



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO

PROCESSO TRT - PJE-ROPS - 0010068-14.2018.5.18.0111

RELATOR : DESOR. EUGÊNIO JOSÉ CESÁRIO ROSA

RECORRENTE : 1. HL LAVANDERIA LTDA.

ADVOGADA : KÁTIA REGINA DO PRADO FARIA

RECORRENTE : 2. SUEIDE VIEIRA DAMACENO SILVA (ADESIVO)

ADVOGADO : LUCIANO FERREIRA LUZ

RECORRIDOS : OS MESMOS

ORIGEM : VT DE JATAÍ

JUIZ : ALEXANDRE VALLE PIOVESAN

EMENTA

GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE. ABUSO QUANTO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. INAPLICABILIDADE. O pedido da empregada gestante de pagamento de indenização substitutiva ao período de garantia de emprego provisória no período gestacional, depois de exaurido longo prazo da ruptura contratual, evidencia interesse apenas na percepção de salário sem a correspondente prestação de serviço. Age a parte em descompasso com os princípios que regem o contrato de trabalho, excedendo manifestamente os limites impostos pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva. Portanto, a matéria em debate comporta a aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*) para não incidência ao caso em exame do entendimento preconizado na Súmula 244, II, do col. TST e da Súmula 38 deste eg. Regional.

RELATÓRIO

Dispensado o relatório, nos termos do artigo 852-I da CLT.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

O recurso da reclamada é adequado, tempestivo, está com a representação processual regular e foi realizado o preparo. Igualmente regular encontra-se o apelo adesivo da reclamante. Logo, deles conheço.

MÉRITO

MATÉRIA COMUM A AMBOS OS RECURSOS

PERÍODO GESTACIONAL. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO

O MM. Juiz *a quo* deferiu o pleito de percepção de indenização substitutiva do período relativo à garantia do emprego provisória, em razão de a autora ter sido dispensada em estado gravídico, porém já ter expirado o tempo da aludida garantia, desde o ajuizamento da ação.

Devido ao ajuizamento tardio, ou seja, após transcorrido o prazo da garantia de emprego, o Exmo. Magistrado aplicou a teoria do *duty to mitigate the loss*, asseverando que *o valor total devido, a título de indenização (dispensa até o fim da estabilidade, ou seja, 13 de agosto de 2016 a 26 de setembro de 2017), deve contemplar a participação da empregada no seu pagamento total, o que justifica deságio de 50% sobre o valor* (fl. 65).

Inconformada, a reclamada recorre, alegando que, *ao revés do que alude a Demandante, a empregadora não foi cientificada pela mesma de seu estado gravídico, do qual só veio a ter ciência com a notificação da reclamação trabalhista, não havendo nos autos qualquer indício de que, ciente da gravidez - o que não ocorreu -, tenha deixado de reintegrá-la - sic.* (fl. 97).

Argumenta que a indenização somente mostra-se possível pela recusa do empregador ou pela inviabilidade da reintegração, não ficando ao arbítrio da trabalhadora optar por receber o valor dos salários sem a prestação dos serviços, o que configuraria enriquecimento sem causa - sic - fl. 98.

Repisando a tese de abuso de direito, requer a reforma da r. sentença, para que seja excluída a condenação ao pagamento da indenização substitutiva.

A reclamante interpõe recurso adesivo, aduzindo que não deve suportar nenhuma mitigação na indenização substitutiva, porquanto *se a legislação obreira impõe prazo prescricional de dois anos para ajuizamento da ação para reclamar direitos oriundos da relação de trabalho, exercendo o trabalhador o direito até esse prazo não há que se falar em abuso de direito (sic).*

Prossegue a autora, alegando não haver imposição legal de que a ciência do empregador do estado gravídico seja pressuposto para a garantia de emprego.

A disposição constitucional que trata da garantia de emprego provisória à empregada gestante estabelece que:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

...omissis

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

... omissis

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Pelo teor da norma supramencionada, restou claro que a intenção do legislador constitucional não foi assegurar direito à percepção de salários, mas sim o direito contra a dispensa arbitrária do emprego.

O fundamento dessa garantia refere-se à necessidade de proteger a continuidade da relação de emprego e a segurança da maternidade, beneficiando, evidentemente, mãe e filho.

Também é importante ressaltar que não interessa se a concepção ocorreu durante o pacto ou no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, consoante prescrição expressa no art. 391-A da CLT, incluído no bojo da Consolidação pela Lei nº 12.812, de 2013, ratificando o entendimento jurisprudencial dominante no Col. TST. Para melhor elucidação, transcrevo o dispositivo:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no 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.

A autora foi dispensada em 13/07/2016, sem ser considerada a projeção do aviso-prévio - TRCT de fl. 48.

Por meio do exame de ultrassonografia juntado às fl. 17, realizado em 08/11/2016, foi elucidado que a reclamante estava grávida de 18 semanas e 3 dias. Desse fato, resta seguro asseverar que a gravidez retroage à data de 02/07/2016, quando ainda vigia o pacto laboral.

A reclamante alegou ter comunicado à reclamada seu estado gravídico, tendo esta, embora chamada "diversas vezes na tentativa de solução do impasse", permanecido inerte.

A reclamada repudia tal afirmação, alegando que apenas quando notificada do ajuizamento da reclamação trabalhista tomou ciência da gravidez.

Pelas regras de distribuição do ônus da prova, o maior interessado em comprovar a comunicação tempestiva da gravidez ao empregador, nesse caso, é a autora, pois é fato constitutivo do direito alegado - art. 818, I, da CLT.

Isso porque a reclamada negou que fora cientificada pela reclamante, de modo que a prova do fato negativo se afigura de difícil produção, quiçá impossível.

Nesse prisma, observo que a reclamante não cuidou de juntar documentos indicativos da alegada comunicação, nem sequer arrolou testemunhas que corroborassem a sua alegação.

Logo, tenho que a autora não se desincumbiu do ônus de provar que noticiou a gravidez à empregadora.

E não se alegue a desnecessidade de comunicação ao empregador do estado gravídico para o surgimento do direito à garantia de emprego. A comunicação ao empregador é, no mínimo, pressuposto de boa-fé, já que a lei se presta a resguardar a relação de emprego para proteção da maternidade e do nascituro, não para assegurar indenização à empregada, a qualquer tempo, por não ter usufruído do período estável.

Chama atenção desta instância *ad quem* que a reclamante tenha ajuizado a ação trabalhista quase um ano após o nascimento do seu filho que, consoante certidão de fl. 14, ocorreu em 26/03/2017. Ou seja, apesar de alegar ter informado à ex-empregadora sobre sua gravidez, esperou dezessete meses desde a confirmação do estado gravídico (22/08/2016) para ajuizar a ação trabalhista (03/02/2018).

Destaque-se ainda que, quando do ajuizamento, já não vigia mais o prazo alusivo à

estabilidade provisória da gestante, o qual findou em 26/09/2017, razão pela qual cabia pleitear tão somente o pagamento da indenização substitutiva.

De todos os fatos aqui expostos, resta evidente que a sua intenção ao propor a ação consubstanciou-se apenas em receber o valor da referida indenização.

A Súmula 244, item II, do Col. TST, ao garantir o direito da empregada à indenização do período estabilitário, quando já escoado este, refere-se, por exemplo, às situações em que, não dispensada a necessidade do ajuizamento da ação dentro do prazo da estabilidade, a decisão definitiva somente seja proferida após o término do prazo, obstando a reintegração ou quando a reintegração for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, nos termos previstos no art. 496 da CLT.

Eis o teor da referida Súmula nº 244:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada 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.

Em outra vertente, não se pode olvidar que este eg. Tribunal, em razão do incidente

de uniformização de jurisprudência nº 0000707-05.2014.5.18.0081, aprovou, por meio da Resolução Administrativa nº 150, publicada no DEJT de 14-12-2015, a Súmula nº 38, com o seguinte teor:

GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE. RECUSA OU AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. CABIMENTO. A recusa injustificada da empregada gestante à proposta de retorno ao trabalho ou a ausência de pedido de reintegração não implica renúncia à garantia de emprego prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, sendo devida a indenização do período estabilitário.

A matéria em debate comporta a aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*) para não incidência de citadas súmulas ao caso em exame. Tal técnica consiste em aferir a identidade ou não dos elementos fáticos principais discutidos e aqueles que serviram de base para a *ratio decidendi* (tese jurídica).

E a situação que se apresenta não guarda identidade com os entendimentos sumulados - Súmulas 244/TST e 38/TRT18ª Região.

Conforme já demonstrado alhures, o acervo probatório dos autos não se mostra apto a comprovar que a ciência da reclamada quanto à gravidez da autora teria ocorrido em momento anterior ao ajuizamento desta ação.

Aliado a isso, o fato do ajuizamento tardio da ação, quando já expirado o período da estabilidade provisória, conduz a concluir que a reclamante teve em mira evidentemente apenas o salário em detrimento do emprego. Acaso a reclamante tivesse ajuizado ação em prazo razoável, a recorrente teria ao menos beneficiado-se da experiente força de trabalho da autora. Haveria a equivalência das obrigações contratuais.

O extenso período em que ela poderia ter comunicado o seu estado gravídico à ré e

não o fez, ainda que fosse por meio unicamente do ajuizamento de uma reclamação trabalhista não tardia, demonstra o descompasso da conduta da recorrente com os princípios que regem o contrato de trabalho, excedendo manifestamente os limites impostos pela função social do contrato e pela boa-fé objetiva.

Nossa Súmula é expressa em afirmar que a ausência de pedido de reintegração não se trata de renúncia, porém, nada refere sobre abuso de direito, o mesmo podendo ser mencionado em relação à Súmula 244/TST.

Destarte, a presente decisão não nega eficácia às súmulas editadas sobre a matéria.

A situação tratada, porém, difere da jurisprudência sumulada. Entendo que há abuso de direito. Não pode o Judiciário ser conivente com quem dele se utiliza apenas para auferir vantagens, nitidamente se beneficiando de sua própria falta de boa-fé.

O contrato de emprego é do tipo sinalagmático, com obrigações equivalentes para ambas as partes, de modo que não há salário se não há trabalho.

É bem verdade que o Col. TST, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1, consolidou o entendimento no sentido de que a propositura de ação trabalhista, depois de escoado o período de garantia de emprego, não caracteriza abuso do exercício do direito de ação, uma vez que este se encontra submetido tão somente ao prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida, portanto, a indenização desde a dispensa até a data do término do período da estabilidade.

Contudo, na contramão da linha de raciocínio preconizada no referido verbete e corroborando nitidamente os fundamentos acima delineados, consubstanciados no reconhecimento da má-fé da empregada em razão das circunstâncias fáticas supramencionadas, tem-se recente julgamento daquela Corte, *in verbis*:

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA

GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO. DECISÃO REGIONAL QUE VERIFICOU A EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DA RECLAMANTE. CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 244, I, DO TST NÃO VERIFICADA. De acordo com o entendimento da Súmula n.º 244, 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)". No caso dos autos, não se vislumbra a alegada contrariedade ao item I da Súmula n.º 244 do TST, porque o afastamento do direito à indenização não se deu meramente em virtude do referido desconhecimento, mas de outros fatores destacados no acórdão regional e na sentença, os quais, no entendimento do julgador, demonstraram que houve má-fé e abuso no exercício do direito. Recurso de Revista não conhecido (RR-11362-98.2016.5.03.0011, Relatora: Ministra Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 8-11-2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10-11-2017).

Considerando a delonga no ajuizamento da ação e à míngua de prova da comunicação tempestiva do estado gravídico, restou evidenciando o abuso do direito. Não há falar no presente caso em estabilidade provisória da gestante e no pagamento dos créditos daí decorrentes.

Portanto, reformo a r. sentença para excluir o pagamento da indenização substitutiva ao período de estabilidade gestacional.

Dou provimento ao recurso da reclamada e, por conseguinte, nego provimento ao apelo adesivo da reclamante.

RECURSO DA RECLAMADA

RESTITUIÇÃO DO VALOR DAS CUSTAS

A reclamada pede que, provido o recurso, seja-lhe restituído o valor das custas, recolhidas para proceder ao preparo do recurso.

da fl. 105. Ao interpor recurso, observe-se que a reclamada realizou o preparo, consoante se vê

As custas processuais são taxas (tributo) e constituem parte das despesas judiciais.

Conquanto tenha sido reformada a sentença, excluindo a condenação ao pagamento da indenização substitutiva à garantia de emprego, não há como determinar a restituição do valor pago a título de custas quando da interposição do recurso ordinário. Isso porque as custas foram recolhidas aos cofres da União.

Portanto, esta Justiça Especializada não detém competência material para determinar a devolução do valor recolhido.

Deve a parte valer-se dos meios cabíveis, via administrativa, para tal fim.

Nesse sentido, a jurisprudência desta eg. Turma:

RESTITUIÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. Diante da natureza jurídica tributária que possuem as custas judiciais, nos casos em que ocorre a inversão do ônus da sucumbência, tem direito a parte beneficiada de ter o valor pago sob aquele título devolvido. Entretanto, considerando que as custas processuais foram recolhidas aos cofres da União, a Justiça do Trabalho não possui competência material para determinar a pretendida devolução, devendo a parte promover, perante o Juízo competente, ação própria. Nego provimento (AP-0000281-17.2012.5.18.0128, Relatora: Desembargadora Kathia Maria Bomtempo de Albuquerque, julgado em 13.08.2013).

Nega-se provimento.

CONCLUSÃO

Conheço de ambos os recursos interpostos e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso da reclamada e nego provimento ao apelo adesivo da reclamante, nos termos da fundamentação supra.

Custas em reversão, a cargo da autora, no importe de R\$398,96, calculadas sobre o valor da causa (art. 789, II, da CLT), dispensada por ser beneficiária da justiça gratuita.

É como voto.

ACÓRDÃO

ACORDAM os magistrados da Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, em sessão ordinária realizada nesta data, por unanimidade, em **conhecer** dos recursos interpostos e, no mérito, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da reclamada e **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso do reclamante, nos termos do voto do Excelentíssimo Relator.

Participaram da sessão de julgamento os Excelentíssimos Desembargadores do Trabalho GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO (Presidente), EUGÊNIO JOSÉ CESÁRIO ROSA, IARA TEIXEIRA RIOS e o douto representante do Ministério Público do Trabalho. Secretário da sessão, Celso Alves de Moura.

Goiânia, 12/12/2018.

EUGENIO JOSE CESARIO ROSA
Relator