



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Recurso Ordinário Trabalhista **0010661-66.2023.5.15.0009**

Relator: ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID

Processo Judicial Eletrônico

Data da Autuação: 11/09/2023

Valor da causa: R\$ 122.729,09

Partes:

RECORRENTE: MYLENA AGHATA MONT ALVERNE SILVA

ADVOGADO: ALESSANDRA ANDREA DE MELLO MAGALHAES

RECORRIDO: KALUNGA SA

ADVOGADO: BRUNO BORGES PEREZ DE REZENDE



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
5ª CÂMARA
Relatora: ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID
ROT 0010661-66.2023.5.15.0009
RECORRENTE: MYLENA AGHATA MONT ALVERNE SILVA
RECORRIDO: KALUNGA SA

PROCESSO Nº 0010661-66.2023.5.15.0009

RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: MYLENA AGHATA MONT ALVERNE SILVA

RECORRIDA: KALUNGA SA

ORIGEM: 1ª VARA DO TRABALHO DE TAUBATÉ

JUIZ(A) SENTENCIANTE: GOTHARDO RODRIGUES BACKX VAN

BUGGENHOUT

DAVID

RELATORA: DESEMBARGADORA ADRIENE SIDNEI DE MOURA

rmm/mpvf/mt

ADOÇÃO DO PROTOCOLO PARA JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO. RESOLUÇÃO N. 492/2023 DO CNJ. PROTEÇÃO À MÃE LACTANTE E À CRIANÇA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA. DIREITO DA TRABALHADORA À ALTERAÇÃO DE SEU TURNO DE TRABALHO. INOBSERVÂNCIA. FALTA GRAVE DA EMPREGADORA. RESCISÃO INDIRETA. DANO MORAL RECONHECIDO.

I. Trata-se de recurso ordinário interposto pela reclamante com pedido de reconhecimento de rescisão indireta, em razão de a empregadora não possibilitar a alteração de seu horário de trabalho, inviabilizando a amamentação e cuidados destinados ao seu filho.

II. A hipótese envolve discussão sobre desigualdade estrutural de gênero, atraindo a adoção do "Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero", conforme Resolução 492 do CNJ, de dezembro de 2023.

III. Inegável a dificuldade de a mãe trabalhadora conciliar sua vida laboral com a necessidade de amamentar seu filho pequeno, especialmente se a sua jornada é cumprida, ainda que em parte, em período noturno, ou para além das 18h. Some-se a isso, o trabalho de cuidado que, em uma sociedade sabidamente machista e patriarcal, é exigido da mulher, preponderantemente, nada obstante tratar-se de um dever a ser compartilhada por toda a família, pela sociedade,(incluindo as empresas), e pelo Estado.

IV. A proteção à criança e ao aleitamento materno têm previsão constitucional e infraconstitucional, art. 227 da Constituição Federal; Lei nº 13.435/2017; art. 9º do Estatuto da Criança e do Adolescente; Convenção 103 da OIT e Recomendação da Organização Mundial da Saúde, art. 6º da Constituição Federal; Lei nº 14.457/2022 e arts. 3º e 5º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

V. A análise da situação fática, à luz da Resolução 492 do CNJ, subsumida aos normativos protetores da maternidade e da infância, embasam a certeza de que a escolha do turno de trabalho pela reclamante, na hipótese dos autos, coloca-se como um direito seu e, mais, de seu filho. Assim, a omissão patronal ou a ilegal recusa em flexibilizar as condições de trabalho, caracteriza falta patronal grave, ensejando o reconhecimento da hipótese de rescisão indireta e dano moral.

Inconformada com a r. sentença de ID. e570fe7, complementada pela decisão de embargos declaratórios de ID. a736bea, que julgou procedentes em parte os pedidos desta reclamatória, recorre ordinariamente a reclamante, com as razões de ID. 8396d64. Busca o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, com o pagamento dos consectários legais, indenização por dano moral e indenização relativa ao período de estabilidade gestante. Impugna, ainda, a condenação em honorários advocatícios.

Isenta de custas.

Contrarrazões ID. eedfb94.

É o breve relatório.

VOTO

Conheço do recurso ordinário e das contrarrazões porque presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

MÉRITO

RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

Insurge-se a reclamante contra a r. sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de rescisão indireta do contrato de trabalho. Argumenta que, conforme conversas mantidas por aplicativo de mensagens com o preposto da ré, nas quais solicitou a alteração na escala de trabalho e que surpreendida com a recusa. Afirma que tal conduta a impediu de manter-se no trabalho, eis que necessitava dedicar-se aos cuidados de seu filho, com especial destaque à amamentação. Em 20/04/2023, a autora comunicou à reclamada a rescisão indireta do contrato de trabalho (fls. 41/43).

A reclamada, por sua vez, na peça em contestação, diz que a reclamante não comprovou o pedido que alega ter feito para a troca de turno e deixa claro, que ainda assim, as trocas de turno são feitas pela empresa apenas se for por disponibilidade ou necessidade da própria empresa, não sendo o caso. Em sede de contrarrazões não trouxe impugnação aos documentos juntados.

Merece reforma a sentença, cabendo a análise na perspectiva da Resolução 492 do CNJ. Vejamos.

Da aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero

O caso em análise atrai a aplicação do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a considerar a identificação de hipótese de desigualdade estrutural, marcada pela vulnerabilidade da reclamante, que ao retornar do período de licença maternidade viu-se premiada pela necessidade de cuidar de seu filho, amamentando-o, inclusive, e, ao mesmo tempo de cumprir jornada de trabalho que abrangia período noturno (das 14h às 22h).

De fato, tem-se como inegável a dificuldade de a mãe trabalhadora conciliar sua vida laboral com o trabalho de cuidado e amamentação, somada à circunstância de muitas vezes não se ver acolhida em seu ambiente laboral construído a partir do paradigma masculino. Essa situação é retratada pela Resolução 492 do CNJ, que ao discorrer sobre a discriminação sofrida pelas mulheres no ambiente de trabalho, realça a situação vivenciada pelas gestantes e lactantes:

"(...) Situação não muito diferente se verifica em relação às trabalhadoras gestantes e lactantes, pois, ainda que exista vedação expressa de discriminação direta em razão desta situação biológica particular às mulheres, estas,

por estarem inseridas num modelo de regras e rotinas de trabalho estabelecidos a partir do paradigma masculino, pensado para os padrões do "homem médio", acabam sendo vítimas de discriminações decorrentes deste modelo que não as acolhe. Neste cenário, explica SEVERI, "a gravidez é percebida como um atributo da mulher, uma diferença em relação ao padrão para o qual o ambiente de trabalho foi projetado (homem), que quebra a expectativa não declarada na qual as pessoas precisam se encaixar. Da mesma forma, a capacidade de ver, ouvir, a brancura, a heterossexualidade e a masculinidade: todas as diferenças são definidas em relação aos padrões de normalidade geralmente aceitos. Com isso, as diferenças se tornam inteiramente incompatíveis com a suposta semelhança exigida por uma análise baseada na igualdade". Dentro deste arranjo sexista da relação empregatícia, atitudes como mudança de horário ou local de trabalho no período de gestação e lactação são vistas como naturais e decorrentes do poder empregatício legitimado pelo art. 2º da CLT, quando, na verdade, escondem práticas nitidamente discriminatórias no sentido de afastar ou inviabilizar que estas mulheres exerçam ou permaneçam nas suas funções." (Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero", pag. 111).

Reconhecida a aplicação do Protocolo previsto na Resolução 492 do CNJ, passo à análise dos normativos cabíveis.

Do sistema normativo protetor da maternidade e da infância

O que se discute nesse caso é o direito da mãe lactante à troca de turno para cuidar de filho frente às disposições existentes no ordenamento jurídico vigente.

Pois bem.

A Constituição Federal prevê no art. 227 prevê expressamente o direito fundamental à alimentação das crianças e do adolescente

"É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

O aleitamento materno é recomendado no mínimo até os seis meses de idade pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Sociedade Brasileira

de Pediatria em razão dos inúmeros benefícios que proporciona ao bebê, promovendo o crescimento saudável e o desenvolvimento do sistema imunológico, tanto é assim que a Lei 13.435/2017 instituiu o mês do aleitamento, promovendo campanhas para destacar a importância do aleitamento exclusivo até o sexto mês de vida, se estendendo até os dois anos ou mais de idade, quando possível.

A importância e o incentivo ao aleitamento materno está previsto em diversos normativos, notadamente no artigo 9º do ECA, ao estabelecer que o "poder público, as instituições e os empregadores propiciarão condições adequadas ao aleitamento materno, inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade".

No âmbito das Convenções Internacionais, destaco o teor da Convenção no 103 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 20, de 30/04/65 que também dispõe sobre o aleitamento materno nos artigos V e VI:

Art. V:"1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.

2. As interrupções do trabalho para fins de aleitamento devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com esta; nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente.

Art. VI - Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada."

No tocante ao direito da criança e à proteção integral de sua vida, saúde e desenvolvimento, destaco a Lei nº 14.457, de 21 de setembro de 2022 que, ao dispor sobre o apoio à parentalidade, prevê a flexibilização da jornada de trabalho para empregadas(os) com filhos até 6 anos de idade:

Art. 8º No âmbito dos poderes diretivo e gerencial dos empregadores, e considerada a vontade expressa dos empregados e das empregadas, haverá priorização na concessão de uma ou mais das seguintes medidas de

flexibilização da jornada de trabalho aos empregados e às empregadas que tenham filho, enteado ou pessoa sob sua guarda com até 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, com vistas a promover a conciliação entre o trabalho e a parentalidade:

I - regime de tempo parcial, nos termos do art. 58-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

II - regime especial de compensação de jornada de trabalho por meio de banco de horas, nos termos do art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

III - jornada de 12 (doze) horas trabalhadas por 36 (trinta e seis) horas ininterruptas de descanso, nos termos do art. 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

IV - antecipação de férias individuais; e

V - horários de entrada e de saída flexíveis.

§ 1º As medidas de que tratam os incisos I e IV do caput deste artigo somente poderão ser adotadas até o segundo ano:

I - do nascimento do filho ou enteado;

II - da adoção; ou

III - da guarda judicial.

§ 2º As medidas de que trata este artigo deverão ser formalizadas por meio de acordo individual, de acordo coletivo ou de convenção coletiva de trabalho.

§ 3º O prazo fixado no § 1º deste artigo aplica-se inclusive para o empregado ou a empregada que tiver filho, enteado ou pessoa sob guarda judicial com deficiência.

(...)

Art. 14. Quando a atividade permitir, os horários fixos da jornada de trabalho poderão ser flexibilizados ao empregado ou à empregada que se enquadre nos critérios estabelecidos no caput do art. 8º desta Lei.

Parágrafo único. A flexibilização de que trata o caput deste artigo ocorrerá em intervalo de horário previamente estabelecido, considerados os limites inicial e final de horário de trabalho diário.

Imperioso destacar-se que o direito da criança a ser cuidada e a forma como se exerce esse direito não deve ser enfrentado apenas pela mãe trabalhadora, mas por toda a sociedade, incluindo as empresas. No mesmo sentido, tem-se que a criança goza do direito a proteção integral, nos termos do art. 6º da CF/88 e arts. 3º e 5º do ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nesse sentido, também destaco a ementa do C. TST sobre o tema:

ADOÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 492/2023 DO CNJ. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE E EM ATENÇÃO AOS OBJETIVOS DE UMA COALIZÃO GLOBAL PELA JUSTIÇA SOCIAL DA OIT (111ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2023). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO. EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO AO "SHOPPING CENTER". APLICABILIDADE DO ARTIGO 389, §1º E §2º DA CLT. EDIÇÃO DA LEI Nº 14.457/2022. TRÂNSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, em razão da não disponibilização de locais apropriados de guarda, vigilância, assistência e cuidado de seus filhos (as) no período de amamentação. O Tribunal Regional reformou a sentença, acolhendo o recurso da reclamada para afastar a obrigação do Shopping reclamado de cumprir o disposto no art. 389, § 1º da CLT quanto aos empregados contratados pelos estabelecimentos comerciais que nele atuam. Ainda, foram afastadas as multas estabelecidas na sentença. 2. Tendo isso em vista, o presente processo deve ser analisado a partir das balizas oferecidas pela Resolução n. 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta resolução tornou obrigatória a adoção pela magistratura brasileira do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Portaria CNJ nº 27/2021), nos casos cuja discussão envolva desigualdades estruturais e seus efeitos sobre os jurisdicionados e jurisdicionadas e, por conseguinte, na prestação jurisdicional. (...) 5. Além disso, a adoção do Protocolo também se comunica com um dos mais recentes objetivos da Organização Internacional do Trabalho, discutido durante a 111ª Convenção Internacional do Trabalho (CIT): avançar numa justiça social por meio da adoção de medidas que possibilitem um ambiente de trabalho decente para todos e todas. Assim, promover o cumprimento da legislação trabalhista mediante a adequada prestação jurisdicional soma-se aos objetivos da OIT direcionados a proporcionar aos trabalhadores e às

trabalhadoras condições decentes de trabalho, a partir das quais se torna possível tanto reduzir as desigualdades, quanto promover a inclusão social plena de homens e mulheres. (...) 8. De acordo com art. 227 da Carta de outubro "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Em sentido semelhante é o estipulado nas Convenções nº183 e 156, da OIT. A primeira delas dispõe que as mulheres têm o direito de fazer pausas durante o dia ou reduzir sua jornada de trabalho diária para amamentar seus filhos. Essas pausas devem ser consideradas como tempo de trabalho e, portanto, devem ser pagas. A seu turno, a Convenção nº156 da OIT, que trata da sobre Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores com Encargos de Família, tem por objetivo eliminar a discriminação contra trabalhadores e trabalhadoras que, por possuírem responsabilidades familiares, enfrentam conflitos entre a vida familiar e a carreira profissional. A esse respeito, consta nesta Convenção que "Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família" (...) Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, no tema.(RR - 16490-90.2017.5.16.0015; 3ª Turma; Relator: Alberto Bastos Balazeiro; Publicação: 20/10/2023)

Todos esses dados, princípios, normas e jurisprudência associados embasam a certeza de que, de fato, a escolha do turno de trabalho pela empregada a fim de atender às necessidades de cuidado de seu filho coloca-se como um direito seu e, evidentemente, da criança, cabendo ao empregador propiciar a condições necessárias para que esse direito seja exercido.

Não há dúvida, portanto, do direito da empregada lactante à flexibilização de sua jornada e à alteração de horários.

Cito jurisprudência sobre o tema: _

ADOÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 492/2023 DO CNJ. JULGAMENTO COM PERSPECTIVA DE GÊNERO, RAÇA E CLASSE E EM ATENÇÃO AOS OBJETIVOS DE UMA COALIZÃO GLOBAL PELA JUSTIÇA SOCIAL DA OIT (111ª CONFERÊNCIA

INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2023). AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO. EXTENSÃO DA OBRIGAÇÃO AO "SHOPPING CENTER". APLICABILIDADE DO ARTIGO 389, §1º E §2º DA CLT. EDIÇÃO DA LEI Nº 14.457/2022. TRÂNSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA.

1. Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, em razão da não disponibilização de locais apropriados de guarda, vigilância, assistência e cuidado de seus filhos (as) no período de amamentação. O Tribunal Regional reformou a sentença, acolhendo o recurso da reclamada para afastar a obrigação do Shopping reclamado de cumprir o disposto no art. 389, § 1º da CLT quanto aos empregados contratados pelos estabelecimentos comerciais que nele atuam. Ainda, foram afastadas as multas estabelecidas na sentença.

2. Tendo isso em vista, o presente processo deve ser analisado a partir das balizas oferecidas pela Resolução n. 492/2023 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esta resolução tornou obrigatória a adoção pela magistratura brasileira do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero (Portaria CNJ nº 27/2021), nos casos cuja discussão envolva desigualdades estruturais e seus efeitos sobre os jurisdicionados e jurisdicionadas e, por conseguinte, na prestação jurisdicional.

3. Nesse cenário, o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero materializa conclusões de densas e sólidas pesquisas científicas realizadas no Brasil desde a década de 1960 - com relevante destaque para aquelas produzidas por Lélia Gonzáles, Beatriz Nascimento, Cida Bento, Dora Bertúlio e Helena Hirata -, proporcionando fissuras na já reconhecidamente equivocada percepção de que o direito e a prestação jurisdicional não são produto das desigualdades estruturais da sociedade brasileira.

4. A partir disso, o Protocolo é importante ferramenta para análise de casos como o dos autos, em que se discutem os impactos das dimensões estrutural, institucional e coletiva dos danos sofridos aos patrimônios imateriais da sociedade e da categoria de trabalhadoras lactantes.

5. Além disso, a adoção do Protocolo também se comunica com um dos mais recentes objetivos da Organização Internacional do Trabalho, discutido durante a 111ª Convenção Internacional do Trabalho (CIT): avançar numa justiça social por meio da adoção de medidas que possibilitem um ambiente de trabalho decente para todos e todas. Assim, promover o cumprimento da legislação trabalhista mediante a adequada prestação jurisdicional soma-se aos objetivos da OIT direcionados a proporcionar aos trabalhadores e às trabalhadoras condições decentes de trabalho, a partir das quais se torna possível tanto reduzir as desigualdades, quanto promover a inclusão social plena de homens e mulheres.

6. No caso dos autos, o Tribunal a quo compreendeu que "a natureza jurídica do réu, Shopping da Ilha, é de condomínio do qual participam diversos estabelecimentos comerciais nele instalados, sendo que a convergência de interesses entre ambos consiste em proporcionar aos clientes um ambiente seguro e atrativo para compras e serviços, não tendo o condão de transferir ao réu obrigações inerentes ao contrato de trabalho firmado entre os estabelecimentos e seus empregados. (...) a obrigação contida no art. 389, § 1º da CLT, é restritiva e direcionada exclusivamente ao estabelecimento comercial, verdadeiro empregador, nos termos do art. 2º da CLT, não podendo ser dada interpretação ampliativa para condenar o réu, sob pena de ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal, posto que este não assalaria, nem dirige a prestação pessoal dos empregados dos lojistas, muito menos se beneficia do labor prestado pelos obreiros dos estabelecimentos." .

7. A decisão da Corte de origem não revela a melhor aplicação à situação fática do conjunto normativo constitucional e infraconstitucional nacional e internacional.

8. De acordo com art. 227 da Carta de outubro "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" . Em sentido semelhante é o estipulado nas Convenções nº183 e 156, da OIT. A primeira delas dispõe que as mulheres têm o direito de fazer pausas durante o dia ou reduzir sua jornada de trabalho diária para amamentar seus filhos. Essas pausas devem ser consideradas como tempo de trabalho e, portanto, devem ser pagas. A seu turno, a Convenção nº156 da OIT, que trata da sobre Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores com Encargos de Família, tem por objetivo eliminar a discriminação contra trabalhadores e trabalhadoras que, por possuírem responsabilidades familiares, enfrentam conflitos entre a vida familiar e a carreira profissional. A esse respeito, consta nesta Convenção que "Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família" .

9. Isto é, a partir do acervo normativo nacional e internacional, o trabalho de cuidado, no que se incluem a criação de locais adequados para amamentação, deve ser socializado entre todos os agentes que integram a sociedade,

inclusive os shoppings centers - responsabilidade que não pode ser afastada em razão de interpretação restritiva do art. 389, §1º, da CLT.

10 . De fato, a atividade principal de um shopping center envolve a gestão, organização e aluguel dos espaços utilizados por lojas varejistas em um determinado centro comercial. Isso permite facilitar e fortalecer as operações comerciais realizadas no local.

11. Sendo encarregados de gerenciar e organizar o espaço compartilhado utilizado pelas várias empresas varejistas operando no local, os shoppings são as únicas com a capacidade técnica, logística e administrativa necessária para cumprir o disposto no artigo 389, parágrafo 1º, da CLT. Além disso, os shoppings centers, ao receber uma parcela dos ganhos das lojas (conhecida como fundo de comércio), o shopping center também assume a responsabilidade social em relação às funcionárias que trabalham lá, mesmo que sejam empregadas das lojas dentro do complexo. Assim, à luz do que dispõe as Convenções 183 e 156 da OIT, bem como da teleologia do art. 7º, XVIII e XX, da CF e XXV da CF, o art. 389, §1º, da CLT não deve ser interpretado de maneira estritamente literal, considerando apenas o "estabelecimento" como o espaço físico onde o empregador opera.

12. A questão também foi debatida e uniformizada pela SBDI-1 deste respeitável Tribunal Superior do Trabalho no julgamento do E-RR-131651-27.2015.5.13.0008 (acórdão publicado no DEJT de 15/10/2021), que estabeleceu o entendimento de que os shoppings centers, como responsáveis pelas áreas compartilhadas, têm a obrigação de garantir, seja diretamente ou por meio de outras medidas, "local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação", atendendo ao escopo do artigo 227 da Constituição Federal.

13. Portanto, a decisão regional está em desacordo com o entendimento consolidado deste Tribunal Superior, razão pela qual deve ser reformada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento, no tema. (RR - 16490-90.2017.5.16.0015; 3ª Turma; Relator: Alberto Bastos Balazeiro; Publicação: 20/10/2023)

-

Comprovação da recusa da reclamada a realizar a troca de turno postulada - ônus da prova- caracterização de falta grave do empregador

Nessa perspectiva de análise, especialmente diante das diretrizes e balizas traçadas na resolução 492 do CNJ, considerado ainda o seu denso arcabouço de informações, importante considerar ser perfeitamente crível a narrativa da inicial, reafirmada em recurso, porquanto absolutamente coerente com a realidade das mães trabalhadoras e lactantes, de que houve pedido da reclamante endereçado à reclamada para a realização de troca de horário de trabalho, ou de turno, após o retorno da licença maternidade, a fim de amamentar e cuidar de seu filho.

Como se viu da análise do protocolo, as dificuldades que recaem sobre a mulher, mãe de criança que necessita de cuidados próprios do início da vida e lactante, devem ser tratadas sob uma nova ótica a partir do reconhecimento do ainda não superado papel social de cuidado entregue preponderantemente à mulher, em uma sociedade sabidamente patriarcal e machista.

Considero, também, ante os termos da peça defensiva, que a reclamada não reconhece a legalidade e legitimidade do pedido de troca de turno, sendo também crível que tenha inviabilizado a troca de turno e com isso obstado a continuidade da prestação laboral. A reclamada além de dizer na peça de contestação que: "a reclamante não comprovou o pedido que alega ter feito para a troca de turno" deixa claro que a política da empresa está longe de atentar aos normativos que preconizam a proteção à maternidade e à infância, ao afirmar que ainda que a reclamante tivesse pleiteado a troca, "ainda assim as trocas de turno são feitas pela empresa apenas se for por disponibilidade ou necessidade da própria empresa, não sendo o caso."

Assim, a conclusão a que chego, à luz do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, observado o que ordinariamente ocorre em situações que tais no mercado de trabalho e mais, diante da postura da reclamada que longe está de compreender o sistema protetivo da infância e da maternidade, é a conclusão de, de fato, houve pedido feito pela reclamada para a troca de seu turno e que esse pleito foi efetivamente feito e negado.

Conclusão diversa apenas poderia ser reconhecida se a reclamada demonstrasse que ofereceu à reclamante a possibilidade de troca de turno, dada a sua condição de lactante, pós retorno da licença maternidade. É essa postura que se espera do empregador que mantém em seus quadros empregada lactante que se ativa até por volta das 22h/22h30, conforme espelhos dos cartões de ponto acostados aos autos.

Não bastasse, verifico que em sede de recurso ordinário a reclamante extraiu cópia da conversa havida com o empregador por meio de whatsapp (ID 8396d64), da qual se verifica ter sido feito pedido de troca de turno e que a houve recusa da reclamada, conteúdo que não foi objeto de impugnação em contrarrazões.

Concluo, portanto, que houve pedido de troca de turno e recusa por parte da reclamada.

Assim sendo, foi o ato patronal, caracterizado pela ilegal recusa em flexibilizar as condições de trabalho que inviabilizou a manutenção de seu contrato de trabalho, razão pela qual, concluo que a reclamada cometeu falta grave apta ensejar a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Provejo o recurso ordinário da reclamante para declarar a rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, alínea "d" (não cumprir o empregador as obrigações do contrato), ressaltando-se o dever legal de cumprir a função social do contrato de trabalho.

Por conseguinte, condeno a reclamada ao pagamento das verbas decorrentes da dispensa imotivada, observados os limites do pedido.

Deverá a reclamada fornecer à reclamante guia para saque do FGTS, no prazo de 30 (trinta) dias do trânsito em julgado, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, até o limite de R\$ 10.000,00. Na hipótese de descumprimento, determina-se desde já a expedição de alvará judicial para levantamento do saldo do FGTS.

Condeno, ainda, a reclamada também fornecer as guias CD/SD para fins de acesso ao programa de seguro-desemprego, no prazo de 30 (trinta) dias do trânsito em julgado, sob pena de conversão da obrigação de fazer em obrigação de pagar indenização correspondente.

INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE GESTANTE

Merece reparo a r. decisão também no que se refere à estabilidade gestante.

É cediço que a empregada gestante tem direito à estabilidade, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme previsão do art. 10, II, do ADCT.

A considerar que a rescisão contratual ocorreu por culpa da reclamada, conforme se verificou no tópico anterior, bem como ter-se escoado o período estabilitário, impõe-se o reconhecimento do direito ao recebimento da indenização substitutiva, correspondente aos salários e demais consectários legais como 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e FGTS, devidos desde o dia seguinte à dispensa até cinco meses após o parto (20.05.2023), nos termos do artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal e do item II, da Súmula 244, do C. TST:

"SUM-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

[...]

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."

Provejo.

Indenização por dano moral

Em suas razões recursais, reafirma a reclamante as alegações iniciais de que, após dar ciência à empregadora de sua gestação, passou a sofrer pressão psicológica, sendo proibida de utilizar garrafas de água durante o trabalho, de sentar-se, entre outras atitudes da empregadora. Diz que tais condutas lhe ocasionaram crises de ordem psicológicas, perturbação emocional, sofrimento, inclusive tendo sido recomendado seu afastamento por atestado médico, atestado esse que a reclamante afirma ter a reclamada simplesmente desconsiderado. Por fim alegou, que ao retornar da licença maternidade, foi impedida de alterar seu turno para o período diurno, quando solicitado, em razão dos cuidados com seu filho, em período de amamentação.

Pois bem.

Diante de tudo que foi apurado nos autos, fato é que, quando do retorno ao trabalho, após o fim da licença maternidade, a trabalhadora viu-se em situação de desamparo por parte da empregadora.

A atitude da reclamada ao obstar o direito da reclamante de realizar a troca de turno evidencia ato discriminatório e apto a gerar indenização por dano moral. Havendo que se considerar a inexistência de fundamento defensável por parte da reclamada.

Quanto ao dano moral, entendo que decorre do fato constatado.

No tocante ao valor da indenização, consoante a atual doutrina, a fixação da indenização decorrente do dano moral deve atender principalmente as seguintes diretrizes: proporcionalidade entre a gravidade da ofensa e a situação pessoal e econômica do ofendido e do ofensor; valor não excessivamente alto a ponto de ensejar o enriquecimento ilícito do ofendido, mas deve ser suficiente a surtir efeito pedagógico, inibindo a prática de novas ofensas.

No que tange aos valores apontados no art. 223-G, § 1º, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, tem-se que são meros parâmetros indicativos e, pois, não limitantes. O dispositivo em comento deve ser interpretado conforme o princípio constitucional da justa reparação ou reparação integral do dano (art. 5º, V e X, da CF e 927 e art. 944 do CC), devendo o julgador adequar os valores em consonância com as peculiaridades do caso em concreto.

Tendo em vistas tais parâmetros, observado todo o contexto do caso, considerada a capacidade financeira do ofensor, entendo que o valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Honorários advocatícios

Em razão da ora reconhecida sucumbência da ré, deverá arcar com honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% sobre o valor do que resultar da liquidação da sentença.

Não obstante a reversão da improcedência dos pedidos de rescisão indireta do contrato de trabalho e indenização por dano moral, é certo que há pedidos rejeitados integralmente. Desse modo, mantém-se a condenação da reclamante em honorários advocatícios sucumbenciais de 5% em relação aos pedidos totalmente improcedentes.

Todavia, no julgamento da ADI 5766, o E. STF firmou entendimento de que os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela parte beneficiária da justiça gratuita, caso da reclamante, devem ficar sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executados se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que os certificou, o credor demonstrar

que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos do devedor, que, contudo, não poderá decorrer da mera obtenção de outros créditos na presente ação ou em outras.

Assim, provejo em parte para condenar a reclamada ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais de 10% sobre o valor da condenação líquida e mantenho a condenação da reclamante ao pagamento de honorários advocatícios de 5% sobre os pedidos julgados improcedentes, observada, contudo, a condição suspensiva de exigibilidade.

Diante do exposto, decide-se **CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso ordinário interposto por **MYLENA AGHATA MONT ALVERNE SILVA**, para reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho e condenar a reclamada a pagar aviso prévio indenizado, saldo de salários, 13º salário e férias mais um terço constitucional proporcionais, recolhimentos e multa de 40% do FGTS, pagamento de salário, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e FGTS decorrente do período de estabilidade gestante, indenização por dano moral no valor de R\$ 15.000,00, honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação e na obrigação de fornecer as guias para levantamento do FGTS e recebimento do seguro-desemprego, tudo nos termos da fundamentação.

Arbitra-se à condenação o valor de R\$ 50.000,00, com custas, em reversão, pela reclamada, no importe de R\$ 1.000,00.

Sessão Ordinária Híbrida realizada em 20 de fevereiro de 2024, nos termos da Portaria GP nº 005/2023, 5ª Câmara - Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Presidiu Regimentalmente o Julgamento a Exma. Sra. Desembargadora do Trabalho GISELA RODRIGUES MAGALHÃES DE ARAUJO E MORAES.

Tomaram parte no julgamento:

Relatora Desembargadora do Trabalho ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID

Desembargadora do Trabalho GISELA RODRIGUES MAGALHÃES DE ARAUJO E MORAES

Juíza do Trabalho LÚCIA ZIMMERMANN

Convocada a Juíza do Trabalho LÚCIA ZIMMERMANN para compor o "quorum", nos termos do art. 52, § 6º do Regimento Interno deste E. Tribunal.

Presente o DD. Representante do Ministério Público do Trabalho.

Compareceu para sustentar oralmente, pela Recorrida-Reclamada, o Dr. Reynaldo Tadeu Cavalcante de Moura.

ACORDAM os Magistrados da 5ª Câmara - Terceira Turma do Tribunal do Trabalho da Décima Quinta Região, em julgar o processo nos termos do voto proposto pela Exma. Sra. Relatora.

Votação unânime.

ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID

Desembargadora Relatora

Votos Revisores

CAMPINAS/SP, 15 de março de 2024.

ANTONIA PEREIRA DE SOUZA KILLIAN
Diretor de Secretaria



Assinado eletronicamente por: ANTONIA PEREIRA DE SOUZA KILLIAN - Juntado em: 15/03/2024 17:37:07 - 5eb3ce6
<https://pje.trt15.jus.br/pjekz/validacao/24031517370419400000113229568?instancia=2>
Número do processo: 0010661-66.2023.5.15.0009
Número do documento: 24031517370419400000113229568