

PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-2118-90.2011.5.11.0014

A C Ó R D Ã O

SbDI-1 GMAAB/val/ct/dao

EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS E ARESTOS DE TRIBUNAIS REGIONAIS. Nos termos do artigo 894, II, da CLT, cabem embargos das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Portanto, o recurso de embargos é inexecutável em face das alegações de violação de dispositivos constitucionais e legais e da indicação de divergência com arestos oriundos de órgãos diversos daqueles constantes do referido dispositivo legal. Recurso de embargos não conhecido nesses aspectos.

RECURSO DE REVISTA APRESENTADO APENAS PELA EMPREGADA. TEMA E QUESTÕES RELATIVAS AO DANO MORAL NÃO DEVOLVIDAS PARA Apreciação DESTA CORTE. RECURSO DE EMBARGOS QUE NÃO IMPUGNA ESSE FUNDAMENTO DA DECISÃO DA TURMA. DESFUNDAMENTADO. A empresa limita-se a afirmar a impossibilidade de subsistir a condenação em danos morais e outras questões correspectivas, sem impugnar o fundamento da decisão turmária de ausência de debate sobre o tema porque não devolvida a matéria pelo recurso da empregada, única a recorrer da decisão regional. Logo, sem infirmar as razões da c. Turma ou mesmo indicar qualquer dos pressupostos previstos no artigo 894, II, da CLT no aspecto, o recurso de embargos encontra-se desfundamentado, nos termos da Súmula 422, I, desta Corte. **Recurso de embargos não conhecido.**

CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ESTABILIDADE DA GESTANTE NÃO EXAMINADA PELA C. TURMA SOB O PRISMA DA GRAVIDEZ POR MEIO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. Discute-se no presente caso o direito à estabilidade da gestante, alegando a empresa que a concepção ocorreu no curso do aviso prévio indenizado por meio de inseminação artificial. Não há falar em contrariedade às Súmulas 244, 369 e 371 do TST, visto que não tratam especificamente da hipótese da estabilidade da gestante no curso do aviso prévio. Destaca-se do acórdão regional transcrito no acórdão turmário o entendimento do Tribunal Regional de que a empregada engravidou em função de um procedimento absolutamente programado, não se sustentando a alegação de demissão arbitrária, razão pela qual o TRT excluiu o direito à estabilidade da gestante. Consta do acórdão da Corte a quo que a gravidez ocorreu por inseminação artificial e a empresa, sediada em Manaus, local da prestação de serviços da autora, tinha ciência do

procedimento direcionado à concepção, o qual se iniciou, com absoluta certeza, em 5/10/2010, por meio de tratamento hormonal realizado em São Paulo, e a empregada foi dispensada, com aviso prévio indenizado, em 18/10/2010, apenas 13 dias do início do tratamento. A c. Turma restabeleceu a sentença que reconheceu o direito à estabilidade e determinou o pagamento de forma indenizada. Mas não emitiu tese sobre o direito em face do peculiar aspecto da inseminação artificial. Assim, a questão em debate diz respeito ao direito à estabilidade considerada tão somente a premissa da concepção no curso do aviso prévio indenizado. Nesse particular, a decisão da c. Turma está em consonância com a jurisprudência desta Corte, pacífica no sentido de que a ocorrência da gravidez durante o aviso-prévio indenizado garante o direito da trabalhadora à estabilidade prevista no artigo 10, alínea "b", do ADCT. **Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-2118-90.2011.5.11.0014**, em que é Embargante **SENPE - SERVIÇO ESPECIALIZADO DE NUTRIÇÃO PARENTERAL E ENTERAL LTDA.** e Embargada **XXXXXXXXXX**.

A 7.^a Turma, em acórdão da lavra do Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros, conheceu do recurso de revista da reclamante e restabeleceu a sentença que condenou a empresa ao pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade da gestante.

A empresa interpõe recurso de embargos. Sustenta, em síntese, que a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso-prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período, não abarcando o direito de estabilidade da gestante na hipótese dos autos em que houve inseminação artificial no vigésimo dia do aviso prévio indenizado.

Indica contrariedade às Súmulas 244, 369, 371, do TST e divergência jurisprudencial. O recurso de embargos foi admitido por demonstrada divergência com o aresto da 8.^a Turma desta Corte. Não foi apresentada impugnação. Desnecessária a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2.º, II, do RITST.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo ao exame dos específicos do recurso de embargos, que se rege pela Lei 13.015/2014.

1.1 - VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS E ARESTOS DE TRIBUNAIS REGIONAIS

Nos termos do artigo 894, II, da CLT, cabem embargos das decisões das Turmas que divergirem entre si ou das decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais, ou contrárias a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, o recurso de embargos é inexequível em face das alegações de violação de dispositivos constitucionais e legais e da indicação de divergência com arestos oriundos de órgãos diversos daqueles constantes do referido dispositivo legal.

NÃO CONHEÇO do recurso de embargos nesses aspectos.

1.2 – RECURSO DE REVISTA APRESENTADO APENAS PELA EMPREGADA - TEMA E QUESTÕES RELATIVAS AO DANO MORAL NÃO DEVOLVIDAS PARA APRECIÇÃO DESTA CORTE - RECURSO DE EMBARGOS QUE NÃO IMPUGNA ESSE FUNDAMENTO DA DECISÃO DA TURMA - DESFUNDAMENTADO

Com relação às questões invocadas sobre o dano moral, consta do acórdão da c. Turma: Esta Colenda Turma deu provimento ao agravo de instrumento da reclamante para determinar o processamento do recurso de revista... Inconformado, sustenta o embargante a existência de omissão no acórdão, eis que deixou de se pronunciar sobre a arguição de intempestividade do agravo de instrumento, bem assim sobre os argumentos de que não praticou qualquer ato ilegal ou ilícito, que autorizasse a condenação em indenização por dano moral... (...) ...o acórdão regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado, julgando improcedente a reclamação trabalhista. Esta Colenda Turma, ao dar provimento ao recurso de revista, foi no sentido de restabelecer a sentença de primeira instância, apenas, no tocante ao pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade gestante.

...restam inócuos os argumentos do embargante, referentes à indenização por dano moral, pois, diante da inexistência de provocação por parte da reclamante, trata-se de tema não analisado nesta instância extraordinária. (Grifamos e destacamos)

Nas razões destes embargos a empresa limita-se a afirmar a impossibilidade de subsistir a condenação em danos morais e outras questões correspectivas, sem impugnar o fundamento da decisão turmária de ausência de debate sobre o tema porque não devolvida a matéria pelo recurso da empregada, única a recorrer da decisão regional.

Logo, sem infirmar as razões da c. Turma ou mesmo indicar qualquer dos pressupostos previstos no artigo 894, II, da CLT no aspecto, o recurso de embargos encontra-se desfundamentado, nos termos da Súmula 422, I, desta Corte:

RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO. (redação alterada, com inserção dos itens I, II e III) - Res. 199/2015, DEJT divulgado em 24, 25 e 26.06.2015. Com errata publicado no DEJT divulgado em 01.07.2015 I – Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida. NÃO CONHEÇO do recurso de embargos, no tema.

1.3 – CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO - ESTABILIDADE DA GESTANTE NÃO EXAMINADA PELA C. TURMA SOB O PRISMA DA GRAVIDEZ POR MEIO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Eis a decisão da c. Turma sobre o tema:

2.1. GESTANTE – ESTABILIDADE PROVISÓRIA – INDENIZAÇÃO

O Tribunal Regional, no tópico, assim se posicionou, textual:

Insurge-se a reclamada contra a decisão originária alegando que a obreira não faz jus à indenização estabilitária pretendida. Explica que o aviso prévio da reclamante foi indenizado e que no ato do pagamento das verbas rescisórias a autora não estava grávida, não havendo falar em demissão arbitrária. Afirma que ainda que assim não fosse, o TST vem reconhecendo a projeção do aviso prévio apenas para efeitos financeiros, excluindo-se os casos de estabilidade provisória, nos termos do precedente normativo da SDI 41. No tocante à indenização por danos morais, aduz a inexistência de qualquer lesão à honra da autora, máxime porque a gravidez se deu após o rompimento do liame empregatício. Requer a reforma do julgado.

Analiso.

Declarou a obreira na vestibular haver trabalhado para a reclamada no período de 1.2.2007 a 18.10.2010, na função de gerente comercial, mediante salário de R\$4.045,25, cumprindo jornada das 8h às 17h, com 1 hora de intervalo para refeições.

Alegou que a empresa sabia do tratamento que estava realizando para engravidar e que o diretor da reclamada, sr. Luiz Eduardo Wallace da Silva, num primeiro momento concordou com as viagens necessárias à inseminação, todavia, voltou atrás ao argumento de que os afastamentos poderiam acarretar transtornos à empresa. Afirmou haver sido dispensada quando já estava grávida.

A reclamada rechaçou a pretensão alegando que no ato da dispensa a obreira não estava gestante, conforme atestaram os exames demissionais.

Afirmou que mesmo que a reclamante tenha ficado grávida no curso do pacto laboral, não faz jus à indenização estabilitária, mas sim ao emprego, colocando-o à disposição da autora, mediante o pagamento do mesmo salário e demais benefícios, máxime porque nunca existiu qualquer animosidade entre as partes (fls. 34/35). Em instrução processual a autora declarou:

‘que ao ser demitida não tinha conhecimento de que estava grávida; que ficou sabendo de seu estado gravídico em 16.11.2010 e ligou para o contador da reclamada e informou que estava grávida; que a reclamada tinha conhecimento de que estava fazendo tratamento para engravidar; que não chegou a informar para os responsáveis pela reclamada de que estava grávida; que no dia que tentou ligar para ele o celular do dono da empresa estava desligado’ (fl. 30).

O proprietário da reclamada declarou a seu turno:

‘que tomou conhecimento do estado gravídico da reclamante somente por ocasião do chá de baby da mesma, por intermédio de outros funcionários; que a reclamada possui serviço de RH que não chegou a ser informado de que a reclamante estaria grávida; que a reclamada tinha conhecimento de que a reclamante estaria fazendo tratamento para engravidar, embora sem sucesso até então; que não se recorda quando ocorreu o chá de baby; não recorda de nenhuma ligação da reclamante; que quando da demissão da reclamante o contador da reclamante era o sr. José Nunes; que o funcionário em questão não tem poderes para resolver pendências judiciais da reclamada; que, entretanto, ele tem poderes para resolver problemas perante órgãos como a SEFAZ e Receita Federal; que no momento da dispensa foi feito ASO demissional da reclamante’ (fls. 30/31).

Não foram arroladas testemunhas (fl. 31).

Passemos ao exame da prova documental.

Observa-se do TRCT de fl. 20 que a autora foi dispensada em 18.10.2010, data que coincidiu com o seu último dia de trabalho, já que o aviso prévio foi indenizado. A reclamante recebeu o pagamento das verbas em 25.10.2012.

O exame Beta-HCG realizado em 16.11.2010 pela reclamante indicou gravidez de 4 semanas, o que significa dizer que a autora teria engravidado, mais ou menos, em 19.10.2010 (fl. 22). Contudo, as ultrassons transvaginais de fls. 132/136, realizadas em 20.10, 25.10, 27.10 e 29.10.2010, não indicam a condição gravídica da autora.

Acolhendo o requerimento da empresa e a fim de dirimir a controvérsia acerca da data da concepção da reclamante, **a Vara determinou a realização de prova técnica, da qual se extraem os elementos necessários ao deslinde da demanda** (fl. 55):

a) A reclamante iniciou procedimento de histerossalpingografia em 2010, o qual detectou que suas trompas estavam obstruídas, ocasião em que a médica responsável indicou o método de fertilização in vitro, a fim de viabilizar a gestação (fl. 83).

b) Em agosto de 2010 a autora procurou uma clínica em São Paulo para orientações e início do tratamento de fertilização. Esclareceu haver realizado na ocasião ultrassonografia que constatou estar em fase favorável ao início do tratamento (fls. 83/84).

c) Em 5.10.2010 a reclamante iniciou tratamento hormonal em São Paulo e retornou a Manaus em 13.10.2010 a fim de aguardar a data ideal para a coleta dos óvulos, sendo que em 18.10.2010 foi demitida. A despeito da demissão a obreira declarou haver prosseguido com o tratamento, pois o mesmo já estava pago (fl. 84).

d) A autora declarou à perita que em 2.11.2010 (quando a autora já havia sido demitida), foi realizada a coleta de óvulos e de espermatozoides em São Paulo, bem como a fertilização in vitro e que em 5.11.2011 foi feita a implantação dos dois embriões. Esclareceu que após o procedimento retornou a Manaus e continuou fazendo o uso da medicação prescrita (fl. 84).

e) A perita esclareceu que no dia da demissão o exame de BHCG da reclamante era negativo e que a gravidez só ocorreu cerca de vinte dias após a demissão (fls. 86/87).

f) No tocante ao exame Beta-HCG realizado em 16.11.2011 que acusou gestação de 4 semanas, a perita informou que a autora não contava com este tempo de gestação, o qual foi contabilizado em função da data da última menstruação da paciente, o que na maioria das mulheres corresponde a 14 antes da fecundação (fl. 88).

E concluiu a expert que o início da gestação da reclamante ocorreu em 5.11.2011, com a transferência do embrião para o útero e que a gravidez decorreu entre a fixação do óvulo na parede uterina até a expulsão do feto, por meio do parto.

Vê-se, portanto, que à época do exame de fl. 22 (16.11.2010) a reclamante estava grávida há apenas 11 dias e não há quatro semanas, já que a transferência do embrião ocorreu em 5.11.2011. Vale dizer, à época da demissão a obreira não estava grávida, o que só ocorreu 18 dias após a ruptura do pacto laboral (18.10.2010), em função de um procedimento absolutamente programado.

Nesse contexto, a alegação de demissão arbitrária não se sustenta. Se a reclamante achou por bem não retardar o sonho de se tornar mãe a despeito de estar desempregada este é um ônus que não pode ser suportado pela empresa. O que havia à época da ruptura do liame empregatício era a expectativa de uma possível gestação, expectativa compartilhada por toda e qualquer mulher em idade fértil que acalente, assim como a obreira, o desejo da maternidade. Essa circunstância não limita, todavia, o poder potestativo de demitir conferido ao empregador.

Estranha-se ainda o fato de a autora, mesmo acreditando que a gravidez ocorreu no curso do pacto laboral, ter interposto a reclamatória somente 12 meses após o rompimento da relação empregatícia e quatro meses depois do nascimento do bebê, frustrando por iniciativa própria todo o arcabouço jurídico de proteção à maternidade centrado na manutenção do emprego com o pagamento dos salários e demais direitos à gestante (art. 393 da CLT), bem como às garantias oferecidas pelo legislador à criança, aí compreendido o período de amamentação inicial (art. 396 da CLT), conduta que atrai a presunção de que o interesse da

autora está focado no pagamento da indenização e não no emprego, principalmente por haver permanecido silente à proposta da reclamada de retorno ao trabalho, mesmo após o término do período estabilitário.

Ora, não se deve perder de vista que o direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização. Se a empregada, acreditando fazer jus a este direito não o exercita quando ainda sob o estado gestacional e só busca o Judiciário no ocaso do prazo prescricional, não tem direito à estabilidade. Assim, não há falar em estabilidade gravídica, pelo que forçosa a reforma da sentença que a reconheceu.” Em seu apelo revisional, assevera a reclamante que o processo de fertilização in vitro, mediante tratamento hormonal, teve início em 30/09/2010, ou seja, na vigência do contrato de trabalho, sendo a gravidez confirmada no prazo do aviso prévio, que integra o tempo de serviço, pelo que faz jus aos salários do período de estabilidade. Aponta, como violados, os artigos 7º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, “b”, ADCT, bem assim contrariedade à Súmula 244 do TST. Transcreve arestos que entende divergentes. Razão lhe assiste.

O quadro fático delineado pelo Tribunal de origem, insuscetível de reexame por esta Instância revisora, a teor da Súmula 126 do TST, é no sentido de que a confirmação da gravidez ocorreu no prazo do aviso prévio indenizado. Destaco, de início, que existe expressa previsão legal, no art. 391-A da CLT, inserida pela Lei nº 12.812/2013, de que ‘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’ (grifos meus). Aliás, o art. 489 da CLT prevê que a rescisão contratual torna-se efetiva depois de expirado o prazo do aviso prévio, o que é reiterado pela OJ 82 da SBDI-1 do TST, segundo a qual “a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado”. Ademais, a jurisprudência desta Corte, embasando-se na premissa de que o tempo relativo ao aviso prévio integra o contrato de trabalho, é pacífica no sentido de que a concepção da gravidez no seu decurso, mesmo que indenizado, não afasta o direito da empregada à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT e reforçada pela Súmula 244 deste Sodalício. Nesse sentido, precedentes da Subseção I de Dissídios Individuais desta Corte: (...) Registre-se que a demora injustificada para o ajuizamento da ação trabalhista não é motivo excludente da reparação do direito violado, tampouco fator de limitação do direito ao pagamento da indenização correspondente. Com efeito, mesmo ultrapassado o período de garantia de emprego ao tempo do ajuizamento da reclamação trabalhista, o que sequer restou configurado na hipótese em apreço, faz jus a autora ao recebimento dos salários e demais direitos correspondentes, de forma indenizada, desde o momento de sua dispensa até o fim do período estabilitário, uma vez que o exercício do direito de ação se submete apenas ao prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88.

Nesse sentido, é expressa a Orientação Jurisprudencial 399, da SDI-1, deste Sodalício, in verbis: ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário. Sobre o assunto, é iterativa a jurisprudência desta Corte Superior, conforme se infere dos seguintes precedentes: (...) Com tais considerações, conclui-se que o acórdão regional, ao excluir a condenação ao pagamento da indenização dos salários do período de estabilidade, violou a regra prevista no artigo 10, II, “b”, do ADCT, contrariando, ainda, a Súmula 244 do TST. Em face do exposto, entendo que o agravo de instrumento merece ser provido, à luz do art. 896, alíneas “a” e “c”, da CLT, por afronta à

Súmula 244 do TST e violação ao artigo 10, II, “b”, do ADCT, respectivamente. Sob tais considerações, dou provimento ao agravo de instrumento, para determinar o processamento do recurso de revista. (...) RECURSO DE REVISTA (...)

1. GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - INDENIZAÇÃO 1.1. CONHECIMENTO Nos termos da fundamentação expendida na decisão do agravo de instrumento, considero que houve afronta à Súmula nº 244 do TST e violação ao art. 10, II, “b”, do ADCT, motivo pelo qual conheço do recurso de revista com base no art. 896, “a” e “c”, da CLT, respectivamente.

1.2. MÉRITO Os fundamentos contidos no acórdão regional, referentes à exclusão do pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade, desrespeitaram a garantia assegurada à empregada gestante. Como consequência lógica do conhecimento do apelo revisional, reportando-me, mais uma vez, às razões expendidas quando do julgamento do agravo de instrumento, dou provimento ao recurso de revista, para restabelecer a sentença, que determinou o pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade da gestante. (Grifamos e destacamos) Esta decisão foi complementada pela resposta aos embargos de declaração: Em face do acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento e ao recurso de revista interpostos pela reclamante, o reclamado apresenta embargos de declaração. (...)

2. MÉRITO Esta Colenda Turma deu provimento ao agravo de instrumento da reclamante para determinar o processamento do recurso de revista, conheceu deste por contrariedade à Súmula nº 244 do TST e violação ao art. 10, II, “b”, do ADCT, e, no mérito, deu-lhe provimento, para restabelecer a sentença, que determinou o pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade gestante. Inconformado, sustenta o embargante a existência de omissão no acórdão, eis que deixou de se pronunciar sobre a arguição de intempestividade do agravo de instrumento, bem assim sobre os argumentos de que não praticou qualquer ato ilegal ou ilícito, que autorizasse a condenação em indenização por dano moral, tendo em vista que a reclamante não estava grávida no ato da rescisão contratual e o empregador somente tomou ciência da gravidez com a reclamação trabalhista, quando o filho da reclamante já contava com mais de um ano e oito meses de vida, mencionando, ainda, que houve recusa injustificada ao convite de volta ao trabalho.

Aponta que o acórdão incorreu em indevida aplicação retroativa da Lei nº 12.812/13.

Menciona que o acórdão não apreciou a questão sob o prisma de que a gravidez da autora se deu no prazo do aviso prévio indenizado e por meio de inseminação artificial. Alega ter sido excessivo o valor arbitrado pela primeira instância à indenização por dano moral. Ressalta a repercussão geral da presente decisão. Aponta a ocorrência de contradição no acórdão, por não ter observado que a norma aplicável à espécie não garante a indenização do período de estabilidade, e sim o emprego em tal período. Invoca a aplicação da Súmula nº 371 do TST. Colaciona arestos que reputa divergentes. Observe-se, de início, que o acórdão regional deu provimento ao recurso ordinário interposto pelo reclamado, julgando improcedente a reclamação trabalhista. Esta Colenda Turma, ao dar provimento ao recurso de revista, foi no sentido de restabelecer a sentença de primeira instância, apenas, no tocante ao pagamento, de forma indenizada, dos salários do período de estabilidade gestante.

Por conseguinte, restam inócuos os argumentos do embargante, referentes à indenização por dano moral, pois, diante da inexistência de provocação por parte da reclamante, trata-se de tema não analisado nesta instância extraordinária. No tocante à arguição de intempestividade do agravo de instrumento, o acórdão foi bastante claro ao rejeitá-la, realçando, inclusive, que os prazos processuais foram suspensos no Tribunal Regional no período de 07 a Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100102ADC929389312. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho

fls.14 PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-2118-90.2011.5.11.0014 Firmado por assinatura digital em 28/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. 20/01/2014, por força do Ato TRT 11ª Região nº 237/2013-SGP. Inexiste, pois, a omissão apontada.

Quanto ao mais, o acórdão embargado, considerando toda a matéria fática delineada pelo Tribunal Regional, decidiu da seguinte forma, textual: (...) Vê-se, assim, que a decisão embargada pronunciou-se acerca de toda a matéria veiculada nos embargos, expressando, de modo claro, os motivos que ensejaram o provimento do recurso de revista. Não há que se falar, assim, em qualquer omissão ou contradição em seu teor. Cumpre salientar, nesse ínterim, que a finalidade dos embargos de declaração não é a revisão do julgado, mas, tão somente, nos arts. 535 do CPC e 897-A da CLT, os quais não se fizeram presentes na hipótese. Sob tais considerações, rejeito os embargos de declaração, por nada haver a declarar. (Grifamos e destacamos)

Nas razões de embargos a empresa alega, em síntese, que a empregada que engravidou por inseminação artificial durante o período de aviso prévio indenizado (20 dias após a dispensa, segundo suas afirmações) não tem direito à estabilidade da gestante. Sustenta que a estabilidade da gestante não coincide com a concepção e, assim, caso a gravidez ainda não tenha sido confirmada pela empregada até o momento da dispensa, esta não é nula, porque, nesse caso, o ato do empregador não pode ser visto como obstáculo da aquisição da estabilidade pela empregada. Aduz que a empregada não buscava o direito ao emprego, previsto na Constituição Federal, uma vez que esperou o tempo passar, não comunicou ao empregador que estava grávida para exigir a garantia de emprego e simplesmente exigiu a indenização, direito não assegurado pelo artigo 10, II, “b”, do ADCT. Indica contrariedade às Súmulas 244, 369 e 371 do TST e divergência jurisprudencial. Vejamos. A tese do acórdão da c. Turma é a de que o tempo relativo ao aviso prévio integra o contrato de trabalho e a concepção da gravidez no seu curso, mesmo que indenizado, não afasta o direito da empregada à estabilidade provisória prevista no artigo 10, II, “b”, do ADCT. O segundo aresto transcrito à fl. 542, oriundo da 8ª Turma desta Corte e publicado no DEJT de 4/5/2009, apresenta tese divergente, no sentido de que a concepção ocorrida no prazo do aviso prévio não confere estabilidade provisória e a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso. CONHEÇO do recurso de embargos por preenchido o pressuposto do artigo 894, II, da CLT, relativo à existência de divergência jurisprudencial entre Turmas desta Corte.

2 – MÉRITO

2.1 – CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO - ESTABILIDADE DA GESTANTE NÃO EXAMINADA PELA C. TURMA SOB O PRISMA DA GRAVIDEZ POR MEIO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Discute-se no presente caso o direito à estabilidade da gestante na hipótese em que a concepção ocorre no curso do aviso prévio indenizado. Não há falar em contrariedade às Súmulas 244, 369 e 371 do TST, visto que não tratam especificamente dessa hipótese. Esclareça-se que a c. Turma, mesmo instada por meio de embargos de declaração, não se pronunciou sobre ser possível ou não assegurar a estabilidade da gestante na hipótese de a concepção ocorrer por meio de inseminação artificial. Das premissas contidas na decisão regional - transcrita no acórdão da c. Turma que não enfrentou especificamente a alegação da empresa, limitando-se a afirmar a inexistência de omissão -, extrai-se a seguinte delimitação da matéria: 1. a autora alegou que a empresa sabia do tratamento que estava realizando para engravidar; 2. também disse que o diretor da reclamada, num primeiro momento, concordou com as viagens necessárias à inseminação. Todavia, voltou atrás ao argumento de que os afastamentos poderiam acarretar transtornos à empresa; 3. ao ser demitida a autora não tinha conhecimento de que estava grávida;

4. a empregada ficou sabendo de seu estado gravídico em 16/11/2010; 5. o proprietário da reclamada declarou que a empresa tinha conhecimento de que a empregada estava fazendo tratamento para engravidar; 6. o TRCT informa que a autora foi dispensada em 18/10/2010, data que coincidiu com o seu último dia de trabalho; 7. o aviso prévio foi indenizado; 8. a reclamante recebeu o pagamento das verbas em 25/10/2012; 9. o exame Beta-HCG realizado em 16/11/2010 pela reclamante indicou gravidez de 4 semanas, o que significa que a autora teria engravidado mais ou menos em 19/10/2010; 10. os ultrassons transvaginais realizados em 20/10, 25/10, 27/10 e 29/10/2010 não indicaram a condição gravídica da autora; 11. a perita esclareceu que no dia da demissão o exame de BHCG da reclamante era negativo e que a gravidez só ocorreu cerca de vinte dias após a demissão; 12. no tocante ao exame Beta-HCG realizado em 16/11/2011 que acusou gestação de 4 semanas, a perita informou que a autora não contava com este tempo de gestação, o qual foi contabilizado em função da data da última menstruação da paciente, o que na maioria das mulheres corresponde a 14 dias antes da fecundação; 13. a fim de dirimir a controvérsia acerca da data da concepção, notadamente em face da contradição entre os exames dos itens 9 e 10 supra, foi realizada prova técnica; 14. a reclamante iniciou procedimento de histerossalpingografia em 2010, o qual detectou que suas trompas estavam obstruídas, ocasião em que a médica responsável indicou o método de fertilização in vitro, a fim de viabilizar a gestação; 15. em agosto de 2010 a autora procurou uma clínica em São Paulo para orientações e início do tratamento de fertilização. Na ocasião realizou ultrassonografia que constatou estar em fase favorável ao início do tratamento; 16. em 5/10/2010 a reclamante iniciou tratamento hormonal em São Paulo e retornou a Manaus em 13/10/2010 a fim de aguardar a data ideal para a coleta dos óvulos; 17. em 18/10/2010 a empregada foi demitida; 18. a obreira declarou haver prosseguido com o tratamento após a dispensa, pois o mesmo já estava pago; 19. a autora declarou à perita que em 2/11/2010 foram realizadas as coleta de óvulos e de espermatozoides, bem como a fertilização in vitro; 20. em 5/11/2011 foi feita a implantação dos dois embriões; 21. após o retorno a Manaus a autora continuou fazendo o uso da medicação prescrita; 22. a expert concluiu que o início da gestação da reclamante ocorreu em 5/11/2011, com a transferência do embrião para o útero e que a gravidez decorreu entre a fixação do óvulo na parede uterina até a expulsão do feto, por meio do parto; 23. à época do exame Beta-HCG, realizado em 16/11/2010, a reclamante estava grávida há apenas 11 dias e não há quatro semanas; e 24. a transferência do embrião ocorreu em 5/11/2011 e à época da demissão a trabalhadora não estava grávida, o que só ocorreu 18 dias após a ruptura, em 18/10/2010, do pacto laboral. O Tribunal Regional entendeu que a empregada engravidou em função de um procedimento absolutamente programado, razão pela qual a alegação de demissão arbitrária não se sustenta e excluiu o direito à estabilidade da gestante. Percebe-se desse contexto, notadamente dos itens 2, 5, 15 e 16, que a empresa, sediada em Manaus, local da prestação de serviços da autora, tinha ciência da inseminação artificial, a qual se iniciou com absoluta certeza em 5/10/2010 por meio de tratamento hormonal realizado em São Paulo, e a empregada foi dispensada com aviso prévio indenizado em 18/10/2010, apenas 13 dias do início do tratamento. As circunstâncias revelam a inescusável ciência da empresa de que a empregada estava submetida, em outro Estado do país, a tratamento de inseminação artificial em período anterior à dispensa. Por um lado, restou comprovado, por perícia, que a gravidez ocorreu em 5/11/2010 e que a dispensa foi efetivada em 18/10/2010, no período correspondente ao aviso prévio indenizado, adquirindo, portanto, o direito à estabilidade; por outro, que a dispensa ocorrida em meio aos procedimentos para a inseminação artificial, dos quais a empresa tinha pleno conhecimento. A c. Turma restabeleceu a sentença que reconheceu o direito à estabilidade e determinou o pagamento de forma indenizada. Mas, reprise-se, não emitiu tese sobre o direito em face do peculiar aspecto da inseminação artificial. Assim, a questão em debate diz respeito ao direito à estabilidade considerada tão somente a premissa da concepção no curso do aviso prévio indenizado. Nesse particular, a decisão da c. Turma está em consonância com a jurisprudência desta Corte, pacífica no sentido de que a ocorrência da gravidez durante o aviso-prévio indenizado garante o direito da trabalhadora à estabilidade prevista no artigo 10, alínea "b", do ADCT, conforme os seguintes precedentes recentes desta SBDI-1: EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. DECISÃO EMBARGADA

PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. CONCEPÇÃO OCORRIDA NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. A jurisprudência desta c. Corte pacificou-se no sentido de que a ocorrência da gravidez durante o aviso-prévio indenizado garante o direito da trabalhadora à estabilidade prevista no artigo 10, alínea "b", do ADCT. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-ED-RR-1168-43.2010.5.12.0029, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT de 5/6/2015) EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. GRAVIDEZ. GARANTIA DE EMPREGO. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. O artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao vedar a dispensa arbitrária da empregada gestante, o fez de forma objetiva. Esta Corte, interpretando o referido dispositivo, editou a Súmula nº 244, item I, do TST, segundo a qual "o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT)". Logo, é condição essencial, para que seja assegurada a estabilidade à reclamante, o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho.

No caso, extrai-se do acórdão recorrido que a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, no curso do aviso-prévio indenizado. Na esteira da Orientação Jurisprudencial nº 82 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais desta Corte, "a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado" e, nos termos do artigo 487, § 1º, da CLT, o aviso-prévio, seja trabalhado ou indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos. Logo, a gravidez ocorrida nesse período não afasta o direito da reclamante à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR-230100-81.2003.5.02.0061, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DEJT 22/5/2015) EMBARGOS. DECISÃO PROFERIDA NO JULGAMENTO DO RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DE AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. DIREITO À GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO.

1. O direito de a empregada gestante manter-se no emprego, sem prejuízo dos salários, com conseqüente restrição ao direito de rescisão unilateral do contrato, sem justa causa, pelo empregador, sob pena de sujeitar-se às reparações legais, nasce com a concepção e projeta-se até cinco meses após o parto. Trata-se de garantia constitucional, prevista no artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujo escopo é não somente proteger a gestante, mas também assegurar o bem-estar do nascituro, erigindo-se em genuíno direito fundamental. O interesse em assegurar a vida desde seu estágio inicial é da sociedade, cumprindo ao Estado outorgar ao nascituro proteção ampla e eficaz. A condição para a empregada auferir a garantia erigida no texto constitucional é que a concepção ocorra no curso do contrato de emprego.

2. Consoante entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial n.º 82 da SBDI-I desta Corte superior, "a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso-prévio, ainda que indenizado". Tal entendimento decorre da melhor exegese do disposto no artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho, extraindo-se do referido texto legal que, durante o período do aviso-prévio, ainda que indenizado, o contrato de emprego permanece em vigor.

3. Uma vez confirmado que a concepção ocorreu na vigência do contrato de emprego, considerando-se a projeção do aviso-prévio indenizado, como no presente caso, tem jus a empregada à garantia provisória de emprego prevista no texto constitucional.

4. Inviável, de outro lado, a aplicação, no presente caso, do entendimento consagrado na Súmula n.º 371 do Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que, como já destacado por esta colenda SBDI-I, no julgamento do processo n.º TST- E-RR-3656600-96.2002.5.06.0900, da relatoria da Exma. Ministra Maria de Assis Calsing, "os precedentes que originaram o referido

verbete apenas analisaram a projeção do aviso-prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva ou da aplicação retroativa de normas coletivas e não da estabilidade gestante".

Precedentes da SBDI-I. 5. Recurso de embargos conhecido e não provido. (E-ED-ARR-105500-15.2008.5.01.0069, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, DEJT de 20/3/2015) RECURSO DE EMBARGOS. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

1. O Colegiado Turmário, no que tange à estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, não conheceu do recurso de revista da reclamada, ao registro de que "extraí-se do acórdão regional que a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, considerando a projeção do aviso prévio indenizado" e de que "o aviso prévio, ainda que indenizado, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos. Logo, a gravidez ocorrida nesse período não afasta o direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT".

2. A decisão embargada está em harmonia com a jurisprudência desta Corte, firme no sentido de que, ocorrida a concepção no curso do aviso prévio, indenizado ou não, porquanto vigente o contrato de trabalho, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o artigo 10, II, letra "b", do ADCT, a resguardar a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa. Precedentes desta Subseção. Recurso de embargos a que se nega provimento. (E-ED-RR-1302-04.2010.5.04.0511, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DEJT de 2/2/2015) Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100102ADC929389312. Poder Judiciário Justiça do Trabalho Tribunal Superior do Trabalho fls.22 PROCESSO Nº TST-E-ED-RR-2118-90.2011.5.11.0014 Firmado por assinatura digital em 28/09/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Não há falar, portanto, em excluir o direito à estabilidade se a concepção/gravidez ocorre durante o período do aviso prévio indenizado. Deve ser mantida a decisão da c. Turma que restabeleceu a sentença que reconheceu o direito à estabilidade e determinou o pagamento de forma indenizada. Ante todo o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de embargos. ISTO POSTO ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos somente quanto à gravidez por meio de inseminação artificial-estabilidade da gestante-concepção no curso do aviso-prévio indenizado, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Brasília, 17 de Setembro de 2015. Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Ministro Relator Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico