural com igualdade de tratamento e

oportunidades entre homens e mulheres.

3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA COMO FORMA DE IGUALAR A RELAÇÃO ENTRE GÊNEROS

A legislação destinada ao trabalho da mulher tornou-se um organismo protetor que foi exigido através de forças internacionais diante da realidade dos países e seu objetivo foi uniformizar custos operacionais, visando a evitar uma concorrência injusta no mercado internacional.

Nesse sentido, o interesse masculino foi fundamental para criar uma legislação protecionista, foi feita por Cesarino Júnior e Marly Cardonez.³

Assim, com o intuito de diminuir o abismo entre as condições de salário e trabalho entre os gêneros, a Legislação Brasileira foi obrigada a criar mecanismos para que a relação de trabalho seja igualitária entre os homens e as mulheres.

4.1 DO TRABALHO EM CONDIÇÕES PERIGOSAS, PENOSAS E INSALUBRES

Apesar da revogação pela Lei nº 7.855, em 1989, do art. 387 da CLT, que proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, em minas, em pedreiras e em outros serviços perigosos.

Foram mantidas na legislação trabalhista o art. 390 da CLT, que protege a mulher em relação ao trabalho com pesos, vejamos:

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Dessa forma, é vedado ao empregador contratar a mão-de-obra feminina

3 Houve, assim, um interesse coletivo masculino em criar uma legislação protetora do trabalho da mulher fora do lar. Para o trabalho doméstico não estavam voltadas as atenções porque ele não criava concorrência com o mundo profissional masculino. Tampouco, se cogitou, em momento algum, de dividir a carga doméstica entre os sexos, para aliviar a mulher. O que ocorria é que esta, tão explorada como os homens por longas jornadas de trabalho, a isto ainda acrescentava o trabalho doméstico. A atitude natural do homem teria sido dividir com elas essa tarefa, como elas estavam dividindo com eles o sustento de casa. Mas eles preferiram manter a situação de sobrecarga para a mulher, esta sim, discriminatória. (WCESARINO JÚNIOR; CARDONE. 1993, p. 344).

em serviço que necessite de força muscular superior a vinte quilos para trabalho contínuo, ou vinte e cinco quilos para o trabalho ocasional.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo possibilita a contratação caso o trabalho seja realizado por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

Existem doutrinadores que alegam que “a desvantagem da fisiologia muscular feminina não se constitui em obstáculo que não possa ser removido, sendo o ideal abolir a restrição do art. 390, da CLT, e submeter a apreciação de cada caso às condições pessoais da empregada.”⁴

Todavia, num país, como o Brasil, em razão da sua extensão territorial, resta inviável a submissão as condições de trabalho de acordo com cada caso concreto.

Outra questão bastante importante é o referente ao trabalho insalubre da mulher, sendo que, antes da Reforma Trabalhista era obrigatório o afastamento da força feminina do labor em local insalubre, independentemente do grau de exposição, enquanto durasse a período gestacional e de amamentação para proteção da mulher e, respectivamente, ao seu filho.

Porém o advento da Lei nº 13.467, de 2017, trouxe modificações expressivas ao trabalho da mulher em local insalubre, vez que a gestante apenas deveria ser afastada do local de trabalho caso exercesse atividades insalubres em grau máximo, e atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentasse atestado de saúde.

Assim, ao revogar o afastamento imediato da gestante ou lactante que desenvolvem atividade insalubre em qualquer grau, a Lei 13.467/17 desrespeitou princípios básicos protetivos da CLT, como in dúbio para o operário, da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

Motivo pelo qual, em maio de 2019, o STF julgou a inconstitucionalidade de norma que permite o trabalho de gestantes e lactante em condições insalubres independente do grau de exposição, passando a valer a norma anterior a Reforma Trabalhista,

Vale ressaltar, que os referidos afastamentos não englobam os ambientes em que a mulher labore com periculosidade.

Dessa forma, conforme pontua Sérgio Pinto Martins, “a Lei nº 7.855/89 revogou

4
4 BARROS: 2006; p. 480.

o art. 387 da CLT, sendo que agora não é mais proibido o trabalho em subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular. Quanto às atividades perigosas e insalubres, a própria Constituição já não veda o trabalho na última condição, além do que a alínea b, do art. 387, da CLT foi também revogada pela Lei nº 7.855/89. Temos como consequência que a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo.”⁵

4.2 A PROTEÇÃO À GESTANTE E A MULHER COM FILHOS NO MERCADO DE TRABALHO

Por muitos anos o papel da mulher na sociedade era apenas de figura reprodutora e de exercício das tarefas domésticas, sendo que o status provedor era somente destinado ao homem.

Nesse sentido, acrescenta Carvalho Neto⁶:

A postura misógina e moralista destas instituições impunha um sistema patriarcal, que levou a mulher a se restringir ao papel de reprodutora e do lar, enquanto o homem seguia como o provedor da família. A dominação masculina era apoiada na religião e nas leis.

Sendo assim, por a sociedade imputar na mulher a obrigação de após gerar os filhos, devessem cuidar dos mesmos, restringiu ainda mais o acesso da mulher no mercado de trabalho, enquanto os homens apoiados pela cultura, leis e religião eram incumbidos de garantir a sobrevivência econômica da família.

Ainda, a divisão sexual das tarefas domésticas, construída sob uma base histórica hierárquica entre o homem e a mulher no ambiente familiar, resulta na dupla jornada de trabalho feminina. Ainda, como essa atividade não é remunerada e não gera lucro para a sociedade, é vista como um trabalho invisível. Os reais beneficiários são os empregadores e os companheiros, que utilizam a mão de obra gratuita das mulheres, enquanto esta procria, cuida e realiza a manutenção da casa, possibilitando que os demais membros da família realizem o trabalho assalariado.⁷

5 MARTINS: 1999; p. 517.

6 CARVALHO NETO; SANTOS; TELURE: 2015; p. 7-8.

7 DAVIS: 2016; p. 230-235.

Dessa forma, para que a mulher ocupasse locais de trabalho, ela deveria realizar uma dupla jornada, vez que o trabalho doméstico não era dividido entre o homem e a mulher.

Porém, com a possibilidade da terceirização do trabalho doméstico para mulheres mais pobres, possibilitou que algumas mulheres conseguissem se emancipar do trabalho do lar para que focasse em suas carreiras no mercado, só que tal possibilidade em nada alterou na discriminação sofrida pela mulher.

Em 2018, uma pesquisa realizada pelo site de empregos Catho, verificou que, “entre mais de 2,3 mil respondentes, 30% das mulheres disseram que já deixaram o mercado de trabalho para cuidar dos filhos. Entre os homens esse número é quatro vezes menor, atingindo 7%”.⁸

Em um estudo realizado nos países nórdicos da Europa, concluiu a existência de diferença salarial entre homens e mulheres por conta dos filhos, como uma penalidade por ser mãe.

Ao abranger o estudo foi verificado durante cinco anos antes do nascimento da criança e dez anos após, homens e mulheres evoluíam em suas carreiras paralelamente, mas com a chegada da primeira criança, os ganhos passam a ser diferentes e mulheres atingem uma queda direta de quase 30% de seu ganho bruto, enquanto os homens praticamente não sofrem alterações.

Ao analisarem os impactos que puderam gerar esse declive, incluíram as horas trabalhadas, a participação no trabalho e as taxas salariais, revelando um impacto negativo imediato em relação à mulher.⁹

Portanto, para garantir o emprego e na tentativa de diminuir o abismo criado na mulher com filhos e o homem no mercado de trabalho, a legislação teve que criar regras firmes de proteção, as quais serão analisadas abaixo.

4.2.1. A LICENÇA-MATERNIDADE E O PERÍODO DE ESTABILIDADE

Nos primórdios, era incumbência do empregador arcar com o salário da gestante afastada após dar à luz, sendo que, tal determinação gerava discriminação na

8 CARMO: 2020; p. 04.

9 KLEVEN; LANDAIS; SØGAARD: 2019, p. 181-209.

contratação de mulheres, vez que o empregador preferia contratar homens ao risco de ter que arcar com salários de um empregado afastado em caso de gestação.

Assim, havia uma necessidade de que a licença-maternidade não fosse ônus do empregador, e sim de um órgão de social como a Previdência, situação regularizada com a finalidade de equiparar o homem e a mulher.

Sendo considerada um grande avanço em prol da diminuição da discriminação da mulher, vez que tornou a contratação de mulheres menos onerosa ao empregador.

A proteção da gestante é um direito constitucional garantido, pelo artigo 7º, inciso XVIII:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVIII – Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário.

Em complemento, a CLT quantifica o tempo em que a gestante teria direito de ficar em período de afastamento do labor:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

Portanto, após a gestação a lei assegura que a mulher fique dispensada de trabalhar, no período de 120 dias, recebendo um benefício previdenciário chamado salário-maternidade.

O valor do salário maternidade corresponde a uma remuneração mensal, com valor igual a sua remuneração integral, ou, em caso de remuneração variável, a média dos seis últimos meses de trabalho. Nesse sentido, disserta Sergio Pinto Martins¹⁰.

Assim, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico, a mulher terá direito a um repouso remunerado de duas semanas, podendo retornar

10 Durante a licença, a gestante terá direito a seu salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como às vantagens adquiridas no decorrer de seu afastamento pelas normas coletivas da categoria ou de outra regra legal, principalmente a decorrente da política salarial. Poderá também retornar à função anterior que antigamente ocupava na empresa. O direito à licença-maternidade não fica, entretanto, condicionado ao nascimento do filho com vida. A empregada doméstica terá direito ao salário-maternidade em valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição e a segurada especial terá direito a um salário-mínimo. (MARTINS: 1999; p. 319).

à função que ocupava antes de seu afastamento.

Vale ressaltar que, o nascimento de gêmeos não resulta no pagamento de salário-maternidade maior ou de licença superior ao determinado na legislação.

Com relação a concessão da licença-maternidade a mãe de filhos adotivos, Álvaro Villaça Azevedo concluiu com as inovações do novo Código Civil, que desapareceram todas as discriminações entre filhos: legítimos, legitimados, ilegítimos (naturais, adulterinos e incestuosos) e adotivos, por força do § 6º, do art. 227, da Constituição Federal de 1988 e que se deve considerar, sempre, o interesse do menor.¹¹

Na mesma vertente defende Maria Cristina Nunes de Almeida, “se é salutar e indispensável para o filho biológico gozar da companhia materna em período integral durante os quatro meses após o nascimento é, também, mais que imprescindível para o adotado desfrutar da atenção irrestrita da mãe, já que estão inaugurando o relacionamento mãe-filho exatamente a partir desse momento. Significa que a extensão da licença-maternidade à adotante visa principalmente à proteção da criança, à estruturação familiar, à adaptação do filho ao novo convívio familiar. É o que defende Sérgio Pinto Martins ¹².

Assim, a Lei nº 10.421, de 15/04/2002, como inovação, incluiu o art. 392-A na CLT, estendendo licença-maternidade à mãe-adotante. ¹³

11 AZEVEDO: 2002; p. 13.

12 Os que entendem que o direito à licença-maternidade deve ser estendido à mãe adotiva enumeram vários argumentos. É explicável que a mãe adotiva, sob um aspecto social, deva também ter direito à licença-maternidade, com o objetivo de amamentar o recém-nascido, se for o caso, assim como dar afeto ao adotado, inclusive para que este possa integrar-se à nova família que o acolhe. Entende-se que também nesse caso a criança necessita da mãe nos primeiros meses de contato. Dessa forma, é preciso que o Direito ampare essa situação, isto é, o direito a ser protegido não é apenas o da gestante, mas também da criança recém-nascida, com o objetivo de que esta possa adaptar-se ao mundo exterior e desenvolver-se. Haveria, portanto, uma lacuna na lei, e o juiz deveria interpretar a norma atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil). A mãe adotiva tem os mesmos encargos que a mãe natural, devendo, assim, ser protegida, pois a proteção é destinada não só à mulher, mas também ao recém-nascido, com cuidados com alimentação, afeto etc.” (MARTINS: 1999; p. 520).

13 Art. 392-A - À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1(um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença maternidade só será concedida mediante apresentação do termo de guarda à adotante ou guardiã.

Existe uma discussão que alega a inconstitucionalidade da referida lei, sob o fundamento de discriminação entre a situação da mãe biológica e da adotante, bem como entre a criança adotada em razão da respectiva faixa etária.

Yone Fredianigô defende a inconstitucionalidade da Lei nº 10.421/2002, por alegar que deve existir tratamento igualitário para a concessão da licença-maternidade devida à mãe biológica ou adotante, bem como equiparar a mãe adotante à biológica com a finalidade de receber o salário-maternidade sem qualquer restrição na faixa etária do filho adotado.

Ainda, o art. 6º da Carta Magna estabelece que são direitos sociais a proteção à maternidade e à infância.

Em sentido contrário, parte da doutrina defende que no inciso XVIII do art. 7º da Constituição, a licença maternidade destina-se apenas à gestante. Assim, a expressão gestante, refere-se à mulher em período de gravidez, protegendo, então apenas a mãe biológica.

4.2.2. DA ESTABILIDADE DA MULHER GESTANTE

A questão é que, mesmo com o pagamento do período de afastamento pelo INSS, ainda existe discriminação com as mulheres licenciadas que eram demitidas logo após o seu retorno à rotina de trabalho.

Assim, mais uma vez a legislação teve que proteger os direitos das mulheres, criando mecanismos de estabilidade no trabalho das mulheres afastadas em razão da gestação.

Conforme defendem diversos especialistas, o tempo de afastamento da mulher do mercado de trabalho em razão ao nascimento do bebê é importante, por motivos do aleitamento materno, bem como o fato da mãe que acompanha os primeiros meses de vida de seus filhos tornam-se mais atentas ou mais capazes de perceber diferentes aspectos de seu desenvolvimento.

Visando proteger a maternidade, o art. 10, inciso II, b do ADCT, proibiu a demissão arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Vale ressaltar que, pode haver norma coletiva (acordo ou convenção coletiva)

.....

que determine um período maior de estabilidade para a mulher gestante.

Sendo que, caso ocorra a dispensa nos termos indicados acima, ela é considerada nula, devendo a mulher ser reintegrada ao emprego até o término da estabilidade, ou o pagamento de indenização do período de estabilidade.

Todavia, a referida estabilidade não é ilimitada, vez que, caso a mulher cometa alguma falta grave, nos termos do artigo 482 da CLT poderá perder o direito a estabilidade, sendo dispensada por justa causa.

Ainda, importante ressaltar que o Tribunal Superior do Trabalho, em sua Súmula 224, cessou discussões em relação a estabilidade da empregada gestante contratada em contrato de trabalho por período determinado.¹⁴

Dessa forma, o TST garantiu a estabilidade da gestante mesmo nos contratos por prazo determinado, ou seja, os contratos temporários.

4.2.3. DO PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO

As alterações legislativas com o advento da Lei n. 13.467/2017, trouxeram inovações quanto à proteção da gestante, em forma de períodos especiais de amamentação materno durante a jornada laboral.

Conforme a Organização Mundial da Saúde, a amamentação é fundamental até, pelo menos, o sexto mês de vida, vez que é o principal alimento do bebê, bem como existe a necessidade do convívio entre mãe e filho.

Assim, o artigo 396 da Consolidação das Leis do Trabalho inclui formas de garantir o aleitamento materno:

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de

14 Súmula n.º 244 do TST: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterado na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) — Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I — O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

II — A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III — A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.

A CLT apenas reproduziu proteção defendida pela Constituição Federal em seu artigo 6º, que confere proteção especial à maternidade, considerando-a um dos pilares sociais, vez que da base da família é constituída a sociedade.

O caput do artigo 396 da CLT reconheceu, também, o direito ao intervalo de amamentação para mães adotantes, até que o filho complete 6 (seis) meses de idade.

Com base no disposto no inciso III do artigo 1º e no inciso XX do artigo 7º, ambos da Constituição Federal, o intervalo para o período de amamentação é considerado norma de ordem pública que defende o interesse da criança, garantindo o direito à vida, bem como a manutenção do convívio com a mãe.¹⁵

Assim, a CLT ao criar o direito ao intervalo para amamentação, garantiu as mulheres e seus filhos os direitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, e ainda o direito social da proteção do trabalho da mulher no mercado.

Vale ressaltar o artigo 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina como responsabilidade do Poder Público, das instituições e dos empregadores em garantir “condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade”.

Os horários dos descansos para amamentação deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

O artigo 389, § 2º da CLT, ainda, obriga os empregadores de disponibilizar um local apropriado para as mulheres que amamentam seus filhos, nos locais de trabalho com 30 empregadas com mais de 16 anos.

Em caso de descumprimento da imposição por parte da empregadora, a empregada pode solicitar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho ao Poder Judiciário, o pagamento de horas extras pela supressão do intervalo para amamentação, bem como indenização por danos morais.

O Tribunal Regional do Trabalho entende que a prática do não fornecimento

15 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:

III - a dignidade da pessoa humana;”

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.

de espaço adequado para que as mães possam amamentar seus filhos, em desvirtuamento do que preconiza a legislação, além de causar prejuízos individuais aos trabalhadores, configura ofensa ao patrimônio moral coletivo, sendo, portanto, passível de reparação por meio da indenização respectiva, nos termos dos artigos 186 do Código Civil, 5º, inciso V, da Constituição Federal e 81 da Lei 8.078/1990.¹⁶

4.3. DA JORNADA DE TRABALHO DA MULHER

A jornada de trabalho da mulher tem duração em questão de igualdade com qualquer outro trabalhador, 8 horas diárias e 44 horas semanais, conforme entendimento do artigo 7, inciso XIII, da Constituição Federal.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

O contexto social-histórico-cultural predominante quando da criação da Consolidação das Leis Trabalhistas, acabou por colocar a mulher em posição de maior fragilidade e dependência em relação aos homens, assim, foram criadas diversas normas protetivas à mão-de-obra feminina.

O advento da Constituição de 1988 gerou controvérsia quanto a aplicação de vários artigos da CLT, vez que muito era defendido que a proteção da mulher em relação aos homens de muitas formas feria o princípio da isonomia.

Portanto, a Lei 7.855/89, que revogou parte das normas de proteção, permanecendo, restrições referentes à prestação de horas extras, previstas no art. 376, que apenas permitia o trabalho das mulheres além da jornada contratual em casos excepcionais.¹⁷

Todavia, tal restrição foi revogada pela Lei nº 10.244, de 2001 para garantir o direito à igualdade e não discriminação entre o trabalho de homens e mulheres. À partir desse momento, foi concedido a mulher o direito de prestar 2 horas extras por

16 RR – 131651-27.2015.5.13.0008, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 19/9/2018, 2ª Turma.

17 MELO: 2006; p. 33.

dia, em equiparação aos homens.

Ainda, muito se discutiu entre a constitucionalidade do artigo 384 da CLT que concedia o intervalo de 15 minutos as mulheres que iriam prestar horas extras.

A corrente que defendia a validade da norma entendia que o direito era constitucional em razão das diferenças biológicas e psicológicas entre homens e mulheres, assim, a igualdade jurídica e intelectual entre os sexos não afastaria as diferenças fisiológicas e psicológicas, até porque a mulher cumpre “dupla jornada”.¹⁸

À título exemplificativo, a referida corrente defendia o tempo diferenciado com os mesmos fundamentos para a concessão da aposentadoria a homens e mulheres e a licença maternidade.

Apesar da intenção de proteção as mulheres, o artigo 384 da CLT apenas aumentava o abismo já existente entre a contratação do mão-de-obra feminina frente a masculina, vez que era mais vantajoso ao empregador contratar uma pessoa que poderia prestar horas extras sem a concessão de um intervalo de 15 minutos.

Porém, a corrente negava o efeito discriminatório do artigo 384 da CLT, haja vista que a criação da norma versa sobre a inclusão da mulher no mercado de trabalho, igualando-a ao homem.

Em contra partida, a corrente diversa entendia o intervalo previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho, era inconstitucional, visto que fazia distinção entre o homem e a mulher, quanto as obrigações e direitos.

Neste sentido, decisão proferida pelo MM Juiz da 71ª Vara do Trabalho de São Paulo, Jorge Eduardo Assad, corrobora com o acima exposto:

Embora o art. 384 da CLT permaneça válido no atual ordenamento jurídico, o pedido de indenização não merece acolhimento, na medida em que, trata-se de infração administrativa, passível de fiscalização pela DRT, não autorizando referido artigo consolidado, o pagamento de hora extra correspondente.” (Proc. 00652.2009.071.02.00.7, TRT 2ª região).

Sergio Pinto Martins é enfático ao asseverar a inconstitucionalidade: “O preceito em comentário conflita com o inciso I do artigo 5.º da Constituição, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Não há tal descanso para o homem. Quanto à mulher, tal preceito mostra-se discriminatório, pois o empregador

18 FILHO: 2013; p.3.

pode preferir a contratação de homens, em vez de mulheres, para o caso de prorrogação do horário normal, pois não precisará conceder o intervalo de 15 minutos para prorrogar a jornada de trabalho da mulher”.¹⁹

Defendem, ainda, que o intervalo de quinze minutos entre a jornada normal e a jornada extraordinária previsto no artigo de 384 da CLT, não possui aplicação desde a vigência da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu, no art. 5º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”, verifica-se que houve revogação tácita do dispositivo em causa.

Sem embargo, importante mencionar que o STF, por meio do voto proferido pelo Ministro Dias Toffoli, no julgamento do Recurso Extraordinário 658.312, reconheceu a constitucionalidade do artigo 384 da CLT.

A referida discussão foi encerrada pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017), vez que revogou o artigo 384 da CLT.

Em relação ao trabalho noturno, não existe mais diferenciação entre os gêneros, vez que o Lei 7.855 de 1989 revogou os artigos 379 e 380 da CLT que proibiam a realização de trabalho em período noturno pela mulher.

Conforme defende Valentin Carrion, o trabalho noturno será sempre permitido para ambos os sexos, exceto para menores, se houver, serão devidos salários e adicionais, independentemente das demais consequências legais que possam recair sobre o empregador.²⁰

Assim, o legislador equiparou as mulheres e homens ao possibilitar o trabalho noturno pelas mulheres, em contrapartida de um salário maior, vejamos:

Art. 381 - O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno.

§ 1º - Para os fins desse artigo, os salários serão acrescidos duma percentagem adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo.

Os períodos de descanso são iguais entre os gêneros, sendo que deve haver um intervalo de 11 horas entre as jornadas, para repouso.

4.4. DO SALÁRIO

19 Comentários à CLT. 4.ª ed. São Paulo: Atlas: 2001; p. 307-308.

20 CARRION: 2007; p. 251.

O art. 427 do Tratado de Versalhes foi o primeiro instituto que defendeu o salário em igual valor quando exercidas as mesmas funções e mesma qualidade, independentemente do sexo, no qual se estabeleceu “salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho igual em quantidade e qualidade”.²¹

Tal instituto foi afirmado pelo princípio da igualdade salarial que é assegurado aos trabalhadores que prestem serviços considerados de igual valor, independentemente, do gênero, nos termos do artigo 7º, XXX da Constituição Federal e o artigo 461 da CLT.

Não somente, o artigo 5ª da CLT veda qualquer distinção de salário em razão do sexo. Bem como, o art. 377 da CLT que “a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução do salário”.

Pesquisas realizadas sobre as consequências da globalização sobre o emprego (cf. FALQUET, HIRATA, LAUTIER, 2006, p. 07) registraram um crescimento em esfera mundial do trabalho remunerado das mulheres.

Tal participação vem aumentando em todos os setores da economia, sendo formal ou informal, bem como no setor de serviços.

Todavia, esse aumento da contratação da mão-de-obra feminina não quer dizer em melhores condições de trabalho, nem em salário compatível ao homem, vez que o labor da mulher é precarizado e sofre de vulnerabilidade crescentes, como instabilidade, má remuneração, não valorizado e pouco especializado.

Apesar das leis de proteção, mesmo com maior nível médio de instrução, a mulher apresenta uma média salarial inferior à masculina. Mesmo com a redução da diferença salarial entre homens e mulheres, a mão-de-obra masculina continua a ser remunerada, em média, 60% a mais do que a feminina.²²

A desigualdade de salários pode ser proveniente de dois fatores:

- a heterogeneidade dos trabalhadores com respeito aos seus atributos produtivos;
- e
- o tratamento diferenciado baseado em atributos não produtivos, ou seja, o empregador valoriza os atributos do trabalhador de forma diferente.

21 MARTINS: 1999; p. 422.

22 MACHADO; OLIVEIRA; WAJNMAN: 2005; p. 05.

O trabalho de Barros et al. conclui que, a existência de uma diferenciação entre homens e mulheres, deve-se à discriminação.²³

Em sentido diverso, algumas doutrinas explicam a diferenciação a situações previstas na própria constituição, como a exclusão de mulheres e eclesiásticos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, bem como ao menor tempo de contribuição para aposentadoria para as mulheres em relação aos homens.

Ainda, não se pode dispensar o mesmo tratamento a um homem e a uma mulher em um teste de aptidão física para ingresso na força policial, tendo em vista que no quesito força física, homens e mulheres não são iguais, e devem ter tratamento diferenciado.²⁴

Michelet justifica o salário inferior da mulher ao do homem, alegando que o homem consegue exercer cargo que exige força, e de maior valor, sendo que as mulheres, como seres mais frágeis ficavam doentes facilmente, bem como não podem trabalhar muito tempo sentadas, nem muito tempo de pé, defendendo que o trabalho ideal para mulher seria o doméstico.²⁵

A história do trabalho da mulher está em eterna mutação, em relação aos homens, as mulheres ainda recebem salários inferiores, bem como tem dificuldades de alçar cargos de liderança, apesar de existirem estudos recentes de que as mulheres estudam em média quatro anos a mais que o homem.

Um estudo do FEA-USP mostra que as trabalhadoras com filhos pequenos recebem em média 27% menos que suas colegas sem filhos. Portanto, a maternidade, afasta a mulher dos cursos e de oportunidades no trabalho, e conseqüentemente recebem salário inferior as demais.²⁶

Porém, a maternidade não é o único obstáculo encontrado pela mulher em relação a equiparação aos salários dos homens. Estudos da Cranfield University School of Management da Inglaterra indicam que, conforme citado acima, as mulheres estudam mais que os homens, sendo que, os salários continuam inferiores.

Na faixa dos 20 anos, a diferença salarial entre homens e mulheres, no mundo ocidental rico, é de apenas 6%, todavia, a porcentagem aumenta para 21% com

23 PNAD para a década de 1980 (1981-1989); p. 05.

24 ALKMIM, 2009, p. 379.

25 MICHELET, 1995, p. 23.

26 RODRIGUES: maio/2010; Revista Veja.

o aumento da idade da mulher.

Dessa forma, completar o ensino superior para a mulher, significa alcançar postos mais qualificados e mais bem remunerados, entretanto, não garante a isonomia de salários entre homens e mulheres.²⁷

Na legislação brasileira, são requisitos para equiparação salarial a identidade de função, empregador, localidade, simultaneidade no trabalho de valor igual, nos termos do artigo 461 da CLT:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

Apesar do intuito protetor da legislação, consoante narrado, na prática não é o que ocorre, em razão de situações que impedem a equiparação salarial efetiva, como a evidente falta de divulgação pelos meios de comunicação do direito à equiparação salarial; bem como a falta de continuidade de tempo de serviço das mulheres em decorrência dos filhos e a dificuldade do levantamento de provas devido o restrito acesso à informação dos salários praticados na empresa.

5. CONCLUSÃO

A discriminação da mulher no mercado de trabalho é tema importante para uma discussão em prol de uma sociedade mais igualitária.

Após todas as evoluções sociais e legislativas, atualmente, a mulher tem um importante papel no mundo corporativo, todavia, ainda sofre algumas discriminações, como por exemplo o salário menor, mesmo com qualificação melhor em relação ao homem.

Muito já foi feito para tentar equiparar a situação da mulher no mercado de trabalho, mas ainda é necessário que mais seja realizado, um exemplo seria incentivos fiscais para empresas que possuem mulheres em grandes cargos, outra forma de diminuir a discriminação seria a obrigação de transparência entre cargos e salários dentro de uma instituição.

²⁷ Disponível em: http://www.dieese.org.br/ped/sp/mulherrm_sp2011.pdf. Acesso em: 20 dez. 2011.

Todas as leis criadas para proteger e garantir a mulher no mercado de trabalho são de extrema importância, apesar no princípio da isonomia, é importante ressaltar que não se pode tratar desiguais de maneira igual, em razão das diferenças fisiológicas, para ter uma situação de igualdade, não pode haver um tratamento totalmente igual em homens e mulheres, vez que os homens não engravidam, bem como possuem mais força física do que a mulher.

Assim, evidente que as mulheres encontram maior dificuldade de estar inserida no mercado de trabalho, vez que exercem jornada dupla, em razão do acúmulo do trabalho doméstico, motivo pelo qual têm menos tempos para se dedicar a atividade profissional, e supostamente poderiam ocasionar maior custo ao empregador, tendo em vista a maternidade.

Todavia, vale ressaltar que a proteção a maternidade, não deve ser analisada como uma tutela à mulher, e sim, uma proteção a sua função social para evitar riscos. A única tutela admitida atualmente é a proteção à maternidade, mas deve ser encarada como defesa à saúde da criança.

Ainda, de nada vale a atuação do legislativo em criar leis integrativas e proibitivas para proteger a atuação da mulher no mercado de trabalho, se a solução do problema não se iniciar de uma mudança cultural para eliminação das práticas discriminatórias em relação as mulheres.

Dessa forma, para uma efetiva alteração do cenário atual, seria necessária uma mudança nas relações de gêneros com o intuito de um tratamento mais igualitário em diversos âmbitos, como o familiar, social e conseqüentemente laboral.

Para acelerar essa conscientização seria de extrema importância a realização de campanhas de conscientização para inclusão da mulher como ser humano, bem como amplas discussões e debates para realização de sugestões na defesa da mulher para construir uma sociedade igualitária.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Anotações sobre o novo Código Civil**. Revista do Advogado, São Paulo, v. 22, n. 68, dez. 2002.

BARROS, 1995, apud CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã**: dominação e discriminação. Op. cit, p. 89.

CANTELLI, Paula Oliveira. **O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação**. Op. cit, 2004, p. 80.

CARRION Valentin. **Comentários à Consolidação das leis do trabalho**, 32ª ed. São Paulo, 2007, pag. 25.

CARVALHO NETO; SANTOS; TELURE, 2015, p. 7-8

Comentários à CLT. 4.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 307-308.

FILHO, Georgenor de Sousa Franco. **O intervalo do art. 384 da CLT**. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3519/2518>. Acesso em 25/02/2021, p.3.
KLEVEN; LANDAIS; SØGAARD, Crianças e evidencias de desigualdades de gênero , 2019, p. 181-209.

MACHADO; OLIVEIRA; WAJNMAN, Título, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, 1999.

MELO, Karine Carvalho dos Santos. A concretização das proteções constitucionais antidiscriminatórias no trabalho da mulher. In: **Ver. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.** v.44, n. 74. Belo Horizonte. jul-dez. 2006, p. 33.

MICHELET, J. Histoire de France, 1995, p. 23.

WCESARINO JÚNIOR; CARDONE, Marly. **Direito Social**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1993, p.344.

PROCESSO nº 0000988-33.2020.5.09.0652 (ROT)

EMPREGADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - INCIDÊNCIA DA ESTABILIDADE PREVISTA NO ART. 17, V, DA LEI 14.020/2020 DURANTE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO - INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DEVIDA DA DATA DA DISPENSA ATÉ 31/12/2020 - A garantia no emprego prevista no art. 17, V, da Lei nº 14.020/2020, veda a dispensa sem justa causa de empregado com deficiência, regulamentada pela Lei 13.146/2015. Tendo sido publicada em 07/07/2020, no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, gera direito à estabilidade provisória, eis que este período integra ao contrato de trabalho para todos os fins, nos termos do art. 487, §1º, da CLT. Deve ser declarada a nulidade da dispensa do empregado e, ainda que prejudicada a sua reintegração, por ter se exaurido o período estável, faz jus à indenização substitutiva pelo período data da dispensa até 31/12/2020 (limite conferido pelo art. 1º do Decreto Legislativo nº 6/2020 que reconheceu até essa data a ocorrência do estado de calamidade pública), correspondente ao salário do período, acrescido de férias + 1/3 e 13º salário, observando-se as mesmas garantias consectárias do contrato de trabalho já existentes.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**, provenientes da **MM. 18ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA/PR**.

Inconformada com a r. sentença de fls. 286/291, proferida pelo Exmo. Juiz do Trabalho THIAGO MIRA DE ASSUMPÇÃO ROSADO, que julgou parcialmente procedentes os pedidos, recorre a parte autora.

A autora, através do recurso ordinário, postula reforma da r. sentença quanto às seguintes questões: a) Reintegração - estabilidade - portador de deficiência - indenização substitutiva; b) Honorários advocatícios - sucumbência.

Contrarrazões pela ré às fls. 301/315.

Não houve apresentação de parecer pela Procuradoria Regional do Trabalho, em virtude do artigo 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, cumulado com o disposto no artigo 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

O contrato de trabalho perdurou de 12/12/2013 a 10/06/2020.

A ação foi ajuizada em 13/11/2020.

A r. sentença foi prolatada em 09/12/2021.

Em vista que o contrato iniciou antes do advento da Lei 13.467/2017 e permaneceu em vigor após o referido marco (11/11/2017), em cada tópico dos recursos será analisada a questão do direito intertemporal, se necessário.

ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO

Recurso ordinário da autora

Reintegração - estabilidade - portador de deficiência - indenização substitutiva

A autora postula a reintegração ao emprego diante do reconhecimento à garantia provisória decorrente do previsto no art. 17, V, da Lei 14.020/2020 (empregados contratados na condição de PCD - Pessoa com deficiência), eis que a dispensa ocorreu no período do aviso prévio indenizado.

Sustenta, em síntese, que “...o aviso prévio integra, para todos os fins de direito, o contrato de trabalho, inclusive para o fim específico de aquisição de estabilidade provisória”

e que *“Tal norma visa à manutenção do emprego e da renda de pessoas que, em razão de sua maior fragilidade, poderiam ser imediatamente demitidas como forma de contenção de gastos pelas empresas em razão das dificuldades decorrentes da pandemia da Covid-19”*. Cita como precedente o julgamento dos autos 0000053-24.2021.5.09.0016 (RORSum), proferido pela 7ª Turma deste e. Tribunal.

Analiso.

Extrai-se da r. sentença:

“Não se nega que o artigo 487, §1º, parte final, da CLT, assegura a integração do período correspondente ao aviso prévio no tempo de serviço para todos os efeitos. Neste sentido, aliás, é a *ratio decidendi* de diversos precedentes, vinculantes ou persuasivos, no âmbito do C. TST, como é o caso da Súmula 182.

Não se pode confundir, no entanto, a concessão de aviso prévio - indenizado ou trabalhado - na fluência de garantia provisória no emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos (Súm. 348, TST), com a ocorrência de ato jurídico perfeito, baseado em legislação heterônoma vigente e aplicável ao tempo do ato (art. 481, CLT), inclusive com a observância dos ditames previstos em lei especial de proteção à pessoa com deficiência (art. 93, §1º, Lei 8.213/91).

É diverso o caso, portanto, entre se considerar - corretamente, ressalte-se - o período do aviso prévio para os efeitos contratuais vigentes, como eventual garantia no emprego prevista em norma coletiva preexistente, a inclusão do período em CTPS, a majoração das proporcionais de férias +1/3 e décimo terceiro salários, etc., e em contabilizar o período de aviso prévio, ainda que trabalhado/indenizado, como subterfúgio para a aplicação retroativa da lei.

Assim, ainda que tenha o empregado direito de projetar o contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tal circunstância tem efeitos limitados às vantagens econômicas do período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias, nos exatos termos da Súm. 371, TST.

Do contrário, aliás, tal situação que enseja a projeção do fim do contrato de forma prospectiva, não tem o condão de revogar o ato de dispensa em si, ou seja, aquele por meio do qual o empregador comunica ao empregado a intenção de romper o liame empregatício.

E nos termos da Lei 14.020/2020, especificamente em seu art. 17, V, que passou a ter vigência somente em 06 de julho de 2020, dispôs-se se forma clara e inequívoca que Art. *“Durante o estado de calamidade pública de que trata o art. 1º desta Lei” (...)* V - *a dispensa sem justa causa do empregado pessoa com deficiência será vedada”* .

Assim, como forma de proteger o trabalhador pessoa com deficiência de atos futuros (e não já consumados), o legislador estabeleceu temporária garantia no emprego (enquanto perdurar a calamidade pública), mas que evidentemente não pode atingir contratos de trabalho já encerrados ou que se encontravam no curso de aviso prévio concedido anteriormente à vigência da lei.

Não se pode esquecer que a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido possuem proteção constitucional (art. 5º, XXXVI c/c 60, IV, CRFB/88) no sistema jurídico brasileiro, ao que se alinham diversas outras disposições normativas de garantia em face da incidência da lei nova, a exemplo do art. 6º, LINDB e a própria norma de transição do art. 912, CLT, de conteúdo similar.

No que diz respeito à eficácia intertemporal da lei, mesmo as transitórias (medidas provisórias, p. ex.), não há dúvidas em relação a não incidência sobre situações (processuais ou materiais) já sedimentadas sob a égide das leis antigas, o que se reforça pela própria existência de contratação de trabalhador - pessoa com deficiência - em substituição à reclamante.

Portanto, com a devida vênia, entendo que o ato de dispensa em si já havia sido consumado, o que afasta do reclamante a proteção inaugurada pelo advento do art. 17, V, da Lei 14.020/2020, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito e, de consequência, à própria estabilidade e segurança jurídicas.

Por estes fundamentos, julgo improcedente a pretensão principal, assim como seus reflexos e, bem como o pedido sucessivo de indenização substitutiva, já que não se reconhece ao autor garantia provisória ou estabilidade no emprego.

Merece reparos tal entendimento.

O contrato de trabalho iniciou em **12/12/2013** e a reclamante foi dispensada, sem justa causa, em **10/06/2020**, com aviso prévio indenizado (fl. 158), cuja projeção no tempo de serviço implicou a integração de mais 45 dias ao contrato de trabalho, nos

termos da Lei 12.506/2011 (**25/07/2020**).

Restou incontroversa a condição da autora de PCD (pessoa com deficiência), prevista na Lei 13.146/2015, tendo inclusive a ré trazido aos autos o laudo que atesta tal condição (fl. 251).

A garantia no emprego prevista no art. 17, V, da Lei nº 14.020/2020, veda a dispensa sem justa causa de empregado com deficiência, regulamentada pela Lei 13.146/2015. Tendo sido publicada em 07/07/2020, no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, gera direito à estabilidade provisória, eis que este período integra ao contrato de trabalho para todos os fins, nos termos do art. 487, §1º, da CLT.

A questão já foi analisada pela 7ª Turma deste E. Tribunal, nos autos **0000053-24.2021.5.09.0016 (RORSum)**, contra a mesma reclamada, julgados em 12 de agosto de 2021, em que atuou como Relator o Exmo. Des. **EDUARDO MILLEO BARACAT**, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

“A Lei 14.020/2020, a qual entrou em vigor em 07/07/2020, aplica-se ao contrato em curso, em razão da projeção do aviso prévio e estabelece (negritei):

Art. 17. Durante o **estado de calamidade pública** de que trata o art. 1º desta Lei:

(...)

V - a dispensa sem justa causa do empregado pessoa com deficiência será vedada.

Nos termos do art. 487, § 1º, da CLT, é garantida sempre a integração do aviso prévio no tempo de serviço do empregado.

Assim, com a projeção do aviso prévio, o contrato de trabalho foi extinto, em verdade, no dia 18/07/2020, ou seja, quando já vigorava a Lei 14.020/2020.

Saliente-se, desse modo, que ante a projeção do aviso prévio, mesmo ficta, a concessão do aviso prévio, por si só, não acarreta a imediata extinção do contrato de trabalho, o que só ocorre, repita-se, ao final do aviso prévio.

Nesse sentido é o que dispõe o art. 489, caput e § 1º da CLT:

Art. 489 - **Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo**, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.

Admite-se, por isso, que determinados eventos ocorridos no curso do aviso prévio têm o condão de alterar ou mesmo tornar sem efeito o aviso prévio, como no caso de reconsideração, e, ainda, justa causa (CLT, art. 491).

Exatamente em razão da relatividade do aviso prévio é que a jurisprudência consolidada do TST, por meio da Súmula 371, admite que, embora a “projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias”, existem determinados eventos que quando ocorrem durante o aviso prévio, como a concessão de auxílio-doença, **“só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário”**.

Justifica-se a prorrogação do aviso prévio para além do prazo inicialmente desejado pelo empregador o inequívoco interesse público, qual seja, de não desproteger, ainda mais, a pessoa do trabalhador, já fragilizada pela doença.

O mesmo raciocínio aplica-se, a meu juízo, em relação à proteção da pessoa com deficiência durante pandemia do COVID-19. O advento da lei no curso do aviso prévio tem o condão de projetar o término do contrato para o fim da garantia do empregado prevista pela Lei nº 14.020/20, art. 17, V. Trata-se de inequívoca norma de ordem pública.

Essa interpretação encontra-se em sintonia com os arts. 7º, XXXI, 23, II e 24, XIV, da Constituição.

Inexiste, portanto, retroatividade, já que a Lei 14.020/20 alcançou o contrato de trabalho em plena vigência, sendo que a concessão do aviso prévio, como visto, não caracteriza ato jurídico perfeito, já que é passível de alteração, mediante sua projeção nas hipóteses legais, ou em razão de interesse público.

Desta forma, a autora faz jus a indenização relativa ao período de 18/07/2020 a 31/12/2020, correspondente aos salários do período, mais os acréscimos legais, conforme a r. sentença.

Pelo exposto, **nego provimento**".

Deve, portanto, ser declarada a nulidade da dispensa da empregada e, ainda que prejudicada a sua reintegração, por ter se exaurido o período estável, faz jus à indenização substitutiva pelo período da data da dispensa até 31/12/2020, limite conferido pelo art. 1º do Decreto Legislativo 6/2020, que reconheceu até essa data a ocorrência do estado de calamidade pública.

Ante o exposto, devida a declaração de nulidade da dispensa da autora ocorrida em 10/06/2020. Ainda que prejudicada a reintegração da parte autora, por ter se exaurido o período estável a que alude o art. 17, V, da Lei 14.020/2020, faz jus à indenização substitutiva da data da dispensa até 31/12/2020, correspondente ao salário do período, acrescido de férias + 1/3 e 13º salário, devendo ser observadas pela ré as mesmas garantias consectárias do contrato de trabalho já existentes até a data da dispensa.

DOU PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para declarar a nulidade da dispensa da autora ocorrida em 10/06/2020 e, exaurido o período estável a que alude o art. 17, V, da Lei nº 14.020/2020, condenar a ré ao pagamento de indenização substitutiva, data da dispensa até 31/12/2020, correspondente ao salário do período, acrescido de férias + 1/3 e 13º salário, devendo ser observadas pela ré as mesmas garantias consectárias do contrato de trabalho já existentes até a data da dispensa.

Honorários advocatícios - sucumbência

Requer a autora "*...com o desprovimento deste recurso ordinário, a majoração dos honorários de sucumbência para 15% do valor de condenação*".

Pois bem.

O juízo de origem assim se manifestou:

"Fixo honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da ação, nos termos do artigo 791-A da CLT, para o patrono da parte reclamada, no

total líquido de R\$ 4.461,92 - fixados em quantia certa.

Nos termos decididos acima, a demanda foi julgada integralmente improcedente, com a consequência condenação do reclamante ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Considerando que a parte vencida é beneficiária da justiça gratuita e diante da mencionada improcedência, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, cabendo o arquivamento da presente ação, após verificadas a inexistência de outras pendências ou despesas a executar.

Caso o procurador pretenda a execução da verba honorária, sua promoção deverá ocorrer sob a classe própria CumSen (Cumprimento de Sentença), devendo demonstrar cabalmente na petição inicial que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos da a que faz menção o art. 791, §4º, CLT, observando-se o prazo de dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que a certificou, sob pena de extinção da obrigação”.

Os honorários advocatícios previstos na nova redação do art. 791-A da CLT são aplicáveis tão-somente às ações propostas depois de 11/11/2017, a fim de evitar decisões surpreendentes (art. 10 do CPC/2015) e, em conformidade com o art. 6º da Instrução Normativa - TST nº 41 (Resolução nº 221), “in verbis”:

“Art. 6º Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nos 219 e 329 do TST.”

A presente reclamatória foi ajuizada em **13/11/2020**, ou seja, quando já em plena vigência a Lei 13.467/2017. Portanto, são devidos honorários advocatícios de sucumbência nesta ação.

O pedido formulado pela a autora para majoração dos honorários em caso de “desprovimento” do recurso lhe é prejudicial.

No entanto, considerando a reforma da r. sentença e a sucumbência

recíproca, passo a analisar, de ofício, a condenação dos honorários.

Entendo que a base de cálculo dos honorários advocatícios de sucumbência devidos pela parte autora aos advogados da parte passiva, é o valor apenas dos pedidos julgados totalmente improcedente, conforme indicado na petição inicial, devidamente atualizado.

No entanto, este Colegiado, na sessão de 13/07/2021, diante do julgamento do IAC 0001088-38.2019.5.09.0000, pelo Tribunal Pleno do TRT-PR, que fixou que a liquidação dos créditos da parte autora não fica limitada à estimativa de cálculos apresentados com a inicial, firmou o entendimento de que, para preservar o princípio da isonomia, necessária adequação do posicionamento que até então vinha sendo adotado pela Turma, de que não incidiam honorários advocatícios de sucumbência sobre o montante dos pedidos julgados parcialmente improcedentes.

A respeito da questão a Exma. Desembargadora Neide Alves dos Santos se manifestou no seguinte sentido:

“...não mais limitando a condenação os valores indicados em exordial, também a meu ver, impõe-se a alteração parcial do posicionamento turmário, relativamente à honorária advocatícia sucumbencial, pena de ferir-se de morte o princípio da isonomia de tratamento às partes (e seus advogados). A partir de agora, os honorários devidos ao procurador do reclamante devem, s.m.j., ser contados pelo valor real da sucumbência, vez que, mantido o entendimento que vem sendo esposado pelo e.colegiado, a honorária devida ao procurador da(s) reclamada(s), serão calculados sobre os valores atribuídos em exordial aos pedidos rejeitados - segundo o entendimento que prevaleceu no Pleno - distanciados da realidade”.

Assim, diante do entendimento turmário, no caso de improcedência total da ação, ou seja, sucumbente apenas a parte autora, será devida a verba honorária aos advogados da ré, calculada sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Por outro lado, quando ocorre a sucumbência recíproca das partes, a fixação dos honorários de sucumbência deve observar o proveito econômico, de modo que: a) a base de cálculo dos honorários advocatícios devidos para a parte autora é o valor da líquido e atualizado da condenação, sem os descontos previdenciários e fiscais, em conformidade com a OJ 348, da SDI-1, do TST; b) a base de cálculo dos honorários devidos para a parte passiva é o montante dos pedidos julgados

totalmente improcedente e parcialmente improcedentes (fixado em percentual sobre o montante indeferido da petição inicial, mediante regular liquidação dos pedidos).

Deste modo, na fase de liquidação, além da aferição dos pedidos procedentes deverá haver também a liquidação dos pedidos integral ou parcialmente indeferidos, para apuração da real base de cálculo da verba honorária devida pela parte autora.

A condição suspensiva de exigibilidade (art. 791, §4º, CLT) já foi determinada na r. sentença em razão da parte autora ser beneficiária da Justiça gratuita.

O montante de 10% remunera adequadamente o trabalho dos procuradores, em vista a complexidade da matéria, que envolve análise de questões práticas e de direito propriamente dito, em consonância com os requisitos do art. 791-A, §2º, da CLT.

DE OFÍCIO, condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência à parte autora, no importe de 10% sobre o valor líquido da condenação, atualizada e com os juros de mora, mas sem os descontos previdenciários e fiscais, em conformidade com a OJ nº 348, da SDI-1, do TST.

DE OFÍCIO, por disciplina judiciária, determinar que a base de cálculo dos honorários devidos para a parte passiva é o montante dos pedidos julgados totalmente improcedente e parcialmente improcedentes (fixado em percentual sobre o montante indeferido da petição inicial, mediante regular liquidação dos pedidos).

ACÓRDÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Edmilson Antonio de Lima; presente a Excelentíssima Procuradora Renee Araujo Machado, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Eliazer Antonio Medeiros, Edmilson Antonio de Lima e Neide Alves dos Santos; **ACORDAM** os Desembargadores da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO** para: a) declarar a nulidade da dispensa da

autora ocorrida em 10/06/2020 e, exaurido o período estabilitário a que alude o art. 17, V da Lei nº 14.020/2020, condenar a ré ao pagamento de indenização substitutiva, data da dispensa até 31/12/2020, correspondente ao salário do período, acrescido de férias + 1/3 e 13º salário, devendo ser observadas pela ré as mesmas garantias consectárias do contrato de trabalho já existentes até a data da dispensa. **DE OFÍCIO:** **I)** condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência à parte autora, no importe de 10% sobre o valor líquido da condenação, atualizada e com os juros de mora, mas sem os descontos previdenciários e fiscais, em conformidade com a OJ nº 348, da SDI-1, do TST; e **II)** por disciplina judiciária, determinar que a base de cálculo dos honorários devidos para a parte passiva é o montante dos pedidos julgados totalmente improcedente e parcialmente improcedentes (fixado em percentual sobre o montante indeferido da petição inicial, mediante regular liquidação dos pedidos), mantendo-se a condição suspensiva de exigibilidade (art. 791, §4º, CLT) já determinada na r. sentença. Tudo nos termos da fundamentação.

Custas pela ré, fixadas sobre o valor provisório de R\$ 10.000,00, no importe de R\$ 200,00.

Intimem-se.

Curitiba, 15 de março de 2022.

ELIÁZER ANTONIO MEDEIROS
DESEMBARGADOR RELATOR

PROCESSO nº 0000815-28.2021.5.09.0020 (RORSum)

ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA POR IDADE. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE REQUISITO AO EMPREGADOR. A falta de aviso não pode obstar o direito do trabalhador, pois a empresa possui condições de verificar nos assentamentos profissionais do Reclamante - em especial a idade do empregado- à época da ruptura contratual. Negado provimento ao recurso da Reclamada.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO (11886)**, provenientes da **1ª VARA DO TRABALHO DE MARINGÁ**.

Inconformada com a r. sentença proferida pela Exma. Juíza do Trabalho LIANE MARIA DAVID MROCZEK, que acolheu parcialmente os pedidos da inicial, recorre a Ré, tempestivamente.

A recorrente, através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença, preliminarmente, quanto à ausência de interesse processual, e, no mérito em relação ao seguinte pedido: estabilidade pré-aposentadoria.

Custas recolhidas (fls. 415/416).

Depósito recursal efetuado (fls. 413/414).

Contrarrazões apresentadas pelo autor (fls. 420/129).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto nos artigos 36 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho e 45 do Regimento Interno deste Tribunal.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do recurso ordinário interposto pela Reclamada, bem como das contrarrazões apresentadas pelo autor.

PRELIMINAR DE MÉRITO

INTERESSE PROCESSUAL

A Reclamada aduz que falta interesse do autor em relação ao pedido de estabilidade pré-aposentadoria por idade, argumentando que a demissão do recorrido jamais foi óbice ao seu pedido, mas apenas a sua idade. Alega que para a concessão da aposentadoria por idade, no caso, era necessário o preenchimento de dois requisitos: 1) alcançar o recorrido o número mínimo de 180 contribuições mensais e 2) idade mínima de 65 anos. Afirma que a idade mínima não chegou a ser alcançada e que esse fator era independente da permanência ou não do vínculo empregatício do Reclamante. Assim, requer a extinção da ação com base no art. 485, VI do CPC com consequente absolvição da indenização a que a Reclamada foi condenada.

Sem razão.

O direito de ação é público, subjetivo e autônomo. Assim, o Reclamante apenas fez uso do seu direito de ação constitucionalmente garantido pleiteando direitos que acreditava serem devidos. Entendimento contrário importaria em desrespeito ao princípio geral articulado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Para além disso *"o conceito de interesse processual é composto pelo binômio necessidade-adequação, refletindo aquela a indispensabilidade do ingresso em juízo para a obtenção do bem da vida pretendido e se consubstanciando esta na relação de pertinência entre a situação material que se tenciona alcançar e o meio processual utilizado para tanto."* (GOUVÊA, J. R. F.; FONSECA, J. F. N. D.; BONDIOLI, L. G. A.; NEGRÃO, T. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 52. ed. São Paulo: Saraiva,

2021. E-book. p. 406). Desta feita, o provimento jurisdicional deve ser imprescindível para que seja possível, ao autor, alcançar a sua pretensão.

No presente caso, imperioso também verificar que o reclamante possui interesse de agir, porquanto há interesse-necessidade por parte do autor na obtenção da declaração postulada. De toda sorte, conforme bem pontuou o juízo *a quo* (fl.314), *"Assim, entende o Juízo haver, sim, interesse de agir, configurado pela pretensão resistida em Juízo, não se caracterizando a carência da ação por esse fundamento. Eventual cabimento, ou não, do pedido deduzido pelo autor no tocante à estabilidade pré-aposentadoria é questão de mérito e, como tal, será oportunamente apreciado. Rejeita-se."*

Ante o exposto, não há que se falar em carência de ação por falta de interesse de agir ou em ausência de interesse processual.

Rejeito.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA POR IDADE

A Reclamada requer a reforma da r. sentença sob o argumento de que o Reclamante não observou todos os requisitos previstos em norma coletiva para fazer jus à estabilidade pré-aposentadoria. Segundo a Recorrente o Autor deveria cumprir os seguintes termos: *"a) possuir 10 (dez) anos ou mais de serviço contínuo na empresa; b) possuir 64 (sessenta e quatro) anos de idade, se for homem, quando cumprida a carência prevista no artigo 25 da Lei nº. 8.213/1991, isto é, 180 (cento e oitenta contribuições); c) comprovar via documentação ter cumprido a carência mínima, até no máximo 30 (trinta) dias, após completar 64 (sessenta e quatro) anos de idade."*. Sustenta que não há provas nos autos de que o Recorrido tenha comprovado, no prazo estabelecido no acordo coletivo, todos os requisitos para fazer jus à garantia de emprego, devendo a Ré ser absolvida do pagamento de indenização substitutiva da estabilidade deferida pelo juízo de origem.

Analisa-se.

Consigna a r. decisão:

Afirma o autor que foi dispensado durante seu período de estabilidade pré-aposentadoria por idade, conforme o disposto convenção coletiva aplicável à categoria e no artigo 492 da CLT (estabilidade decenal), pelo que postula a condenação da ré ao pagamento de indenização em dobro pela rescisão do contrato.

Em defesa, a ré rechaça a pretensão obreira, aduzindo que não houve óbice à concessão do benefício almejado pelo autor, uma vez “que o número de contribuições para aposentadoria por idade já havia sido alcançado quando da rescisão contratual, sendo que o fator idade independia da permanência ou não com o vínculo empregatício”. Além disso, destaca que o autor não comunicou a empresa de que teria implementado os requisitos da estabilidade pré-aposentadoria, requisito esse indispensável para a aquisição do direito, conforme exigência prevista na norma coletiva. Por fim, aduz que o autor não faz jus à antiga estabilidade decenal, porquanto admitido após a vigência da atual Constituição Federal.

Pois bem. A cláusula 30ª do ACT de 2020/2021, aplicável ao contrato de trabalho do autor, dispõe o seguinte com relação à estabilidade provisória pré-aposentadoria (fl. 239):

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA - GARANTIA DE EMPREGO

Por esta cláusula fica garantida a estabilidade provisória nas seguintes situações:

(...)

c) Aposentadoria: aos empregados em condições de se aposentarem por tempo de serviço, assim entendidos aqueles que já estejam em serviço contínuo na empresa já a 10 (dez) anos ou mais, e que tenham completado 29 (vinte e nove) ou 34 (trinta e quatro) anos de contribuição previdenciária, fica garantido o emprego e salário até atingirem o limite de 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, respectivamente. Para fazer jus a esta garantia, o empregado deverá comprovar, através de documentação, até no máximo 30 (trinta) dias, após completar 29 (vinte e nove) ou 34 (trinta e quatro) anos de contribuição. Completando os 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, cessa esta garantia convencional. **Os mesmos critérios serão adotados para aposentadoria por idade.**” (destacou-se)

Portanto, aos empregados em vias de se aposentar por tempo de serviço, ficou assegurada a garantia de emprego pelo período de doze meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) possuir 10 anos ou mais de serviço contínuo na empresa; b) possuir 34 anos de contribuição previdenciária, no caso dos homens, até atingir o limite de 35 anos de contribuição (regra anterior à EC 103/2019 - Reforma da Previdência), quando cessa a garantia convencional.

Da mesma forma, a cláusula normativa também assegurou a garantia de emprego aos empregados em vias de adquirir o direito à aposentadoria por

idade, estabelecendo que serão adotados os mesmos critérios acima delineados, sem especificar, contudo, quais seriam esses critérios em caso de aposentadoria por idade.

Nessa linha, interpretando-se a cláusula acima transcrita, o Juízo entende que a estabilidade pré-aposentadoria por idade deve ser assegurada pelo período de doze meses anteriores à aquisição do direito à referida modalidade de aposentadoria, observando-se os seguintes requisitos convencionais: a) possuir 10 anos ou mais de serviço contínuo na empresa; b) possuir 64 anos de idade, se homem, até atingir o limite de 65 anos de idade (artigo 48 da Lei 8.213/1991), quando já cumprida a carência prevista no artigo 25 da mesma legislação (180 contribuições mensais); ou, quando o empregado já tiver completado 65 anos, possuir 14 anos de contribuição até atingir o limite de 15 anos (180 contribuições mensais), para aquisição do direito à aposentadoria por idade.

Ressalta-se que, no caso de aposentadoria por idade, não há que se exigir do empregado a comprovação documental até no prazo de 30 dias após completar 64 anos, porquanto a empregadora já tinha total acesso à documentação comprobatória da idade do trabalhador desde a sua admissão (situação diversa daquela prevista em norma coletiva, em que a empresa não possui acesso à informação do tempo de contribuição do empregado, hipótese em que se exige a apresentação de documentos comprobatórios da situação de pré-aposentadoria por tempo de serviço). Destarte, considerando que o autor possuía mais de 10 anos de serviços contínuos na empresa, bem como havia completado 64 anos por ocasião da despedida sem justa causa em 11.01.2021 (data de nascimento: 27.08.1956), impõe-se reconhecer que o autor fazia jus à estabilidade pré-aposentadoria pelo período de doze meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria por idade, até atingir 65 anos, ou seja, até 27.08.2021.

Nem se argumente que somente haveria estabilidade caso o obreiro não tivesse completado a carência de 180 contribuições mensais, ao fundamento de que o implemento do fator idade não dependia da manutenção do vínculo empregatício, porquanto a cláusula normativa que garante a estabilidade pré-aposentadoria tem por finalidade evitar que os empregados que estejam próximos da aposentadoria sejam dispensados antes de preenchidos os requisitos para o recebimento do benefício previdenciário (ainda que não se trate especificamente do requisito de tempo de contribuição), até mesmo considerando a notória dificuldade de obtenção de novo emprego nessas situações, pelo que não merece prosperar a tese defensiva.

Consequentemente, tem-se que o autor não poderia ter sido despedido sem justa causa, sendo nula a rescisão contratual efetuada em 11.01.2021, pois gozava de estabilidade provisória pré-aposentadoria até a data em que completaria 65 anos de idade, ou seja, até 27.08.2021.

Assim sendo e, ainda, considerada a impossibilidade de reintegração, já que transcorrido o prazo da estabilidade, converte-se a reintegração em indenização substitutiva, por analogia ao artigo 496 da Consolidação

das Leis do Trabalho, devendo a ré pagar ao autor as seguintes parcelas, considerando, como base de cálculo, a remuneração informada no TRCT (R\$ 1.316,80):

- remuneração, referente ao período de 12.01.2021 a 27.08.2021;
- férias proporcionais, acrescidas do terço constitucional, à razão de 07/12;
- décimo-terceiro salário proporcional, à razão de 08/12;
- FGTS, à razão de 11,2%, sobre as parcelas acima deferidas.

A indenização será devida de forma simples, porquanto inaplicável a indenização em dobro prevista no artigo 499, § 3º, da CLT, por não se tratar o autor de empregado protegido pela antiga estabilidade decenal (artigo 492 do diploma consolidado).

Defere-se, nesses termos.

Vejamos.

A cláusula 30ª do ACT de 2020/2021, aplicável ao contrato de trabalho do autor, assim dispõe quanto à estabilidade provisória pré-aposentadoria por idade (fl. 239/ id. 3bdfd2e):

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA - GARANTIA DE EMPREGO

Por esta cláusula fica garantida a estabilidade provisória nas seguintes situações:

(...)

- c) Aposentadoria: aos empregados em condições de se aposentarem por tempo de serviço, assim entendidos aqueles que já estejam em serviço contínuo na empresa já a 10 (dez) anos ou mais, e que tenham completado 29 (vinte e nove) ou 34 (trinta e quatro) anos de contribuição previdenciária, fica garantido o emprego e salário até atingirem o limite de 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, respectivamente. Para fazer jus a esta garantia, o empregado deverá comprovar, através de documentação, até no máximo 30 (trinta) dias, após completar 29 (vinte e nove) ou 34 (trinta e quatro) anos de contribuição. Completando os 30 (trinta) ou 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, cessa esta garantia convencional. **Os mesmos critérios serão adotados para aposentadoria por idade.**” (destaque)

Infere-se da norma coletiva acima transcrita que o empregado detém garantia de emprego, pelo período de doze meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria por idade, quando cumprir os seguintes requisitos: 1) contar com 10 anos ou mais de serviço contínuo na empresa e 2) possuir 64 anos de idade, se homem, até atingir o limite de 65 anos.

Da análise dos autos extrai-se que restou incontroverso que o Reclamante foi admitido aos serviços na reclamada em 25.05.1999 e foi imotivadamente

dispensado em 11.01.2021. Portanto, contava com mais de 21 anos de trabalho na empresa (TRCT - fl.216/ id. d0b2deb) e cumpria com o primeiro requisito constante da norma.

De igual sorte, desde que completou 64 anos de idade, em 27.08.2020 (RG - fl.15/ id 1cbec96) o Reclamante detinha garantia de emprego devido à estabilidade provisória pré-aposentadoria, não podendo ser demitido injustificadamente até alcançar os 65 anos de idade.

No que diz respeito ao tempo de contribuição e comprovação de idade até 30 dias após completar 64 anos, em defesa e em sede recursal, a Reclamada alegou a falta de aviso formal por parte do trabalhador quanto à sua condição de estável, demonstrando nas petições que por simples pesquisa ao simulador de aposentadoria por idade tinha acesso ao tempo de contribuição do empregado, bem como observa-se que através dos registros cadastrais apresentados a Ré tinha ciência da idade do Reclamante na data da demissão, o que deixa incontroverso o conhecimento da empresa de que o Autor preenchia os requisitos previstos em lei (artigo 25, II da Lei 8.213/1991 - carência de 180 contribuições mensais).

Desse modo, quanto à eventual ausência de comunicação formal à Ré, deve-se observar que a garantia de emprego conferida em norma coletiva ao trabalhador, que se encontra em vias de se aposentar, deve prevalecer sobre o formalismo de se exigir notificação de algum requisito constante dos assentamentos funcionais do empregado.

Muito embora, em casos similares, essa E. 2ª Turma tenha decidido no sentido de ser necessária a apresentação de documento sindical pelo empregado (comunicação à empresa) para garantir a condição de estável, observe-se que nos casos citados trata-se de documento pessoal (do autor) solicitado para ente privado (Sindicato), e que nessas situações a empresa não tem livre acesso ao documento. (precedentes da Turma: julgados nos autos 0001173-24.2011.5.09.0026 (RO), acórdão publicado em 17/07/2012, da lavra da Exma. Des. Ana Carolina Zaina e autos 0001196-34.2019.5.09.0011 (ROT) acórdão publicado em 30/06/2021, da lavra da Exma. Juíza Rosíris Rodrigues de Almeida Amado Ribeiro).

Dessa forma, ao demitir o empregado, a empresa deveria acautelar-se e aferir, ao menos o tempo de serviço prestado pelo trabalhador, considerando as anotações de todo o período de labor constante em CTPS e a idade do reclamante, para fins de aposentadoria. A falta de aviso da idade do empregado não pode obstar o direito do trabalhador, pois, a empresa possuía condições de verificar o tempo de serviço, bem como a idade do Reclamante nos assentamentos profissionais deste.

Neste sentido, a atual posição dominante do C. TST:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. CONDIÇÃO NÃO RAZOÁVEL. 1. O Tribunal a quo manteve o indeferimento do pedido de reintegração ou indenização do período restante para aposentadoria ao fundamento de que o reclamante não teria cumprido condição prevista em cláusula normativa, consubstanciada na comunicação à empresa, por escrito, de que reunia as condições previstas na norma coletiva para a aquisição do direito à estabilidade pré-aposentadoria. 2. Todavia, esta Corte tem manifestado o entendimento de que não é razoável a condição imposta em norma coletiva, no sentido de atribuir ao empregado a obrigação de comunicar formalmente ao empregador sobre a proximidade da aposentadoria. 3. Aparente violação do art. 9º da CLT, nos moldes do art. 896 da CLT, a ensejar o provimento do agravo de instrumento, nos termos do artigo 3º da Resolução Administrativa nº 928/2003. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. CONDIÇÃO NÃO RAZOÁVEL. 1. O Tribunal a quo manteve o indeferimento do pedido de reintegração ou de indenização do período restante para aposentadoria ao fundamento de que o reclamante não teria cumprido condição prevista em cláusula normativa, consubstanciada na comunicação à empresa, por escrito, de que reunia as condições previstas na norma coletiva para a aquisição do direito à estabilidade pré-aposentadoria. 2. Todavia, esta Corte tem manifestado o entendimento de que não é razoável a condição imposta em norma coletiva, no sentido de atribuir ao empregado a obrigação de comunicar formalmente ao empregador sobre a proximidade da aposentadoria, tendo em conta, notadamente, o amplo acesso do empregador ao histórico profissional e previdenciário de seus empregados. 3. Violação do art. 9º da CLT que se reconhece. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST - RR: 1771007520085020067, Relator: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 26/04/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017)

“RECURSO DE EMBARGOS. LEI Nº 13.015/2014. NORMA COLETIVA. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA. COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR Consoante a iterativa e notória jurisprudência desta Corte, assegura-se a estabilidade pré-aposentadoria quando preenchidos os requisitos previstos na norma coletiva relativos a tempo de contribuição e de serviço na empresa, ainda que não tenha havido a comunicação prévia ao empregador quanto ao atendimento dessas condições. Isso porque

o empregador tem ampla possibilidade de acesso ao histórico profissional e previdenciário de seus empregados. Precedentes. Estando a decisão embargada em consonância com esse entendimento, torna-se inviável o conhecimento do Recurso de Embargos, nos termos do art. 894, § 2º, da CLT). Recurso de Embargos de que não se conhece “ (E-ARR-458-82.2014.5.09.0670, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Joao Batista Brito Pereira, DEJT 29/10/2020, grifo nosso).

“AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. LEI Nº 13.467/2017. ESTABILIDADE PRÉ-APOSENTADORIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO. CONDIÇÃO NÃO RAZOÁVEL. 1 - Conforme sistemática adotada na Sexta Turma à época da prolação da decisão monocrática, não foi reconhecida a transcendência da matéria objeto do recurso de revista e, como consequência, negou-se provimento ao agravo de instrumento do reclamado. 2 - Nas razões em exame, a reclamada aduz que restou incontroverso “que o autor não cumpriu o requisito previsto na cláusula normativa, pois não comprovou - no prazo estabelecido na norma coletiva - que no momento de sua dispensa encontrava-se no período de pré-aposentadoria” (fls. 608-609). Nessa perspectiva, defende que “a norma que concede o direito à estabilidade pré-aposentadoria (vantagem eminentemente normativa não prevista em lei) deve ser considerada válida e interpretada restritivamente - posto que não é dado ao aplicador da lei ultrapassar os limites estabelecidos entre os pactuantes no acordo coletivo de trabalho, no regular exercício de seus direitos, sob pena de violação aos artigos 114, do Código Civil e 7º, inciso XXVI, da CF” (fl. 608), pelo que considera evidenciada a transcendência jurídica da questão. 3 - Contudo, inexistem reparos a fazer na decisão monocrática que, mediante apreciação de todos os indicadores estabelecidos no artigo 896-A, § 1º, incisos I a IV, da CLT, concluiu pela ausência de transcendência da matéria objeto do recurso de revista denegado. 4 - Com efeito, consoante bem assinalado na decisão monocrática: não há transcendência política, pois não constatado o desrespeito à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal; não há transcendência social, pois não se trata de postulação, em recurso de reclamante, de direito social constitucionalmente assegurado; não há transcendência jurídica, pois não se discute questão nova em torno de interpretação da legislação trabalhista; não se reconhece a transcendência econômica quando, a despeito dos valores da causa e da condenação, não se constata a relevância do caso concreto, pois a tese do TRT é no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior, consolidada partir do julgamento do E-ED-RR-968000-08.2009.5.09.0011, no sentido de considerar configurado, à luz do artigo 129 do Código Civil, o abuso do direito potestativo do empregador quando ocorre a dispensa do empregado no período que antecede a aquisição da estabilidade pré-aposentadoria garantida em norma coletiva, ainda que o trabalhador tenha inobservado disposição, também prevista em instrumento coletivo, de comunicação por escrito ao empregador sobre a proximidade da jubilação, não remanescendo matéria de direito a ser uniformizada. Julgados da SBDI-1 desta Corte. 5 - Desse modo, afigura-se irrepreensível a conclusão exposta na decisão monocrática. 6 - Agravo a que se nega provimento” (Ag-AIRR-1001460-02.2017.5.02.0463, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 12/11/2021).

Por fim, extrai-se ainda, da observância da norma coletiva, que o direito tutelado é justamente a garantia do empregado de manutenção do seu vínculo nos doze meses anteriores à aquisição do direito à aposentadoria por idade, ou seja, dos 64 anos até atingir 65 anos de idade, razão pela qual não merece prosperar o argumento da Recorrente de que o ato de demitir o Autor não prejudicou o direito à aposentadoria, porque essa dependia tão-somente da implementação do fator idade.

Diante do acima exposto, mantenho a r. sentença para pagamento de indenização substitutiva ao autor referente ao período de estabilidade pré-aposentadoria.

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Carlos Henrique de Oliveira Mendonca; presente o Excelentíssimo Procurador Leonardo Abagge Filho, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Nair Maria Lunardelli Ramos, Carlos Henrique de Oliveira Mendonca e Luiz Alves; em férias a Exma. Desembargadora Claudia Cristina Pereira; **ACORDAM** os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER O RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA RECLAMADA**, bem como as respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA**, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 1 de fevereiro de 2022.

NAIR MARIA LUNARDELLI RAMOS
Relatora

PROCESSO nº 0001371-32.2018.5.09.0021 (ROT)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. MEMBRO DA CIPA. PERDA DO MANDATO NÃO COMPROVADA. Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, o empregado eleito para a CIPA faz jus à estabilidade no emprego, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato. Os itens 5.30 e 5.31 da NR 5 do MTE, que regulamenta a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA, estabelece que o membro titular perderá o mandato, quando faltar a mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa, sendo que a vacância do cargo e a respectiva substituição pelo suplente deverão ser comunicadas ao MTE. Incumbe à ré demonstrar a perda do mandato do autor, por se tratar de fato impeditivo de seu direito à estabilidade. Como a ré não se desincumbiu de seu ônus probatório, conclui-se que o autor era detentor de estabilidade na ocasião de sua dispensa, pelo que faz jus à indenização do período estável. Recurso da ré a que se nega provimento.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**, provenientes da **MM. 2ª VARA DO TRABALHO DE MARINGÁ**.

As partes interpõem recurso em face da r. sentença de fls. 235-240, complementada pela decisão resolutiva de embargos de declaração de fls. 260-261, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho **ADELAINE APARECIDA PELEGRINELLO**, que acolheu parcialmente os pedidos.

A reclamada **A. S. J. LTDA** interpõe recurso ordinário às fls. 264-269, postulando a reforma da r. sentença quanto aos seguintes temas: a) estabilidade provisória CIPA; b) honorários.

Seguro Garantia para fins de depósito recursal - fl. 270-285

Custas recolhidas às fls. 288.

Contrarrrazões do reclamante às fls. 292-295.

O reclamante **F. D. B. S.** interpõe recurso adesivo às fls. 296-300, postulando a reforma da r. sentença quanto à data final do período de estabilidade.

Contrarrrazões da reclamada às fls. 304-306.

Os autos não foram encaminhados ao Ministério Público do Trabalho, ante a desnecessidade de seu pronunciamento.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** dos recursos ordinários interpostos, assim como das respectivas contrarrrazões.

MÉRITO

RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA A. S. J. LTDA

1. Estabilidade provisória CIPA

Constou da r. sentença: (fl. 237)

“Alegou o autor ter sido dispensado embora detentor de estabilidade, afinal, eleito membro da CIPA. Postulou sua reintegração ao emprego e o pagamento dos salários e demais consectários.

Confirmou a reclamada que o autor figurou como membro da CIPA, contudo, asseverou que ele perdeu o cargo por ter faltado em quatro reuniões extraordinárias sem justificativa.

Nos termos do artigo 10, II, ‘a’, do ADCT, “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato”.

Da ata de “Instalação e Posse da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) Gestão 2017” (ID a94786c), constata-se que o autor foi eleito pelos empregados como membro da CIPA em 24/01/2017, para exercer o mandato pelo prazo de um ano.

Não obstante ser detentor de estabilidade na ocasião da dispensa, alegou a ré que o autor perdeu seu mandato por não ter comparecido em quatro reuniões da CIPA, nos termos do item 5.30 da NR 5 do MTE (“o membro titular perderá o mandato, sendo substituído por suplente, quando faltar a mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa”).

Das atas anexadas à defesa (IDs 59b2536 e seguintes), verifica-se o registro de ausência do autor apenas na reunião realizada em 26/09/2017, sendo que naquelas realizadas nos dias 23/11/2017 e 21/12/2017, nada foi mencionado acerca de sua presença ou falta ausência.

Não comprovadas as quatro faltas injustificadas em reuniões da CIPA, conforme alegado pela ré, reconhece-se que o autor era detentor de estabilidade na ocasião de sua dispensa.

Dessarte, condena-se a empregadora ao pagamento, em caráter indenizatório, dos salários alusivos ao período estabilitário a que faz jus o trabalhador, a partir da ruptura contratual (12/03 /2018/TRCT, ID a1055c5) até 24/01/2018 (um ano após o término do mandato), bem como das frações correspondentes à gratificação natalina e às férias acrescidas de um terço.”

A reclamada discorda a r. decisão. Defende que o autor perdeu o direito à estabilidade provisória de cipeiro, em razão das reiteradas faltas às reuniões, nos termos do item 5.30 da NR 5 do MTE. Afirma que as faltas ficaram demonstradas por meio das atas juntadas sem a assinatura do autor, já que ele disse ter assinado as atas todas as vezes que participou das reuniões. Ressalta que *“a Recorrente comprovou as 4 (quatro) faltas do Recorrido, porquanto restou confessado que o obreiro assinou a ata em todas as reuniões em que compareceu, ou seja, se não tem assinatura do Recorrido na ata de reunião da CIPA (fls 116/127), fatalmente o mesmo não compareceu na reunião correspondente.”* (fl. 269).

Pede a reforma da r. sentença para que seja excluída da condenação a indenização substitutiva à estabilidade provisória (fl.269).

Analiso.

A estabilidade provisória de empregado eleito para cargo de direção da CIPA está prevista no art. 10, inciso II, alínea a, do ADCT, verbis:

“Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; (...)”.

Além disso, o art. 165 da CLT estabelece que *“Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”*.

Conforme entendimento consolidado no item II da Súmula nº 339 do TST, *“II - A estabilidade provisória do cipeiro não constitui vantagem pessoal, mas garantia para as atividades dos membros da CIPA, que somente tem razão de ser quando em atividade a empresa. Extinto o estabelecimento, não se verifica a despedida arbitrária, sendo impossível a reintegração e indevida a indenização do período estabilitário”*.

A respeito da perda de mandato, estabelece a NR 5 do MTE, que regulamenta a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA:

5.30 O membro titular perderá o mandato, sendo substituído por suplente, quando faltar a mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa.

5.31 A vacância definitiva de cargo, ocorrida durante o mandato, será suprida por suplente, obedecida à ordem de colocação decrescente registrada na ata de eleição, devendo o empregador comunicar à unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego as alterações e justificar os motivos. (Alteração dada pela Portaria SIT 247/2011)”

No caso, o autor tomou posse como membro titular da CIPA (na representação dos empregados), na reunião realizada em 24/01/2017, para a gestão 2017, conforme registrado na Ata de Instalação e Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (fl. 219). Assim, a princípio, ele teria estabilidade provisória no emprego, até 24/01/2019 (um ano após o término do mandato). Porém, ele foi dispensado sem justa causa em 14/03/2018 (TRCT, fl.30).

Para validar a dispensa, a ré sustentou em contestação que o autor perdeu o direito à estabilidade provisória, porque deixou de comparecer em 4 reuniões da CIPA, em curto período (fl. 52).

Por se tratar de fato extintivo do direito do autor, incumbe a ré comprovar que o autor perdeu seu direito à estabilidade provisória, em razão das faltas, nos termos do item 5.30, da NR 5 do MTE.

Constou em ata de audiência: (fl. 134)

“Depoimento pessoal do(a) reclamante: REPERGUNTAS DO RÉU: 1) que o depoente não se recorda quando foi diplomado e tomou posse como membro da CIPA; que o depoente não sabe dizer porque foi dispensado; que nada lhe foi dito na ocasião; 2) toda reunião da CIPA importava na confecção de uma ata; que o depoente assinou a ata todas as vezes que participou das reuniões; o depoente não se recorda se faltou a reunião da CIPA. Nada mais.

Depoimento pessoal do preposto do(s) reclamado(s): 1) que o reclamante faltou

a quatro reuniões da CIPA; REPERGUNTAS DO AUTOR: que referidas reuniões serão feitas após convocação dos membros. Nada mais.”
As partes dispensam a oitiva de testemunhas.”

Vieram aos autos quatro atas de reuniões ordinárias da CIPA, gestão 2017 (atas referentes às reuniões realizadas em 21/09/2017, 26/09/2017, 23/11/2017, 21/12/2017).

Desse modo, a ré não se desincumbiu do ônus de demonstrar o fato impeditivo do direito do autor à estabilidade provisória do cipeiro. Primeiro, porque a quantidade de atas de reuniões juntadas aos autos é insuficiente para preencher o requisito quantitativo previsto no item 5.30 da NR, que condiciona a perda do mandato à ausência do cipeiro em mais de quatro reuniões ordinárias sem justificativa.

Segundo, porque o nome do autor constou expressamente dentre os membros presentes à reunião de 21/09/2019 e não constou dentre aqueles que faltaram à reunião (fl. 126). Embora não conste a assinatura do autor ao final ata e ele tenha reconhecido em audiência que assinou a ata em todas as vezes que participou das reuniões (fl.134), não é possível assegurar que ele não estivesse presente ao ato, pois seu nome constou expressamente dentre os presentes (no início da ata) e não constou como ausente no item em que estão relacionados os nomes dos membros que faltaram à reunião.

Por fim, como não foi juntado aos autos qualquer ata de reunião ou comunicado ao MTE, a respeito de destituição do autor como membro da CIPA, não restou demonstrada a vacância definitiva do cargo, como estabelece o item 5.31 da NR-5.

Ante o exposto, conclui-se que o autor era detentor de estabilidade na ocasião de sua dispensa, razão pela qual faz jus à indenização alusiva ao período estável.

Mantenho a sentença.

2. Honorários.

Requer a reclamada que *“Havendo reforma da r. Sentença retro, pugna a Recorrente pela incidência dos honorários advocatícios sobre os pedidos em que fora sucumbente a Recorrida, nos termos do artigo 791-A da CLT, ainda que a reforma seja parcial, nos termos do parágrafo 3º do dispositivo legal supracitado.”* (fl.269).

Analiso.

O recurso da ré está sendo julgado improcedente. Logo, não restam fundamentos para alterar a condenação em honorários sucumbenciais.

Nada a deferir.

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE F. D. B. S.

Termo final do período de estabilidade

Decidiu o MM Juízo de origem: (fl. 298).

“(...) Da ata de “Instalação e Posse da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) Gestão 2017” (ID a94786c), constata-se que o autor foi eleito pelos empregados como membro da CIPA em 24/01/2017, para exercer o mandato pelo prazo de um ano.

(...)

Dessarte, condena-se a empregadora ao pagamento, em caráter indenizatório, dos salários alusivos ao período estabilitário a que faz jus o trabalhador, a partir da ruptura contratual (12/03 /2018/TRCT, ID a1055c5) até 24/01/2018 (um ano após o término do mandato), bem como das frações correspondentes à gratificação natalina e às férias acrescidas de um terço.”

Analiso.

O autor alega que o termo final do período estabilitário está equivocado na r. sentença. Aduz que a data correta seria no ano de 2019 (24/01/2019), considerando um ano após o término do mandato (24/01/2018). Com fulcro no art. 833 da CLT e art. 494, inciso I, do CPC, requer a correção do erro material, devendo ser reformada a sentença para constar a data de 24/01/2019 como data final do período de estabilidade.

Analiso.

Nos termos do art. 10, II, “a”, do ADCT, o empregado eleito para a CIPA faz jus à estabilidade no emprego, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

A sentença reconheceu o direito do autor à estabilidade, o que está sendo mantido por esta decisão.

Porém, o autor tomou posse como membro titular da CIPA em 24/01/2017, para a gestão 2017, conforme registrado na Ata de Instalação e Comissão Interna de

Prevenção de Acidentes (fl. 219). Portanto, a estabilidade provisória reconhecida na sentença deve ser fixada até 24/01/2019 (um ano após o término do mandato), nos termos do art. 10, II, a do ACT.

Tendo em vista a semelhança entre a data correta e aquela indicada na sentença, concluo que se trata de mero erro material, o que pode ser corrigido ainda nesta fase processual, conforme dispõe o art. 833, da CLT: *“Existindo na decisão evidentes erros ou enganos de escrita, de datilografia ou de cálculo, poderão os mesmos, antes da execução, ser corrigidos, ex officio, ou a requerimento dos interessados ou da Procuradoria da Justiça do Trabalho.”*

Assim, com base no art. 833 da CLT, reformo a sentença para constar a data de 24/01/2019 como data final do período de estabilidade.

Dou provimento ao recurso para corrigir erro material, quanto ao marco final do período estável.

ACÓRDÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Arion Mazurkevic; presente o Excelentíssimo Procurador Luiz Renato Camargo Bigarelli, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Thereza Cristina Gosdal, Arion Mazurkevic e Aramis de Souza Silveira; ausente o advogado Tiago Duarte da Silva inscrito pela parte recorrente A. S. J. LTDA; **ACORDAM** os Desembargadores da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DAS PARTES**, assim como das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RECLAMADA A. S. J. LTDA e DAR PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR** para constar a data de 24/01/2019 como data final do período de estabilidade, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 18 de fevereiro de 2021.

THEREZA CRISTINA GOSDAL

Relatora

PROCESSO 0000708-07.2018.5.09.0014 (ROT)

ESTABILIDADE. DOENÇA OCUPACIONAL. TRABALHADORA CONSIDERADA APTA PELO EMPREGADOR NA REINTEGRAÇÃO. NOVA DISPENSA IMOTIVADA. RECONHECIMENTO POSTERIOR DE INCAPACIDADE PARA O TRABALHO PELO INSS. CONCESSÃO DE AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO POSTERIORMENTE. CORRELAÇÃO ENTRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. REABILITAÇÃO PELO INSS. DETERMINAÇÃO DE QUE EVENTUAL NOVA DEMISSÃO IMOTIVADA OCORRA APENAS APÓS O CUMPRIMENTO DO § 1º DO ART. 93 DA LEI 8.213/1991. 1.

De acordo com o art. 118 da Lei 8.213/1991 o trabalhador permanecerá estável no período de 12 (doze) meses após a cessação do auxílio-doença acidentário. A ausência de afastamento por período superior a 15 (quinze) dias e de percepção de auxílio previdenciário não impede o reconhecimento de que o trabalhador possui garantia de emprego decorrente de acidente do trabalho ou doença a ele equiparada. **2.** Na hipótese de trabalhadora demitida sem justa causa e reintegrada por decisão judicial por ser portadora de doença ocupacional, e novamente dispensada sem justa causa, cerca de um mês após o retorno, é necessária a prova da aptidão, a ser providenciada pelo empregador. A este incumbe apresentar nos autos os ASOs de retorno e demissional, além de controles de jornada do período de trabalho após a reintegração, para averiguação judicial. **3.** Se o empregador considerou que havia inaptidão da trabalhadora reintegrada, seja em razão de incapacidade verificada em exame médico ou pela constatação de eventual recebimento de auxílio doença acidentário, poderia negar-se a reintegrá-la, porém, deveria se manifestar no momento da reintegração ou logo em seguida, o que poderia ensejar a discussão conhecida como "limbo previdenciário". **4.** Documentos que vem aos autos, ainda que não contemporâneos ao período de trabalho após a reintegração devem ser considerados se demonstrarem que a trabalhadora foi acometida por doença ocupacional quando laborava ao empregador em vínculo de longa data. **5.** Ausente nos autos o ASO da segunda demissão, não se pode concluir que

a trabalhadora, quando demitida pela segunda vez, encontrava-se apta, notadamente quando os elementos de prova existentes nos autos indicam situação diversa, a exemplo de documento interno do empregador denominado “Providências”, que contém observação do Departamento de Recursos Humanos indicando a pretensão, desde a reintegração, de extinguir o pacto laboral novamente, como efetivamente ocorreu. **6.** Com tal atitude não se verificou as reais condições de saúde da trabalhadora e por ter ocorrido a dispensa pela segunda vez cerca de um mês depois da reintegração, houve afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, além de revelar conduta insensível do empregador. **Recurso da autora conhecido e provido** para determinar que o réu promova a sua imediata reintegração e o pagamento dos salários e demais verbas devidas em relação ao período estável e a restabelecer o plano de saúde.

RELATÓRIO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA**, provenientes da **14ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Da sentença (784/788) recorre a autora às fls. 789/811. Pretende modificação quanto aos seguintes itens: **a)** inconstitucionalidade dos 790, § 4º, 790-B, 791-A, § 3º e 4º e 840 Lei nº 13.467/2017; **b)** nulidade da dispensa - reintegração; **c)** horários de sucumbência e custas processuais; e **d)** correção monetária.

Custas dispensadas (fl. 788).

Contrarrazões apresentadas pelo réu às fls. 814/819.

Encaminhados os autos ao Ministério Público do Trabalho, foi emitido parecer às fls. 824/827 em que a Procuradora Regional, Darlene Borges Dorneles, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Informações importantes: **a)** data do ajuizamento da ação: 21/08/2018 (fl. 27); **b)** período contratual: 11/08/1999 a 03/11/2015 (TRCT de fl. 96); e **c)** data de interposição do recurso 27/11/2019 (fl. 789).

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO DO RECURSO ORDINÁRIO** interposto. Contrarrazões foram regularmente apresentadas.

Intimações

O reclamado requer que *“todas as intimações e/ou notificações efetuadas em nome da advogada Marina D´Amico Pedriali - OAB/PR. 17.744, e remetidas ao escritório do Réu, situado na Avenida Paraná, nº 453- 9º andar, Centro, Londrina, Paraná, CEP 86.010.922, Fone (43) 3373-9514”* (fl. 819).

Em consulta à autuação do PJE, verifica-se que estão cadastradas as seguintes advogadas:

- MARINA CARVALHO D AMICO PEDRIALI CPF: 281.550.099-04;
- ANGELICA CRISTINA HOSSAKA CPF: 112.030.167-00.

No sistema do PJE as intimações são direcionadas a todos os advogados cadastrados. Se a parte pretende que seja intimado exclusivamente um advogado, incumbe a ela realizar a exclusão dos demais advogados no próprio sistema, ficando ciente de que a partir desse momento os advogados excluídos só poderão peticionar de forma avulsa nos autos. Nada a ser deferido.

Prevenção

A certidão de fl. 820 acusa a existência de identidade de partes com as que titularizam o processo RO 0000152-83.2010.5.09.0014, distribuído em 20/10/2011 para o então magistrado Tobias de Macedo Filho.

No entanto, constata-se que as matérias objeto das insurgências recursais das partes nos autos RO 0000152-83.2010.5.09.0014 foram diversas e que a publicação do acórdão de relatoria do Des. Tobias de Macedo Filho ocorreu ainda em 20/01/2012, antes de sua aposentadoria.

Verifica-se, também, que apesar de não ter sido acusado na certidão citada,

a 7ª Turma proferiu julgamento nos autos 11081-2011-014-09-00-8 (RO) demanda com as mesmas partes (fls. 61/87). Porém, a autora pretende com o presente recurso o reconhecimento de estabilidade referente à outro período não abrangido pela decisão anterior.

Não obstante a identidade de partes, observa-se que a causa de pedir e o pedido são distintos e não se vislumbra possibilidade de conflito entre as decisões. Assim, não há prevenção a ser reconhecida.

MÉRITO

Recurso da autora C. R. D. S.

1. Nulidade da dispensa - reintegração (análise preferencial em razão de matéria prejudicial)

A magistrada de primeiro grau indeferiu os pedidos da autora de reconhecimento de estabilidade provisória e de reintegração, pelos seguintes fundamentos (fls. 786/787):

“NULIDADE DA DISPENSA - REINTEGRAÇÃO

Assevera a autora que foi contratada em 11/08/1999 e dispensada sem justa da causa em 04/12/2012; que em virtude de que exerceu a função de caixa e chefe de serviços; que é portadora de doença ocupacional, especificamente a “sinovite crepitane crônica da mão e do punho”, “tendinite do infra-espinhal”, “epicondilite medial cotovelo”; que ficou afastada pelo INSS por auxílio benefício nº 5370571070 (fls. 78); 30/10/09 a 02/04/2010 - benefício nº 5370571070; 19/03/10 a 18/07/2010 - benefício nº 537057010; 11/03/2011 a 27/04/2011 - benefício nº 54518685502 e de 18/06/2012 a 20/09/2012 - benefício nº 5519174225; que ajuizou ação junto a 46ª Vara Judicial de Acidentes do Trabalho e Precatórios Cíveis da Comarca de Curitiba da Região Metropolitana de Curitiba, com sentença proferida em 08/04/2014, na qual o INSS foi condenado a converter o benefício n 537.057.107-0 para a modalidade acidentária a partir de 03/09/2012, mantendo-se até a reabilitação; que ajuizou ação em face do reclamado pleiteando a reintegração 16358-2014-014-09-00-1), cujo pedido foi julgado favorável; que foi novamente dispensada em 03/11/2015; que no momento desta rescisão contratual, não apresentava aptidão clínica para ser demitida, eis que acometida de doença tipicamente ocupacional, conforme reconhecido pelo INSS e na RT 11081-2011-014-09-00-8. Postula a nulidade da dispensa e sua reintegração ao emprego, manutenção do plano de saúde, retificação da CTPS e demais consectários legais.

Defende a reclamada em linhas legais que em 04/12/2012 a autora teve seu contrato de trabalho rescindido; que em 01/10/2015 a autora foi reintegrada; que, em 07/10/2015 a reclamante realizou exame médico de retorno, sendo acusada “apta”;

que a reclamante sempre esteve apta a exercer suas funções desde a sua reintegração até a rescisão; que a autora não é portadora de qualquer estabilidade prevista em lei, não existindo nenhuma nulidade quanto a demissão operada, sendo indevida a reintegração.

Pois bem.

É incontroverso nos autos que a reclamante foi dispensada em 04/12/2012, reintegrada em 01/10/2015 e novamente dispensada em 03/11/2015, ou seja, entre a primeira dispensa e a reintegração, a autora ficou afastada de suas atividades no reclamado por quase três anos.

Não há notícia de que, nesse período, a autora tenha percebido quaisquer benefícios previdenciários.

Não há novos atestados e/ou exames médicos, referentes ao período compreendido entre a primeira e a segunda dispensa da autora. Há uma comunicação de decisão do INSS, de concessão de auxílio doença (B31), datada de 13/09/2018, cujo requerimento fora formulado em 21/09/2016 (fl. 733), ou seja, quase um ano após a segunda dispensa da reclamante. Os documentos juntados pela reclamante no dia da audiência de instrução (id 806cd34) têm relação com este último requerimento junto ao INSS.

Com exceção destes documentos, todos os demais exames e atestados médicos juntados aos autos pela reclamante referem-se ao período anterior à sua primeira dispensa, sendo que todos já foram utilizados na ação 0000731-89.2014.5.09.0014 (numero antigo 16358-2014-014-09-00-1), servindo, pois, de suporte para a sua reintegração no reclamado em 01/10/2015.

Em outras palavras, não demonstrou a autora que no período compreendido entre a primeira dispensa, a reintegração e a nova dispensa, esteve em constante tratamento médico. Embora se encontrasse com a capacidade laborativa reduzida em 25% (vinte e cinco por cento), segundo a perícia técnica realizada nos autos 0000506-74.2011.5.09.0014 (número antigo 11081-2011-014-09-00-8) (fls. 61/87), por ocasião do exame médico realizado quando de sua reintegração foi considerada APTA. E este resultado não foi infirmado por quaisquer provas existentes nos autos, sendo que - reitero - o documento de fl. 733 refere-se a requerimento formulado junto ao INSS quase um ano após a segunda dispensa da reclamante.

Aliás, não fosse a autora considerada apta por ocasião de sua reintegração, ou seja, após quase três anos sem prestar serviços ao reclamado, procederia, ao menos teoricamente, a tese defensiva no sentido de que a doença da qual a reclamante é portadora não tem nenhuma relação com o ambiente laboral, sequer concausal.

Neste contexto, não se cogita de estabilidade provisória por ocasião da segunda dispensa da autora, naqueles moldes previstos no artigo 118 da Lei 8.213/91.

Vale ressaltar que, pela mesma doença alegada nesta exordial e pelos mesmos exames e atestados médicos nestes autos, a reclamante já requereu o reconhecimento da estabilidade provisória, a qual, como visto acima, já foi devidamente analisada e deferida nos autos 0000731-89.2014.5.09.0014 (numero antigo 16358-2014-014-09-00-1). E esta estabilidade, então reconhecida e deferida, era provisória e já encerrado o seu prazo, posto que da cessação do último benefício previdenciário (20/09/2012) recebido pela autora antes da segunda dispensa (fl. 144) já decorridos

mais de 12 meses. Em outras palavras, por mais óbvio que seja, vale dizer: a estabilidade concedida não era eterna.

Teria a autora direito à nova estabilidade provisória caso comprovasse que estava inapta por ocasião da segunda dispensa, o que, como visto, não é o caso destes autos.

Portanto, **rejeito** todas as pretensões obreiras.

A autora alega que comprovou sua situação perante o INSS, por meio do documento de fl. 233, em que consta a concessão de benefício previdenciário na modalidade acidentária; que em sua segunda dispensa na ré, em 16/04/2018, estava inapta para o exercício de atividades laborais e não poderia ter sido dispensada; que ajuizou ação indenizatória em face do réu (RT 11081-2011-014-09-00-8) e foi reconhecido o nexo causal; que mesmo a ré tendo ciência do seu quadro clínico, foi dispensada sem justa causa em 04/12/2012 e moveu ação de reintegração (RT nº 16358-2014-014-09-00-1), sendo determinada a sua reintegração sob o fundamento de que “o Juízo Cível, com base no laudo pericial converteu o benefício 537.057.107-0 para modalidade acidentária a partir de 03/09/2012, até a conclusão do processo regular de sua reabilitação ou a concessão de aposentadoria”; que a situação relatada prevalece e se aplica no momento da segunda demissão; que o benefício deferido na demanda previdenciária se deu até “a conclusão do regular processo de reabilitação”; e este apenas foi concluído em 13/09/2018; que reabilitada goza de estabilidade; que o “§ 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91 condiciona a validade da dispensa do trabalhador reabilitado ou deficiente físico à contratação de substituto em condição semelhante, o que não restou comprovado pela reclamada”; que foi desconsiderado o documento de fl. 233 (comunicado do INSS) que concede o benefício na modalidade acidentária (B-91) após alguns meses de sua demissão e demonstra que no momento da dispensa não era apta. Pede que se defira a sua reintegração com consectários legais e também o restabelecimento do plano médico (fls. 795/800).

O art. 118 da Lei 8.213/1991 estabelece que o trabalhador permanecerá estável no período de 12 (doze) meses após a cessação do auxílio-doença acidentário. No entanto, em hipótese de doença que em Juízo seja reconhecida como profissional, ou seja, que tenha tido causa ou concausa relacionada com o trabalho, o período é de 12 meses contados do término do recebimento do auxílio-doença ou do retorno ao trabalho após qualquer afastamento, mesmo sem recebimento de benefício previdenciário.

No entender desta Relatora a ausência de afastamento por período superior a 15 (quinze) dias e a ausência de percepção de auxílio previdenciário não são impeditivos ao reconhecimento de que o trabalhador possui garantia de emprego decorrente de acidente do trabalho ou doença a ele equiparada. Basta constatar que na época o trabalhador não estava apto para o exercício de sua atividade em razão de acidente laboral, ou que efetivamente portava doença ocupacional, para que a garantia do emprego seja reconhecida. Não se exige percepção de auxílio acidente ou auxílio doença, pago pelo órgão previdenciário, pois a exigência poderia, em determinadas situações, beneficiar o empregador omissos em relação ao procedimento legal para o afastamento do empregado e concessão do benefício previdenciário (Art. 169. Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho).

Nesse sentido, o seguinte julgado:

DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DO TRABALHO - GARANTIA DO CONTRATO - Constitucionalidade da Lei nº 8.213/91 - O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantido, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio acidente, a teor do art. 118, da Lei n.º 8.213, de 24.07.1991, plenamente constitucional. (TRT 5ª R. - RO 01.25.00.0711-50 - (10.667/02) - 4ª T. - Relª Juíza Graça Boness - J. 04.06.2002)

O que se exige é a prova de que o empregado tinha direito ao afastamento, ainda que não tenha sido efetivamente afastado, pois a responsabilidade do empregador, se comprovado o dano causado ao empregado persiste, independente da percepção do auxílio-doença acidentário. Nesse sentido, Sebastião Geraldo de Oliveira (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 413) leciona:

[...] é devida a indenização por acidente de trabalho, apoiada na responsabilidade civil de natureza subjetiva, independentemente dos benefícios concedidos pela legislação do seguro-acidente do trabalho. Concluímos que não ocorre a figura do bis in idem, porque os benefícios acidentários são pagos em razão dos riscos normais de trabalho, enquanto que a indenização prevista no art. 7º, XXVII, da Constituição Federal, decorre de um dano em que o empregador tenha participado com dolo ou culpa. Assim, o fato gerador dessa indenização é o comportamento do empregador.

Na hipótese, é inconteste que a autora foi demitida sem justa causa em 04/12/2012 (TRCT de fl. 94) e reintegrada por decisão judicial em 01/10/2015 (documento de fl. 471) por ser portadora de doença ocupacional.

Após a reintegração ao emprego a recorrente foi dispensada sem justa causa pela segunda vez, em **03/11/2015**, (TRCT de fls. 96/97). O presente recurso, portanto, visa a reintegração relativamente a essa última dispensa.

De início, registre-se que as partes declararam não ter interesse na produção de outras provas e a instrução processual foi encerrada sem a produção de prova oral (ata de audiência de fl. 780). Assim, as provas se limitaram aos documentos anexados pelas partes. Embora não tenha sido realizada perícia relativa ao período a ser analisado, os elementos de prova são robustos para a formação do convencimento judicial.

Deve-se considerar válida a apresentação de documentos nos autos durante a instrução processual, desde que à parte contrária tenha sido oportunizado o exercício do contraditório e da ampla defesa, o que ocorreu na hipótese.

A cópia da comunicação de decisão do INSS de fl. 447 ou 733 (e não 233 como indica nas razões de recurso) aponta que a autora apresentou em **21/09/2016** pedido de benefício perante a autarquia previdenciária e foi concedido o auxílio doença na espécie 91 até 13/09/2018.

Com a impugnação, a autora apresentou a certidão de fl. 734 da gerência executiva do INSS APS Cândido Lopes que descreve que participou de programa de reabilitação profissional de **09/03/2017 a 13/09/2018**:

“(...) concluiu com êxito o Programa de Reabilitação Profissional do INSS, no período de 09/03/2017 a 13/09/2018, estando reabilitado para o exercício da (s) função (ões) TÉCNICO EM RECURSOS HUMANOS, devendo ser respeitadas as seguintes restrições: APTA PARA ATIVIDADES SEM SOBRECARGA PARA O MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO, SEM ELEVAÇÃO DOS MEMBROS SUPERIORES ACIMA DOS OMBROS, SEM CARREGAMENTO DE PESO.

Em conformidade ainda com os dispositivos legais supracitados, informados que:

I - o (a) segurado (a) não estará impedido (a) de exercer outra atividade para a qual se julgue capacitado (a) e

II - a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas”.

Observa-se que ao contrário do que alega nas razões de recurso à fl. 797, a segunda dispensa não ocorreu em 16/04/2018, mas em **03/11/2015**, de acordo com o TRCT de fls. 96/97. Assim, os documentos antes mencionados não são contemporâneos à data da segunda demissão. Os outros documentos médicos apresentados nos autos, como pontuou a magistrada *a quo*, referem-se à primeira dispensa e serviram para embasar a primeira ação, em que foi determinada reintegração da autora aos quadros funcionais do réu.

Por outro lado, os documentos que vieram aos autos não podem ser desconsiderados, pois demonstram que a autora foi efetivamente acometida por doença ocupacional quando laborava na ré, em **vínculo que data desde 11/08/1999** (TRCT de fl. 96). Conforme laudo pericial que serviu de subsídio para o Juízo Cível, a autora apresentava quadro de doença de Quervan e síndrome do impacto no ombro esquerdo o quadro clínico (quesito 1 - fl. 763) que possuía **nexo causal** com as atividades laborais (conforme resposta ao quesito do Juízo 1 de fl. 763). Neste aspecto, vê-se que o perito que elaborou o laudo pericial nos autos da RT 11081-2011-014-09-00-8 concluiu pela **concausalidade** entre a doença que diagnosticou como epicondilite do cotovelo esquerdo e o trabalho na ré (fls. 73/74):

“ 7.CONCLUSÃO

Baseado no exame médico-pericial, na revisão das informações contidas nos autos, nos exames complementares, na atividade exercida e ambiente de trabalho descrito pela Autora no Reclamado e de acordo com a legislação vigente, declaro que:

A Autora apresentou uma doença que, baseada na literatura médica, tem uma causa variada e não exclusiva do trabalho.

Baseado na atividade realizada pela Autora, no estudo da literatura médica e revisão dos autos podemos afirmar que o trabalho contribuiu para o agravamento dos sintomas apresentados pela Autora, devido ao movimento de flexão/extensão associado à rotação do antebraço realizado eventualmente durante sua atividade.

Atualmente apresenta diminuição temporária da capacidade laborativa. Está afastada pelo INSS e apresenta diagnóstico de epicondilite do cotovelo esquerdo que é uma doença que pode ser tratada e não deixar sequelas. (fls. 664 e seguintes - grifos acrescidos)”.

O simples agravamento do estado de saúde do trabalhador em função das atividades exercidas no trabalho pode caracterizar doença profissional. Desde a edição do Decreto 7.036/1944, o ordenamento jurídico pátrio admite a teoria das concausas. A atual legislação a respeito, Lei 8.213/1991, prevê expressamente, em seu art. 21, inciso I (Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para

efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;), que se equipara a acidente do trabalho aquele ligado ao labor que, “embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade laborativa, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação”.

A concausa é circunstância que, juntamente com a causa principal, concorre para o resultado e que tem ligação com a atividade laboral. Conforme leciona Sebastião Geraldo de Oliveira, “deve-se verificar se o trabalho atuou como fator contributivo do acidente ou doença ocupacional; se atuou como fator desencadeante ou agravante de doenças preexistentes ou, ainda, se provocou a precocidade de doenças comuns, mesmo daquelas de cunho degenerativo ou inerente a grupo etário” (Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional. 2. ed. São Paulo: LTr. 2006, p. 48).

Não obstante a divergência entre os laudos periciais a respeito dos nexos causal ou concausal e da denominação da patologia, nota-se que se trata de doença que acometeu a autora quando laborava para o réu após mais de uma década. No documento de fls. 639/640 da Área de Segurança e Saúde Ocupacional do réu, assinado por Médico do Trabalho, observa-se que a autora exerceu de 11/08/1999 a 30/09/2000 o cargo de escriturário e, a partir de 01/10/2000, o cargo de caixa; e que as queixas e alterações clínicas de doenças começaram a se manifestar a partir de 17/04/2009.

Ainda que se considere a autora apta em exame médico no dia 07/10/2015 para a reintegração (documento “providências” inserido à fl. 471), foi reconhecido no julgamento proferido nos autos 11081-2011-014-09-00-8 (RO) pela 7ª Turma deste Regional, em acórdão foi de relatoria do Des. Ubirajara Carlos Mendes, que a autora tinha perda transitória de capacidade de trabalho de 25% (fl. 86). A propósito, o réu não apresentou o ASO de retorno da autora citado no documento de fl. 471 e o ASO demissional da segunda dispensa. Os únicos ASOs trazidos aos autos são os de fls. 524/526 e 535/539, 541/542, 547, 592, 601, 602, 619 e 620, esses últimos datados de 24/09/2012.

De qualquer modo, os Atestados de Saúde Ocupacionais (ASOs) devem ser considerados com ressalvas, pois podem não refletir o real estado de saúde do paciente, em razão de rápidas consultas realizadas, de insuficientes exames clínicos

realizados por profissionais não especialistas da área ou até mesmo em decorrência de imparcialidade de quem os elaboram. Tratam-se de elementos indiciários que devem ser sopesados com os outros meios de prova.

Na situação dos autos, reitera-se os ASOs de retorno (segunda dispensa após a reintegração) e demissional da segunda dispensa sequer foram anexados. Nesse cenário, com o devido respeito ao Juízo de origem, não se pode considerar que, quando a autora foi reintegrada gozava de plena saúde, pois tinha limitações de pelo menos 25% de sua capacidade de trabalho reconhecidas anteriormente em juízo. O fato de terem se passados três anos sem prestação de serviços para o réu não leva à conclusão de que o quadro de saúde atual não se relacione com o verificado anteriormente. Por sinal, o *expert* que atuou nos autos RO 11081-2011-014-09-00-8 afirmou que “a doença pode ser tratada, **o tempo para recuperação é variável** e a cura possível, dependendo de fatores variados” (resposta ao quesito 11 - fl. 71) (grifou-se). Assim, a variação de tempo citada pela perícia para recuperação poderia se estender pelo período de 03 anos ou mais.

No ASO de retorno da reintegração, **não anexado nos autos**, deveria o médico do trabalho fazer observação a respeito da existência ou não de limitação de 25% da capacidade laborativa, tendo em vista todo o histórico de saúde da autora. Inexistente qualquer ressalva nesse sentido nos autos, e admitindo o réu que a autora se encontrava apta no documento de fl. 471, considera-se que, quando retornou por decisão judicial, encontrava-se apta. Se o réu entendesse pela inaptidão da autora naquela oportunidade, seja em razão de incapacidade verificada em exame ou pelo eventual recebimento de auxílio doença acidentário, poderia se negar a reintegrá-la, o que ensejaria na primeira hipótese discussão conhecida como “limbo previdenciário”. A respeito do recebimento simultâneo de benefício de incapacidade e de remuneração, cite-se o Enunciado 72 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais:

“É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou”.

Em acréscimo, constata-se que não foram trazidos aos autos os controles de jornada da autora depois que foi reintegrada para que se pudesse averiguar sobre possíveis afastamentos (fls. 482/518). Ainda, não vindo aos autos o ASO demissional

da segunda demissão, não é possível concluir que a autora, quando foi demitida pela segunda vez, encontrava-se apta, pois os elementos de prova produzidos nos autos indicam situação diversa.

No documento de fl. 471, nota-se a seguinte observação do Departamento de Recursos Humanos do réu: “À *Consultoria Interna/DRH, observamos que a referida não está protegida por estabilidade em decorrência da ação*” (fl. 471). Evidencia-se que o réu pretendia, desde a reintegração ocorrida em 01/10/2015, extinguir o pacto laboral novamente, como efetivamente o fez em 03/11/2015 (TRCT de fls. 96/97). Por certo, tal atitude levou a não verificação das reais condições de saúde da trabalhadora, que foi dispensada pela segunda vez cerca de um mês depois de ser reintegrada, o que afronta a própria decisão judicial, além de princípios como da dignidade da pessoa humana e revela conduta absurdamente insensível do réu.

A respeito do benefício previdenciário recebido pela autora, o Juízo da 14ª Vara do Trabalho de Curitiba, nos autos 16358-2014-014-09-00-1, citou, com base na decisão do Juízo Cível, que o **auxílio doença acidentário concedido em 03/09/2012 perduraria até a conclusão do processo de reabilitação ou a concessão de aposentadoria**. A sentença foi proferida nos seguintes termos (fl. 116):

“(...) Destaca-se que o laudo pericial, datado de 03/09/2012, produzido nos autos 692/2009 da 46ª Vara Judicial de Acidentes do Trabalho e Precatórios Cíveis da Comarca de Curitiba da Região Metropolitana de Curitiba (fls. 374/381), **atestou que o quadro clínico da autora apresenta relação de nexo causal compatível com as atividades laborais desenvolvidas pela autora em face do réu; que a doença importa em redução temporária para o trabalho, e não se trata de quadro clínico irreversível**. Assim, o Juízo Cível, com base no laudo pericial converteu o benefício 537.057.107-0 para modalidade acidentária a partir de 03/09/2012, até a conclusão do processo regular de sua reabilitação ou a concessão de aposentadoria (fls. 387).

Considerando-se os atos probatórios trazidos a estes autos, resta constatado o nexos causal, reconhecendo-se a estabilidade provisória por acidente de trabalho nos termos do ART. 118 da Lei nº 8.213/1991.

Em face do exposto, **declaro a nulidade da dispensa ocorrida em 04/12/2012, determino a reintegração IMEDIATA no emprego, observadas as condições contratuais existentes quando da dispensa ilegal (inclusive assistência médica, plano de saúde)**. Condene o Reclamado ao pagamento dos salários e demais vantagens contratuais do período de afastamento e o cômputo do tempo de serviço como se trabalhando estivesse, para fins de pagamento de férias mais gratificação de férias, décimo terceiro salário, FGTS (8%), **vencidos e vincendos até a data de sua efetiva reintegração**, asseguradas as condições mais benéficas regulamentares, legais e convencionais supervenientes” (grifou-se).

Vê-se que no julgamento relativo à primeira dispensa, o Juízo de primeiro grau desta Justiça Especializada considerou que “o Juízo Cível, com base no laudo pericial converteu o benefício 537.057.107-0 para **modalidade acidentária a partir de 03/09/2012, até a conclusão do processo regular de sua reabilitação ou a concessão de aposentadoria**” (fls. 387) (grifou-se), de acordo com os termos da sentença dos autos 692/2009 da 46ª Vara Judicial de Acidentes de Trabalho de Curitiba (fls. 757/758), mantida em grau recursal pelo TJ/PR. Na cópia da apelação cível 1.376450-2, originária da Vara de Acidentes do Trabalho de Curitiba (fls. 735 e seguintes), em acórdão de relatoria do Desembargador Andersen Espínola, publicado em **30/11/2015**, verifica-se que a Sexta Câmara Cível do TJ/PR manteve a sentença que determinou a conversão do auxílio acidente previdenciário em acidentário (fls. 744/745):

“(…)

No caso, a perícia judicial (fls. 139/147) constatou ‘quadro de síndrome do impacto no ombro esquerdo e doença de De Quervain no punho esquerdo’ (quesito 5 - formulado pelo réu), doença ocupacional que no momento incapacita a autora para as atividades laborais que habitualmente exercia (quesito 9 - formulado pela autora). **Ainda o expert consignou que há ‘relação de nexo causal entre o quadro clínico apresentado e a realização de suas atividades laborais’, uma vez que, durante a execução de seu trabalho, realizava movimentos de elevação do membro superior esquerdo à altura acima de ombro, bem como ações repetitivas de desvio radial e ulnar no punho esquerdo.**

Dessa forma, verifica-se que decidiu com acerto a sentença em exame ao conceder a conversão do auxílio acidente previdenciário em acidentário, motivo pelo qual deve ser mantida irretocável neste aspecto” (grifou-se).

Com base nessas decisões, o benefício de auxílio doença acidentário teve como datas de início 03/09/2012 e seria finalizado com a reabilitação ou a aposentadoria.

Ganha relevo o documento de fl. 778 extraído do Sistema Único de Benefícios - DATAPREV que aponta os seguintes dados do benefício auxílio doença por acidente de trabalho (**Espécie 91**) concedido:

“DAT: 04/09/2012

DIB: 03/09/2012

DER: 21/09/2016

DDB: 21/09/2016

DCB: 13/09/2018” (grifou-se).

Consta, ainda, que o benefício foi recebido pela autora até 15/09/2018.

Reitera-se que basta constatar que na época o trabalhador não estava apto para o exercício de sua atividade por ser portador de doença ocupacional, para fazer jus a estabilidade. Não importa se o pedido foi feito posteriormente e deferido o auxílio doença na espécie 91 pelo INSS em período ulterior, conforme cópia de comunicação de fl. 733. Aliás, pelo extrato do Sistema Único de Benefícios de fl. 778, verifica-se que há correlação entre o auxílio doença acidentário citado nas decisões judiciais anteriores, aqui transcritas, e o concedido no dia 21/09/2016 (fl. 733), pois constam como DAT (Data do Afastamento do Trabalho) a data de 04/09/2012 e DIB (Data do Início do Benefício) 03/09/2012, além da DER (Data de Entrada do Requerimento) 21/09/2016, DDB (Data do Despacho do Benefício) 21/09/2016 e DDB (Data do Despacho do Benefício) 13/09/2018. Esses dados confirmam que a incapacitação da autora estava relacionada com o trabalho exercido no réu.

A certidão do Programa de Reabilitação do INSS emitida em **13/09/2018** (fl. 734) indica que a autora foi considerada apta, mas apontou a seguinte restrição: ***“APTA PARA ATIVIDADES SEM SOBRECARGA PARA O MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO, SEM ELEVÇÃO DOS MEMBROS SUPERIORES ACIMA DOS OMBROS, SEM CARREGAMENTO DE PESO”*** (grifou-se).

Verifica-se que **após a segunda demissão** a autarquia previdenciária entendeu que a autora não estava apta para as atividades laborais e concedeu o auxílio doença acidentário. O fato de o requerimento ter sido realizado quase um ano depois da segunda demissão não descaracteriza a inaptidão para o trabalho no momento em que foi demitida pela segunda vez pelo réu. O que parece relevante não é quando ingressou com o requerimento administrativo, mas que a autora era efetivamente portadora de doença ocupacional quando foi demitida pela segunda vez.

O fato da autora ser considerada apta na reintegração, e constatado posteriormente pelos elementos contidos nos autos que estava incapacitada para o trabalho quando da segunda demissão justificam a condenação do réu.

Na concepção desta Relatora o direito fundamental a ser assegurado ao trabalhador, nessas hipóteses, deve ser o próprio emprego, o que pode autorizar a reintegração, salvo quanto ao previsto no item I da Súmula 396 do TST: *“exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período*

compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego”.

A decisão do Juízo Cível definiu, de forma clara, que o término do auxílio doença acidentário dar-se-ia com a reabilitação ou a concessão da aposentadoria por invalidez. A reabilitação, conforme certidão de fl. 799, foi concluída em **13/09/2018**. Portanto, apenas nessa data se pode considerar ocorrida a liberação previdenciária com a possibilidade de retorno ao trabalho.

Após a reintegração e incapacitada para o trabalho, a autora foi tolhida em seu direito de manter-se no emprego durante o período de estabilidade, o que lhe garantiria segurança, até porque o intuito da estabilidade acidentária é proteger o acidentado. Para o efeito de limitar o período, fixa-se o prazo de estabilidade em **13/09/2018** (data da reabilitação, conforme certidão de fl. 799), e término em **13/09/2019**.

Para evitar eventual enriquecimento sem causa, determina-se a expedição de ofício ao INSS para que informe se a autora recebeu o auxílio doença acidentário a partir de **03/11/2015** (data da segunda demissão) (TRCT de fl. 96) e, em caso afirmativo, em quais meses. Na hipótese de recebimento do benefício previdenciário em algum período que abranja o lapso temporal fixado para a indenização, deve-se considerar que o contrato de trabalho permaneceu suspenso e, por consequência, não serão devidos salários e demais vantagens.

A suspensão do contrato de trabalho, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, é a “sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca dos efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.” (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Editora LTr, p. 1116). Embora as principais obrigações do contrato de trabalho não sejam exigíveis durante o período de suspensão, especialmente a prestação de trabalho e o pagamento de salário, as demais obrigações decorrentes do vínculo de emprego, e não da prestação dos serviços, continuam existentes, como ocorre com o **plano de saúde** oferecido pelo empregador.

Por já se ter exaurido o período da estabilidade, a reintegração, a princípio,

seria inviável. Porém, com a reabilitação certificada pela autarquia previdenciária, aplica-se o § 1º do art. 93 da Lei 8.213/1991, que assim preceitua:

Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:... II - de 201 a 500.....3%;... **§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado** ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, **no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante.** § 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados.

O Decreto 3.298/1999, com a redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004, por sua vez, estabelece:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º. É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média,

com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

Art. 36. A empresa com cem ou mais empregados está obrigada a preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I - até duzentos empregados, dois por cento; II - de duzentos e um a quinhentos empregados, três por cento; III - de quinhentos e um a mil empregados, quatro por cento; ou IV - mais de mil empregados, cinco por cento. § 1o. A dispensa de empregado na condição estabelecida neste artigo, quando se tratar de contrato por prazo determinado, superior a noventa dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, somente poderá ocorrer após a contratação de substituto em condições semelhantes. § 2o. Considera-se pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que concluiu curso de educação profissional de nível básico, técnico ou tecnológico, ou curso superior, com certificação ou diplomação expedida por instituição pública ou privada, legalmente credenciada pelo Ministério da Educação ou órgão equivalente, ou aquela com certificado de conclusão de processo de habilitação ou reabilitação profissional fornecido pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. § 3o. Considera-se, também, pessoa portadora de deficiência habilitada aquela que, não tendo se submetido a processo de habilitação ou reabilitação, esteja capacitada para o exercício da função. § 4o. A pessoa portadora de deficiência habilitada nos termos dos §§ 2o e 3o deste artigo poderá recorrer à intermediação de órgão integrante do sistema público de emprego, para fins de inclusão laboral na forma deste artigo. § 5o. Compete ao Ministério do Trabalho e Emprego estabelecer sistemática de fiscalização, avaliação e controle das empresas, bem como instituir procedimentos e formulários que propiciem estatísticas sobre o número de empregados portadores de deficiência e de vagas preenchidas, para fins de acompanhamento do disposto no caput deste artigo.

Com base nessas disposições, determina-se a reintegração da autora aos quadros do reclamado e que eventual prova demissão imotivada só ocorra após o cumprimento do § 1º do art. 93 da Lei 8.213/1991.

Ante o exposto, **dou provimento parcial** ao recurso da autora para: **a)** determinar que o réu promova a sua imediata reintegração em função compatível com sua capacidade física, com as devidas anotações em CTPS, promovendo o seu encaminhamento, se necessário, para a Previdência Social para os devidos fins, e que eventual nova demissão imotivada só ocorra após o cumprimento do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91; **b)** condenar o réu no pagamento dos salários e demais verbas devidas em relação ao período de estabilidade (13/09/2018 a 13/09/2019) e a restaurar todas as condições reinantes antes da dissolução contratual, como

se em serviço tivesse se mantido, observados todos os reajustes aplicados aos demais trabalhadores no período e vantagens advindas de Convenção Coletiva de Trabalho, abatidos os valores creditados a igual título e os percebidos na rescisão, sem juros e correção monetária (Súmula 187, TST); **c)** determinar a expedição de ofício ao INSS para que informe se a autora recebeu o auxílio doença acidentário a partir de **03/11/2015** (data da segunda demissão) e, em caso afirmativo, em quais meses. Na hipótese de recebimento do benefício previdenciário em algum período que abranja o lapso temporal fixado para o pagamento dos salários e vantagens do período de afastamento (ao período de afastamento (13/09/2018 a 13/09/2019), deve-se considerar que o contrato de trabalho permaneceu suspenso e, por consequência, não serão devidos salários e demais vantagens; e **d)** determinar o restabelecimento de Plano de Saúde.

Parâmetros de liquidação

Por se tratar de condenação originária, passa-se a fixar parâmetros para a liquidação:

a) Correção monetária

Prevalece, neste Colegiado, o entendimento de que as parcelas salariais, ressalvadas as verbas rescisórias, 13º salário e férias, que possuem regulamentação própria, devem ser corrigidas pelos índices de correção monetária correspondentes ao mês subsequente ao vencido, a teor do art. 459, § 1º da CLT (§ 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido).

b) Juros de mora

No processo do trabalho há regra específica a respeito dos juros de mora, no sentido de que os valores devem ser integralmente satisfeitos, atualizados até a data do pagamento - art. 39 da Lei 8.177/1991 -, o que torna inaplicável o § 4º do art. 9º da Lei 6.830/1980, que exime o devedor de diferenças apuradas após a data do depósito. Mesmo na hipótese de eventual demora para liberação do depósito, em razão da pendência de julgamento de recurso, o credor não pode sofrer prejuízo, pois tem direito ao recebimento dos valores devidamente atualizados na forma da lei.

Nesse sentido:

JUROS DE MORA - CORREÇÃO MONETÁRIA - DEPÓSITO EM DINHEIRO DO VALOR DO CRÉDITO DO OBREIRO - CESSAÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - Não se aplica à execução trabalhista, por manifesta incompatibilidade, o disposto no par. 4º, do art. 9º, da Lei nº 6.830-80, que exclui a responsabilidade do devedor pela contagem de juros e correção monetária com o simples depósito em dinheiro do valor do crédito do reclamante. Aplica-se, outrossim, o art. 39 da Lei nº 8.177-91, que disciplina que os juros e correção monetária incidentes sobre os débitos trabalhistas estendem-se até o efetivo pagamento da dívida. (TRT 9ª R. - Proc. 01714-2004-663-09-00-0 - (16461-2005) - Rel. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos - DJPR 01.07.2005)

Todavia, quando a demora na liberação do depósito não decorre de atos praticados pelo executado, mas de embaraços burocráticos, por exemplo, não seria justo impor o encargo ao devedor. Nesse sentido foi a decisão desta Seção Especializada, assim ementada:

DEPÓSITO JUDICIAL. DIFERENÇAS DE ATUALIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE - Devida a apuração de diferenças de atualização de depósito judicial, apenas se os valores destinados ao exequente não forem liberados de imediato, como consequência de atos praticados pelo executado, como oposição de embargos, hipótese em que remanesce alguma controvérsia sobre os valores devidos. Atraso na liberação de guias de retirada que decorra de atos burocráticos do juízo desonera o executado de pagar diferenças de atualização. Agravo de petição do exequente a que se nega provimento. (01309-1993-022-09-00-3(AP), j. 06.03.2006)

c) Contribuição previdenciária

O cálculo dos valores devidos à Previdência Social sobre o crédito da parte autora deverá observar os meses a que as parcelas que configuram salário de contribuição se referem e, uma vez calculadas, deverão ser imputadas a empregado e empregador as respectivas cotas, na forma e percentuais da lei. Excluem-se as parcelas indenizatórias, previdenciárias e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Os juros, no processo do trabalho, não possuem caráter remuneratório e, assim, ficam de fora da base de cálculo. A execução deverá processar-se, ainda, conforme as orientações contidas no Provimento 1/1996 do TST e na Recomendação 1/1999 da Corregedoria Regional. O art. 20 da Lei 8.212/1991 veda a apuração de forma

cumulativa.

d) Imposto de renda

Com base em estudo realizado pelo Desembargador Arion Mazurkevic, membro da Seção Especializada deste Tribunal, tem adotado o entendimento de que em face do disposto no art. 12-A, § 1º da Lei 7.713/1988, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei 13.250/2010, o cálculo do imposto de renda deve ocorrer sobre o montante dos rendimentos pagos, porém, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores constantes na tabela progressiva mensal, correspondente ao mês do recebimento ou crédito.

Extrai-se, ainda, do referido estudo os seguintes fundamentos:

Ocorre que ao se analisar o art. 12-A da Lei nº 7.713/88, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010, conclui-se que referido dispositivo não determina o cálculo mês a mês do imposto de renda, encontrando-se, com a devida vênia, equivocada esta referência contida na Súmula nº 368.

De fato, referido dispositivo legal, ao contrário do que sugere a mencionada Súmula do E. TST, não determina o cálculo do imposto de renda mês a mês, mas sim sobre o total. Tanto que o art. 12, da mesma lei, continua com a mesma redação:

“Art. 12. No caso de rendimentos recebidos acumuladamente, o imposto incidirá, no mês do recebimento ou crédito, sobre o total dos rendimentos, diminuídos do valor das despesas com ação judicial necessárias ao seu recebimento, inclusive de advogados, se tiverem sido pagas pelo contribuinte, sem indenização.”

A alteração que foi introduzida diz respeito apenas à fórmula do cálculo, a fim de que não se apliquem os valores simples de enquadramento nas faixas previstas para cada alíquota na Tabela mensal, mas sim o valor de enquadramento nestas alíquotas resultante da multiplicação desses valores simples pelo número de meses a que se refere o pagamento acumulado. É isso que regula, de forma nova, o § 1º do art. 12-A da mesma Lei:

“Art. 12-A. Os rendimentos do trabalho e os provenientes de aposentadoria, pensão, transferência para a reserva remunerada ou reforma, pagos pela Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quando correspondentes a anos-calendários anteriores ao do recebimento, serão tributados exclusivamente na fonte, no mês do recebimento ou crédito, em separado dos demais rendimentos recebidos no mês. (Caput acrescentado pela Lei nº 12.350, de 20.12.2010, DOU 21.12.2010, conversão da Medida Provisória nº 497, de 27.07.2010, DOU 28.07.2010) § 1º O imposto será retido pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento ou pela instituição financeira depositária do crédito e calculado sobre o montante dos rendimentos pagos, mediante a utilização de tabela progressiva resultante da multiplicação da quantidade de meses a que se refiram os rendimentos pelos valores

constantes da tabela progressiva mensal correspondente ao mês do recebimento ou crédito. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 12.350, de 20.12.2010, DOU 21.12.2010, conversão da Medida Provisória nº 497, de 27.07.2010, DOU 28.07.2010)”

A Instrução Normativa RFB 1.127/2011, que regulamentou o referido artigo 12-A, da mesma forma, não deixa qualquer dúvida que o cálculo do imposto de renda deve ser feito sobre o total, na data do pagamento, mas mediante aplicação da tabela progressiva multiplicada pelo número de meses a que se refere o pagamento acumulado. (grifos do original)

Quanto aos juros de mora, entendo que os valores recebidos pelo contribuinte a esse título, na vigência do CC, não podem ser mais reputados renda - sorte da verba principal, mas indenização. Exegese dos arts. 404 e 407 (Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar; art. 407. Ainda que se não alegue prejuízo, é obrigado o devedor aos juros da mora que se contarão assim às dívidas em dinheiro, como às prestações de outra natureza, uma vez que lhes esteja fixado o valor pecuniário por sentença judicial, arbitramento, ou acordo entre as partes).

Nesse sentido, a OJ 400 da SDI-1 do TST:

OJ-SDI1-400 IMPOSTO DE RENDA. BASE DE CÁLCULO. JUROS DE MORA. NÃO INTEGRAÇÃO. ART. 404 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.

Os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, ante o cunho indenizatório conferido pelo art. 404 do Código Civil de 2002 aos juros de mora.

Por essas considerações, determina-se a incidência de descontos fiscais de acordo com o art. 12-A, § 1º da Lei 7.713/1988, com a redação dada pela Lei 13.250/2010, com expurgo dos juros de mora de sua base de cálculo.

Fixo os parâmetros da condenação, nesses termos.

3. Inconstitucionalidade dos 790, § 4º, 790-B, 791-A, § 3º e 4º e 840 Lei nº 13.467/2017 (Análise conjunta com o tópico “Horários de sucumbência e custas processuais”)

A magistrada de primeiro grau considerou ser aplicável o artigo 791-A da CLT por serem os honorários de sucumbência fixados em razão do processo. A decisão foi assim proferida (fls. 784/786 e 787/788):

DIREITO INTERTEMPORAL

Considerando que em 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei nº 13.467/2017, trazendo inúmeras alterações nos campos do direito processual e material do trabalho, resolvo, preliminarmente, esclarecer o entendimento acerca da aplicação

da nova lei no tempo.

- Direito Processual

Com relação ao direito processual dispõe o art. 14, do CPC, “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

A norma acima consagra a teoria de isolamento dos atos processuais, e é aplicável ao processo do trabalho for força do disposto no art. 769, da CLT.

Assim aplicam-se a presente sentença as normas processuais previstas na nova Lei. Exceção se faz, entretanto, aos honorários de sucumbência, uma vez que este Juízo entende pela natureza jurídica híbrida do referido instituto processual.

Neste sentido observe-se a lição de DINAMARCO (Instituições de direito processual civil, vol. I. Brasil: Malheiros):

“Os institutos bifrontes, que se situam nas faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico e compõem o direito processual material, comportam um tratamento diferenciado em relação à disciplina intertemporal dos fenômenos de conotação puramente processual-formal (ou mesmo procedimental).”

Estas seriam as hipóteses fixação de honorários advocatícios de sucumbência previstos no art. 791-A da Lei n. 13.467/2017. Pois embora fixados em razão do processo, constituem direito material dos advogados constituídos pelas partes.

Neste sentido observe-se o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.465.535/SP):

“Não se pode olvidar que a lei processual tem efeito imediato e geral, aplicando-se aos processos pendentes, respeitados o direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Portanto, no que tange às regras processuais, as novas normas do Código de Processo Civil começam a ser aplicadas a partir da revogação do CPC/1973. Todavia, impõe-se indagar se a real natureza jurídica dos honorários advocatícios é processual, isto é, se as regras previstas pelo novo CPC incidem imediatamente nos processos em andamento.

Frise-se que a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito do tema, ao cristalizar a tese de que o arbitramento dos honorários não configura questão meramente processual, máxime ante os reflexos imediatos no direito substantivo da parte e do advogado.”

Considerando a natureza jurídica bifronte do instituto, entendo que este aplica-se apenas às ações ajuizadas após a vigência da nova Lei.

Tal conclusão ainda se impõe por força do princípio da segurança jurídica. Pois é necessário que as partes tenham ciência das consequências jurídicas decorrentes do processo, previsão que se faz no momento do ajuizamento da ação. Neste sentido o disposto nos artigos 9 e 10 do CPC, da mesma forma aplicáveis ao processo do trabalho.

Tal tese foi ainda consagrada na última Semana Institucional que reuniu a Magistratura deste E. TRT.

Diante de todo o exposto, **aplicam-se aos autos as disposições da nova lei acerca dos honorários, uma vez que a ação foi ajuizada após a vigência da Lei nº 13.467/2017.**

- Direito Material

Com relação ao direito material do trabalho, devemos observar o disposto no artigo 5º. Inc. XXXVI da CRFB: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico

perfeito e a coisa julgada”.

É pacífico que o contrato de trabalho é de trato sucessivo, o que também se conclui pela disposição do artigo 442 da CLT, que equipara o acordo à “relação” de emprego. Veja-se:

“Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.”

Considerando tal natureza, não há o que se falar em direito adquirido ou ato jurídico perfeito, aplicando-se a nova lei aos contratos em vigor, a partir da vigência desta. Ressalte-se que em recentes alterações jurídicas de direito material do trabalho, como as que aconteceram em relação aos empregados domésticos ou motoristas a aplicação aos contratos em curso foi pacífica.

Assim, **no presente caso, é aplicável o DEL 5452/1943, pois o contrato findou-se antes de 10 de novembro de 2017.**

INCONSTITUCIONALIDADE - REFORMA TRABALHISTA

Os aspectos apontados da Lei 13.467/2017 são objetos de controle concentrado de constitucionalidade perante o Excelso STF, incluindo a análise sob o aspecto das Convenções da OIT vigentes em nosso ordenamento jurídico. Por se tratar de processo objetivo, de natureza erga omnes e caráter vinculante, convém aguardar o posicionamento do Pretório Excelso. Ademais, a presunção de compatibilidade constitucional dos atos emanados do Poder Público perdura até declaração em contrário, especialmente em face de alegadas violações genéricas a princípios da Constituição, como as efetuadas no caso em exame (v.g. violação à “dignidade da pessoa humana” e “isonomia”).

Rejeito.

(...)

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

A presente ação foi ajuizada posteriormente ao término da *vacatio legis* da Lei 13467/2017.

Sendo assim, levando em consideração que a parte autora é totalmente sucumbente na presente demanda, somado ao fato de se tratar de matéria relativamente simples, sem a produção de prova oral, **condeno a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos patronos das reclamadas, em iguais proporções, no importe total de 5% sobre o valor atualizado da causa.**

Considerando que a parte autora é beneficiária da justiça gratuita, transitada em julgado a decisão e dada a inexistência de crédito da autora nestes autos, **observe-se o art. 791-A, parágrafo 4º da CLT. Decorrido o prazo de dois anos do transito em julgado sem qualquer alteração de fato, resta extinta a obrigação e os autos devem ser remetidos ao arquivo** (grifou-se).

A autora sustenta que as alterações legislativas advindas nos artigos 790, § 4º, 790-B, 791-A, § 3º e 4º e 840, da Consolidação das Leis do Trabalho ofendem o disposto nos artigos 1º, 2º, 3º, 5º *caput* e incisos XXII, XXXV, LXXIV, artigos 60, 93 *caput* e inciso IX e artigo 114, da CF; que, apesar da concessão do benefício da gratuidade de justiça caberia a análise do pedido de inconstitucionalidade por eventualidade; que

haveria restrição de acesso à justiça; que desrespeitam a proteção do hipossuficiente, os princípios *in dubio pro operario*, irrenunciabilidade de direitos, continuidade da relação de emprego, primazia da realidade, inalterabilidade contratual lesiva e intangibilidade salarial; que a CF no artigo 5º, inciso LXXIV, dispõe que não cabe a lei ordinária restringir a norma constitucional; e que atentam contra os artigos 100 da CF e 1707 do CC ao determinar que o crédito alimentar não é suscetível de compensação. Com esses argumentos, alega que “os preceitos relativos ao pagamento de honorários de sucumbência (artigo 791-A), inclusive recíproca (artigo 791-A § 3º), possibilidade de cobrança do crédito da própria ou de outras demandas (artigo 791-A § 3º) padecem de validade por restringirem o acesso à justiça pelo empregado”. Pede que se declare, por meio de controle difuso, a inconstitucionalidade dos artigos 790, § 4º, 790-B, 791-A, § 3º e 4º, 840 e seus parágrafos, da Consolidação das Leis do Trabalho (fls. 790/795).

Insurge-se, ainda, contra a condenação propriamente dita ao pagamento de honorários de sucumbência. Afirma que o artigo 791-A § 3º, da CLT menciona especificamente a procedência parcial e refere-se à demanda e não ao *quantum* dos pedidos e, em seguida, faz alusão à “sucumbência recíproca” e não parcial; e que “não obteve qualquer crédito decorrente dessa ação, impossível a condenação dela em honorário de sucumbência, já que ele simplesmente não tem condições de arcar com tal verba” (fls. 800/804).

Com o provimento do recurso e a consequente procedência da ação, a sucumbência inverte-se em desfavor do reclamado. Por consequência fica prejudicada a análise do recurso da autora nesse particular.

Passa-se a fixar os honorários sucumbenciais na situação dos autos.

A possibilidade de aplicação imediata das normas processuais previstas na Lei nº 13.467, de 11/11/2017, deve ser interpretada restritivamente, especialmente quando, como no caso da sucumbência, resulta em ônus pecuniário para a parte. Se à época do ajuizamento da ação, não havia previsão legal de arbitramento de honorários advocatícios de sucumbência, a parte não pode ser surpreendida e obrigada a suportar o encargo, ainda que sucumbente na ação. A regra somente pode incidir nas ações novas, ajuizadas a partir da vigência da nova Lei.

Nesse sentido é a Instrução Normativa nº 41 do TST, que dispõe sobre as

normas da CLT com as alterações da Lei n. 13.467/17 e sua aplicação ao processo do trabalho. O art. 6º assim disciplina:

Na Justiça do Trabalho, a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, prevista no art. 791-A, e parágrafos, da CLT, será aplicável apenas às ações propostas após 11 de novembro de 2017 (Lei nº 13.467/2017). Nas ações propostas anteriormente, subsistem as diretrizes do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 e das Súmulas nºs 219 e 329 do TST.

Na hipótese, a ação foi ajuizada em 21/08/2018 (fl. 27). Assim, o artigo 791-A da CLT é a disposição legal que rege o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

É necessário, no entanto, observar se os pedidos foram julgados procedentes ou não para se aferir a sucumbência recíproca, à luz do que preconiza o Direito Comum no parágrafo único do artigo 86 do CPC: “Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”. Nessa esteira, o Enunciado 99 da Anamatra:

Enunciado n. 99 Sucumbência Recíproca. **O juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, par.3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico.** O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou ‘sucumbência parcial’, referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial (grifou-se).

Nesse sentido, cite-se o precedente no julgamento do recurso ordinário nos autos 0000403-29-2018-5-09-0303 (ROT), publicado em 13/12/2019, de relatoria do Des. Luiz Eduardo Gunther e em que atuou como revisor o Juiz Convocado Marcus Aurélio Lopes:

A reclamante pretende, com a reforma da decisão para que seja declarada a nulidade do regime 12x36, seja excluída a condenação no pagamento de honorários de sucumbência ao procurador da reclamada. Sucessivamente, requer seja reduzido o

percentual fixado para 5%, e que também seja observado que a sucumbência apenas parcial afasta a condenação, a qual, acaso mantida, deve observar a suspensão prevista pelo § 4º do artigo 791-A da CLT.

Assim decidiu o MM. Juízo de origem:

A teor do disposto no art. 14 da Lei nº 5.584/70, a prestação da assistência judiciária nesta Justiça Especializada compete aos Sindicatos.

Como remanesca, todavia, o jus postulandi das partes (art. 791 da CLT com redação anterior à Lei nº 13.467/2017), vedava-se, em regra, a condenação em honorários advocatícios, cingidos aos casos em que, representado pelo Sindicato profissional, o empregado demonstrasse a percepção de salários inferiores ao dobro do mínimo ou situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família (Súmula nº 291 do C. TST), ressalvadas, ainda, as lides que não envolvam relação de emprego (art. 5º da IN 27/05 do C. TST).

Tal realidade, todavia, ignorava a crescente complexidade das lides ajuizadas nesta Justiça Especializada, reclamando a atuação de advogado para concretização de efetivo acesso à justiça, e de um Processo Trabalho adequado ao novo paradigma apresentado.

Inegável que a condenação em honorários sucumbenciais materializada na novel redação do art. 791-A da CLT representa distanciamento dos princípios da gratuidade e da simplicidade - estruturais ao Processo do Trabalho e afirmadores de sua autonomia dogmática - entretanto, “temos que encarar a realidade de uma época em que o exercício da capacidade postulatória se tornou uma caricatura de si mesma” (MATEUS DA SILVA, Homero Batista. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pág. 163).

Tecidas estas balizas, e tendo em conta que parte dos pedidos foi acolhida, arbitro, com supedâneo no § 2º do art. 791-A da CLT, honorários de sucumbência recíproca no importe de 10%, a serem computados sobre o valor apurado em liquidação, considerando o que foi postulado e obtido em relação a cada pedido, observando-se, ainda, o limitador estabelecido na inicial.

Analisa-se.

A presente ação foi proposta em 13/6/2018, portanto, na vigência da Lei 13.467/2017, que traz novo regulamento acerca dos honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho, em especial o artigo 791-A da CLT, nos seguintes termos:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (Artigo incluído pela Lei nº 13.467/2017 - DOU 14/07/2017).

Para efeito de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, há que se verificar, para fins de reconhecimento de sucumbência recíproca no processo do trabalho, os pedidos julgados procedentes e improcedentes.

Nesse sentido a aplicação analógica do parágrafo único do artigo 86 do CPC: “Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”.

Assim não incide honorários sucumbenciais sobre os pedidos julgados parcialmente procedentes, porquanto a sucumbência se refere ao pedido e não ao seu valor, de forma que a condenação em montante inferior a quantificação do pedido na inicial,

por si só, não implica sucumbência recíproca.

Reforça este entendimento o Enunciado nº 99 aprovado pela Anamatra:

“Enunciado n. 99 Sucumbência Recíproca. O juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, par.3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou ‘sucumbência parcial’, referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial.”.

No presente caso, com a reforma da r. sentença, não estão presentes os requisitos previstos pelo artigo 791-A da CLT para ensejar a condenação da reclamante ao pagamento de honorários sucumbenciais, uma vez que a autora teve seus pedidos julgados parcialmente procedentes. Logo, não são devidos honorários sucumbenciais pela autora.

Reformo parcialmente para excluir a condenação da reclamante ao pagamento de honorários de sucumbência ao procurador da ré.

Vê-se que, em caso de **pedidos julgados parcialmente procedentes**, os honorários sucumbenciais são indevidos. Apenas na hipótese de **improcedência total de um pedido em especial** pode haver a condenação na verba sucumbencial.

Por outro lado, em caso de **improcedência total da ação** e, sendo a parte autora beneficiária da gratuidade de justiça, declara-se a suspensão da exigibilidade com base no § 4º do art. 791-A da CLT:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Na espécie dos autos, o único pedido da autora foi julgado parcialmente procedente. Logo, a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais é dirigida apenas ao réu.

O § 2º do artigo 791-A da CLT fixa os critérios a serem observados no arbitramento dos honorários sucumbenciais:

Ao fixar os honorários, o juízo observará: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - o grau de zelo do profissional; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - o lugar de prestação do serviço; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - a natureza e a importância da causa; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Em vista do alto zelo profissional, da natureza, da importância da causa, do tempo de tramitação, mesmo ausente de produção de prova oral ou pericial, entendo ser razoável fixar o percentual de honorários sucumbenciais para 15% sobre o valor bruto da condenação em favor dos advogados da autora.

As custas processuais serão fixadas oportunamente.

Por esses fundamentos, **reformo** a sentença para reverter a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais e fixá-los em 15% sobre o valor bruto da condenação em favor dos patronos da autora.

3. Honorários de sucumbência e custas processuais

Matéria analisada em conjunto com o tópico anterior em razão de correlação temática.

4. Correção monetária

A autora pede, em caso de condenação pecuniária, que se determine a aplicação do IPCA-E como índice de atualização dos créditos trabalhistas (fls. 804/810).

Em decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário com Agravo 1.247.402, foi cassada a decisão proferida pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho na ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, e tornou-se, mais uma vez, polêmico o critério de atualização monetária dos créditos trabalhistas. Ainda na a decisão monocrática do mesmo Ministro, na Ação Declaratória de Constitucionalidade 58, determinou-se a suspensão de todas as execuções trabalhistas em que se discuta o tema. Diante da decisão esta Turma, reformulando o entendimento que vinha sendo adotado, passou a considerar que o índice de correção monetária aplicável deve ser definido em execução com o que se procura evitar a necessidade de suspensão dos processos de conhecimento até decisão definitiva sobre o índice cabível e os efeitos negativos desse adiamento da solução do processo aos trabalhadores.

Assim, **remete-se** a definição do índice de correção monetária aplicável à fase de execução.

III - CONCLUSÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu; presente o Excelentíssimo Procurador Leonardo Abagge Filho, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, Ricardo Tadeu Marques da Fonseca e Marcus Aurelio Lopes, sustentou oralmente o advogado Christian Barlera inscrito pela parte recorrente, sustentou oralmente o advogado Zoilo Luiz Bolognesi inscrito pela parte recorrida; **ACORDAM** os Desembargadores da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **EM CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA C. R. D. S. E DAS CONTRARRAZÕES** apresentadas pelo réu **B. B. S.A** .. No mérito, por igual votação, **EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA AUTORA C. R. D. S.** para: **a)** determinar que o réu promova a sua imediata reintegração, em função compatível com sua capacidade física, com as devidas anotações em CTPS, promovendo o seu encaminhamento, se necessário, para a Previdência Social para os devidos fins, e que eventual nova demissão imotivada só ocorra após o cumprimento do § 1º do art. 93 da Lei nº 8.213/91; **b)** condenar o réu no pagamento dos salários e demais verbas devidas em relação ao período de afastamento (13/09/2018 a 13/09/2019) e a restaurar todas as condições reinantes antes da dissolução contratual, como se em serviço tivesse se mantido, observados todos os reajustes aplicados aos demais trabalhadores no período e vantagens advindas de Convenção Coletiva de Trabalho, abatidos os valores creditados a igual título e os percebidos na rescisão, sem juros e correção monetária (Súmula 187, TST); **c)** determinar a expedição de ofício ao INSS para que informe se a autora recebeu o auxílio doença acidentário a partir de 03/11/2015 (data da segunda demissão) e, em caso afirmativo, em quais meses. Na hipótese de recebimento do benefício previdenciário em algum período que abranja o lapso temporal fixado para o pagamento dos salários e vantagens do período de estabilidade (13/09/2018 a 13/09/2019), deve-se considerar que o contrato de trabalho permaneceu suspenso e, por consequência, não são devidos salários e demais vantagens; **d)** determinar o restabelecimento de Plano de Saúde; **e)** fixar os parâmetros da condenação; **f)** reverter a condenação ao pagamento dos horários sucumbenciais e fixá-los em 15% sobre o valor bruto da condenação em favor dos patronos da autora; e **g)** remeter a definição do índice de correção monetária aplicável à fase de execução; tudo nos termos da fundamentação.

Custas invertidas, pelo réu, no importe de R\$ 600,00 (seiscentos reais), calculadas sobre o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), provisoriamente arbitrado à condenação.

Transitada em julgado a decisão, expeçam-se correspondências, acompanhadas da sentença e do acórdão, ao endereço eletrônico institucional da Procuradoria Regional do Trabalho, à Procuradoria Regional Federal do Paraná, no endereço eletrônico pfpr.regressivas@agu.gov.br, e ao TST, no endereço eletrônico regressivas@tst.jus.br, na forma da Recomendação Conjunta GP.CGJT 2/2011, e do ofício TST.GP 218/2012.

Intimem-se.

Curitiba, 15 de julho de 2020.

MARLENE T. FUVERKI SUGUIMATSU
Desembargadora Relatora

PROCESSO nº 0000141-54.2021.5.09.0245 (RORSum)

ACIDENTE DE TRAJETO. EQUIPARAÇÃO A ACIDENTE DE TRABALHO PARA FINS DE ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. Uma vez identificado que o afastamento do trabalhador foi superior a 15 dias e que o acidente ocorreu no trajeto da residência para o trabalho ou vice-versa, fica caracterizado o acidente de trajeto e, portanto, acidente de trabalho, para fins de estabilidade acidentária, nos termos do art. 118 da Lei 8.213/91 e da Súmula 378 do C. TST. A análise da responsabilidade do empregador não é requisito para a aquisição da estabilidade acidentária. Recurso da 1ª Reclamada a que se nega provimento no particular.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO**, provenientes da **MM. VARA DO TRABALHO DE PINHAIS**.

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I, "caput", da CLT.

FUNDAMENTAÇÃO**ADMISSIBILIDADE**

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHECE-SE** dos recursos ordinários interpostos, assim como das respectivas contrarrazões.

MÉRITO**Recurso da 2ª Ré****Responsabilidade subsidiária**

Rebela-se a 2ª Ré em face da r. decisão primeva que reconheceu sua responsabilidade subsidiária no feito.

Explana que: a) a contratação da 1ª Ré obedeceu a todos os critérios

estabelecidos na legislação pertinente, sendo precedida do devido procedimento licitatório, o que afasta de plano a culpa “in vigilando”; b) durante o contrato existente entre as Reclamadas a fiscalização abrangeu a apuração quanto ao efetivo pagamento de salários, comprovação da quitação dos recolhimentos previdenciários e do regular recolhimento ao FGTS; c) o reconhecimento da responsabilidade subsidiária viola ao art. 5º, II, da CF e o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exige os órgãos da administração pública da responsabilidade pelos créditos trabalhistas das empresas licitadas e ao art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 que autoriza e estimula a terceirização, sendo inconstitucional a previsão inserta no item IV da Súmula nº 331 do C. TST; d) não há culpa “in eligendo” em virtude da contratação via licitação; e) de acordo com o inciso V da Súmula nº 331 do C. TST o mero inadimplemento de parcelas trabalhistas pela empresa contratada não seja atribuição de responsabilidade subsidiária do tomados de serviços.

Analisa-se.

A 2ª Reclamada (C.) firmou contrato com a 1ª Reclamada (U. E.), para a *“prestação de serviço de mão de obra temporária, com jornada de 40 (quarenta) horas semanais, para suprir a carência transitória de pessoal regular e permanente ou demanda complementar de serviços, para a execução de atividades internas no âmbito da SE/Paraná, discriminados no quadro abaixo, conforme ANEXO 3 do Edital - Projeto Básico e demais condições deste Instrumento e seus Anexos”* (fls. 309/321). E na condição de empregada da 1ª Ré, a Autora prestou serviços em benefício da 2ª Ré, de 8/1/2019 a 4/11/2019, na função de *“OTT COM DIFERENCIAL”* (fls. 75 e 121/122), pelo que se evidencia a condição da 2ª Ré de tomadora de serviços.

A Administração Pública direta e indireta que ostenta a condição de tomadora de serviços, mesmo que celebre contrato administrativo através de procedimento licitatório, responde pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora de serviço, em caso de conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos da empresa contratada.

A matéria encontra-se pacificada no âmbito do E. Tribunal Superior do Trabalho por meio dos itens IV e V da Súmula 331:

“SÚMULA 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. [...]. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a

responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.”

A aplicação do item V da Súmula 331 do E. TST ao caso concreto prescinde de declaração de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93. Também não viola o princípio da separação de poderes. O enunciado apenas compatibiliza o texto legal às demais regras e princípios relativos à dignidade do trabalhador.

A decisão do E. STF no julgamento da ADC 16 não permite afastar totalmente a responsabilidade da Administração Pública em relação às obrigações trabalhistas decorrentes de contratos de prestação de serviços. É digno de nota que, *“no julgamento da ADC 16, o E. STF, ao declarar a constitucionalidade do artigo 71, §1º, da Lei 8.666/1993, ressaltou a possibilidade de a Justiça do Trabalho constatar, no caso concreto, a culpa in vigilando da Administração Pública e, diante disso, atribuir responsabilidade ao ente público pelas obrigações, inclusive, trabalhistas, inobservadas pelo contratado”* (TST, RR 156800-88.2008.5.04.0018, 82 T., Rel. Min. CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA, p. em 03/06/2011).

Em 12 de dezembro de 2019, a SDI-1, do C. TST, decidiu, por maioria de votos, que pertence à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas que lhe prestam serviços (E-RR-925-07.2016.5.05.0281, acórdão publicado em 22/05/2020).

Ainda, a respeito da fiscalização, a Instrução Normativa 05/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão/SECRETARIA DE GESTÃO, dispõe, em seu item 10 do Anexo VIII-B da IN 05/2017:

“10. Além das disposições acima citadas, a fiscalização administrativa deverá observar, ainda, as seguintes diretrizes:

10.1. Fiscalização inicial (no momento em que a prestação de serviços é iniciada)

a) No momento em que a prestação de serviços é iniciada, deve ser elaborada planilha-resumo de todo o contrato administrativo. Ela conterá informações sobre todos os empregados terceirizados que prestam serviços no órgão ou entidade, divididos por contrato, com os seguintes dados: nome completo, número de inscrição

no CPF, função exercida, salário, adicionais, gratificações, benefícios recebidos, sua especificação e quantidade (vale-transporte, auxílio-alimentação), horário de trabalho, férias, licenças, faltas, ocorrências e horas extras trabalhadas.

b) A fiscalização das Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) será feita por amostragem. Todas as anotações contidas na CTPS dos empregados devem ser conferidas, a fim de que se possa verificar se as informações nelas inseridas coincidem com as informações fornecidas pela empresa e pelo empregado. Devem ser observadas, com especial atenção, a data de início do contrato de trabalho, a função exercida, a remuneração (corretamente discriminada em salário-base, adicionais e gratificações), além de demais eventuais alterações dos contratos de trabalho.

c) O número de terceirizados por função deve coincidir como previsto no contrato administrativo.

d) O salário não pode ser inferior ao previsto no contrato administrativo e na Convenção Coletiva de Trabalho da Categoria(CCT).

e) Devem ser consultadas eventuais obrigações adicionais constantes na CCT para as empresas terceirizadas (por exemplo, se os empregados têm direito a auxílio-alimentação gratuito).

f) Deve ser verificada a existência de condições insalubres ou de periculosidade no local de trabalho, cuja presença levará ao pagamento dos respectivos adicionais aos empregados. Tais condições obrigam a empresa a fornecer determinados Equipamentos de Proteção Individual (EPI).

g) No primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação, devidamente autenticada:

g.1. relação dos empregados, com nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade(RG) e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), e indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

g.2. CTPS dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinadas pela contratada;

g.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestarão os serviços; e

g.4. declaração de responsabilidade exclusiva da contratada sobre a quitação dos encargos trabalhistas e sociais decorrentes do contrato.

10.2. Fiscalização mensal (a ser feita antes do pagamento da fatura)

a) Deve ser feita a retenção da contribuição previdenciária no valor de 11% (onze por cento) sobre o valor da fatura e dos impostos incidentes sobre a prestação do serviço.

b) Deve ser consultada a situação da empresa junto ao SICAF.

c) Serão exigidos a Certidão Negativa de Débito (CND)relativa a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União, o Certificado de Regularidade do FGTS (CRF) e a Certidão Negativade Débitos Trabalhistas (CNDT), caso esses documentos não estejam regularizados no SicaF.

d) Exigir, quando couber, comprovação de que a empresa mantém reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, conforme disposto no art. 66-A da Lei nº 8.666, de 1993.

10.3. Fiscalização diária

a) Devem ser evitadas ordens diretas da Administração dirigidas aos terceirizados. As solicitações de serviços devem ser dirigidas ao preposto da empresa. Da mesma forma, eventuais reclamações ou cobranças relacionadas aos empregados terceirizados devem ser dirigidas ao preposto.

b) Toda e qualquer alteração na forma de prestação do serviço, como a negociação de folgas ou a compensação de jornada, deve ser evitada, uma vez que essa conduta é exclusiva do empregador.

c) Conferir por amostragem, diariamente, os empregados terceirizados que estão prestando serviços e em quais funções, e se estão cumprindo a jornada de trabalho.

10.4. Fiscalização procedimental

a) Observar a data-base da categoria prevista na CCT. Os reajustes dos empregados devem ser obrigatoriamente concedidos pela empresa no dia e percentual previstos, devendo ser verificada pelo gestor do contrato a necessidade de se proceder a repactuação do contrato, inclusive quanto à necessidade de solicitação da contratada.

b) Certificar de que a empresa observa a legislação relativa à concessão de férias e licenças aos empregados.

c) Certificar de que a empresa respeita a estabilidade provisória de seus empregados (cipeiro, gestante, e estabilidade acidentária).

10.5. Fiscalização por amostragem

a) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados, que verifiquem se as contribuições previdenciárias e do FGTS estão ou não sendo recolhidas em seus nomes.

b) A Administração deverá solicitar, por amostragem, aos empregados terceirizados os extratos da conta do FGTS, os quais devem ser entregues à Administração.

c) O objetivo é que todos os empregados tenham tido seus extratos avaliados ao final de um ano (sem que isso signifique que a análise não possa ser realizada mais de uma vez em um mesmo empregado), garantindo assim o “efeito surpresa” e o benefício da expectativa do controle.

d) A contratada deverá entregar, no prazo de 15 (quinze) dias, quando solicitado pela Administração, por amostragem, quaisquer dos seguintes documentos:

d.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;

**d.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante.”
(destaque acrescido)**

No caso, apesar de reconhecida a confissão ficta (por não comparecer injustificadamente à audiência em que foi intimada a depor), a 2ª Ré (C.) apresentou farta documentação às fls. 121/335, a indicar que havia fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados da 1ª Ré: documentos atinentes ao contrato da Autora (como contrato firmado entre a Obreira e a 1ª Ré, acordo de compensação, recibo de entrega de CTPS, declaração de salário-família, solicitação de vale-transporte, autorização de descontos e cartões de ponto), documentos

atinentes à licitação para contratação da 1ª Ré, relatórios de ocorrências do SICAF (fls. 160/167), certidões negativas de condenações cíveis por ato de improbidade administrativa e inelegibilidade, de débitos trabalhistas, tributos federais, estaduais e municipais, certificado de regularidade e guias de recolhimento do FGTS, atestados de capacidade técnica, contrato assinado com a 1ª Ré (fls. 309/321) e designação de fiscais (fl. 303 e 327), dentre outros.

Extraí-se que os documentos apresentados pela 2ª Reclamada (que não podem ser desconsiderados - Súmula nº 74, II, do C. TST) demonstram que a parte cumpriu com o seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações por parte da prestadora de serviços, pois nomeou fiscais de contrato, realizou diversas cobranças por descumprimentos contratuais, aplicando diversas multas e advertências à 1ª Ré (fls. 160/167).

Dessa forma, ausente culpa da 2ª Ré, não há como reconhecer sua responsabilidade subsidiária no feito.

Assim, **reforma-se** para afastar a responsabilidade subsidiária da 2ª Ré pelas parcelas deferidas em Juízo, ficando prejudicada a análise do item "*Acidente de trabalho - acidente de trajeto - indenizações - estabilidade provisória*" de seu recurso.

Acidente de trabalho - acidente de trajeto - indenizações - estabilidade provisória

Tópico prejudicado.

Honorários sucumbenciais

Tópico a ser analisado em conjunto com o de mesmo título do recurso da 1ª Ré.

Recurso da 1ª Ré

Acidente de trabalho / trajeto

(Item apreciado em conjunto com os intitulados "*Estabilidade acidentária*", "*Indenização de 40% sobre o FGTS - impossibilidade - contrato temporário*" e "*Abatimento*" do recurso da 1ª Ré)

A 1ª Ré não se conforma com a r. sentença no ponto em que reconheceu a existência de acidente de trajeto (equiparado a acidente de trabalho) e deferiu o pagamento de indenização substitutiva.

Argumenta que *“no dia indicado 02/07/2019, a autora sequer compareceu ao trabalho, como ela mesma confessa, sendo que o ultimo dia que a autora compareceu ao trabalho foi no dia 01/07/2019”*. Além disso, aquela data ela deu entrada no hospital apenas às 7h48, quase uma hora após o horário determinado para o início da jornada contratual, pelo que se tem por não comprovado o acidente de trajeto.

Ressalta que é necessário ter havido culpa para que seja reconhecida a responsabilidade civil da empresa, o que não foi demonstrado.

Acrescenta que *“a contratação ocorreu na modalidade temporária”,* de modo que *“ainda que observada a estabilidade de 12 meses, não há previsão legal na lei 6019/74 para pagamento de aviso prévio e reflexos e indenização de 40% sobre o FGTS aos empregados temporários”*.

Pugna pelo afastamento da condenação em tela ou, ao menos, de reflexos em aviso prévio e multa de 40%, autorizando, por fim, os valores já quitados na rescisão contratual.

Pois bem.

As razões de decidir são as da r. sentença (artigo 895, § 1º, IV, da CLT), que reconheceu a existência de acidente de trajeto (equiparado a acidente de trabalho) e deferiu o pagamento de indenização substitutiva, nos termos que segue:

“DA ESTABILIDADE - ACIDENTE DE TRAJETO

A reclamante relata que teria sofrido acidente de trajeto quando se dirigia de sua residência para o trabalho no dia 02/07/2019.

O horário da ocorrência (06h45min) é compatível com o horário de início da jornada. A rota descrita pela autora se mostra adequada para o percurso entre a residência e o local de trabalho, figurando o local do infortúnio como caminho para esse deslocamento.

Assim, concluo como inequívoco nos autos que o acidente se deu no trajeto entre a residência e o trabalho.

O art. 118 da Lei 8.213/91 prevê a estabilidade no emprego, pelo período de 12 meses, contados a partir da cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente, ao segurado que sofreu acidente do trabalho.

Já o art. 21, IV, “d”, do mesmo diploma legal, amplia o conceito de acidente de trabalho para englobar também aquele ocorrido no deslocamento casatrabalho-casa, conhecido como acidente de trajeto.

Diante disso, **reconhecida a condição de acidente de trajeto, a reclamante teria direito a estabilidade no emprego até doze meses após a alta previdenciária.**

Daí decorre que a rescisão contratual é nula, porque operada durante uma garantia de emprego ainda vigente.

Todavia, diante do decurso do período de estabilidade, faz jus a reclamante ao pagamento da indenização substitutiva dos 12 meses de estabilidade, contados da alta previdenciária, equivalente aos salários, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, depósitos do FGTS, mais 40%, calculado sobre a última remuneração, observada a correção monetária e os juros.

Defiro.” (destacou-se)

Esclareça-se que o acidente de trajeto (equiparado ao acidente de trabalho) ocorreu em 2/7/2019, em razão do que a Trabalhadora permaneceu afastada de 17/7/2019 a 31/10/2019, mediante a percepção de auxílio-doença previdenciário (B31) (fl. 26), tendo sido dispensada em 4/11/2019 (fl. 75).

Dessa forma, da leitura do art. 118 da Lei 8.213/1991 e do item II da Súmula 378 do c. TST depreende-se que a Autora preencheu os requisitos para que tivesse direito ao recebimento da indenização substitutiva ao período de estabilidade acidentária, sendo que esteve afastada do trabalho por mais de 15 dias, percebendo auxílio doença, mesmo que o acidente de trabalho tenha sido reconhecido somente em Juízo.

Acresça-se que eventual ausência de culpa por parte da Ré no referido acidente não altera o entendimento desta Eg. 5ª Turma quanto à equiparação do acidente de trajeto a acidente de trabalho para fins de concessão de benefício previdenciário e para a garantia de emprego prevista na Lei 8.213/91.

Nesse sentido, cita-se o precedente desta 5ª Turma, de relatoria do Exmo. Des. Mansur, 0000038-94.2017.5.09.0016, publicado em 9/6/2020, a quem pede-se vênua para transcrever trecho da fundamentação como razões de decidir: *“O acidente de trajeto é equiparado a acidente de trabalho para fins de benefício previdenciário e para a garantia de emprego prevista na Lei n. 8.213/91, porém não cabe considerar que se trate de atividade ou tempo à disposição do empregador, nem cabe imputar à empregadora qualquer responsabilidade por eventual acidente. O enfoque dado pela legislação acidentária a fatos como este, não pode ser confundido com os*

pressupostos necessários à configuração da responsabilidade civil do empregador”.

Ainda, verifica-se que o contrato firmado entre Autor e 1ª Ré era para “*prestação de serviços temporários*”, sob o regime da Lei nº 6.019/74 e alterações (fl. 75), modalidade contratual que não foi objeto de discussão judicial.

E o TRCT informa que a rescisão ocorreu por “*extinção normal do contrato de trabalho por prazo determinado*” (fl. 75), o que também não foi questionado pela Reclamante, pelo que incabível a multa de 40% do FGTS, aplicável nos casos de dispensa sem justa causa.

Outrossim, observa-se que a r. sentença não considerou o aviso prévio no cálculo da indenização substitutiva da estabilidade provisória, pelo que inexiste interesse recursal no particular.

Por fim, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da Reclamante, autoriza-se o abatimento de valores comprovadamente adimplidos sob os mesmos títulos no TRCT de fl. 75, conforme se apurar em liquidação.

Assim, **reforma-se em parte** para afastar a multa de 40% do FGTS do cálculo da indenização substitutiva da estabilidade provisória e autorizar o abatimento das parcelas quitadas no TRCT sob os mesmos títulos.

Estabilidade acidentária

Tópico já analisado.

Indenização de 40% sobre o FGTS - impossibilidade - contrato temporário

Tópico já analisado.

Abatimento

Tópico já analisado.

Honorários sucumbenciais

(Tópico analisado em conjunto com o de mesmo título do recurso da 2ª Ré)
Colhe-se do julgado:

“DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS Nos termos do artigo 791-A da CLT, as reclamadas

deverão pagar honorários à parte autora, arbitrados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, a ser apurado em futura liquidação.”

Insurgem-se as Rés.

Assevera a 1ª Ré que, tendo em vista a baixa complexidade da demanda, os honorários sucumbenciais fixados em seu desfavor devem ser reduzidos.

E a 2ª Ré aduz que, em caso do provimento do apelo, deve ser afastada sua condenação a pagar honorários sucumbenciais à parte adversa. Sucessivamente, pede a redução do importe arbitrado em seu desfavor.

Pois bem.

O presente feito foi ajuizado já na vigência da Lei 13.467/17, que introduziu na Justiça do Trabalho a condenação em honorários advocatícios de sucumbência nos termos do artigo 791-A da CLT, inclusive de forma recíproca (§ 3º) quando da procedência parcial dos pedidos formulados na inicial.

Esclareça-se que o § 3º do art. 791-A da CLT, ao mencionar “*procedência parcial*”, refere-se ao acolhimento de parte dos pedidos, ou seja, deve haver indeferimento total de um ou mais pleitos para a condenação do empregado em honorários advocatícios sucumbenciais.

No caso, o pedido inicial de indenização substitutiva de estabilidade provisória decorrente do acidente de trajeto foi acolhido, ao menos em parte, mas o requerimento de responsabilização subsidiária da 2ª Ré foi rejeitado.

Dessa forma, **quanto à 1ª Ré**, a sucumbência recaiu apenas sobre esta que deve arcar de forma exclusiva com os honorários sucumbenciais devidos ao patrono da Autora. **Relativamente à 2ª Ré**, porém, impõe-se a condenação exclusiva da Demandante a pagar honorários sucumbenciais.

Saliente-se que a condenação em honorários sucumbenciais independe de pedido expresso, por se enquadrar na categoria dos chamados pedidos implícitos, a teor do disposto no art. 322, §1º, do CPC (“*Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.*”).

Neste contexto, consequência lógica da reversão da sucumbência em relação à 2ª Ré (no tocante ao pedido de responsabilidade subsidiária) é a condenação da Autora ao pagamento de honorários sucumbenciais aos patronos daquela.

Também, a Lei não isenta o trabalhador do pagamento dos honorários de sucumbência quando beneficiário da justiça gratuita, dispondo, porém, que **nos casos em que o vencido é beneficiário da justiça gratuita, as obrigações da sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade**, conforme § 4º do artigo 791-A Celetista.

A propósito, a expressão “*desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa*” do aludido dispositivo legal, foi declarada inconstitucional pelo C. STF, no julgamento da ADI 5766, em 20/10/2021, passando a vigor com a seguinte redação:

“Art. 791-A, § 4º, da CLT. ~~Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa~~, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.”

Portanto, a execução dessas apenas poderá ocorrer se, nos dois anos seguintes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que o devedor não mais permanece em situação de insuficiência econômica. Passado o prazo de dois anos sem que haja alteração na situação financeira do devedor, as obrigações do beneficiário serão extintas.

No tocante ao percentual, tem-se que, considerados os parâmetros estabelecidos no § 2º do art. 791-A da CLT (lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, o número e o grau de complexidade dos pedidos), reputa-se razoável e adequado fixar os honorários advocatícios **a cargo da 1ª Ré** em 10% sobre o valor da condenação, tal como fixado na origem, não comportando reparação. Quanto aos honorários sucumbenciais **devidos pela Autora aos advogados do 2ª Ré**, arbitra-se em 10% sobre o valor da causa (Precedente: acórdão proferido nos autos de nº 0000261-33.2020.5.09.0019 (ROT), de relatoria do Exmo. Juiz Convocado Paulo da Cunha Boal, em que prevaleceu a divergência do revisor Exmo. Des. Marco Antônio Vianna Mansur, DEJT 30/9/2021).

Assim, **rejeita-se o recurso da 1ª Ré**. Mas, **acolhe-se o recurso da 2ª Ré** para afastar sua condenação a pagar honorários sucumbenciais à parte adversa. E, **de ofício, condena-se** a Autora a pagar honorários sucumbenciais aos patronos da

2ª Ré no importe de 10% sobre o valor da causa, determinando, porém, a incidência da condição suspensiva de exigibilidade, conforme § 4º do artigo 791-A da CLT.

CONCLUSÃO

Em Sessão Virtual realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Ilse Marcelina Bernardi Lora; presente o Excelentíssimo Procurador Luis Carlos Cordova Burigo, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Sergio Guimaraes Sampaio, Ilse Marcelina Bernardi Lora e Archimedes Castro Campos Junior; **ACORDAM** os Desembargadores da 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁRIOS DAS RÉS**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, por igual votação: **1) DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA 2ª RÉ** para: a) afastar a responsabilidade subsidiária da 2ª Ré pelas parcelas deferidas em Juízo, ficando prejudicada a análise do item “Acidente de trabalho - acidente de trajeto - indenizações - estabilidade provisória” de seu recurso; b) afastar sua condenação a pagar honorários sucumbenciais à parte adversa; **2) DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RÉ** para afastar a multa de 40% do FGTS do cálculo da indenização substitutiva da estabilidade provisória e autorizar o abatimento das parcelas quitadas no TRCT sob os mesmos títulos; **3) DE OFÍCIO, condenar** a Autora a pagar honorários sucumbenciais aos patronos da 2ª Ré no importe de 10% sobre o valor da causa, determinando, porém, a incidência da condição suspensiva de exigibilidade, conforme § 4º do artigo 791-A da CLT. Tudo nos da fundamentação.

Rearbitra-se à condenação o valor provisório de R\$10.000,00. Custas, pela 1ª Reclamada, no importe de R\$200,00.

Intimem-se.

Curitiba, 28 de julho de 2022.

SERGIO GUIMARÃES SAMPAIO

Relator

PROCESSO nº 0000140-85.2018.5.09.0015 (ROT)

ACIDENTE DE TRABALHO TÍPICO. ESTABILIDADE. EMPREGADO APOSENTADO. AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO POR VEDAÇÃO LEGAL (ART. 124, I, DA LEI 8.213/91). DESNECESSIDADE. ARTIGO 118 DA LEI Nº 8.213/91 E SÚMULA 378 DO TST. JURISPRUDÊNCIA DO TST. *As declarações da testemunha, somadas aos demais elementos dos autos, permitem manter a condenação, que reconheceu a ocorrência de acidente de trabalho. O fato de o reclamante não ter recebido auxílio-doença acidentário, por ser aposentado, não exclui o direito à estabilidade decorrente do típico acidente de trabalho, pois a vedação legal (art. 124, I, da lei 8.213/91) não afasta o direito pleiteado.*

I. RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **MM. 15ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

Inconformada com a r. sentença, complementada pela decisão resolutiva de embargos, ambas proferidas pelo Exmo. Juiz do Trabalho GIANCARLO RIBEIRO MROCZEK, que acolheu parcialmente os pedidos, recorre a parte, tempestivamente.

O recorrente, através do RECURSO ORDINÁRIO, postula a reforma da r. sentença quanto aos seguintes pedidos: a) Multa Convencional/Honorários Advocatícios; b) Estabilidade Acidentaria. Reintegração e c) Férias. Nulidade.

Custas recolhidas.

Depósito recursal efetuado.

Contrarrazões apresentadas pelo autor.

Em conformidade com o disposto no caput do art. 45 do Regimento Interno deste E. Tribunal Regional do Trabalho (*Recebidos, registrados e autuados no*

Serviço de Cadastramento Processual, serão por este remetidos desde logo ao Ministério Público do Trabalho, os feitos em que sua intervenção for obrigatória, na forma da Lei, sendo distribuídos ao Relator, quando do seu retorno; os demais, serão encaminhados ao Serviço de Distribuição dos Feitos de 2ª instância, competindo ao Desembargador Relator a iniciativa da referida remessa, caso julgue necessário. Redação aprovada pela RA nº 008/2008, de 07/03/2008) os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho.

É, em síntese, o relatório.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

CONHEÇO do recurso ordinário e das contrarrazões, por presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

2. MÉRITO

MULTA CONVENCIONAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O magistrado de origem declarou inepto o pedido de pagamento de multa convencional, visto que ausente causa de pedir. Condenou apenas a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios, na razão de 15% sobre o valor da condenação, em favor do(a) advogado(a) da parte autora.

Alega a ré que o autor deve ser condenado ao pagamento de honorários com relação ao pedido declarado inepto (item “d” da inicial). Requer a reforma quanto ao ponto.

Em contrarrazões a parte autora alega que o pedido de condenação do reclamante ao pagamento de honorários não foi analisado pelo magistrado e a ré não opôs embargos de declaração quanto ao ponto. Sustenta que o pedido não pode ser analisado, sob pena de supressão de instância.

Analiso.

Não há que se falar em supressão de instância pois o pedido (honorários advocatícios) foi analisado na sentença. O pedido de honorários engloba a condenação

de ambas as partes e não pode ser subdividido nos termos em que alega o autor em contrarrazões. Se a magistrada não condenou a reclamante ao pagamento de honorários é porque, por óbvio o pedido não foi deferido.

Ademais, esclareço que a nova sistemática legal permite a condenação, de ofício, ao pagamento dos honorários sucumbenciais, com fundamento no art. 322, §1º do CPC e Súmula 256 do STF.

As normas legais que regem os honorários advocatícios, em regra, possuem natureza híbrida, visto que veiculam um direito material do procurador das partes e preconizam, ao mesmo tempo, regras de direito processual destinadas especialmente à análise do grau de sucumbência das partes e à razoável e proporcional fixação da verba.

Assim sendo, na Justiça do Trabalho, a condenação à verba sucumbencial apenas pode ser imposta, seja em face do autor, seja em face do demandado, nas hipóteses de lides que versam sobre relação de emprego configuradas nas ações propostas após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação. Destarte, entendo que não é simplesmente a data da sentença que irá definir a aplicabilidade das novas regras referentes à aplicação da verba de sucumbência no âmbito do processo do trabalho.

A presente demanda foi proposta em **2018**, portanto, deve ser regida pela Lei 13.467/2017.

O art. 791-A, da CLT, inserido pela referida Lei, determina que *“Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”*.

O § 2º do mencionado artigo determina os parâmetros a serem expressamente observados pelo magistrado no momento de arbitrar o percentual dos honorários sucumbenciais dentro dos limites previstos no *caput*: *“I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço”*.

O § 3º da referida nova norma legal preconiza igualmente que, na hipótese de procedência parcial, *“o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários”*.

Deve-se rememorar que o Código de Processo Civil, por expressa previsão do art. 769 da CLT, pode servir como importante fonte supletiva de parâmetros para aferição da sucumbência recíproca.

Conforme parágrafo único, do art. 86 do CPC *“Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários”*. Para o pedido tomado isoladamente, compreendo que o acolhimento de valor a menor do que o postulado em determinado pedido não impede que se considere o demandante vencedor neste ponto, exceto quando o valor obtido for ínfimo em face do total global postulado inicialmente.

Considerado o padrão comum das demandas trabalhistas, que trazem com elevada frequência a cumulação objetiva de pedidos, entendo que o percentual para aferição dos honorários advocatícios em caso de sucumbência da parte autora deve incidir sobre o valor atribuído a cada um dos pedidos elencados na exordial trabalhista que tenham sido julgados totalmente improcedentes. Não obstante, este Colegiado, em sua maioria, entende que são devidos honorários sucumbenciais mesmo para os pedidos que, embora o reclamante tenha obtido êxito em parte, não tenham sido totalmente acolhidos. Conforme entendimento prevalecente desta Turma, o montante do valor postulado na inicial que foi indeferido é a sucumbência da parte reclamante sobre a qual incidirão os honorários devidos ao advogado da parte reclamada.

Por outro ângulo, no caso da sucumbência da parte reclamada, via de regra, conforme preceito legal acima referido, deve ser aplicado o percentual escolhido sobre o valor líquido que resultar da condenação.

Deve-se ressaltar, por fim, que ainda que a parte sucumbente seja detentora dos benefícios da justiça gratuita, o § 4º do art. 791-A da CLT, destaca que serão devidos os honorários sucumbenciais, a serem descontados dos créditos obtidos na demanda ou, em caso de sucumbência total ou de falta de outros créditos em outras demandas, *“ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão*

ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

Diante do exposto, considerando que o reclamante foi sucumbente em relação ao pedido de pagamento de multa convencional, **reformo** a sentença e condeno o autor ao pagamento de honorários de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor do pedido indeferido (1/2 piso salarial do reclamante) a favor dos patronos da ré.

ESTABILIDADE ACIDENTARIA - REINTEGRAÇÃO

O magistrado de origem reconheceu a ocorrência de acidente de trabalho e deferiu o pagamento de indenização substitutiva ao período de estabilidade, que compreende o lapso de 18/01/2018 (data da dispensa) a 26/01/2019 (01 ano após a alta médica)

Alega a ré que não há prova robusta da ocorrência do acidente. Aduz que o depoimento do autor não serve como prova a seu favor. Sustenta que a única testemunha ouvida não presenciou o suposto acidente. Assevera que todos os documentos em que foi baseada a condenação foram produzidos unilateralmente. Ressalta que o autor nunca recebeu auxílio doença acidentário, requisito indispensável para reconhecimento da estabilidade provisória, nos termos do artigo 118 da lei 8.213/91. Requer a exclusão da condenação.

Analiso.

A estabilidade provisória prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91 tem por objetivo a permanência do trabalhador no emprego depois de um considerável período de afastamento em função de acidente de trabalho ou doença ocupacional/profissional, ainda que não seja interesse da empresa manter o contrato em vigência.

Ou seja, referido instituto visa garantir ao empregado debilitado o seu posto de serviço para recuperação de sua saúde, especialmente quando o acidente ou a doença têm origem no próprio período do contrato de trabalho e quando, dado o tempo de afastamento, extrai-se que o infortúnio laboral se revestiu de maior

gravidade.

Referido entendimento foi sedimentado pelo c. TST por meio da Súmula 378, *in verbis*:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É constitucional o artigo 118 da Lei nº 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ nº 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ nº 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

Assim, nos termos do item II supratranscrito, para que se possa declarar a nulidade da rescisão contratual operada pela reclamada, por conta da suposta estabilidade provisória acidentária da parte reclamante, uma das duas seguintes hipóteses gerais deve estar plenamente comprovada nos autos:

A - percepção de auxílio-doença acidentário e o conseqüente afastamento superior a 15 dias, o que demandaria o início da contagem do período estabilitário de um ano a partir do término do afastamento previdenciário (art. 118, da Lei 8.213/91), em situação em que o próprio INSS reconhece a natureza ocupacional do infortúnio.

No sentido exposto, a seguinte ementa de julgado deste TRT da 9ª Região:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DE TRABALHO. *O direito à estabilidade provisória no emprego está previsto no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e tem por objetivo impedir que o empregador dispense o trabalhador que sofreu acidente de trabalho ou adquiriu doença em razão das atividades laborais desenvolvidas. No caso, o reclamante recebeu auxílio doença acidentário, pelo que faz jus à estabilidade de 12 meses no emprego. Tendo em vista o término do período estabilitário, é devido o pagamento da indenização substitutiva, nos termos da Súmula 396, I, do TST. Recurso da ré ao qual se nega provimento (Relatoria Des. Thereza Cristina Gosdal, 3ª Turma, autos 02037-2015-562-09-00-5, publicado em 10/02/2017).*

B - a constatação de que o empregado foi demitido mesmo estando acometido por doença ocupacional e em estado de incapacidade para o labor, ou seja, sendo portador de patologia incapacitante que guardasse relação de causa e efeito com a atividade executada no contrato de trabalho, sem que a empresa tenha encaminhado o empregado ao Órgão Previdenciário, incidindo, na hipótese, o art. 129 do Código Civil.

De qualquer forma, mesmo que haja aferição de doença ocupacional posterior ao período de vigência do contrato de trabalho, destaco que a estabilidade provisória decorrente de infortúnio laboral somente será devida se for comprovada incapacidade laboral total após a dispensa, pois o que a lei previdenciária e a segunda parte do item II da súmula exigem, para estes casos, é a ocorrência da incapacitação total para o labor.

Em hipótese semelhante à ora destacada, assim decidiu o C. TST:

“DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO CONCAUSAL CONSTATADO EM AÇÃO JUDICIAL. REINTEGRAÇÃO. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. DECURSO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. Para a concessão da estabilidade provisória advinda de acidente de trabalho ou doença ocupacional a ele equiparada, não é necessário que tenha havido o afastamento superior a 15 dias e a percepção do auxílio-doença acidentário, quando demonstrado que o acidente ou doença guarda relação de causalidade com a execução do pacto laboral, segundo a jurisprudência desta Corte (Súmula 378, II/TST). No caso, a partir das premissas fáticas lançadas na decisão recorrida, sobretudo a conclusão da perícia judicial, mostra-se nítido que as circunstâncias laborais atuaram, ao menos, como concausa da doença adquirida pelo Reclamante. Assim, reconhecido o nexo concausal entre a doença adquirida pela Obreira e as atividades por ela desenvolvidas em prol da Reclamada, incide a parte final do item II da Súmula 378/TST, ou seja, o reconhecimento da estabilidade acidentária de 12 meses prevista no art. 118 da Lei 8.213/91. Contudo, uma vez que o período de estabilidade já se encontra exaurido, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da dispensa e o final do período de estabilidade, segundo o teor da Súmula 396, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido”. (TST - RR: 10000720115150002, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/08/2017).

Pois bem.

Na inicial o autor alegou:

“(...) na data de 19.10.2017 enquanto varria a escada do parquinho do Condomínio, escorregou e caiu, vindo a quebrar a mão esquerda.
No dia do acidente o autor pensou ter sofrido apenas uma luxação na mão e

continuou fazendo seus serviços. No entanto no fim do dia a mão já estava bastante inchada e dolorida.

No dia 20.10.2017 compareceu ao trabalho pela manhã e como estava com muita dor, conversou com o Síndico de que teria que ir até o Pronto Socorro pois achava que tinha quebrado a mão. O Síndico então solicitou ao autor que fosse até o Hospital do Trabalhador.

No Hospital o autor foi medicado, tendo sido emitida a CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho e concedido um atestado de 03 (três dias).

No dia 23.10.2017 o reclamante retornou ao Hospital, pois, não estava agüentando de dor e a mão muito inchada. Fizeram RX e foi verificado que havia fraturado o osso. Foi engessada a mão e concedido um atestado ao autor de 15 (quinze) dias com retorno agendado para 30.10.2017.

Na data de 30.10.2017 foi mantido o gesso e agendado retorno para a data de 17.11.2017.

Em 17.11.2017 foi retirado o gesso, efetuado novo RX e como ainda não havia consolidada a fratura, foi novamente engessada a mão e concederam atestado ao autor por mais 30 (trinta) dias.

Retornou em 15.12.2017 e o médico retirou o gesso, mantendo a mão imobilizada com tala e solicitou retorno em 06 semanas, concedendo novo atestado ao autor.

No retorno agendado para 26.01.2018 fez novo RX e então obteve alta médica. (fl. 03)

Foi ouvida apenas uma testemunha, que disse:

1) conforme CTPS exibida, trabalhou no reclamado como porteiro folguista de 01/12/2013 a 19/02/2018; 2) como folguista, cobria os 3 turnos no condomínio; 3) cumpria jornada de 8h; 4) no dia 19/10/2017 estava trabalhando no condomínio na parte da manhã; 5) não viu o autor caindo, mas disse que ele chegou na portaria reclamando, dizendo que tinha caído e que achava que tinha quebrado a mão; 6) nesse dia o autor insistiu em continuar trabalhando, mas quando era por volta das 14h30, na hora de retirar o lixo, o autor não aguentava carregar o carrinho; 7) o depoente trabalhou até as 15h naquele dia; (...) 9) no dia do alegado acidente o depoente encerrou sua jornada e o autor continuou no condomínio; 10) indagado se o autor conversou com o síndico, disse que esse só chegava muito tarde, pois tem um restaurante; 14) no dia 19/10 o autor chegou para trabalhar tranquilo, sem reclamações; (...) 19) diz que o autor chegou reclamando de dores e falando que tinha caído por volta das 10h30/11h (fl. 161)

Embora a testemunha não tenha presenciado o acidente, laborava no mesmo local que o autor e estava no local no dia. Afirmou expressamente que no dia 19/10 o autor chegou para trabalhar bem, tranquilo e sem reclamações, tendo reclamado de dores por volta das 10h:30min/11h e que lá por volta das 14h30, na hora de retirar o lixo, o autor não aguentava carregar o carrinho. A narrativa cronológica e

detalhada permite manter a sentença quanto à ocorrência de acidente de trabalho.

Foi emitida CAT pelo Hospital do Trabalhador no dia 20/10/2017 (fl. 29)

Os documentos médicos de fls. 26/39 corroboram a tese do autor.

Diante do exposto, entendo que as declarações da testemunha, somadas aos demais elementos dos autos, permite manter a condenação, que reconheceu a ocorrência de acidente de trabalho.

Quanto à ausência de recebimento de auxílio doença pela impossibilidade de acúmulo com a aposentadoria que o autor percebia, destaco a seguinte ementa do TST, com a qual corroboro:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA - ACIDENTE DE TRABALHO - EMPREGADO APOSENTADO DISPENSA DO REQUISITO PREVISTO NO ITEM II DA SÚMULA 378 DO TST. VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 124, I, DA LEI 8.213/91. PRECEDENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA 378 E DOS ARTIGOS 59 E 118 DA LEI 8.213/91. DESPROVIMENTO. Arestos de Turmas do TST são inservíveis para a divergência nos moldes da alínea “a” do art. 896 da CLT. **Conforme delineado no acórdão recorrido, o recebimento do auxílio-doença acidentário não se verificou ante o óbice legal contido no artigo 124, inciso I, da Lei nº 8.213/91, que veda o recebimento cumulado de aposentadoria com auxílio-doença, o que não afasta o direito à estabilidade decorrente do acidente de trabalho.** Precedentes. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR-79100-78.2009.5.01.0343, 2ª Turma, Relator Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, DEJT 26/06/2015). (destaquei)

Assim, o fato de o reclamante não ter recebido auxílio-doença acidentário, por ser aposentado, não exclui o direito à estabilidade decorrente do típico acidente de trabalho, pois a vedação legal (art. 124, I, da lei 8.213/91) não afasta o direito pleiteado.

Mantenho.

FÉRIAS - NULIDADE

O magistrado de origem declarou nulas as férias concedidas no período de 18/12/2017 a 16/01/2018, visto que o autor estava afastado por acidente de trabalho nesse lapso temporal. Condenou a ré ao novo pagamento de férias relativas ao período aquisitivo de 2016-2017, acrescidas de 1/3.

A ré aduz que em 15/12/2017 o reclamante entrou em contato com o síndico do condomínio e informou que havia retirado o gesso e estava apto para voltar ao trabalho. Cita o documento médico de fls. 33/34. Sustenta que em 15/12/2017 a fratura já estava consolidada e o autor estava apto para voltar ao trabalho. Diante do narrado, sustenta que não havia impedimento para concessão de férias a partir de 18/12/2017 como procedeu. Requer a reforma quanto ao ponto.

Analiso.

Conforme já analisado no tópico anterior, o autor sofreu acidente no dia 19/10/2017 e o documento de fls.33/34 (prontuário médico) indica que a alta ocorreu somente em 26/01/2018. Na consulta realizada no dia 15/12/2017 embora tenha sido retirado o gesso e conste "*deixo livre, pode mobilizar mão esq*", há a seguinte informação: "*retorno em 6s para rx final e **alta se td ok***". Assim, ao contrário do alegado pela ré, não há como reconhecer que no dia 15/12/2017 o autor estava apto para voltar ao labor, tampouco poderiam ter sido concedidas férias, pois estava afastado em razão do acidente laboral.

Não restou comprovada a alegação da ré de que o autor teria entrado em contato com o síndico e declarado estar apto ao trabalho. De toda forma, ainda assim, deveria ser realizado exame médico de retorno ao trabalho, a fim de verificar as condições de saúde do autor, o que não foi providenciado pela ré.

Diante do exposto, tal como entendeu o magistrado de origem, nulas as férias concedidas.

Mantenho.

III. CONCLUSÃO

Em Sessão Ordinária realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Francisco Roberto Ermel; presente a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Arnor Lima Neto, Paulo Ricardo Pozzolo e Francisco Roberto Ermel; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DA PARTE RÉ**, assim como das respectivas contrarrazões. No mérito, sem divergência de votos, **DAR-LHE**

PROVIMENTO PARCIAL para: condenar o autor ao pagamento de honorários de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor do pedido indeferido (1/2 piso salarial do reclamante) a favor dos patronos da ré.

Custas inalteradas, por ora.

Intimem-se.

Curitiba, 19 de fevereiro de 2020.

ARNOR LIMA NETO

Relator

PROCESSO nº 0001183-41.2019.5.09.0009 (RORSum)

HIV. DOENÇA QUE SUSCITA ESTIGMA OU PRECONCEITO. REINTEGRAÇÃO. SÚMULA 443 DO TST. Cabia à reclamada demonstrar que o motivo da dispensa não foi o fato de o autor ser portador de HIV, ônus do qual não se desincumbiu, pois se limitou a afirmar em contestação que dispensou o autor em razão do exercício do poder potestativo. Presume-se, por força da Súmula 443 do TST, tratar-se de dispensa discriminatória, impondo-se a reintegração ao emprego.

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO**, provenientes da **MM. 9ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA/PR**.

Por oportuno, indica-se que a presente ação foi ajuizada em 14/11/2019 e o contrato de trabalho perdurou de 03/12/2018 até 04/09/2019, na função de vendedor.

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I, "*caput*", da CLT.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Conheço o recurso ordinário do autor e as contrarrazões.

MÉRITO

Recurso do autor

REINTEGRAÇÃO - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

O autor insurge-se contra a sentença que julgou improcedente o pedido, ao argumento de que a testemunha Fabricio confirma que o superior hierárquico Rodrigo tinha ciência do problema de saúde acometido pelo autor, tanto que estava sendo contratado substituto para a função em virtude do desligamento do autor

por motivos de saúde; que precisou mentir sobre o estado clínico por precisar da vaga de emprego, sendo que o Rodrigo havia dito que não contratava pessoas com qualquer problema de saúde. Ressalta, ainda, ter sido desligado apenas um dia após a entrega de atestado assinado pelo infectologista que acompanhava seu tratamento clínico. Assevera que a testemunha Daiane confirmou ter ciência de que o autor é soropositivo. Destaca que utilizava o plano de saúde fornecido pela empresa e, com a dispensa, ficou à mercê da própria sorte para realizar tratamento. Invoca a Súmula 443 do C. TST; art. 1º, III, e art. 5º, XLI, ambos da CF. Requer seja determinada a reintegração do autor e o pagamento de salários vencidos e vincendos desde a dispensa até a efetiva reintegração, bem como férias + 1/3, 13º salários e FGTS ou, em sendo inviável, requer o pagamento da indenização substitutiva.

A contestação limita-se a afirmar que o autor foi desligado em razão do exercício do direito potestativo da empresa e que o réu nunca teve ciência do estado de saúde do autor (fls. 67/68).

Consta na sentença (fls. 158/162):

REINTEGRAÇÃO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA

[...] De acordo com o entendimento firmado na Súmula 443 do E. Tribunal Superior do Trabalho, “presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”.

Extrai-se da prova oral o seguinte resumo, observando a pertinência e a relevância das declarações prestadas: [...]

As declarações evidenciam que não houve discriminação na dispensa do reclamante. Tanto ele, quanto a testemunha FABRÍCIO confirmaram a tese do preposto de que a empresa já queria desligar o obreiro antes da descoberta do diagnóstico. Apesar de FABRÍCIO mencionar que Rodrigo lhe disse que o motivo era saúde, isso não fica claro no depoimento de DAIANE e nem mesmo o atestado apresentado pelo reclamante tinha CID, fl. 110. Note-se: não há relação declarada entre a fala de Rodrigo e a circunstância específica de o reclamante ser portador de HIV. Embora FABRÍCIO tenha mencionado que a empresa não contrata empregados doentes, ele mesmo foi contratado em meio a tratamento de saúde. No mais, o depoimento do reclamante é claro de que sua dispensa era esperada.

Nesse contexto, **rejeito** as pretensões formuladas.

O contrato de trabalho perdurou de 03/12/2018 até 04/09/2019 (TRCT fls. 30/31).

Foram trazidos pelas partes os seguintes documentos:

- dia 22/02/2019: atestado médico sem indicação de CID (fl. 107);
- dia 21/06/2019: receituário e atestado médico sem indicação de CID (autor fl. 27; réu fl. 108);
- dia 20/07/2019: atestado médico CID R11 - náusea e vômitos (autor fl. 28; réu fl. 109).
- agosto/2019: exames laboratoriais - amostra reagente para HIV (fls. 17/24);
- dia 03/09/2019: atestado médico para consulta (autor fl. 25; réu fl. 110);
- dia 05/09/2019: ASO como apto para o trabalho (autor fl. 26; réu fl. 106);

Foram ouvidas as partes e duas testemunhas por meio do sistema eletrônico PJe Mídias (ata de audiência fls. 142/143), cujos depoimentos foram delineados na sentença, a saber:

RECLAMANTE. **(Dispensa discriminatória) Descobriu sua doença em 26-8-2019**, durante o contrato de trabalho; não desconfiava ser portador de HIV; depois explicou que desconfiou porque **emagreceu muito; as colegas de trabalho sugeriram que ele fizesse exames; contou no trabalho o resultado dos exames**; disse que teve crises no trabalho e foi impossível esconder; o chefe imediato era Rodrigo Martins; passou as informações a ele; antes do caso, o chefe queria dispensar o reclamante; uma das colegas conversou com ele e pediu que não fizesse isso, porque o reclamante estava em um momento delicado; disse que Rodrigo queria dispensá-lo porque não tinham empatia um com o outro; o chefe era uma pessoa difícil de lidar; quando entregava atestado, no outro dia ia para outro setor como punição; confirmou que antes do exame já queriam dispensá-lo; sempre bateu as metas; depois falou que o motivo era por não concordar com o chefe; disse que a empresa mandava embora pessoas que tinham doença; foi Rodrigo quem o dispensou; enviou a foto do atestado para o chefe; no outro dia, trabalhou a noite toda e então foi chamado para assinar o comunicado de dispensa; não lhe informaram o motivo; não sabe o motivo da inexistência de CID nesse atestado; disse não saber como funcionam as regras dos laboratórios; não se recorda se o médico perguntou se ele queria ou não que colocasse o CID; fez exames demissionais; foi perguntado se ele estava tomando remédios controlados; não fizeram exame de sangue; foi liberado como se estivesse normal; falou do diagnóstico para o médico da empresa; não se recorda do setor chamado *compliance* na empresa; sabe do setor de reclamação voltado ao público.

RECLAMADA. **(Dispensa discriminatória) O reclamante nunca comunicou a empresa sobre problemas de saúde; não desconfiaram de problemas mais graves; o reclamante teve problemas de saúde, mas nunca comentaram**; a dispensa dele era para ocorrer quando ele tinha cinco meses de trabalho, porque quase sempre

chegava atrasado; trabalham com escala e nunca podiam contar com ele para a abertura da loja; o reclamante era desatento; ele não conseguia acompanhar a rotina da loja; foram prorrogando a dispensa, porque tinham que dispensar outras pessoas; **ele apresentava atestados frequentes, mas sem avisar no dia**; uma vez recebeu ligação às 21h30 reclamando que o vendedor não estava na loja; o preposto começou a ligar para o reclamante e este não atendeu; depois ele apareceu dizendo que estava na loja; o reclamante tinha ficado quarenta minutos fora; **ele cumpria as metas, mas o vendedor não é medido apenas por elas**; às vezes acontecia de o reclamante cobrir folga de outra pessoa no Shopping Barigui; a troca de posto não era punição; o preposto é exigente quanto ao trabalho; isso não influenciava no trabalho do reclamante; este não era tratado de forma ríspida; as metas não são estabelecidas pelo preposto; de modo geral, as metas são cumpridas; Fabrício não foi dispensado por excesso de faltas, mas por postura; não fazem exame sanguíneo no processo demissional.

TESTEMUNHA AUTOR F. **(Período e função da testemunha)** O depoente trabalhou para a reclamada em 2019, por quarenta e cinco dias; o reclamante foi desligado quinze dias antes do depoente; o depoente trabalhava com atendimento em um quiosque no Shopping Muller; era o mesmo local que o reclamante e o mesmo horário; o depoente estava sendo treinado pelo reclamante. **(Dispensa discriminatória) Quando o depoente foi contratado por Rodrigo, foi questionado se ele tinha problemas de saúde, porque não contratavam pessoas doentes; Rodrigo lhe disse que estava dispensando o reclamante por problemas de saúde, mas não sabia o que o reclamante tinha**; depois que Rodrigo viu o desenvolvimento do depoente, passou a mudar com o reclamante e disse que não via a hora de dispensá-lo; o depoente foi dispensado pelo mesmo motivo; não faltava, mas tinha que sair antes e já foi atendido por ambulância dentro do Shopping; a reclamada já teve que pagar táxi para o depoente ir embora por problemas de saúde; Rodrigo reclamou; **o depoente sabia que o reclamante era soro positivo por comentário dele próprio; o reclamante tinha que ser afastado do posto de trabalho muitas vezes por necessidade de ir ao banheiro**; outras duas colegas sabiam da doença; uma se chama Daiane, a outra Gisele; após faltas, o reclamante não era deslocado do local de trabalho, mas o tratamento mudou drasticamente; não sabe se o reclamante foi convocado para trabalhar em dias de folga; se não cumprissem as metas, não recebiam adicional no salário; o depoente foi contratado para o cargo do reclamante e isso foi dito em processo seletivo; não foi exigido do depoente exame de sangue no admissional; o depoente comentou que fazia tratamento para câncer; não sabe se existe *compliance* na empresa.

TESTEMUNHA RÉU D. **(Período e função da testemunha)** A depoente trabalha para a reclamada desde junho de 2018; trabalha como vendedora, mesma função exercida pelo reclamante; trabalhou no Shopping Muller, **em horário diferente do reclamante**; a depoente fazia horário intermediário e o reclamante o fechamento; havia horários coincidentes. **(Dispensa discriminatória)** A depoente já apresentou atestado médico; quando isso aconteceu, não foi mandada para outro local de trabalho; não sabe com certeza o motivo da dispensa do reclamante; acha que foi por atraso; **a depoente sabia que ele tinha HIV; não se recorda se soube antes de ele ter sido dispensado; acha que Rodrigo não sabia**; não viu o reclamante contando isso para Rodrigo, mas não sabe; **as faltas do reclamante estavam relacionadas**

à doença; ele avisava quando precisava faltar; a depoente sabe da existência do setor *compliance*; ele existe para denúncias e queixas; nunca precisou usá-lo; não sabe se o reclamante fez alguma queixa nesse setor; o reclamante faltou algumas vezes; não se lembra quantas faltas ele teve no último mês de trabalho; **ele se queixava da doença; quando ele descobriu e até o tempo em que foi dispensado, a depoente teve conhecimento; a depoente sugeriu que o reclamante contasse para o chefe para justificar as faltas; o reclamante nada respondeu e ela não sabe se contou;** as metas são atingíveis; acredita que o reclamante atingia as metas também; não comunicaram à depoente o motivo da dispensa do reclamante; acredita que foi pelos atrasos, mas é uma dedução; nunca presenciou relação entre Rodrigo e o reclamante porque as conversas eram em particular; lembra-se de Fabrício; não sabe se ele foi contratado na tentativa de substituir o reclamante; não havia reuniões entre a equipe; no horário em que estava com o reclamante, ele estava normal; não presenciava as idas dele ao banheiro; questionada sobre os atrasos dele, disse que a entrada dele era na saída dela; a depoente já reclamou para Rodrigo sobre os atrasos do reclamante, porque seu almoço dependia disso; não sabe quantos atestados já apresentou na empresa; foram poucos; não presenciava as conversas entre o reclamante e Rodrigo; para ela, o reclamante nunca se queixou disso.

Pela prova testemunhal produzida é possível concluir que era de conhecimento de todos no estabelecimento em que trabalhava o autor, o fato de ele ser portador de HIV.

Mesmo a testemunha arrolada pela reclamada, que trabalhava em horário diferente do autor, disse que sabia da doença.

Também a testemunha trazida pelo autor confirmou ter conhecimento de o autor ser portador de HIV.

O próprio preposto confirmou ter conhecimento de que o autor tivesse problema de saúde, embora tenha negado conhecimento sobre o HIV.

Ademais, salta aos olhos o fato de que a dispensa tenha ocorrido um dia após o autor apresentar atestado médico que, embora sem CID, fora emitido por infectologista: o autor apresentou atestado médico dia 03/09/2019 (fl. 25 e 110) e foi dispensado dia 04/09/2019 (fl. 30).

A questão de não constar CID no atestado médico do dia 03/09/2019 não afasta as circunstâncias da dispensa do autor no sentido de que era muito provável que o empregador tivesse ciência, ou desconfiasse, que o autor era portador de doença que suscita estigma - HIV.

Atrai-se a aplicação da Súmula 443 do E. TST, segundo a qual:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Cabia à reclamada, portanto, demonstrar que o motivo da dispensa não tenha sido o fato de o autor ser portador de HIV, ônus do qual não se desincumbiu, pois se limitou a afirmar em contestação que dispensou o autor em razão do exercício do poder potestativo; nada mais.

Ademais, Constituição Federal traz como fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre outros, o princípio da dignidade humana (art. 1º, III), o princípio da não discriminação (art. 3º, IV) e o princípio da isonomia (art. 5º). Além disso, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e tem por objetivo assegurar a todos existência digna (art. 170), razão pela qual deve a lei punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

Nesse sentido, a Lei nº 9.029/95 veda a adoção de qualquer prática discriminatória para efeito de acesso e manutenção da relação de emprego e o rol de atos discriminatórios contidos no seu artigo 1º não é taxativo, mas meramente exemplificativo (*“fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade”*).

Cito como precedentes deste E. Regional:

DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. ESTABILIDADE. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. NULIDADE DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO. A despedida sem justa causa de empregado acometido de HIV comporta análise cautelosa, porque “justamente em momento de absoluta fragilidade”, impõe ao trabalhador restrição ao mercado de trabalho, privando-o de atividades cotidianas básicas, da sensação de normalidade, utilidade e inclusão que o contrato laboral oferece ao indivíduo, o que, inclusive, pode contribuir para o agravamento da doença. A jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho tem perfilhado o entendimento de que o empregado portador do vírus HIV, em face das garantias constitucionais que vedam a prática discriminatória e asseguram a dignidade da pessoa humana, tem direito à estabilidade, malgrado a inexistência de preceito de lei específico,

presumindo-se discriminatória a sua dispensa imotivada, nos termos da regra encapsulada na Súmula 443/TST. Fundamentando-se na teoria norte-americana do impacto desproporcional para identificar a ocorrência de discriminação indireta na despedida do empregado acometido de doença grave, em razão de que embora se evidencie, em tese, ato patronal legítimo, o mesmo gera consequências nefastas e desproporcionais ao empregado, Hugo Carlos Scheuermann é categórico ao afirmar que “[...] a dispensa do trabalhador portador de HIV/AIDS ou de doença grave consiste, sim, em uma discriminação indireta ofensiva ao direito fundamental de igualdade, pois, sob o manto da despedida sem justa causa, quem arca com o fardo social de se ver alijado do mercado de trabalho em momento de absoluta fragilidade é o trabalhador” (Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, pág. 227/228). In casu, a rejeição da pretensão obreira não resiste, concessa venia, à interpretação congruente dos enunciados orientadores do sistema jurídico, integrativa entre si e com a normativa internacional, daí porque a despedida de empregado portador de recidiva de HIV revela-se atentatória à tutela antidiscriminatória e deve ser rechaçada pelo Judiciário Trabalhista, de maneira a conferir máxima efetividade ao princípio da isonomia, alcançando-se, assim, o objetivo maior da Constituição da República: a dignidade da pessoa humana. A Convenção 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, estabelece vedação a todas as formas de discriminação nas relações de trabalho, visando erradicá-las no âmbito da legislação, dos contratos e das condições de trabalho, mediante comprometimento dos estados-membros a formularem políticas públicas voltadas a salvaguardar o trabalhador de qualquer tratamento discriminatório, no mesmo norte em que a Convenção 159 da OIT, igualmente ratificada pelo Brasil, privilegia o tratamento igualitário no ambiente laboral. Recurso que se provê, para reconhecer a nulidade da dispensa operada e determinar a readmissão do empregado infectado com o vírus HIV ao posto de trabalho de que fora dispensado. **TRT-PR-10177-2014-010-09-00-6-ACO-01598-2016 - 4A. TURMA**, Relator: ROSEMARIE DIEDRICH S PIMPÃO, Publicado no DEJT em 22-01-2016

EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO TST. Presume-se discriminatória dispensa de empregada portadora de HIV, no entanto, tal presunção é apenas relativa, podendo ser infirmada por prova em sentido em contrário, cujo ônus recai sobre o empregador (artigo 818 da CLT c/c artigo 373, I, do CPC), do qual não se desincumbiu. No caso em tela, ficou comprovado que o empregador tinha prévia ciência da doença da autora, não havendo prova robusta de que a dispensa não foi discriminatória. **TRT-PR-17362-2015-004-09-00-0-ACO-31502-2016 - 6A. TURMA**, Relator: FRANCISCO ROBERTO ERMEL, Publicado no DEJT em 13-09-2016

Assim, não provada que a dispensa não teve motivação discriminatória, impõe-se, por força do entendimento sufragado pela Súmula 443 do TST, a reintegração do autor ao emprego.

Em vista do exposto, **dou provimento** ao recurso do autor para decretar a

nulidade da dispensa do autor, condenando-se a reclamada a reintegrar o autor ao emprego, no mesmo cargo anteriormente ocupado, como também, a pagar-lhe os salários, 13º salário e férias acrescidas de 1/3, como também a depositar na conta vinculada o FGTS de 8% sobre a remuneração e 13º salário, desde a dispensa ilícita até a efetiva reintegração.

Sobre os salários e 13º salário, incide a contribuição previdenciária e o imposto de renda, nos termos da Súmula 368 do TST.

Determino, ainda, a retificação da CTPS do autor a fim de constar a data final do contrato de trabalho correlata a publicação do v. acórdão, após intimação do réu para cumprir obrigação de fazer.

Autoriza-se a dedução dos valores recebidos por força da dispensa ilícita a título de aviso prévio e multa de 40% do FGTS. Indevida a compensação das demais parcelas pagas por meio do TRCT de fl. 30, pois não correspondem ao período correspondente a dispensa imotivada e a reintegração.

Juros e correção monetária serão definidos em liquidação e execução de sentença, nos termos da ADCs 58 e 59 do STF.

DANO MORAL

Irresignada com a sentença que rejeitou o pedido de dano moral, recorre o reclamante.

Consta na sentença (fls. 154):

DANO MORAL

Pela dispensa discriminatória, o reclamante pede indenização.

A constituição da obrigação de indenizar depende do preenchimento dos requisitos previstos nos artigos 186 e 927, caput, do Código Civil, quais sejam a conduta ilícita, o dano, o nexo causal e a culpabilidade.

Como dito anteriormente, os depoimentos mostram que a dispensa do reclamante não foi discriminatória e, antes de realizar os exames médicos, o obreiro já sabia que queriam desliga-lo.

Rejeito.

O artigo 4º da Lei nº 9.029/95 garante ao empregado dispensado por ato

discriminatório reparação por dano moral, além da reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento ou percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento.

Reconhecida a ilicitude da dispensa discriminatória praticada pela ré, conforme demonstrado, tem-se por devida a indenização por danos morais, que se prova por si (*“damnum in re ipsa”*), sendo prescindível qualquer prova nesse aspecto.

I - PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE DEPÓSITO RECURSAL POR SEGURO GARANTIA. ART. 899, § 11, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. A parte reclamada, na PET - 318418-00/2020, requer seja deferida a substituição do depósito recursal por seguro garantia judicial. De modo a preservar o caráter assecuratório do depósito recursal, instituto jurídico cuja essência foi ratificada na Lei nº 13.467/2017, a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho editou o Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT nº 1 de 16 de outubro de 2019. O CNJ, no julgamento do processo 9820-09.2019.2.00.0000, declarou a nulidade dos arts. 7º e 8º do referido Ato. Posteriormente, este foi alterado pelo Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT nº 1 de 29 de maio de 2020, ficando disciplinada a prerrogativa assegurada à parte recorrente no art. 899, §11, da CLT sem comprometer uma provável execução contra o recorrente. No entanto, a substituição só é possível se o depósito for realizado após a vigência da Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), conforme previsto no art. 12 do Ato Conjunto TST.CSJT.CGT nº 1/20 c/c o art. 20 da Instrução Normativa nº 41/2018, o qual estabelece que a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial só tem aplicação aos recursos interpostos contra as decisões proferidas a partir de 11/11/2017. Verificasse do regramento referido, que para a aferição do cumprimento dos requisitos da apólice do seguro garantia judicial, para que seja possível a substituição do depósito recursal, acaba sendo necessário o exame de fatos e provas, pois exige a análise de vários aspectos, inclusive insertos na fase de execução, podendo demandar, também, diligências que estão ligadas ao juiz de primeiro grau, como a realização de perícia contábil, que excedem a análise das peças atinentes a esta instância recursal extraordinária, salientando-se que , muitas vezes, a apólice ainda não se encontra nos autos quando do pedido da substituição. De outra parte, há de ser frisado que o depósito recursal tem natureza híbrida, possuindo as funções, tanto de requisito extrínseco para admissão do recurso (de preparo) como o de garantia do juízo, devendo ser ressaltado, também, que a penhora e a execução possuem regramentos próprios que devem ser observados, inclusive quanto à substituição do bem, nos termos do art. 829, § 2º, e 847, caput , do CPC. Além disso, relevante pontuar a questão sobre a vigência da apólice , que pode não corresponder ao tempo de tramitação do processo, o que pode fazer com que perca sua efetividade e finalidade. Assim, considerando o disposto no Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT Nº 1, de 16 de outubro de 2019, com as alterações dadas pelo Ato Conjunto TST.CSJT.CGJT Nº 1, de 29 de maio de 2020, no tocante à possibilidade de substituição do depósito recursal por seguro garantia judicial, determino o encaminhamento, via malote digital, ao juízo da execução, a fim de que examine o pedido, como entender de direito, imediatamente após exaurir-se o provimento jurisdicional no âmbito desta

Turma. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI N.º 13.015/2014. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. SÚMULA 443 DO TST. O TRT manteve a sentença que concluiu como discriminatória a dispensa do reclamante e determinou sua reintegração, porque, muito embora tivesse ciência de que o autor é portador do vírus HIV, a reclamada não refutou a presunção relativa favorável ao empregado. Estando a decisão regional em consonância com a Súmula 443 do TST, incidem os óbices do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. A despedida discriminatória configurou o ato ilícito por parte da reclamada, que gerou danos ao reclamante. Demonstrado o nexo de causalidade entre a dispensa discriminatória e a doença do autor, inviável a análise da alegada afronta aos arts. 186 e 927 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. **O Tribunal Regional manteve a indenização por dano moral no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pela discriminação que culminou com a injusta despedida do reclamante, portador do vírus HIV. O valor arbitrado atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, nos termos do art. 950 do Código Civil Brasileiro.** Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AIRR-1000663-04.2016.5.02.0320, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 18/06/2021).

Com relação ao valor da indenização, deve-se considerar a repercussão da ofensa, a posição social, profissional e familiar do ofendido, bem como a intensidade do seu sofrimento, do dolo do ofensor e a situação econômica deste. Ademais, deve ser fixado considerando o duplo efeito da indenização por danos morais: compensar o empregado pela violação do seu patrimônio moral e desestimular o empregador da prática reputada abusiva.

Assim, levando-se em conta a gravidade do ato praticado pela empregadora, a capacidade econômica derivada da natureza do empreendimento do réu, o caráter repreensivo da conduta a fim de desestimular a prática para outros empregados; bem como considerando que a indenização não pode ensejar riqueza ao trabalhador, mas mera reparação do prejuízo sofrido, a duração do contrato de trabalho por nove meses (último salário de R\$ 1.370,00), contribuindo com o sucesso do empreendimento, considero razoável arbitrar o valor em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para a hipótese dos presentes autos.

Correção monetária e juros de mora nos termos das Súmulas 381 e 439 do C. TST e do artigo 39 da Lei nº 8.177/91.

Reformo, nestes termos.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Pugna o reclamante pela condenação da reclamada ao pagamento de honorários de sucumbência.

Consta na sentença (fls. 155):

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Diante da sucumbência do reclamante, condeno-o ao pagamento de honorários sucumbenciais equivalentes a 10% do valor dado à causa, consoante preconizado no artigo 791-A do texto celetista, ficando suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do §4º do mesmo dispositivo, ante a concessão do benefício da gratuidade de justiça.

A condenação do beneficiário da assistência gratuita ao pagamento de honorários sucumbenciais não viola a garantia constitucional de acesso à justiça, porquanto condicionada à aquisição de condição financeira para saldar a dívida sem prejuízo ao sustento próprio ou familiar, no prazo de dois anos.

Em virtude da reforma da sentença, inverte a condenação dos honorários de sucumbência.

Condeno o réu ao pagamento de 10% sobre o valor líquido da condenação a título de honorários de sucumbência devidos aos patronos do autor, nos termos do art. 791-A, da CLT.

Reformo, nestes termos.

CONCLUSÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpao; presente a Excelentíssima Procuradora Mariane Josviak, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Eduardo Milleo Baracat, Rosemarie Diedrichs Pimpao e Benedito Xavier da Silva; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO AUTOR** e das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos da fundamentação, para: **a) decretar** a nulidade da dispensa do autor; **b) condenar** o réu a reintegrar o autor ao emprego; **c) condenar** o réu a pagar ao autor os

salários, 13º salário e férias acrescidas de 1/3, desde a dispensa ilícita até a efetiva reintegração, deduzindo-se o aviso prévio e a multa de 40% do FGTS; **d) condenar** o réu a depositar na conta vinculada do autor o FGTS de 8% sobre a remuneração e 13º salário e) **retificar** a CTPS; f) **condenar** o réu ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes da dispensa arbitrária em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); g) **condenar** o réu ao pagamento de honorários de sucumbência aos patronos do autor; h) **juros e correção monetária** serão definidos em liquidação e execução de sentença, nos termos da ADCs 58 e 59 do STF. Tudo nos termos da fundamentação.

Custas invertidas, pelo réu, majoradas para o valor de R\$ 800,00, sobre novo valor provisoriamente arbitrado para a condenação no importe de R\$ 40.000,00, nos termos do art. 789 da CLT.

Intimem-se.

Curitiba, 15 de julho de 2021.

EDUARDO MILLEO BARACAT
Relator

DECISÃO

V. S. M. impetrou mandado de segurança com pretensão de que seja deferida a liminar para que seja determinada a reintegração aos quadros de funcionários da reclamada, diante de ato coator consistente em indeferimento de tutela de urgência nos autos do Processo nº ATOrd 0100966-93.2020.5.01.0073 (fls. 7/24).

O desembargador relator indeferiu a liminar (fls. 906/913).

Em julgamento definitivo, o Tribunal Regional concedeu a segurança *“para determinar a imediata reintegração da impetrante aos quadros de empregados do terceiro interessado, B. B. S/A, com todos os direitos e vantagens que fazia jus antes da dispensa, inclusive manutenção do plano de saúde, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00, em caso de descumprimento da medida”* (fls. 407/410 e 442/453 e 497/502).

B. B. , reclamada na ação matriz, interpôs recurso ordinário contra o acórdão do Tribunal Regional (fls. 1174/1211), o qual foi admitido pelo Tribunal Regional às fls. 1214/1215.

Foram apresentadas contrarrazões, às fls. 1222/1232.

O Ministério Público do Trabalho opinou pelo não provimento do apelo (fls. 1238/1241).

É o relatório.

Conheço do recurso, porque foram atendidos os pressupostos legais de admissibilidade.

O Tribunal Regional decidiu:

“MÉRITO

DA REINTEGRAÇÃO

Na forma regimental, adoto o relato da Exma. Desembargadora Nuria de Andrade Peris (in verbis):

Sustenta o Impetrante ter sido dispensado ilegalmente em meio à pandemia de Covid-19 e após a publicação da Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda. Afirma que o Terceiro Interessado teria recebido benefício governamental e teria feito acordo com o sindicato de classe, assumindo compromisso público de não demitir enquanto perdurasse a pandemia. Diz entender que o referido compromisso gerou uma obrigação contratual para o banco quanto à manutenção de seu emprego. Acrescenta que a sua dispensa foi ilegal em razão de ter assumido o cargo de diretor social de cooperativa em

26/03/2020, o que lhe garantiria estabilidade provisória no emprego. Alega, por fim, que a decisão atacada feriu o seu direito líquido e certo à manutenção do emprego. Postula seja cassada a decisão que negou a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que fosse suspensa a sua dispensa, com a consequente reintegração ao emprego e manutenção do plano de saúde e demais benefícios. Requer ainda o deferimento da gratuidade de justiça.

A decisão liminar restou indeferida nos seguintes termos:

“(…)

No caso, a decisão atacada ampara-se em elementos de prova existentes nos autos que são capazes de indicar, em juízo de verossimilhança, que a Impetrante foi legalmente dispensada, nos limites do poder potestativo do empregador, que dispõe da faculdade de resilir o contrato segundo o seu livre critério.

É cediço que há hipóteses em que o empregador se vê limitado em seu poder de dispensa em razão de o empregado ser detentor de alguma estabilidade provisória. Todavia não é isso que se vê no processo relacionado.

A análise daqueles autos permite verificar que o autor, ora Impetrante, foi admitido em 09/10/2008 e dispensado em 15/10/2020, quando ocupava a função de supervisor administrativo. Constata-se, ainda, que em 26/03/2020 foi eleito diretor social da Cooperativa Poteplás (Cooperativa de Consumo de Bancários e Exbancários), que possui como objeto social a aquisição em comum de maior escala de produtos do lar em geral, atendendo aos cooperados e também a terceiros (art. 2º do Estatuto Social - fl. 70).

Ocorre que a garantia concedida ao empregado eleito diretor de cooperativa, a que alude o artigo 55 da Lei n.º 5.764/71, tem por escopo resguardar o emprego do dirigente a fim de permitir a livre persecução dos fins sociais da cooperativa, previstos no artigo 4º da referida lei, sem qualquer pressão por parte da empresa ou de seus prepostos.

Não é o caso de cooperativa de consumo, cujos atos são totalmente irrelevantes para o empregador, de modo que não se justifica a aquisição de garantia no emprego.

Vê-se, portanto, que a matéria é controvertida, sendo necessária, ainda, a análise acerca da regularidade da constituição e cumprimento das finalidades da cooperativa. Relativamente ao suposto compromisso assumido pelo banco, não vislumbro respaldo jurídico-legal para a manutenção do emprego do Impetrante, sendo certo que o indigitado compromisso, ainda que publicamente firmado, não serve de substrato para a sua reintegração.

Aliás, é do conhecimento desta magistrada, em razão do julgamento de outras demandas idênticas, que a adesão ao movimento “#NãoDemita” foi um pacto firmado para evitar a demissão de milhares de pessoas, em que várias empresas se comprometeram em suspender as dispensas por um período de 60 dias, contemplando os meses de abril e maio.

Logo, e apesar do caráter de liberalidade do pacto celebrado pelo Terceiro Interessado junto a outras tantas empresas, que embora engajadas na luta pela manutenção de milhares de empregos durante a crise social instaurada pela covid, não estavam legalmente proibidas de romper os contratos que julgassem necessários, vê-se dos autos que o acordo foi respeitado em relação ao Impetrante, dispensado apenas em 15/10/2020. Deste modo, ele não poderia requerer nenhuma consequência jurídica sob a alegação de descumprimento do referido pacto.

Corroborando o entendimento acima recentíssima decisão do Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, em 08/02/2021, nos autos da Correição Parcial nº 1000048-82.2021.5.00.0000, cujo trecho ora se transcreve:

‘(...) Ademais, o compromisso público de não-demissão tem caráter meramente social, algo como uma “carta de boas intenções”, mas não possui conteúdo normativo apto a amparar a tese acerca da estabilidade no emprego. Assim dizendo, o seu eventual descumprimento enseja reprovação tão somente no campo moral, sem maiores implicações jurídicas’.

Ora, em que pese a necessidade de adaptação da atividade jurisdicional à realidade decorrente da pandemia da covid, a dispensa do empregado e as normas a ela atinentes, inclusive as relacionadas às garantias do emprego, obedecem a ditames legais que remanescem inalterados, sendo imperioso ressaltar que ao lado dos princípios e garantias do empregado reside o direito do empregador de gerir a sua atividade empresarial.

Cumprido salientar que a impugnação de decisão que antecipa ou não os efeitos da tutela, pela via mandamental, deve vir acompanhada da demonstração de que não foram atendidos os requisitos do artigo 300 do CPC.

Neste sentido, o deferimento da tutela de urgência para reintegração do empregado aos quadros da empresa deve ser fundado na probabilidade do direito, no perigo de dano ou no risco ao resultado útil do processo, questões que não restaram minimamente verificadas.

Note-se que não há nos autos principais evidências de que o Impetrante fosse detentor de alguma estabilidade provisória no emprego, motivo pelo qual agiu bem o Juízo ao rejeitar, por ora, a tutela de urgência.

Ressalte-se que embora o Impetrante tenha feito menção às Leis nº 14.020/20 e 14.043/20, elas não lhe são favoráveis, sendo certo que não foi noticiada nenhuma suspensão do contrato de trabalho, nem redução de jornada ou salarial. Quanto à última, é notório que o seu artigo 2º afasta a possibilidade de aplicação ao Terceiro Interessado, cujo lucro líquido em 2019 foi de bilhões de reais.

Destarte, por todo ângulo que se veja, inexistente respaldo a amparar a pretensão autoral, de sorte que, ainda que nefastas as repercussões da pandemia da covid, não há direito líquido e certo do Impetrante que justifique a concessão da liminar pretendida. Indefiro-a.

Por preenchidos os pressupostos legais, nos termos do §3º do art. 790 da CLT, defiro, desde logo, o benefício da gratuidade de justiça nesse rito mandamental.”

Irresignado, o Impetrante interpôs agravo regimental em que rechaça o indeferimento da liminar, argumentando que o Terceiro Interessado assumiu compromisso público de não demitir enquanto perdurasse a pandemia; que a Lei nº 14.020/2020 instituiu medidas alternativas para promover a manutenção dos empregos; que a sua dispensa contraria a boa-fé objetiva; e que as dispensas realizadas teriam caráter discriminatório e violariam o princípio da dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho e do emprego. Por fim, repisa que, por ter sido eleito diretor de cooperativa, estaria amparado pela garantia de emprego prevista no artigo 55 da Lei nº 5.764/1971.

O Terceiro Interessado apresentou contraminuta afirmando a inadmissibilidade do remédio constitucional e pugnando pela manutenção da decisão liminar. Aduz que o

compromisso assumido pelo banco não confere respaldo jurídico para a manutenção do emprego do Impetrante e que este não detém qualquer estabilidade que impeça o ato de dispensa.

Pois bem.

Com a devia vênua ao entendimento da Relatora, o colegiado decidiu por maioria que o impetrante faz jus à reintegração por dois motivos, ou seja, 1) ser dispensado quando vigente mandato de diretor de cooperativa e; 2) compromisso público do terceiro interessado de não dispensar durante a pandemia.

Assim, passo a transcrever o voto do Desembargador Jorge Orlando Sereno Ramos, o qual adoto integralmente:

Embora demonstrado nos presentes autos que a decisão impetrada encontra-se devidamente fundamentada, e que a questão de fundo demanda análise detalhada, com dilação probatória, há que se vislumbrar, na espécie, a existência de direito líquido e certo do impetrante, a ensejar a concessão da segurança.

Neste sentido, é relevante esclarecer que o artigo 55 da Lei 5.764/71, estabelece que os diretores de cooperativas de empregados gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da CLT, sendo inequívoco que referida norma legal foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, uma vez que as garantias de emprego asseguradas pela Carta Magna não excluem outras já previstas em lei. Além disso, a Orientação Jurisprudencial nº 253, da SDI-1 do C. TST, estatui que “O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes.”, bem como que no tocante ao número de diretores detentores da estabilidade, a questão restou pacificada pela inteligência do inciso II da Súmula 369 do C. TST, que estabelece “O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.”

No caso, há elementos nos autos que demonstram que o impetrante foi eleito em 26/03/2020, para o cargo de Diretor Social da SOCIEDADE COOPERATIVA POTEPLAS - COOPERATIVA DE CONSUMO DE BANCÁRIOS E EX-BANCÁRIOS, consoante documento de Id 7792727, cujo mandato tem duração até 04/03/2024.

Assim, constata-se que a dispensa do impetrante ocorreu no curso do mandato, sendo oportuno mencionar que embora a finalidade da cooperativa nada tenha a ver com as atividades bancárias e com o aprimoramento da função desempenhada pelo impetrante, certo é que sua finalidade é destinada à facilitação da aquisição de bens de consumo pelos empregados bancários. Trata-se de uma cooperativa criada pelos bancários para atender às suas necessidades.

Saliente-se que a Lei nº 5.764/71, não faz qualquer exigência de que a atividade da cooperativa guarde correspondência à atividade desenvolvida pelo empregador, qual seja, atividade bancária.

Neste sentido os seguintes julgados deste E. TRT, in verbis:

“RECURSO DO BANCO SANTANDER S.A.. BANCÁRIO. DIRETOR DE COOPERATIVA. GARANTIA DE EMPREGO. DEVIDA. OJ 253 DA SDBI-1. ART. 543 DA CLT. ART. 8, VIII, DA CR. O reclamante provou que, em 14.09.2013, fora eleito e empossado como diretor social da Cooperativa COOPETBAN - COOPERATIVA DE CONSUMO PARA AQUISIÇÃO DE PRODUTOS VETERINÁRIOS E VAREJISTAS DOS BANCÁRIOS E EX-BANCÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, com mandato por quatro anos conforme disposto

no art. 32 do Estatuto social. A dispensa sem justa causa ocorreu em 02/07/2014. Ao perquirir a ata da assembleia da cooperativa, verifica-se ser indubitável que o reclamante foi eleito e empossado no cargo de diretor social da cooperativa, e, filiando-me à jurisprudência do C. TST, representada na OJ n.º 253 da SDBI-1, entendo que o recorrente goza da garantia de emprego estampada no inciso VIII do art. 8º da CR e no art. 543 da CLT. De mais a mais, pertinente expor que não há qualquer restrição ou inconstitucionalidade no art. 55 da Lei n. 5.764/71, não havendo qualquer norma ou princípio constitucional que afaste tal possibilidade de estabilidade provisória. É possível extrair essa constatação do teor da OJ 253 da SDBI-1 e do precedente do C. TST. Recurso improvido.” (RO 00113617520145010226, 1ª Turma, Desembargador Relator Bruno Lousada, DJ 23/02/2016)

“MANDADO DE SEGURANÇA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. EMPREGADO ELEITO DIRETOR DE COOPERATIVA DE CONSUMO. DECISÃO ANTECIPATÓRIA QUE RECONHECEU A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO EMPREGADO. Nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 253 da SDI-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho, “O art. 55 da Lei nº 5.764/71 assegura a garantia de emprego apenas aos empregados eleitos diretores de Cooperativas, não abrangendo os membros suplentes”. Para se compreender a decisão impugnada como ilegal ou abusiva, haveria que se restringir a previsão legal aos fins colimados pela cooperativa, relacionando-os com a representatividade própria dos sindicatos e a atividade do empregador, o que não é previsto no referido artigo 55. Segurança não concedida.” (MS 01011666720165010000, SEDI-2, Desembargador Relator Marcelo Antero de Carvalho, DJ 24/11/2016).

Portanto, constata-se que o impetrante faz jus garantia no emprego a que alude o artigo 55 da Lei 5.764/71.

No que tange ao compromisso público de não dispensar empregados durante a pandemia do novo coronavírus, tem-se que conforme se observa dos documentos colacionados pela impetrante aos presentes autos, bem como consoante verificado em outros mandados de segurança de minha relatoria, que tratam de casos análogos (MS 0104283-27.2020.5.01.0000, MS 0104295-41.2020.5.01.0000 e MS 0100315-32.2020.5.01.0000), existem várias matérias publicadas em jornais da grande circulação do país, assim como documento interno da Organização Bradesco denominado Relatório de Capital Humano, onde consta que “Também aderimos ao movimento #NãoDemita, um pacto firmado entre empresas para preservar empregos e evitar a demissão de milhares de pessoas” (Id fb8d962 e seguintes), comprovando efetivamente o compromisso assumido pelo terceiro interessado de não demitir empregados durante a pandemia do novo coronavírus.

Nesse contexto, mostra relevante mencionar que a impetrante do foi admitida pelo terceiro interessado em 09/08/2008, bem como que a dispensa ocorreu em 15/10/2020, quando contava com mais de 12 anos de serviços prestados ao empregador, diante de um cenário de grande degradação de empregos e renda, Saliente-se que, ainda que o ato da dispensa do empregado pudesse estar inserido no âmbito do poder diretivo do empregador, este encontra limites nos princípios que fundamentam o ordenamento jurídico, não podendo ser exercido de forma abusiva, necessitando ser pautado na ética, na boa-fé e no princípio da dignidade humana e da função social da empresa que devem nortear as relações de trabalho. Acrescente-se que, mesmo que seja percebido uma maior flexibilização nas medidas

restritivas de isolamento social em decorrência da pandemia do novo coronavírus, é fato notório, entretanto, que nos últimos meses os casos de contaminação e óbitos por conta da COVID-19 voltaram a registrar números alarmantes, sendo noticiado recentemente a descoberta de novas variantes do vírus mais infecciosas e mais letais, o que demonstra que a pandemia não está controlada, nem mesmo após o início do Programa Nacional de Imunização, ocorrido a partir de janeiro/2021, visto que a disponibilização de doses da vacina e as questões envolvendo a logística de distribuição e a imunização de toda a população ainda são desafios a serem vencidos pelo órgãos responsáveis ao longo do ano, sendo certo que referida situação, inclusive, ensejou o Plenário do Supremo Tribunal Federal em julgamento ocorrido em 08/03/2021, a referendar a liminar concedida na ADI nº 6.625, em 30/12/2020, pelo Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, para manter a vigência de dispositivos da Lei nº 13.979/2020, enquanto perdurar o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus - vetor da Covid-19, uma vez que ainda é presente a persistência e letalidade da doença, que não se limitou tão somente aos meses de abril e maio de 2020.

Por outro lado, as notícias divulgadas na imprensa e os números de balanços contábeis do último semestre demonstram não só o aumento pela demanda de serviços bancários, mas também que as instituições financeiras não sofreram grandes impactos em seus lucros com a crise causada pela pandemia do novo coronavírus, sendo de se destacar que o descumprimento do compromisso assumido seja com seus empregados, seja para com toda a sociedade, importa em contrariedade ao que se assumiu voluntariamente e se empenhou em divulgar na imprensa, caracterizando o que se denomina venire contra factum proprium, situação que afronta o princípio da boa-fé objetiva, insculpido no artigo 422 do Código Civil, assim como atenta contra os princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da empresa, previstos na Constituição Federal de 1988 (inciso III do art. 1º e art. 170).

Esclareça-se que não existe risco de irreversibilidade do provimento jurisdicional antecipado, uma vez que determinada a reintegração do impetrante aos quadros do terceiro interessado, haverá o pagamento de verbas salariais por parte do empregador, mas, em contraprestação, caberá à empregada fornecer sua mão de obra em proveito da atividade por ele desenvolvida.

Cumpra consignar, finalmente, que aguardar a tramitação da ação trabalhista para garantir ao impetrante os direitos inerentes a sua reintegração no emprego, inequivocamente, representa nítida hipótese de grave lesão aos direitos do trabalhador, mormente quando diante da fonte de sua sobrevivência e de sua família.

Por conseguinte, tem-se que a presente hipótese se enquadra na previsão contida no artigo 300 do CPC, que admite a concessão da tutela de urgência quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, impondo-se o deferimento da pretensão para determinar a imediata reintegração do impetrante aos quadros de empregados do terceiro interessado, B. B. S/A, com todos os direitos e vantagens que fazia jus antes da dispensa, inclusive manutenção do plano de saúde, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento da medida.

Diante de todo o exposto, assiste razão à agravante, devendo ser reformada a decisão

agravada, e na forma do artigo 355 do CPC, inexistindo a necessidade de produção de qualquer outra prova, tem-se por prejudicado o recurso de agravo interno, para no mérito, decidindo-se antecipadamente o feito, conceder a segurança, para determinar a imediata reintegração do impetrante aos quadros de empregados do terceiro interessado, B. B. S/A, com todos os direitos e vantagens que fazia jus antes da dispensa, inclusive manutenção do plano de saúde, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00 (um mil reais), em caso de descumprimento da medida.

Apesar desta Redatora Designada entender que não cabe a reintegração pelo compromisso de não dispensar na pandemia, curvo-me ao entendimento majoritário desta E. Seção Especializada em Dissídios Individuais. De qualquer forma, o mandato de diretor de cooperativa garante o emprego ao impetrante, conforme exposto acima.

Assim, impõe-se a concessão da segurança para determinar a imediata reintegração do impetrante aos quadros de empregados do terceiro interessado, B. B. S/A, com todos os direitos e vantagens que fazia jus antes da dispensa, inclusive manutenção do plano de saúde, sob pena de multa diária no importe de R\$ 1.000,00, em caso de descumprimento da medida. Tendo em vista a submissão do mérito desta ação mandamental a julgamento perante o Colegiado, fica prejudicado o agravo regimental interposto pelo Impetrante contra a decisão monocrática.

VOTOS DIVERGENTES NA FORMA DO ART 941, §3º DO CPC:

DESEMBARGADORA NURIA DE ANDRADE PERIS:

Sustenta o Impetrante ter sido dispensado ilegalmente em meio à pandemia de Covid-19 e após a publicação da Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda. Afirma que o Terceiro Interessado teria recebido benefício governamental e teria feito acordo com o sindicato de classe, assumindo compromisso público de não demitir enquanto perdurasse a pandemia. Diz entender que o referido compromisso gerou uma obrigação contratual para o banco quanto à manutenção de seu emprego. Acrescenta que a sua dispensa foi ilegal em razão de ter assumido o cargo de diretor social de cooperativa em 26/03/2020, o que lhe garantiria estabilidade provisória no emprego. Alega, por fim, que a decisão atacada feriu o seu direito líquido e certo à manutenção do emprego. Postula seja cassada da decisão que negou a antecipação dos efeitos da tutela, a fim de que fosse suspensa a sua dispensa, com a consequente reintegração ao emprego e manutenção do plano de saúde e demais benefícios. Requer ainda o deferimento da gratuidade de justiça.

A decisão liminar restou indeferida nos seguintes termos:

“(…)

No caso, a decisão atacada ampara-se em elementos de prova existentes nos autos que são capazes de indicar, em juízo de verossimilhança, que a Impetrante foi legalmente dispensada, nos limites do poder potestativo do empregador, que dispõe da faculdade de resilir o contrato segundo o seu livre critério.

É cediço que há hipóteses em que o empregador se vê limitado em seu poder de dispensa em razão de o empregado ser detentor de alguma estabilidade provisória. Todavia não é isso que se vê no processo relacionado.

A análise daqueles autos permite verificar que o autor, ora Impetrante, foi admitido em 09/10/2008 e dispensado em 15/10/2020, quando ocupava a função

de supervisor administrativo. Constata-se, ainda, que em 26/03/2020 foi eleito diretor social da Cooperativa Poteplás (Cooperativa de Consumo de Bancários e Exbancários), que possui como objeto social a aquisição em comum de maior escala de produtos do lar em geral, atendendo aos cooperados e também a terceiros (art. 2º do Estatuto Social - fl. 70).

Ocorre que a garantia concedida ao empregado eleito diretor de cooperativa, a que alude o artigo 55 da Lei n.º 5.764/71, tem por escopo resguardar o emprego do dirigente a fim de permitir a livre persecução dos fins sociais da cooperativa, previstos no artigo 4º da referida lei, sem qualquer pressão por parte da empresa ou de seus prepostos.

Não é o caso de cooperativa de consumo, cujos atos são totalmente irrelevantes para o empregador, de modo que não se justifica a aquisição de garantia no emprego.

Vê-se, portanto, que a matéria é controvertida, sendo necessária, ainda, a análise acerca da regularidade da constituição e cumprimento das finalidades da cooperativa. Relativamente ao suposto compromisso assumido pelo banco, não vislumbro respaldo jurídico-legal para a manutenção do emprego do Impetrante, sendo certo que o indigitado compromisso, ainda que publicamente firmado, não serve de substrato para a sua reintegração.

Aliás, é do conhecimento desta magistrada, em razão do julgamento de outras demandas idênticas, que a adesão ao movimento “#NãoDemita” foi um pacto firmado para evitar a demissão de milhares de pessoas, em que várias empresas se comprometeram em suspender as dispensas por um período de 60 dias, contemplando os meses de abril e maio.

Logo, e apesar do caráter de liberalidade do pacto celebrado pelo Terceiro Interessado junto a outras tantas empresas, que embora engajadas na luta pela manutenção de milhares de empregos durante a crise social instaurada pela covid, não estavam legalmente proibidas de romper os contratos que julgassem necessários, vê-se dos autos que o acordo foi respeitado em relação ao Impetrante, dispensado apenas em 15/10/2020. Deste modo, ele não poderia requerer nenhuma consequência jurídica sob a alegação de descumprimento do referido pacto.

Corroborar o entendimento acima recentíssima decisão do Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga, em 08/02/2021, nos autos da Correição Parcial n° 1000048-82.2021.5.00.0000, cujo trecho ora se transcreve:

‘(...) Ademais, o compromisso público de não-demissão tem caráter meramente social, algo como uma “carta de boas intenções”, mas não possui conteúdo normativo apto a amparar a tese acerca da estabilidade no emprego. Assim dizendo, o seu eventual descumprimento enseja reprovação tão somente no campo moral, sem maiores implicações jurídicas’.

Ora, em que pese a necessidade de adaptação da atividade jurisdicional à realidade decorrente da pandemia da covid, a dispensa do empregado e as normas a ela atinentes, inclusive as relacionadas às garantias do emprego, obedecem a ditames legais que remanescem inalterados, sendo imperioso ressaltar que ao lado dos princípios e garantias do empregado reside o direito do empregador de gerir a sua atividade empresarial.

Cumprido salientar que a impugnação de decisão que antecipa ou não os efeitos da tutela, pela via mandamental, deve vir acompanhada da demonstração de que não foram atendidos os requisitos do artigo 300 do CPC.

Neste sentido, o deferimento da tutela de urgência pra reintegração do empregado aos quadros da empresa deve ser fundado na probabilidade do direito, no perigo de dano ou no risco ao resultado útil do processo, questões que não restaram minimamente verificadas.

Note-se que não há nos autos principais evidências de que o Impetrante fosse detentor de alguma estabilidade provisória no emprego, motivo pelo qual agiu bem o Juízo ao rejeitar, por ora, a tutela de urgência.

Ressalte-se que embora o Impetrante tenha feito menção às Leis nº 14.020/20 e 14.043/20, elas não lhe são favoráveis, sendo certo que não foi noticiada nenhuma suspensão do contrato de trabalho, nem redução de jornada ou salarial. Quanto à última, é notório que o seu artigo 2º afasta a possibilidade de aplicação ao Terceiro Interessado, cujo lucro líquido em 2019 foi de bilhões de reais.

Destarte, por todo ângulo que se veja, inexistente respaldo a amparar a pretensão autoral, de sorte que, ainda que nefastas as repercussões da pandemia da covid, não há direito líquido e certo do Impetrante que justifique a concessão da liminar pretendida. Indefiro-a.

Por preenchidos os pressupostos legais, nos termos do §3º do art. 790 da CLT, defiro, desde logo, o benefício da gratuidade de justiça nesse rito mandamental.”

Irresignado, o Impetrante interpôs agravo regimental em que rechaça o indeferimento da liminar, argumentando que o Terceiro Interessado assumiu compromisso público de não demitir enquanto perdurasse a pandemia; que a Lei nº 14.020/2020 instituiu medidas alternativas para promover a manutenção dos empregos; que a sua dispensa contraria a boa-fé objetiva; e que as dispensas realizadas teriam caráter discriminatório e violariam o princípio da dignidade da pessoa humana e o primado do trabalho e do emprego. Por fim, repisa que, por ter sido eleito diretor de cooperativa, estaria amparado pela garantia de emprego prevista no artigo 55 da Lei nº 5.764/1971.

O Terceiro Interessado apresentou contraminuta afirmando a inadmissibilidade do remédio constitucional e pugnando pela manutenção da decisão liminar. Aduz que o compromisso assumido pelo banco não confere respaldo jurídico para a manutenção do emprego do Impetrante e que este não detém qualquer estabilidade que impeça o ato de dispensa.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifico que a situação fática e jurídica existente quando da prolação da decisão liminar não foi alterada, permanecendo vigentes as razões que a fundamentaram, assim como todos os demais aspectos sopesados para a manutenção da decisão de origem.

Insta salientar ademais que não se verifica a presença de prova pré-constituída a demonstrar que a dispensa tenha sido realizada como forma de retaliação ou de modo discriminatório. Não há evidência de qualquer elemento estigmatizante ou de conduta desproporcional por parte do Terceiro Interessado. O mero exercício regular do direito potestativo do empregador de resilir o contrato de emprego não acarreta, ipso facto, a alegada violação à isonomia, à dignidade da pessoa humana ou ao primado do trabalho e emprego.

Convém esclarecer nesse ponto que tanto o ato de contratação quanto o de demissão configuram uma forma de discriminar, uma vez que há escolha por parte do empregador daqueles que integrarão os quadros de sua empresa e daqueles que

não a integração. Tal distinção, que é da essência dos atos mencionados, a toda a evidência não configura ato discriminatório vedado pelo ordenamento jurídico. O que se proíbe é a conduta desproporcional do empregador motivada por alguma espécie de perseguição, preconceito ou estigma, o que, como já pontuado, não se verifica no caso em tela.

O fato é que na hipótese vertente inexistente previsão legal ou contratual que impeça o empregador de exercer livremente seu poder diretivo, inclusive extinguindo o liame empregatício, se for o caso. Aliás, é do conhecimento desta Magistrada, em razão do julgamento de outras demandas idênticas, que a adesão ao movimento “#NãoDemita” foi um pacto firmado para evitar a demissão de milhares de pessoas, em que várias empresas se comprometeram em suspender as dispensas por um período de 60 (sessenta) dias, contemplando os meses de abril e maio de 2020.

Desse modo, considerando que a dispensa do Impetrante ocorreu em 15/10/2020, fora portanto do período previsto no compromisso público assumido pelo Terceiro Interessado, afigura-se imperioso concluir que não houve qualquer transgressão à boa-fé objetiva, nem mesmo em sua vertente que impede o comportamento contraditório.

Em acréscimo cumpre destacar que o único documento apresentado pelo Impetrante que guarda relação com este fundamento do pedido é o “relatório de capital humano” emitido pelo Terceiro Interessado, no qual se registra a adesão “ao movimento #NaoDemita, um pacto firmado entre empresas para preservar empregos e evitar a demissão de milhares de pessoas”(fls. 208). Ocorre, no entanto, que essa declaração, por si só, não prova o direito líquido e certo do Impetrante, sendo imprescindível para esse fim a apresentação dos termos firmados no movimento #NaoDemita, que não vieram aos autos, mas, como alhures destacado, se tem conhecimento de sua limitação aos meses de abril e maio de 2020, período muito anterior à dispensa do Impetrante.

As Leis nº 14.020/2020 e 14.043/2020, embora apresentem medidas alternativas voltadas à manutenção dos empregos, não têm aplicação ao caso concreto e, assim, não se prestam a fundamentar o pleito de reintegração.

Em que pese o Impetrante tenha sido eleito diretor social da Cooperativa Poteplás (Cooperativa de Consumo de Bancários e Ex-Bancários), que possui como objeto social a aquisição em comum de maior escala de produtos do lar em geral, atendendo aos cooperados e também a terceiros (artigo 2º do Estatuto Social - fls. 70), a este não se aplica a garantia de emprego prevista no artigo 55 da Lei nº 5.764/1971, porquanto, como já esclarecido em sede de decisão liminar, tal previsão tem por escopo resguardar o emprego do dirigente a fim de permitir a livre persecução dos fins sociais da cooperativa, previstos no artigo 4º da referida lei, sem qualquer pressão por parte da empresa ou de seus prepostos. Não é o que se verifica na hipótese dos autos, em que a atividade da cooperativa de consumo mostra-se irrelevante para o objeto social do empregador.

Com efeito, por força do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”, de sorte que não se afigura possível acolher o pleito do Impetrante, que acarretaria, por via oblíqua, o desvirtuamento da finalidade da norma que institui a referida garantia provisória no emprego.

Destarte, não se vislumbra a alegada estabilidade provisória no emprego a amparar

a pretendida reintegração.

Assim, e persistindo os motivos que ensejaram o indeferimento da liminar objeto do presente mandamus, impõe-se a denegação, em definitivo, da segurança, ratificando-se a decisão liminar quanto a todos os seus termos. Tendo em vista a submissão do mérito desta ação mandamental a julgamento perante o Colegiado, fica prejudicado o agravo regimental interposto pelo Impetrante contra a decisão monocrática.” (fls. 1164)

Nas razões do recurso ordinário, o banco sustenta que o artigo 55 da Lei nº 5.764/1971 não foi recepcionado pela Constituição de forma que a estabilidade provisória do dirigente de cooperativa está resguardada unicamente pela convenção coletiva 2018/2020, justamente pela cláusula que aqui se deseja anular, a qual prevê necessidade de conflito de interesses entre o dirigente e seu empregador para concessão da estabilidade, efetiva prestação direta de serviços e de assistência aos associados, nos últimos 120 (cento e vinte) dias, atividade de efetivo interesse coletivo dos empregados do banco e vedação à realização de atividade privativa das entidades sindicais. Alega ausência de direito líquido e certo porque se trata de um suposto compromisso “não demita”, destituído de qualquer efeito concreto.

Sem razão.

Verifica-se da prova juntada na impetração do mandado de segurança que o impetrante foi eleito para o cargo de Diretor Social da Sociedade Cooperativa Poteplas – Cooperativa de Consumo de Bancários e Ex-bancários, cujos associados são bancários, ex-bancários e dependentes e cujo objeto social é a aquisição em comum de maior escala de produtos do lar em geral, atendendo aos cooperados associados e também a terceiros (artigos 2º do Estatuto Social – fls. 47), para exercer mandato de 5/3/2020 a 4/3/2024 (fls. 27/31).

O artigo 55 da Lei nº 5.764/71 dispõe que “Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo artigo 543 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).”

O § 3º do artigo 543 da CLT dispõe que “Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.”

No exame da prova pré-constituída do mandado de segurança, aplica-se a OJ 142 da SbDI-2 do TST, segundo a qual:

MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO LIMINARMENTE CONCEDIDA (DJ 04.05.2004) Inexiste direito líquido e certo a ser oposto contra ato de Juiz que, antecipando a tutela jurisdicional, determina a reintegração do empregado até a decisão final do processo, quando demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, como nos casos de anistiado pela Lei nº 8.878/94, aposentado, integrante de comissão de fábrica, **dirigente sindical**, portador de doença profissional, portador de vírus HIV ou detentor de estabilidade provisória prevista em norma coletiva.

Logo, revela-se suficientemente preenchido o requisito do direito líquido e certo do impetrante, no que se refere à antecipação da reintegração até a decisão final do processo, porque demonstrada a razoabilidade do direito subjetivo material, sendo que, por essa razão, todas as demais questões suscitadas pelo recorrente comportam o devido exame nos autos principais.

Diante do exposto, com fundamento no artigo 932 do CPC, nego provimento ao recurso ordinário. Custas inalteradas.

Publique-se.

Brasília, 01 de agosto de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

SERGIO PINTO MARTINS

Ministro Relator

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Revista Científica de periodicidade mensal é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br. Adota temática singular a cada edição e se destina a publicar artigos acórdãos, sentenças, condensa entendimentos jurisprudenciais sumulados ou organizados em orientações, resenhas, convida para publicação observadas as seguintes normas.

1. Os artigos ou decisões devem ser encaminhados à análise do Conselho Editorial, para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos, focados na área temática de cada edição específica, sendo divulgada a sequência dos temas eleitos pela Escola Judicial do TRT-9ª Região, mediante consulta;
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte ARIAL corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor, referência acerca da publicação original ou sobre seu ineditismo;
4. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. As referências deverão obedecer as normas ABNT. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se o Conselho Editorial da Revista Eletrônica o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, se existentes;
5. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação, sendo obrigação do Conselho Editorial informá-los assim que divulgada a Revista Eletrônica;
6. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação, sendo sua efetiva adequação ao conteúdo temático de cada edição da Revista Eletrônica pertencente ao juízo crítico-científico do Conselho Editorial, orientado pelo Desembargador que organiza as pesquisas voltadas à publicação.
7. Dúvidas a respeito das normas para publicação serão dirimidas por e-mails encaminhados à revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO