

PROC. Nº TRT - (RO) - 0000436-21.2013.5.06.0192

ÓRGÃO JULGADOR : PRIMEIRA TURMA.

REDATORA : DESEMBARGADORA MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO.

RECORRENTE : PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA.

RECORRIDA : M.A.S.

ADVOGADOS : ALEXANDRE ROCHA RIMULO e JOSEMARY COSTA CAVALHEIRO MENDONÇA.

PROCEDÊNCIA : 2ª VARA DO TRABALHO DE IPOJUCA/PE.

EMENTA

DIREITO DO TRABALHO. ESTABILIDADE GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. CONVITE DE RETORNO AO TRABALHO. INÉRCIA DA TRABALHADORA. ABUSO DE DIREITO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA INDEVIDA. Tenho que não atender convite de volta ao trabalho configura abuso de direito. O objetivado pela lei não é propiciar que a parte faça uma poupança e, sim, resguardar o emprego, evitando o despedimento só pela razão de a trabalhadora estar grávida. Recurso ordinário patronal a que se dá provimento.

"Vistos etc.

Recorre Ordinariamente PRUDENTE REFEIÇÕES LTDA., em face da sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Ipojuca (PE), que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por M.A.S., nos termos da fundamentação de ID 92b2b29.

Embargos de Declaração opostos pela reclamada (ID 31b8de4), acolhidos consoante decisão de ID 825b7b1.

Em razões (ID bd16e59), preliminarmente, argui a nulidade da sentença, por cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que a decisão se encontra fundamentada em documento novo (Certidão de Nascimento), cuja colação foi deferida pelo Juízo "a quo", na sessão de audiência de instrução, sem lhe conceder prazo para manifestação. Adiante, ressaltando a preclusão temporal para sua juntada, requer o desentranhamento. No que toca ao reconhecimento do aviso prévio proporcional, suscita, em sede de preliminar, a nulidade da decisão vergastada, ao fundamento de julgamento "extra petita" e, sucessivamente, pugna pela exclusão da condenação dos três dias deferidos.

Alegando desconhecimento do estado gravídico, bem como abuso do direito, postula a improcedência do pedido de indenização substitutiva estabilitária. Por fim, requer seja oficiado o INSS para confirmar se a autora recebeu as parcelas referentes ao seguro-desemprego, devendo tais valores ser deduzidos, sob pena de enriquecimento sem causa.

Foram apresentadas contrarrazões (ID 1982979).

Em conformidade com o art. 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, c/c art. 50 do Regimento Interno deste Sexto Regional, não houve remessa à Procuradoria Regional do Trabalho."

É o relatório elaborado pelo Exma. Sra. Relatora, a quem peço vênias para adotá-lo, em face dos princípios processuais da economia e da celeridade.

VOTO:

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso interposto, vez que preenchidos os pressupostos processuais de admissibilidade.

De igual, conheço das contrarrazões, por regularmente apresentadas.

Mais uma vez, peço vênia à Exma. Sra. Relatora, para adotar os seus fundamentos como razões de decidir, tendo em vista os princípios processuais da economia e celeridade, exceto no que concerne à indenização substitutiva do período estável e ao aviso prévio. "Verbis":

"Da preliminar de nulidade processual, por cerceamento do direito de defesa.

Aponta cerceio do direito de defesa, a partir da decisão do Juízo "a quo", durante assentada instrutória, que deferiu, mediante protesto, a juntada extemporânea de documento novo (Certidão de Nascimento), que foi utilizado na fundamentação da sentença, sem lhe conceder prazo para manifestação.

De início, impõe-se observar que o mencionado documento foi adunado em razão da determinação judicial, conforme se observa da ata da sessão da audiência de instrução (ID e3ed4fc - Pág. 2).

Nesse passo, saliento que não há falar em preclusão, porquanto o Magistrado detém amplo poder de direção do processo, com liberdade para, em atenção aos Princípios da Persuasão Racional e do Livre Convencimento Motivado, determinar a produção das provas que entender necessárias ao esclarecimento da lide, na forma do disposto nos artigos 765, da CLT, e 130, do CPC.

Na hipótese, avaliando o contexto processual, embora o Juízo de Primeiro Grau não tenha conferido a oportunidade para a ré impugnar a Certidão de Nascimento colacionada, não vislumbro desrespeito ao contraditório e ao seu direito de defesa capaz de invalidar o julgado.

Isso porque, ante a inegável ocorrência do parto com vida, o documento foi utilizado apenas para determinar a data final do período estável, sem que a parte tenha demonstrado a necessidade de declaração da nulidade do processo para que seja reaberta a instrução. Por fim, realço que a abordagem apresentada pela demandada confunde-se com o mérito propriamente dito do recurso, o qual será analisado adiante.

Isto posto, ante a ausência de prejuízo, em conformidade com o Princípio da Transcendência, que tem sede legal nos artigos 794 da CLT e 249, §§ 1º e 2º, do CPC, rejeito a preliminar, resultando prejudicados os pedidos e fundamentos recursais formulados com base na nulidade da juntada da Certidão de Nascimento."

Da preliminar de nulidade processual por julgamento "extra petita", arguida pela recorrente:

A recorrente alega em suas razões recursais que o Juízo "a quo" incorreu em nulidade processual por julgamento "extra petita", posto que em nenhum momento o autor alegou não ter recebido suas verbas rescisórias e não formulou pedido algum referente a tais verbas.

Vejamos.

Convém, sobre nulidades, ressaltar que a sua arguição, no processo do trabalho, está norteadada pelos artigos 794 e 795 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõem, "in verbis":

"Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

Art. 795 - As nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão argüi-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos."

Inicialmente, cumpre seja esclarecido que julgamento extra petita é julgamento a favor do autor de natureza diversa da pedida, e julgamento ultra petita é julgamento além do pedido.

Nesse passo, salienta-se que o julgador, ao prolatar decisão, deve necessária observância aos limites do que requerido à inicial e do que consta na resposta do réu, isso de acordo com o princípio vigente em nosso ordenamento da adstrição ou da congruência.

É o que dispõe o art. 460, do CPC, de acordo com o qual o Juiz não pode conceder tutela distinta ou além da que for requerida pelo autor.

Ocorre que o recurso ordinário devolve ao Tribunal toda a matéria discutida e decidida na lide (art. 515/CPC), de modo que eventuais excessos podem ser extirpados pela via de que se cuida. Não é essa causa, portanto, ensejadora da nulidade objetivada, porque é possível, sem a medida extrema perseguida, sanar-se o vício e afastar-se o prejuízo decorrente de decisão proferida além dos limites da lide, se for o caso. Incidência, inclusive, do Princípio da Economia Processual.

Desse modo, não existe nulidade a ser declarada, restando a ser apreciada, como matéria meritória, a efetiva ocorrência, ou não, das hipóteses de que cuidam os artigos 128 e 460, da Lei Adjetiva Civil.

"Mérito

Da estabilidade gestante. Da indenização substitutiva.

Aduz que, por ocasião da ruptura contratual, desconhecia o estado gravídico da autora, que apenas teve ciência com a notificação desta ação, bem como que a certeza do nascimento aconteceu apenas com a juntada intempestiva da respectiva certidão, sendo estes fatores relevantes para o indeferimento da indenização substitutiva. Sustenta, ainda, que a reclamante, além de retardar o ajuizamento da reclamação trabalhista, quando notificada para ser reintegrada no emprego, não compareceu à empresa, incorrendo, assim, em abuso de direito, porquanto pretendeu transformar a estabilidade provisória em vantagem pecuniária.

Superada a discussão da alegada preclusão temporal da juntada da Certidão de Nascimento, passo ao exame meritório da questão, estabelecendo, desde logo, ser incontroverso que, no momento da ruptura contratual (09.12.2012), a empregada estava grávida, conforme se evidencia da análise conjunta do ultrassom adunado (ID 195778) e da comprovação do efetivo nascimento com vida do seu filho, em 17.06.2013 (ID 70a8b3f).

De início, admito, em conformidade com o entendimento pacificado na Corte Superior Trabalhista, que a "norma inserida na alínea "b" do inciso II do art. 10 do ADCT da Constituição da República confere à empregada gestante a garantia ao emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, adotando como pressuposto da garantia de emprego

da gestante apenas a existência da gravidez no curso de contrato de trabalho, sendo irrelevante o momento em que constatado o estado gestacional, bem como o eventual desconhecimento da gravidez pelo empregador na data da despedida, ou mesmo pela empregada. 3. Nesse contexto, dispõe ainda a Súmula 244, I, do TST, que "o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade".) (RR - 1819-24.2013.5.12.0012, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 17/12/2014, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/12/2014 - grifei)

Com efeito, o direito à manutenção no emprego decorrente da estabilidade provisória, sem prejuízo dos salários, com a consequente restrição ao direito de rescisão unilateral do contrato de trabalho, sob pena de sujeição às reparações legais, constitui garantia constitucional, cuja finalidade não se limita, tão-somente, à proteção da gestante, mas, também, ao bem-estar do nascituro, erigindo-se em genuíno direito fundamental.

Comprovado o estado gravídico, cabível, pois, a reintegração ao emprego, ainda que desconhecida a gravidez ao tempo do desate. Inteligência do item I da Súmula 244, do C. TST.

Não há dúvida de que à empregada gestante é garantido o emprego, garantia esta consagrada pela CF/88, que no Ato das Disposições Constitucionais Provisórias, no seu artigo 10º, inciso II, letra "b" reza que:

"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".

A regra constitucional, contida na alínea "b" do inciso II, do art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, configura-se em norma de ordem pública, que protege a mulher, a maternidade e a infância. Decorre de norma contida no Direito Internacional do Trabalho, a Convenção n. 103 da OIT, datada de 1952 e ratificada pelo Brasil.

Em sendo assim, o fato de o empregador estar ciente ou desconhecer o estado gravídico da empregada no momento da dispensa ou do aviso prévio, não afasta a pertinência da aplicação da norma contida no ADCT, art.10, inciso II, "b".

Neste sentido, temos a seguinte decisão do C. TST:

"ESTABILIDADE GESTANTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. É entendimento pacífico nesta Corte que a responsabilidade do empregador em relação ao direito à estabilidade da gestante é objetiva (Súmula 244 do TST). Assim, desnecessária a prévia ciência da empregada e comunicação do empregador para a aquisição do direito. Recurso de Revista conhecido e provido". (2189006020035020002 218900-60.2003.5.02.0002, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 10/09/2008, 2ª Turma,, Data de Publicação: DJ 19/09/2008.)

E, em assim sendo, a empregada gestante não pode ser dispensada, pois tem assegurado o emprego, salvo ocorrência de falta grave determinante do despedimento motivado.

No caso, trata-se de responsabilidade objetiva, pois a empregada gestante tem assegurado o emprego, o que desde a confirmação da gravidez e o que não está na dependência do conhecimento do patrão acerca de seu estado gravídico.

Não é demais chamar atenção para o fato de que, na realidade, o que a lei defende não é a paga de indenizações e sim o emprego. A proteção dada destina-se justamente a assegurar o emprego, proibindo a despedida sem motivação da empregada gestante. Portanto, somente quando desaconselhável, e ou já transcorrido algum tempo, é que o julgador deixa de determinar a reintegração.

Esta Justiça deve ficar alerta, porém aos casos de abuso de direito, e não compactuar com tal procedimento. De fato, irrelevante o conhecimento do empregador. Mas, de se distingüir quando a hipótese é a de esconder do empregador o estado gravídico, pensando em formar uma poupança.

A prova é da empregada. Claro que não se confunde com prescrição, mas se a finalidade é garantir o emprego, deve, pois a empregada ajuizar de imediato a reclamatória, buscando a reintegração, que se desaconselhável, é fato que cabe ao Juíz decidir. Claro, pois, que a lei não se presta a tal, e cabe ao Magistrado ficar atento a proceder malicioso, que redundaria em abuso de direito.

Não se pode olvidar que o art. 10, "b", do ADCT da Constituição Federal garante o emprego e não a percepção de vantagens financeiras sem a devida contrapartida, ou seja, sem o trabalho, exceção feita à hipótese prevista no art. 496 da CLT e ou quando já transcorrido o período estabilitário por demora não creditável à obreira.

Assim, cabe à trabalhadora que goza de estabilidade provisória decorrente de gravidez, quando irregularmente dispensada, buscar de imediato o restabelecimento da relação de emprego e, conseqüentemente, a sua reintegração.

A gestante, deve sim ajuizar de imediato a reclamatória, para possibilitar a reintegração, e assim salvo se essa for desaconselhável, o que cabe ao Juízo decidir.

De se dar a interpretação devida à lei, pois quando diz da estabilidade que é a partir da confirmação da gravidez, e que independente do conhecimento do empregador, é justo porque a própria gestante não tem conhecimento do seu estado de gravidez, de imediato, tão logo tenha cocebido, mas o dispositivo legal em comento não alcança situações em que a empregada simplesmente esconde do empregador/ex empregador o seu estado gestacional.

O desconhecimento do empregador, de fato é irrelevante. Mas outra a situação quando a gravidez é escondida, sendo esta a hipótese dos autos.

Tenho que não atender convite de volta ao trabalho é, sim, também, abuso de direito (ver docs. de Ids. 581486 e 998737).

No caso, decisão judicial determinando a reintegração, da qual a autora foi cientificada, por meio de sua advogada (Id. 238951). Houve deferimento da tutela antecipada requerida (Id. 208157), que confirmada no Mandado de segurança impetrado (MS nº 0000230-98.2013.5.06.0000).

E não me parece crível que advogado e parte não tivessem interesse em acompanhar o processo e sua conclusão. Não há notícias de mudança de endereço, e, no caso, não se exige notificação pessoal.

Ora, ainda há o agravante de que, mesmo após a impetração do mandado de segurança pela empresa, visando fosse cassada a decisão de antecipação dos efeitos da tutela, por meio da qual foi determinada a reintegração da obreira ao trabalho, tendo apresentado defesa, a reclamante simulou desconhecer a ordem emanada do Juízo de primeiro grau, e que mantida pelo Pleno deste Regional, relativa à sua reintegração ao trabalho.

Repiso, o objetivado pela lei não é propiciar que a parte faça uma poupança e, sim, resguardar o emprego, evitando o despedimento só pela razão de a trabalhadora estar grávida.

O comportamento da obreira é, pois, reprovável e configura, sim, abuso de direito, o que não deve ser tolerado por esta Justiça.

Não cabe, pois, seja observada a orientação contida no item II da Súmula 244 do TST, que, por oportuno, transcrevo:

"GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 (...) 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 n.º 244 - Res. 121/2003, DJ 21/11/2003.)"

Não se dê interpretação ampliativa ao teor da citada súmula, que por certo, não foi editada para encobrir, nem beneficiar comportamentos contrários à própria ordem jurídica, nem pode ser aplicada para beneficiar posturas/manobras tendentes a desvirtuar a finalidade da norma.

E segue na mesma trilha a Súmula nº 396, item I, do C. TST (ex-OJ nº 116 da SBDI-1), que autoriza o pagamento da indenização do período de estabilidade quando esse já se exauriu, in verbis:

"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. (ex-OJ nº 116 - Inserida em 01.10.1997)".

Entretanto, peculiar a situação dos autos, razão porque não atrai a aplicação das orientações jurisprudenciais aqui destacadas.

Acerca do abuso de direito, configurado nos autos, leciona Sílvio de Salvo Venosa (in: Código Civil interpretado, 2010, p.206/207), verbis:

"A compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é suprallegal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolar os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda, em virtude de consistir em violação a princípios de finalidade da lei e da equidade.

(...)

O fato é que a teoria atingiu a noção de direito subjetivo, delimitando sua atuação.

Entendeu-se que nenhum direito pode ser levado às últimas conseqüências. Nada mais, nada menos do que a aplicação do velho brocardo summum ius, summa iniura (justiça perfeita, justiça imperfeita).

(...)

Deve ser afastada qualquer ideia de que exista direito absoluto. No abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levado a efeito sem a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito. O exercício de um direito não pode afastar-se da finalidade para a qual esse direito foi criado.

(...)

Concluimos, portanto, que o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo."

O Código Civil conceitua o abuso de direito em seu artigo 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".

Com efeito, o ato da reclamante em não cientificar o empregador de seu estado gravídico, a fim de requerer em Juízo indenização, viola os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, não podendo ser albergado e incentivado por este Poder Judiciário.

Nesse sentido, a seguinte jurisprudência:

"ESTABILIDADE GESTANTE - ABUSO DE DIREITO - A regra contida no art.10, alínea "b" do ADCT deve ser interpretada em consonância com os demais princípios insertos na Carta Magna, resultando lícita a conclusão e no sentido de que a estabilidade visa garantir o nascituro, limitando o exercício do jus variandi do empregador em relação à dispensa arbitrária da empregada gestante a partir do momento em que se confirma a gravidez. Entretanto, dúvidas não restam e no sentido de que a obreira, no momento da demissão, não tinha ciência de que estava grávida, operando verdadeiro abuso de direito, ao deixar transcorrer a quase totalidade da gestação para buscar o direito previsto no art.10, "a" do ADCT." (TRT/SP - 01995200831902000 - RS - Ac.2aT 20090527199 - Rel. Odette Silveira Moraes - DOE 28/07/2009).

Destarte, provejo o apelo, no ponto, para, afastando o reconhecimento da estabilidade provisória da autora, excluir da condenação a indenização deferida e seus reflexos.

"Do aviso prévio.

Cumprido ressaltar que, apesar de a reclamante não alegar que o cumprimento do pré-aviso de 30 dias foi desrespeitado, expressamente consta da exordial (ID 189788 - pág 4) pedido de pagamento do aviso prévio, incumbindo ao magistrado analisar a questão sob a ótica da legislação vigente, no caso, a Lei nº 12.506/2011.

Dispõe o Parágrafo Único, do art. 1º, da Lei nº 12.506/2011 que 'ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.'"

Entretanto, uma vez afastado o reconhecimento da estabilidade gestante, e considerando que a querelante trabalhou de 06/06/2012 a 09/11/2012, menos de um ano, portanto, não há falar em proporcionalidade do aviso prévio.

Destarte, considerando que o aviso prévio foi trabalhado, conforme se deflui da análise dos documentos de Ids. 195101 e 741329, forçoso é excluir do condeno o pagamento da indenização relativa ao período de 03 dias de aviso prévio proporcional.

Apelo provido, no particular.

"Das violações legais e constitucionais.

Os fundamentos lançados evidenciam o posicionamento do Juízo, que não vulnera qualquer dispositivo da ordem legal ou constitucional.

Registro, por oportuno, que o prequestionamento de que cuida a Súmula 297 do C. TST prescinde da referência expressa a todos os dispositivos tidos por violados, conforme a interpretação conferida pelo próprio C. Tribunal Superior do Trabalho, 'in verbis':

'PREQUESTIONAMENTO. TESE EXPLÍCITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 297. Havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este. (OJ nº. 118 da "SDI-I").'

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço do Recurso, rejeito as preliminares de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa e por julgamento "extra petita", e, no mérito, dou provimento ao recurso para afastando o reconhecimento da estabilidade provisória da autora, excluir da condenação a indenização deferida e seus reflexos, bem como para excluir do condeno o pagamento da indenização relativa ao período de 03 dias de aviso prévio proporcional. Custas invertidas, a cargo da reclamante, porém dispensadas por ser a autora beneficiária da justiça gratuita.

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, observados os fundamentos supra, por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade processual, por cerceamento do direito de defesa. No mérito, por maioria, dar provimento parcial ao recurso para excluir da condenação a indenização deferida e seus reflexos, vencida a Exma. Juíza Relatora (que lhe negava provimento).

Recife (PE), 23 de abril de 2015.

MARIA DO SOCORRO SILVA EMERENCIANO
Desembargadora Redatora