



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

ACÓRDÃO
4ª Turma
GMALR/CS

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 13.015/2014 E 13.467/2017.

1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PEDIDO ANTERIOR DE REINTEGRAÇÃO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO QUANDO DA PROPOSTA DE RETORNO AO TRABALHO FEITA EM AUDIÊNCIA PELA RECLAMADA. AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA APÓS PERÍODO DE ESTABILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 399 DA SBDI-1 DO TST. CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. *DISTINGUISHING*. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO.

I. Hipótese em que se discute a caracterização ou não de abuso do exercício do direito de ação da Reclamante que, ao receber proposta de retorno ao emprego, em primeira ação ajuizada, desistiu da demanda e aguardou a expiração do prazo da estabilidade provisória para postular, em nova ação, a indenização correspondente. II. A matéria "*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*" foi uniformizada pela Subseção I



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

Especializada em Dissídios Individuais, no sentido de que 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, nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 399. **III.** Sob esse enfoque, há de se reconhecer a transcendência política da causa (art. 896-A, § 1º, II, da CLT). **IV.** Não obstante, deve-se aplicar o ***distinguishing*** entre a situação em análise e os precedentes desta Corte Superior, diante da especificidade fática retratada pela Corte Regional. **V.** No caso, o Tribunal Regional consignou premissas que impedem a aplicação adequada da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria em debate. Na hipótese, a Reclamante, em 22/01/2016, ajuizou ação pedindo a sua reintegração ou, sucessivamente, a indenização substitutiva do período estabilitário. Na audiência realizada em 19/04/2016, recebeu proposta de retorno ao emprego e desistiu da demanda. Na data de 19/05/2017, após o término do período da estabilidade, ajuizou nova demanda para pedir a indenização correspondente. Assim, a Corte Regional entendeu que houve abuso de direito e detrimento da boa-fé objetiva, tendo em vista não se tratar apenas do exercício do direito de ação após o término da estabilidade provisória, mas de recusa da Reclamante em aceitar a oferta de retorno ao emprego, em primeira ação interposta e desistida (apesar do pedido sucessivo de reintegração), e a demora no ajuizamento de nova ação. **VI.** Sob esse

Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 100477E3A284D7EA9A.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

enfoque, o direito da gestante à proteção contra a despedida arbitrária, ainda que possa ser considerado incondicionado, não é absoluto, e não pode estar desassociado da função social para o qual foi criado. A garantia constitucional disposta no artigo 10, II, "b", do ADCT tem como escopo a proteção da empregada gestante contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Assim, ampara a maternidade e o nascituro, visando o direito ao emprego e não a vantagens pecuniárias, por si só, razão pela qual o exercício desse direito não deve permitir condutas abusivas e com desvio de finalidade. Logo, deve ser mantida a decisão regional. **VII. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205**, em que é Agravante **TACIANA RIBEIRO DA SILVA** e são Agravadas **CENTRAL ROCHA'S LANCHES LTDA - EPP E OUTRA**.

A Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela Reclamante (documento sequencial eletrônico nº 85), o que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento (documento sequencial eletrônico nº 88).

As Agravadas apresentaram contraminuta (documento sequencial eletrônico nº 95) ao agravo de instrumento e contrarrazões (documento sequencial eletrônico nº 94) ao recurso de revista.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho. É o relatório.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

V O T O

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade do agravo de instrumento, dele **conheço**.

2. MÉRITO

A decisão denegatória está assim fundamentada:

"RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO / REINTEGRAÇÃO/READMISSÃO OU INDENIZAÇÃO / GESTANTE.

Alegação(ões):

- contrariedade à Orientação Jurisprudencial SBDI-I/TST, nº 399.
- divergência jurisprudencial.
- do artigo 10, II, "b" do ADCT.

Registro, inicialmente, que os dispositivos cuja alegada violação não foi devidamente fundamentada não foram sequer elencados, eis que inócua a providência, a teor do disposto no artigo 896, §1º-A, II e III da CLT.

Nos termos em que prolatada a decisão, não se verifica a violação apontada. Na verdade, trata-se de mera interpretação do mencionado dispositivo, o que não permite o processamento do recurso. Não se vislumbra, também, nenhuma afronta à jurisprudência sedimentada da C. Corte.

Os arestos transcritos para o confronto de teses não se prestam ao fim colimado, seja por se revelarem inespecíficos, vez que não se enquadram nos moldes estabelecidos pelas Súmulas 23 e 296 do TST, seja ainda por se revelarem inservíveis, porquanto não contemplados na alínea "a" do art. 896 da CLT. No mesmo sentido é o entendimento consubstanciado na



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

Orientação Jurisprudencial 111 da SDI-I do TST. Podem ser, ainda, enquadrados na categoria de inservíveis os arestos não adequados ao entendimento consagrado na Súmula 337 do TST.

CONCLUSÃO

NEGO seguimento ao recurso de revista” (documento sequencial eletrônico nº 85).

A decisão agravada não merece reforma, pelas seguintes razões:

2.1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PEDIDO ANTERIOR DE REINTEGRAÇÃO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO QUANDO DA PROPOSTA DE RETORNO AO TRABALHO FEITA EM AUDIÊNCIA PELA RECLAMADA. AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA APÓS PERÍODO DE ESTABILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 399 DA SBDI-1 DO TST. CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. *DISTINGUISHING*.

Nas razões do recurso de revista foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT (redação da Lei nº 13.015/14).

Como se observa, trata-se de agravo de instrumento em recurso de revista interposto de decisão regional publicada na vigência das Leis nºs 13.015/2014 e 13.467/2017 (acórdão regional publicado em 13/08/2018). Logo, a insurgência deve ser examinada à luz do novo regramento processual relativo à transcendência.

Na forma do art. 247 do RITST, o exame prévio e de ofício da transcendência deve ser feito à luz do recurso de revista. O reconhecimento de que a causa oferece transcendência pressupõe a demonstração, no recurso de revista, de tese hábil a ser fixada, com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, a que se refere o § 1º do art. 896-A da CLT.

Nesse sentido, dispõe o art. 896-A, § 1º, da CLT:

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista”.

Desse modo, para que se possa concluir pela transcendência da causa, faz-se necessário verificar se o recurso de revista alcança condição objetiva de fixação de tese acerca da matéria.

No caso dos autos, a parte Agravante insiste no processamento do recurso de revista por violação dos arts. 7º, XXIX, da Constituição Federal e 10, II, “b”, do ADCT, por contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1 do TST e por divergência jurisprudencial.

Afirma, em síntese, que **“o único pressuposto para que a empregada gestante tenha assegurado o seu direito à estabilidade provisória (ADCT, art. 10, inc. II, alínea b) é que esteja grávida, não se cogitando de outro prazo para o ajuizamento da ação, senão o de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”** (fl. 02 do documento sequencial eletrônico nº 88 – destaque no original).

Requer o provimento de seu recurso, a fim de que lhe seja deferida a indenização substitutiva, bem como a exclusão da condenação do pagamento da multa por litigância de má-fé, tendo em vista essa penalidade ser indevida, uma vez que decorrente do ingresso com a ação trabalhista após o período estável, mesmo respeitado o prazo prescricional bienal.

A esse respeito, consta do acórdão regional:

“DA ESTABILIDADE DA GESTANTE - DA INDENIZAÇÃO

As reclamadas alegam que a reclamante não faz jus à estabilidade provisória da gestante, por incompatibilidade com o pedido de demissão. Asseveram, ainda, que não tinham conhecimento do estado gravídico da autora. Por fim, sustentam que a reclamante teria direito ao posto de trabalho, o que lhe foi



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

oferecido na audiência realizada nos autos do Processo nº 0100096-76.2016.5.01.0206, em 19/4/2016.

Examino.

A estabilidade da gestante encontra-se prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, segundo o qual: *Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:*

...

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

...

Nessa questão, o C. TST, por meio da Súmula nº 244, firmou os seguintes entendimentos:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Na hipótese vertente, a reclamante comprovou, por meio do exame de Id. 1c69906, que, em 25/11/2015, encontrava-se



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

grávida, com desenvolvimento do embrião compatível com 6 semanas e 3 dias. O nascimento do filho da reclamante deu-se em 14/7/2016, conforme se verifica da certidão de Id. 08531b5.

Assim, ao tempo da dispensa (6/1/2016), encontrava-se em estado gravídico.

No tocante ao desconhecimento das rés, tal fato é, segundo a jurisprudência majoritária, irrelevante para afastar a estabilidade provisória da gestante (Súmula nº 244, I, do TST), uma vez que tal medida tem como destinatário principal o nascituro, e não somente a mãe.

Ocorre que, nos autos da Ação nº 0100096-76.2016.5.01.0206, proposta em 22/1/2016, a reclamante demandou em face da 2ª reclamada, postulando, dentre outros pedidos, o seguinte:

Reintegração da Autora aos quadros de funcionários da Demandada, com a consequente nulidade da dispensa e com o pagamento dos salários correspondentes ao período em que ficou afastada;

ALTERNATIVAMENTE, na hipótese da Reclamante não se reintegrada, requer:

Pagamento de indenização equivalente aos salários do período compreendido entre a dispensa até o final da estabilidade provisória, incluindo-se aí, aviso prévio, 13º salário integral e proporcional e férias integrais e proporcionais, tudo levando em consideração o período da estabilidade, conforme se apurar;

...

Em audiência realizada em 19/4/2016 (Id. 1d14bbe - 0100096-76.2016.5.01.0206), lavrou-se o seguinte termo:

Registre-se que o patrono da reclamada informa que a empresa Bazar O Amigão da estação, CNPJ: 31.665.372/00014-40 pertence ao mesmo grupo econômico que CENTRAL ROCHAS LANCHES, CNPJ:



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

33.159.344/0001-05 que seria o real empregador da reclamante.

A requerimento do patrono da reclamada, registre-se a solicitação feita, no ato à autora, para que a mesma retorne ao trabalho, a seu real empregador, uma vez que não haveria sido dispensada em razão do estado de gravidez.

O autor desistiu da ação.

Homologa-se a DESISTÊNCIA para que surta seus legais e jurídicos efeitos.

Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VIII, do CPC.

Custas pelo autor no importe de R\$ 700,00, calculadas sobre R\$ 35.000,00, dispensadas na forma da lei.

Não obstante o entendimento do Juízo de origem, infiro que é incontroversa a existência de grupo econômico entre as rés. Isso porque tal fato foi admitido pelo preposto da reclamada nos autos da ação 0100096-76.2016.5.01.0206, bem como pela narrativa apresentada pela reclamante nesta demanda, reproduzida alhures (ver tópico da ilegitimidade passiva). Tanto que a reclamante alegou que trabalhava para as duas reclamadas, em nítida solidariedade ativa.

Ao tempo dos fatos, ou seja, antes da Reforma Trabalhista, não se tinha nenhuma discussão quanto à solidariedade ativa nos grupos econômicos, haja vista a Súmula nº 129 do TST.

Portanto, a considerar a confissão do preposto da reclamada e a tese trazida pela autora, não se mostra razoável entender que uma empresa pertencente ao grupo econômico, a qual, destaca-se, foi demandada pela própria autora, não pudesse lhe oferecer a realocação no posto de trabalho, tal como asseverou o Juízo de origem.

Na verdade, tal entendimento é contraditório, porquanto admite a existência de grupo econômico, mas não se consente com a ativação da reclamante em mais de uma empresa. Aliás,



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

esse fato é, inclusive, afirmado pela reclamante (Id. 5beae3e - Pág. 2).

Nesse cenário, vislumbro que a autora foi dispensada em 6/1/2016, sem qualquer indício de que a reclamada soubesse do estado gravídico da autora. Em 22/1/2016, a reclamante propôs ação pedindo a sua reintegração ou, sucessivamente, a indenização e as verbas rescisórias não recebidas.

Contudo, ao ser surpreendida pela reclamada com a proposta de retorno ao emprego, decidiu desistir da demanda. Nesse ponto, a reclamante não alega sequer que tenha tentado retornar ao emprego, como propusera a reclamada, e tenha sido impedida.

Foi então que a reclamante aguardou o término do período da estabilidade para oferecer a presente ação em 19/5/2017.

Ora, o que se constata dos autos é que a reclamante postulou a reintegração, a qual foi aceita pela reclamada, desistiu da ação, esperou o término do período da estabilidade e ingressou com nova demanda para pedir a indenização correspondente.

Não se nega que a reclamante tenha assegurado o direito constitucional de ação (art. 5º, XXXV, da CF/1988), bem como da liberdade de desistir da demanda proposta.

Todavia, impõe-se alertar que não existe nenhum direito absoluto, nem mesmo os fundamentais.

Desse modo, o exercício do direito deve ser condicionado aos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, sob pena de configurar abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC.

Não se discute que os deveres de boa-fé objetiva (art. 422 do CC) devam dirigir o contrato de trabalho, tanto para o empregador quanto para o empregado.

In casu, a conduta da autora de não aceitar a proposta de reintegração ao posto de trabalho, desistir de ação, esperar o



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

término da estabilidade e propor nova demanda com o fito de receber a indenização pelo período de estabilidade viola a boa-fé objetiva, em especial, na forma *duty to mitigate the own loss*.

Nessa espécie, exige-se que o credor adote as medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado.

Nos dizeres de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal acerca do dever de mitigar o próprio prejuízo (*in* Curso de Direito Civil - Vol. 4. 6ª ed. Salvador: Editora *Juspodivm*, 2016. p. 211):

Se o credor adotar comportamento desidioso por acreditar que a perda econômica do devedor lhe favorece, a sua inação culminará por lhe impor injustificado desfalque. Essa negligência danosa é uma ofensa ao princípio da confiança, pois evidencia o completo desprezo pelo dever anexo de cooperação.

A reclamante (credora) preferiu a não reintegração proposta pela reclamada, como forma de causar um prejuízo maior à empregadora e ampliar injustificadamente seus ganhos, ao perceber os salários sem qualquer contraprestação. Aliás, não se apresentou nenhuma justificativa de impedimento para o trabalho, seja por causa da própria empregadora ou razões clínicas, ou qualquer outra.

Na inicial desta ação (Id. 5beae3e), a reclamante não apontou sequer a propositura de demanda anterior.

A par disso, registro que não é dada às partes a possibilidade de se utilizarem do processo como forma de ampliar injustificadamente seus ganhos, em detrimento da boa-fé objetiva.

Outrossim, não se descuida que o processo se destina, primordialmente, a solucionar os litígios, ou seja, as pretensões resistidas. De modo que, se a reclamante buscava a reintegração, a qual foi oferecida pela reclamada, resta patente a falta de interesse da autora, uma vez que esse seria o direito material visado.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

Por oportuno, deixo assentado que não se trata apenas de a reclamante ter exercido o direito de ação após o término da estabilidade provisória, mas de desistir de reclamação já proposta, aguardar a expiração do prazo e postular, por meio de nova demanda, a indenização correspondente. Tudo isso sem apresentar um impedimento sequer.

Por todo o exposto, entendo inaplicáveis o art. 10, II, "b", da CF/1988, e a Súmula nº 244, II, do TST, em razão do patente abuso de direito da autora (arts. 187 e 422 do CC/2002).

Com efeito, mantenho a dispensa sem justa causa em 6/1/2016, respeitado o aviso prévio a contar dessa data, e afasto a indenização substitutiva equivalente ao pagamento de todos os salários a partir da data da dispensa até 05 meses após o nascimento do nascituro, ocorrido em 14/07/2016, além das demais parcelas deferidas em sentença pelo período da estabilidade.

Em razão da conduta da autora, desvirtuando os fins do processo (art. 80, III, do CPC), entendo pela aplicação, de ofício, da penalidade por litigância de má-fé, a teor do art. 81 do CPC.

Assim, condeno a reclamante ao pagamento de multa por litigância de má-fé, a ser calculada à base de 2% do valor da causa.

Dou provimento" (fls. 09/13 do documento sequencial eletrônico nº 79).

Como se observa, a Corte Regional decidiu que a Reclamante não faz jus ao pagamento da indenização substitutiva por dois fundamentos: a) ter recusado a reintegração que ela mesma postulou em ação anterior e b) ter esperado o término do período da estabilidade para ingressar com nova ação para pedir a indenização correspondente. A conclusão foi a de que esse comportamento implica em conduta que desvirtua os fins do processo, sendo cabível a condenação da Autora na penalidade por litigância de má-fé.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

No que se refere ao ajuizamento da ação após o período estável, eis o teor da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1 desta Corte Superior:

“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 estável”

Cabe ressaltar que o reconhecimento de que a causa oferece transcendência política (art. 896-A, § 1º, II, da CLT) não se limita à hipótese em que haja **verbete sumular** sobre a matéria; haverá igualmente transcendência política quando demonstrado o desrespeito à jurisprudência pacífica e notória do Tribunal Superior do Trabalho sedimentada em Orientação Jurisprudencial ou a partir da fixação de tese no julgamento, entre outros, de incidentes de resolução de recursos repetitivos ou de assunção de competência, bem como, na hipótese do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral ou das ações de constitucionalidade.

Trata-se de extensão normativa do conceito de transcendência política, prevista no art. 896-A, § 1º, II, da CLT, a partir, sobretudo, da sua integração com o novo sistema de resolução de demandas repetitivas inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, cujas decisões possuem caráter vinculante (exegese dos arts. 489, § 1º, 926, 928 do CPC/2015).

Ademais, ainda que assim não fosse, o próprio § 1º do art. 896-A da CLT estabelece que os indicadores de transcendência nele nominados não constituem cláusula legal exaustiva, mas possibilita o reconhecimento de indicadores “entre outros”.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

Assim sendo, em razão da matéria objeto de controvérsia, reconheço a existência de **transcendência política** da causa, nos termos do art. 896-A, § 1º, II, da CLT.

Não obstante, deve-se aplicar o ***distinguishing*** entre a situação em análise e os precedentes desta Corte Superior, diante da especificidade fática retratada pela Corte Regional.

O art. 489, §1º, V e VI, do Código de Processo Civil de 2015, indica a necessidade de identificação dos fundamentos determinantes de uma decisão a partir das particularidades existentes no caso concreto. Eis os termos:

Art. 489: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (...)

Portanto, a fim de evitar o engessamento e o exercício mecânico da atividade jurisdicional, exige-se fundamentação adequada que justifique a incidência de um precedente ou a indicação de distinção, no caso de a questão *sub judice* não ser análoga às julgadas anteriormente.

De tal modo, o sistema jurídico é dinâmico e exige dos aplicadores do direito a verificação de similitude ou diferença entre casos já julgados e novas demandas. Assim, questões que não sejam semelhantes, pela ocorrência de particularidades fático-jurídicas não existentes nos precedentes, devem ser julgadas de forma específica.

Esta Corte Superior já analisou casos a partir do ***distinguishing*** entre as premissas delineadas pelo Tribunal Regional e a jurisprudência consolidada quanto às matérias em debate. Nesse sentido:



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

“(…) EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA. MOTIVAÇÃO. SUCESSÃO TRABALHISTA. INAPLICABILIDADE DA SUSPENSÃO DETERMINADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS AUTOS DO RE Nº 688.267. O Supremo Tribunal Federal, em 06.06.2019, proferiu decisão nos autos do RE nº 688.267, determinando a suspensão nacional dos processos que envolvam discussão sobre a "dispensa imotivada de empregado de empresa pública e sociedade de economia mista admitido por concurso". **Ocorre, contudo, que no presente caso se faz necessário realizar o distinguishing, tendo em consideração a completude dos fundamentos expendidos pelo TRT na solução da questão posta pelas Partes . Conforme se observa do acórdão regional, o TRT manteve o reconhecimento da sucessão trabalhista e, por conseguinte, a inexistência de responsabilidade da Fundação Universitária de Taubaté - FUST pelos créditos trabalhistas postulados na presente ação.** Nesse contexto, a Corte Regional confirmou a sentença que reconheceu a validade da dispensa do Reclamante, em virtude da existência dos motivos alegados pela Reclamada. Com efeito, o TRT declarou que: " Conforme Processo Administrativo FUST nº 006/2013, a dispensa do Reclamante e de outros empregados daquela instituição se deu em razão da interrupção das atividades da FUST no HUT , atividade para a qual foi criada. O aproveitamento de alguns empregados se deu por iniciativa e discricionariedade da sucessora, não havendo aí que se falar em quebra de impessoalidade, princípio ao qual a sucessora não está afeta, por se tratar de pessoa jurídica de direito privado ". Observa-se, portanto, que a conclusão do Tribunal de origem pela validade da dispensa do Reclamante não se fundou apenas na necessidade de motivação da dispensa dos empregados públicos admitidos por concurso, mas também na existência de motivação consistente na interrupção das atividades da FUST no



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

HUT, e no fato de que o aproveitamento de alguns empregados se deu por iniciativa e discricionariedade da empresa sucessora - pessoa jurídica de direito privado - que não está afeta aos princípios que regem a Administração Pública . Em tal contexto fático, o presente caso apresenta elemento de distinção que o exclui da suspensão determinada pelo STF no RE nº 688.267. De outro lado, apesar de questionável o entendimento da Instância Ordinária, acerca da caracterização de sucessão trabalhista na hipótese dos autos, sobretudo diante da jurisprudência desta Corte Superior na análise de casos análogos, o exame da questão se encontra obstado, em razão do não provimento do agravo de instrumento Obreiro, no tocante ao tema "responsabilidade das Reclamadas", por óbice estritamente processual . Assim, mantido o acórdão regional quanto ao reconhecimento da sucessão trabalhista e da ausência de responsabilidade da Fundação Universitária de Taubaté - FUST e, ainda, considerando que a decisão recorrida não contém elementos fáticos que permitam aferir asseguradamente a continuidade ou não da prestação de serviços do Reclamante à empresa sucessora - Sociedade Beneficente São Camilo, pessoa jurídica de direito privado -, não se há falar em contrariedade à Súmula 390, I, do TST, bem como em violação aos dispositivos constitucionais indicados pelo Reclamante. Agravo de instrumento desprovido" (AIRR-10736-86.2015.5.15.0009, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 05/11/2021, destaque acrescido).

“(...) VÍNCULO EMPREGATÍCIO. TERCEIRIZAÇÃO. Conquanto a Suprema Corte tenha fixado o entendimento de que a licitude da terceirização independe da atividade executada pelo empregado ou, ainda, do objeto social da empresa (Tema 725 de Repercussão Geral e ADPF 324), não há como reconhecer a validade da contratação quando presentes os requisitos da



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

relação de emprego, previstos nos arts. 2.º e 3.º da CLT, notadamente a subordinação direta ao tomador dos serviços . E essa é exatamente a situação vivenciada nos autos, visto que o Regional menciona expressamente a existência de subordinação direta do reclamante à tomadora de serviços. **A referida peculiaridade é suficiente para a utilização da técnica da distinção, também conhecida como distinguishing, e, por conseguinte, para a não aplicação do Precedente fixado pelo STF**, o qual examinou a licitude da terceirização apenas no enfoque das atividades desenvolvidas pela empresa contratante. Assim, reitere-se, reconhecida a fraude na contratação, não pela atividade desempenhada pelo reclamante, mas pela existência dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora dos serviços – arts. 2.º e 3.º da CLT –, não há falar-se em licitude da terceirização. Precedentes. Agravo conhecido e não provido, no tema (...)” (Ag-AIRR - 2491-25.2010.5.02.0203 , Relator Ministro: Luiz José Dezena da Silva, 1ª Turma, Publicação: DEJT de 15/03/2021, destaque acrescido).

"INTERVALO INTRAJORNADA. CAIXA BANCÁRIO DA CEF. PAUSA DE DEZ MINUTOS A CADA CINQUENTA MINUTOS TRABALHADOS. NORMA COLETIVA. ATIVIDADE PREPONDERANTEMENTE DE DIGITAÇÃO. **DISTINGUISHING** . A matéria discutida nos presentes autos foi uniformizada pela Subseção de Dissídios Individuais I do TST, no sentido de que as atividades do caixa bancário não se amoldam, em regra, àquelas realizadas pelo digitador, não havendo que se falar de direito ao intervalo do digitador de 10 minutos de descanso a cada 90 minutos trabalhados. **No caso em tela, contudo, as premissas fáticas delineadas pelo Tribunal Regional permitem conclusão distinta. O distinguishing reside na existência de norma coletiva da categoria que prevê que "todos os**



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

empregados que estejam exercendo atividades de entrada de dados sujeitas a movimentos ou esforços repetitivos dos membros superiores e coluna vertebral, gozarão de 10 (dez) minutos de intervalo a cada 50 (cinquenta) minutos trabalhados (...)". Verifica-se que, a despeito das razões do acórdão, a norma coletiva não faz ressalva quanto à necessidade de comprovação de que a atividade de digitação deva ser contínua e ininterrupta. Em razão disso, pelo fato de a digitação constituir atividade preponderante da reclamante, o intervalo previsto na norma coletiva deve ser concedido. Decisão regional mantida. Recurso de revista não conhecido" (RR-337-77.2016.5.06.0020, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 08/10/2021, destaque acrescido).

"(...) RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. FRAUDE NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VERBAS DECORRENTES DO RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE BANCÁRIA. ADPF-324/DF. REPERCUSSÃO GERAL. RE-958252/MG. TEMA Nº 725. DISTINGUISHING. O Supremo Tribunal Federal, em sessão extraordinária realizada no dia 30/08/2018, julgou procedente a arguição formulada na ADPF-324/DF (Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Dje nº 188, divulgado em 06/09/2018), com eficácia erga omnes e efeito vinculante, e fixou tese jurídica de repercussão geral, correspondente ao Tema nº 725, no sentido de que " É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante ." (leading case: RE-958252/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Dje nº 188, divulgado em 06/09/2018). **Todavia, o caso em exame autoriza a aplicação da técnica da distinção (distinguishing), pois o Tribunal Regional, com amparo no contexto fático-probatório**



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

delineado nos autos, insuscetível de revisão nesta instância extraordinária, nos termos da Súmula 126 do TST, além de ter consignado que a reclamante se ativava na atividade-fim, destacou a sua subordinação direta ao tomador de serviços, mantendo a sentença que verificou a presença dos demais elementos necessários à caracterização do vínculo empregatício. Recurso de revista não conhecido" (ED-RR-190-06.2015.5.06.0014, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 07/01/2020, destaque acrescido).

Destaque-se que, especificamente em relação ao tema "*estabilidade gestante*", esta Corte Superior se utilizou da distinção e lançou nova tese interpretativa "*calcada na não extensão, às trabalhadoras temporárias, contratadas nos termos da Lei nº 6.019/1974, da garantia provisória do emprego da gestante, por realização de distinguishing entre a situação por elas vivenciada e as descritas na Súmula nº 244, III, do TST*" (IAC-5639-31.2013.5.12.0051, Tribunal Pleno, Redatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/07/2020).

De igual modo, o STJ aplica a técnica da distinção (distinguishing), a fim de reputar se determinada situação é análoga ou não a determinado precedente (RE nos EDcl no REsp 1.504.753/AL, 3ª Turma, DJe 29/09/2017); REsp 1.414.391/DF, 3ª Turma, DJe 17/05/2016; e, AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Corte Especial, DJe 06/02/2018. Em mesmo sentido:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA TÉCNICA DA DISTINÇÃO (DISTINGUISHING). DISTINÇÃO ENTRE A HIPÓTESE DOS AUTOS COM QUESTÃO DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. SÚMULA 182 DO STJ. FALTA DE IMPUGNAÇÃO. INÉPCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADIMISSIBILIDADE. 1. A situação submetida a julgamento no bojo dos recursos repetitivos (Tema 971), cuida da possibilidade ou não da inversão, "em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda", tese não debatida no acórdão recorrido. 2. É manifestamente inadmissível o agravo que não impugna, especificamente e de maneira consistente, os fundamentos da decisão agravada. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 4. Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial não provido" (AgInt nos EDcl no AREsp 1254567/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 16/08/2018)

No caso, o Tribunal Regional consignou premissas que impedem a aplicação adequada da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho acerca da matéria em debate.

Na hipótese, a Reclamante, em 22/01/2016, ajuizou ação pedindo a sua reintegração ou, sucessivamente, a indenização substitutiva do período estável. Na audiência realizada em 19/04/2016, recebeu proposta de retorno ao emprego e desistiu da demanda. Na data de 19/05/2017, após o término do período da estabilidade, ajuizou nova demanda para pedir a indenização correspondente.

Assim, a Corte Regional entendeu que houve abuso de direito e detrimento da boa-fé objetiva, tendo em vista não se tratar apenas do exercício do direito de ação após o término da estabilidade provisória, mas de recusa da Reclamante em aceitar a oferta de retorno ao emprego, em primeira ação interposta e desistida (apesar do pedido sucessivo de reintegração), e a demora no ajuizamento de nova ação.

Sob esse enfoque, o direito da gestante à proteção contra a despedida arbitrária, ainda que possa ser considerado incondicionado, não é absoluto, e não pode estar desassociado da função social para o qual foi criado.

A garantia constitucional disposta no artigo 10, II, "b", do ADCT tem como escopo a proteção da empregada gestante contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Assim, ampara a maternidade e o nascituro, visando o direito ao emprego e não a vantagens pecuniárias, por si só, razão pela qual o exercício desse direito não deve permitir condutas abusivas e com desvio de finalidade.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

O dispositivo constitucional indicado como violado resta incólume, portanto.

O legislador pátrio foi categórico ao classificar como ilícito o ato abusivo, nos termos do seguinte dispositivo:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Conforme preleciona Castanheira Neves: *"um comportamento que tenha a aparência de licitude jurídica, por não contrariar a estrutura formal definidora (legal ou conceitualmente) de um direito, à qual mesmo externamente corresponde – e, no entanto, viole ou não cumpra, no seu sentido concreto-materialmente realizado, a intenção normativa que materialmente fundamenta e constitui o direito invocado, ou de que o comportamento realizado se diz exercício, é o que juridicamente se deverá entender por exercício abusivo de um direito"* (CASTANHEIRA NEVES, Antônio. Questão-de-facto - Questão-de-direito, Coimbra: Almedina, 1967, p. 524).

Portanto, o exercício do direito se torna abusivo quando há desvio da intenção normativa que fundamentou a existência desse direito. No aspecto, a intenção da reclamante é única e exclusiva de auferir valores, em razão de seu estado gravídico. Sua pretensão faz perecer o intuito protetivo ambicionado pela legislação.

Diante do exposto, deve ser mantida a decisão regional.

Destaque-se que arestos oriundos de Turmas desta Corte não ensejam a admissibilidade do apelo, nos termos do art. 896, "a", da CLT.

No que se refere à penalidade por litigância de má-fé, ao se insurgir quanto ao tema, a reclamante deixou de indicar o trecho do acórdão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia, em inobservância ao inciso I do §1º-A do art. 896 da CLT. Ademais, resta desatendido, ainda, o requisito previsto no art. 896, § 1º-A, II, da CLT, pois não houve indicação de contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a decisão regional.

Nego provimento ao agravo de instrumento.



PROCESSO Nº TST-AIRR-101137-47.2017.5.01.0205

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, **reconhecer** a transcendência política da causa, a fim de conhecer do agravo de instrumento interposto pela Reclamante quanto ao tema **"ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PEDIDO ANTERIOR DE REINTEGRAÇÃO. DESISTÊNCIA DA AÇÃO QUANDO DA PROPOSTA DE RETORNO AO TRABALHO FEITA EM AUDIÊNCIA PELA RECLAMADA. AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA APÓS PERÍODO DE ESTABILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 399 DA SBDI-1 DO TST. CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. DISTINGUISHING"** e, no mérito, **negar-lhe provimento**.

Brasília, 15 de fevereiro de 2022.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro Relator