



Publicacao [13445-2014-14-9-0-7- Acórdãos-07/07/2015-Acórdãos]

Emitido em
13/07/2015
10:16:37

PUBLICAÇÃO

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO
"Conciliar também é realizar justiça"

7ª TURMA

CNJ: 0000600-17.2014.5.09.0014
TRT: 13445-2014-014-09-00-7 (RO)

NATIMORTO. GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO DE CINCO MESES APÓS O PARTO (ART. 10, II, "B", DO ADCT)

A mulher que se submete a parto, mesmo sendo o filho natimorto, não perde o direito à garantia provisória no emprego até cinco meses após o parto. O art. 10, II, "b", do ADCT não a condiciona ao nascimento com vida da criança. A proteção que visa a Constituição não é só da criança, mas também da genitora. Além de pretender assegurar a formação do vínculo afetivo, também tenciona a recuperação física e mental da mãe, tanto da gestação quanto do parto em si. Sem qualquer diferença - com a criança viva ou morta - existe toda a dificuldade da gestação a legitimar a constância do direito, senão até mais, pela agregação da dor pela morte. Não se cogita da concessão de indenização substitutiva parcial, limitada até duas semanas após o parto, por aplicação analógica do art. 395 da CLT, pois a situação não se confunde com aborto (expulsão ou extração de um embrião ou feto voluntariamente). Recurso da Autora a que dá provimento.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO**, provenientes da **MM. 14ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA - PR**, sendo Recorrente **JULIANA LIPPMANN CORREIA** e Recorrida **NOVA GESTÕES SERVIÇO DE COBRANÇA EXTRAJUDICIAL LTDA.**

I. RELATÓRIO

Inconformada com a r. sentença de fls. 66/77, proferida pela Exma. Juíza do Trabalho **Kerly Cristina Nave dos Santos**, que acolheu parcialmente os pedidos, recorre a Autora.

Através do recurso ordinário de fls. 78/82, postula a reforma da r. sentença

quanto aos seguintes itens: a) garantia provisória no emprego decorrente de gravidez; e b) contrato de experiência.

Contrarrrazões apresentadas pela Ré às fls. 85/91.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do disposto no artigo 20 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

II. FUNDAMENTAÇÃO

1. ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, **CONHEÇO** do recurso ordinário interposto, assim como das respectivas contrarrrazões.

2. MÉRITO

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E CONTRATO DE EXPERIÊNCIA

A Reclamante foi contratada em 05.01.14, por prazo determinado (contrato de experiência) até 13.02.14.

Rescindido seu contrato na data aprazada, ajuizou a presente ação em 28.04.14, pleiteando sua reintegração ao emprego pelo fato de que à época se encontrava grávida.

Juntou exame de ultrassonografia a confirmar sua assertiva, feito em 26.11.13 (fl. 08), do qual constou que, nesta data a Autora já estava com sete semanas e três dias de gravidez (contadas da data da sua última menstruação - DUM).

A Reclamada se defendeu sob o argumento de que o contrato a prazo impedia a estabilidade.

No curso da ação, a Autora veio aos autos e informou a interrupção de sua gravidez (fls. 57/58), juntando "certidão de natimorto" com data de 11.06.14, da qual constou que em 09.06.14, no Hospital Victor Ferreira do Amaral, a criança que esperava nasceu morta.

Na r. sentença foi acolhido parcialmente o pedido, nos seguintes termos:

5- Da Estabilidade Provisória / Gestante / Salário Maternidade / Guias para levantamento do FGTS e Seguro Desemprego / Retificação da CTPS

Alega a autora que por ocasião de sua dispensa estava grávida (fls. 8). Postula a reintegração, sucessivamente indenização pelo estabilitário.

Defende a reclamada que é indevida a estabilidade provisória gestacional, uma vez que o contrato de trabalho era a termo.

Destaca-se que o exame de "Ultrassonografia Obstétrica", realizada 26/11/2013, confirma que a autora estava grávida de 07 semanas e 3 dias, com data provável de parto 21/07/2014 (fls. 08).

Assim, resta claro que por ocasião da dispensa da autora em 13/02/2014, esta grávida de 4 para 5 meses de gestação.

No que concerne à possibilidade do reconhecimento da estabilidade gestante nos contratos a termo, sempre se entendeu que alcançando-se o termo final deste, o vínculo empregatício estaria rompido, uma vez que a ciência prévia da obreira quanto à data do rompimento descaracterizava a hipótese de arbitrariedade, mormente se considerada a pactuação mediante condição resolutiva.

Este entendimento perdurou até a publicação da Resolução 185/2012 do Pleno do C. TST, publicada em 25, 26 e 27.09.2012, a qual, alterando a redação do item III da Súmula 244, reformulou o posicionamento anterior, consagrando o entendimento:

"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".

Importante asseverar, que sempre foi unânime, tanto na jurisprudência, como na doutrina, que o direito da gestante à estabilidade provisória não visava pura e simplesmente a proteção da empregada contra a despedida arbitrária, mas sim sob a ótica do direito do nascituro. Portanto, se o bem jurídico a ser tutelado era o emprego para proteger a vida da criança em desenvolvimento no ventre da empregada, não havia razão para que a modalidade do contrato de emprego firmado influenciasse em tal proteção, até porque o feto não tem nenhuma responsabilidade sobre as cláusulas que limitam o vínculo empregatício firmado.

Neste sentido, importante observar que a alínea "b" do inciso II do artigo 10 do ADCT veda a dispensa arbitrária desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não se identificando no referido preceito qualquer condição, a exemplo da comunicação da gestação ao empregador.

No caso em apreço, como ocorreu o parto de um natimorto (Certidão de Natimorto, em 11/06/2014 - fls. 58), a estabilidade provisória é devida apenas até duas semanas após o parto (no caso, até 24/06/2014), em razão da aplicação, por analogia, do artigo 395 da CLT e não aquela prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT.

Isso porque o período de estabilidade provisória está diretamente relacionado ao nascimento com vida da criança, não sendo este o caso dos autos.

O seguinte aresto do C. TST segue o mesmo entendimento:

ESTABILIDADE GESTANTE. Feto natimorto. Aplicação analógica do art. 395 da CLT. I. Conquanto a hipótese de criança natimorta não guarde absoluta correlação com o aborto criminoso, pois ali terá havido parto enquanto aqui expulsão do feto, não se pode assegurar à desditosa gestante a garantia da vedação do despedimento imotivado pelos cinco meses subsequentes à ocorrência sem o pressuposto, claramente subentendido na norma constitucional, do nascimento com vida, em que a sua incipiência exige da mãe considerável desvelo. II. Daí decorre a situação atípica não contemplada expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho ou na Legislação Extravagante, cuja lacuna deve ser preenchida pelo intérprete com recurso à analogia legis, que não é método de hermenêutica mas fonte de direito, a teor do art. 8º da CLT. III. Por conta disso, vem a calhar a norma do art. 395 da CLT, por conter disposição suscetível de suprir a assinalada lacuna da Lei, haja vista o brocardo que rege a analogia, segundo o qual ubi eadem ratio, ibi idem jus. Tendo por norte que a dispensa se deu em 4.10.2001 e que o parto do natimorto deu-se em 20.3.2002, o termo final da proibição do despedimento, contadas as duas semanas previstas na norma consolidada, operou-se em 4.4.2002. IV. Desse modo, a indenização compensatória, pelo coibido exercício do poder potestativo da resilição, ao tempo em que a recorrida se achava grávida, deve corresponder aos salários do período entre 4.10.2001 e 4.4.2002, enriquecida, na mesma proporção, dos títulos trabalhistas enumerados na sentença da Vara do Trabalho, em virtude de ela o dever ser a mais abrangente possível, na esteira do princípio geral de direito do id quod interest. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TST, RR 12/2002-010-18.00-3, 4ª T., Rel. Min.

Antônio José de Barros Levenhagen, DJU 09.02.2007).

Impossível se determinar a reintegração da autora, ante o fato superveniente do fato tempo, já que quando da prolação desta sentença já se esgotou o prazo previsto para tal.

Acolho assim, o pedido sucessivo da indenização equivalente.

Defiro a indenização pleiteada correspondente aos meses de salário da autora (13/02/2014 a 24/06/2014), e tendo em vista que a indenização do período de estabilidade da gestante, integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais, são devidos à autora os valores correspondentes aos salários, 13º salário e férias com o terço, relativos ao período da estabilidade.

Todavia, o reconhecimento da estabilidade provisória da gestante culmina somente na prorrogação do termo de rescisão, mas não altera a modalidade do contrato celebrado entre as partes, que permanece como contrato por prazo determinado. Portanto, ao contrato de experiência celebrado entre as partes permanecem aplicáveis as regras próprias ao contrato por prazo determinado, razão pela qual não há falar em incidência de multa de 40% do FGTS, tampouco em aviso prévio e seguro desemprego, ante a determinação do prazo de rescisão.

Por outro lado; defiro a retificação da CTPS da autora para que conste como data de saída 24/06/2014.

Destarte, deve a reclamada realizar a devida anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social quanto a data de saída para que 24/06/2014.

Deverá, assim, após trânsito em julgado da decisão, a autora ser intimada para apresentar sua CTPS, e a reclamada intimada para anotá-la no prazo de 10 dias a contar da intimação.

Na hipótese de omissão, a Secretaria da Vara fica autorizada a fazer as anotações, mas sem fazer referência à presente ação, expedindo certidão à parte para o autor comprovar, perante o órgão previdenciário, a autenticidade.

Indefere-se o pedido de pagamento do salário maternidade, vez que já englobado na indenização acima deferida. (fls. 70/73 - grifos acrescidos)

Inconformada, a Reclamante sustenta a inaplicabilidade analógica do art. 395 da CLT na fixação do termo final da garantia provisória. Argumenta que o art. 10, II, alínea "b", do ADCT não condiciona tal direito ao nascimento com vida.

Pleiteia a majoração do tempo de garantia provisória, desde a dispensa até 5 (cinco) meses após o parto, com a condenação da Ré ao pagamento dos salários, 13º salário, férias com 1/3 e FGTS do respectivo período.

Também defende que a estabilidade decorrente de sua gestação acarretou o extrapolamento do prazo limite de seu contrato de experiência, fato que, no seu entender, o transforma automaticamente em contrato por tempo indeterminado. Desse modo, postula o reconhecimento da dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado e a condenação da Reclamada ao pagamento da compensação de 40% do FGTS e de aviso prévio indenizado e seus reflexos em férias com 1/3, 13º salário e FGTS.

Esclareça, de plano, a ação foi ajuizada ainda dentro do suposto prazo da pretendida garantia provisória no emprego, quando ainda havia possibilidade de reintegração, não se cogitando de qualquer intenção meramente pecuniária.

O legislador, ao garantir a estabilidade da gestante, buscou preservar a relação empregatícia, assegurando à empregada, quando em estado gravídico, a tranquilidade quanto à manutenção do seu emprego, estabelecendo expressamente no art. 10, II, "b", do ADCT, que "**fica vedada a dispensa**

arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto".

O princípio da continuidade da relação de emprego configura-se como o principal fundamento da garantia de estabilidade da gestante no emprego, vez que o Direito do Trabalho busca atribuir às relações empregatícias tempo o quanto mais duradouro possível, principalmente no que concerne à empregada que, devido à gravidez e ao parto, não terá as mesmas condições para conseguir um novo emprego.

Dessa forma, a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante ou, até mesmo, a decorrente do término de contrato por prazo determinado (Súmula nº 244, III, do C. TST), será considerada nula para todos os efeitos, devendo a obreira ser reintegrada ao trabalho ou, sucessivamente, indenizada.

"In casu", apesar de o feto ter nascido morto, como visto na certidão de fl. 58, não se cogita da concessão de indenização substitutiva parcial, limitada até duas semanas após o parto, por aplicação analógica do art. 395 da CLT, como deferido na origem, pois, a mulher, em casos como este, não perde o direito à garantia provisória no emprego até 05 meses após o parto, visto que o art. 10, II, "b", do ADCT não a condiciona ao nascimento com vida da criança.

A garantia provisória em apreço tem como finalidade a proteção não só da criança, mas também da mãe. Além de assegurar a formação do vínculo afetivo, também visa à recuperação física e mental da genitora, tanto da gestação quanto do parto em si. Independentemente do nascimento de criança viva ou morta, existe todo o esforço da gestação a justificar a permanência do direito, senão até mais, nos casos de parto de natimorto, pela agregação da dor decorrente da morte de um filho.

A jurisprudência do C. TST também se posiciona nesse sentido, a saber:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA "B", DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS. NATIMORTO. Conforme o artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu durante o contrato de trabalho, de acordo com o documento dos autos. Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no Texto Constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o feto tenha nascido sem vida. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto. Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de nascimento de feto natimorto, não afronta a literalidade do artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Recurso de revista conhecido e não provido. (RR - 106300-93.2005.5.04.0027. 2ª T. Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta. DEJ 17.04.15 - grifos acrescidos).

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NATIMORTO. Inexistiram as supostas violações ao artigo 395 da CLT nem à Súmula 244 do TST, pois a autora já se encontrava grávida antes do término do contrato de trabalho vigente entre as partes, tendo ela direito à garantia da estabilidade

provisória prevista no art. 10, 11, b, do ADCT da CR/88, e considerando ainda que o fato de ter havido parto de uma criança morta (natimorto) não exclui o direito pleiteado, pois esse tipo de parto não pode ser confundido com aborto, de modo que não se aplica o disposto no artigo 395 da CLT, nem mesmo analogicamente, inexistindo a violação apontada pela agravante, tampouco contrariedade à Súmula 244 do TST, que garante a estabilidade mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Processo: AIRR - 2145-91.2012.5.03.0004. 5ª T. Rel. Min. Ronaldo Medeiros de Souza. DEJT 05.12.2014 - destaques acrescidos)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE - ÓBITO FILIAL. A pretensão à estabilidade postulada pela gestante é um direito de indisponibilidade absoluta, que se qualifica, em face de sua natureza jurídica, como direito social previsto constitucionalmente e que, por isso, não cabe interpretação da Carta Magna a fim de reduzir o alcance dos seus dispositivos, ou seja, é garantida à gestante a estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, tanto nos casos em que a gestação se completa quanto nas hipóteses de natimorto. 'O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo' (Barros, 2006: 1.055). Recurso de revista conhecido e provido' (Processo: RR - 270500-84.2009.5.12.0050. 2ª T. Rel. Des. Convocada Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, DEJT 21.06.2013 - destaques acrescidos)

Pelo que, reconhecido o direito da Reclamante à garantia provisória desde 13.02.14 (data de sua dispensa) até cinco meses após o parto, ou seja, até a data de 09.11.14, faz jus ao recebimento de indenização substitutiva do período e à retificação da CTPS, segundo os mesmos critérios definidos na origem, para constar o dia 09.11.14 como sendo a data de encerramento do contrato de trabalho firmado entre as partes.

Quanto à sustida convolação do contrato de experiência em contrato por prazo indeterminado, frise-se, primeiramente, que o contrato de experiência foi firmado em 15.01.14, com vigência de 30 dias (fl. 30), e a Reclamante não se insurge contra o reconhecimento de que a relação havida entre as partes se iniciou nesses moldes, com possibilidade de prorrogação, observando-se o prazo legal de 90 (noventa) dias.

Não possui qualquer respaldo legal a alegação obreira de que, a despeito do término formal do prazo do contrato de experiência, a manutenção do vínculo contratual em decorrência da garantia provisória no emprego geraria a sua transfiguração para a modalidade por prazo indeterminado, pois a estabilidade conferida à gestante é uma medida de caráter eminentemente protetivo e assecuratório que não possui o condão de modificar, de forma transversa, a intenção dos contratantes em formar vínculo com prazo determinado.

Afinal, mesmo com o advento da gestação e a posterior interrupção da prestação de serviços, a empregada permanece ciente dos termos de seu contrato, de modo que não se vislumbra sequer arrimo lógico para se desconsiderar eventual cláusula que estipule prazo de vigência contratual determinado por conta do direito à garantia temporária no emprego.

Logo, não se cogita de pagamento de aviso prévio indenizado e consectários, tampouco indenização compensatória de 40% do FGTS, pois são parcelas típicas da dispensa sem justa causa de empregado contratado por prazo indeterminado, o que não é o caso.

Nessa esteira, **reforma-se a r. sentença** para estender a indenização substitutiva, e seus consectários, até 09.11.14, data que deverá, ainda, ser considerada para efeito de retificação da CTPS quanto à data de encerramento do vínculo.

III. CONCLUSÃO

Pelo que,

ACORDAM os Desembargadores da 7ª 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-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para, nos termos do fundamentado, estender a indenização substitutiva, e seus consectários, até 09.11.14, data que deverá, ainda, ser considerada para efeito de retificação da CTPS quanto à data de encerramento do vínculo.

Custas complementares, pela Reclamada, no importe de R\$ 200,00 (duzentos reais), calculadas sobre o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que ora se acresce ao valor provisório já fixado à condenação.

Intimem-se.

Curitiba, 23 de junho de 2015.

UBIRAJARA CARLOS MENDES
DESEMBARGADOR DO TRABALHO
RELATOR