



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

ACÓRDÃO
8.ª Turma
GMDMA/MCL/at

I - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA, OPOSTOS PELA RECLAMADA. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DISCRIMINATÓRIA E LIMITATIVA DA MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO POR MOTIVO DE SEXO E DE ESTADO CIVIL. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. A decisão derivou de fato registrado no acórdão regional, que consignou que *"houve, de fato, uma discussão entre o marido da reclamante e o ex-empregador registrado por meio do aplicativo whatsapp, da qual resultou a despedida discriminatória da reclamante ante a seguinte afirmativa do ex-empregador: "o ex-empregador afirma para o seu marido que 'sua mulher não precisa ir a partir de amanhã', 'está demitida' e 'não quero contato algum com esse tipo de gente' (fl. 37)." (sem grifos no original)*". A decisão embargada deu eficácia à orientação formulada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, que visa inibir *"a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo"*, porquanto, no caso concreto, considerou que *"enquanto mulher, a trabalhadora foi considerada mera extensão do homem, o que denota a indubitável prática de ato discriminatório"*. Não se aplica a Sumula 126 do TST quando, dos registros consignados no



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

acórdão regional, for possível proceder a um novo enquadramento jurídico, sem necessidade de se revolver o conjunto fático probatório. Quanto ao pedido de mitigação da aplicação da Sumula 28 do TST, de modo a evitar enriquecimento ilícito da reclamante, não se trata de matéria oponível por intermédio dos embargos de declaração. Finalmente, quanto à tese da ré sobre a ilicitude da prova, extrai-se dos autos que se trata de prova emprestada obtida de reclamação trabalhista movida pelo esposo da autora, e produzida, à ocasião, pela própria reclamada. Trata-se, pois, de prova obtida por meios lícitos, não se cogitando de ofensa ao art. 5.º, LVI, da Constituição Federal. Além disso, por ter sido trazido o documento em primeiro lugar pela própria ré, a arguição de sua ilicitude, nesta assentada, configura verdadeiro *venire contra factum proprium*, destoando da boa-fé processual objetiva. Assim, não há mais o que suprir ou prover. Os embargos buscam, na realidade, obter novo julgamento com o acolhimento da interpretação da embargante em relação à matéria, o que não é admissível pela estreita via dos aclaratórios. **Embargos de declaração não providos.**

II - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA OPOSTOS PELA RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO DO ART. 4º DA LEI 9.029/95. BASE DE CÁLCULO. O reconhecimento da conduta discriminatória do reclamado implica em sua condenação ao pagamento, em dobro, de toda a remuneração devida durante o período de afastamento, e,



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

consequentemente, de todos os direitos, vantagens e adicionais conferidos por lei ou norma contratual, como se na ativa estivesse, inclusive os convencionais, observados os limites do pedido da petição inicial, devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, na forma do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.029/95. Assim, para se evitar dúvidas na execução, os embargos de declaração devem ser providos, com efeito modificativo, para se esclarecer a base de cálculo da indenização. **Embargos de declaração providos.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Recurso de Revista n.º **TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013**, em que são Embargantes e Embargadas **SIMONNI PIMENTEL NUNES NOBRE** e **WCC FITNESS ACADEMIA DE GINÁSTICA LTDA. - ME.**

A reclamada opõe embargos de declaração ao acórdão requerendo a reforma do julgado, requerendo efeito modificativo.

A reclamante opõe embargos de declaração alegando omissão.

Foi apresentada contrarrazões.

É o relatório.

V O T O

I - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

1 - CONHECIMENTO



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

Presentes os pressupostos processuais, **CONHEÇO** dos embargos de declaração.

2 - MÉRITO

Contra o acórdão proferido por este Colegiado, por meio do qual se deu provimento ao recurso de revista da autora, a reclamada opõe os presentes embargos.

Alega que houve indevido revolvimento fático-probatório, em contrariedade à Súmula 126 do TST.

Aduz que “o simples fato de o v. acórdão recorrido ter consignado os fatos ocorridos no processo, não são suficientes para comprovar que a dispensa da recorrente se deu de forma imotivada ou discriminatória. Ora, o próprio acórdão regional fez questão de frisar que não houve dispensa discriminatória, mas tão somente uma discussão acalorada entre terceiros em uma conversa da qual a reclamante não participou”.

E que “para chegar a tal conclusão depois de toda a instrução e marcha processual extensa, que decidiram incansavelmente sobre a inexistência de dispensa discriminatória, de fato esse Excelso Tribunal Superior do Trabalho teria sim que adentrar na análise de fatos processuais, o que é explicitamente vedado nessa instância processual. Ora, da simples análise do v. acórdão regional não é possível afirmar que o motivo determinante para a dispensa da reclamante foi o seu estado civil ou a sua situação familiar, fatores sociológicos descritos na referida legislação que pretende salvaguardar os trabalhadores pertencentes a uma coletividade, minoria ou grupo de práticas discriminatórias”.

Afirma que a única prova trazida aos autos pela reclamante se trata de conversa de terceiros na qual a reclamante não é interlocutora, incidindo diretamente como ofensa ao artigo 5º, inciso LVI da CF.

Requer a mitigação da aplicação da Súmula 28 do TST, para evitar enriquecimento ilícito da reclamante, sob o argumento de que a aplicação do referido verbete ensejaria uma indenização extremamente vultosa para a reclamante,



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

ultrapassando períodos de estabilidade acidentária, gestacional, etc., considerando-se o tempo em trâmite do processo, o que seria desproporcional e desarrazoado.

Pois bem.

Eis o teor da decisão embargada, no que interessa:

Pelo que se extrai do acórdão do Tribunal Regional, houve, de fato, uma discussão entre o marido da reclamante e o ex-empregador registrado por meio do aplicativo whatsapp, da qual resultou a despedida discriminatória da reclamante ante a seguinte afirmativa do ex-empregador: “o ex-empregador afirma para o seu marido que ‘sua mulher não precisa ir a partir de amanhã’, ‘está demitida’ e ‘não quero contato algum com esse tipo de gente’ (fl. 37).” (sem grifos no original).

Para o Tribunal Regional, não é possível “extrair a necessária certeza quanto à prática de ato intencional de ofender ou menosprezar a reclamante, mormente porque a discussão provocativa ocorreu antes da menção à sua pessoa e entre o seu marido e o ex-empregador”, e que “somente a conversa mantida entre o marido da reclamante e seu ex-empregador não possui o condão de caracterizar dispensa discriminatória”.

Depreende-se do trecho destacado e do conjunto dos fundamentos do acórdão regional que a trabalhadora foi claramente despedida por retaliação e discriminação, pois o empregador refere-se à mulher trabalhadora, sua empregada, e ao seu marido, de forma depreciativa e discriminatória, o que nem de longe se insere no poder diretivo do empregador.

Do trecho destacado denota-se discriminação.

1 - O fato de o empregador ter mencionado na discussão que não queria na empresa “esse tipo de gente”, de forma pejorativa, denota discriminação.

2 - A dispensa demonstra total desconsideração à mulher enquanto pessoa humana e enquanto gênero, ignorando a sua identidade, seus direitos e seus atributos enquanto trabalhadora. A atitude patronal busca atingir ao mesmo tempo o marido e a mulher, por meio da dispensa da trabalhadora perpetrada por meio de um recado, o que atinge também a sociedade e demonstra clara discriminação de gênero.

Conforme orientação formulada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, o Poder Judiciário deve ficar atento de maneira a não minimizar “a relevância a certas provas com base em uma ideia preconcebida sobre gênero”, sendo importante “refletir sobre prejuízos potencialmente causados” e “incorporar essas considerações em sua atuação jurisdicional”. Da mesma forma, o julgador deve considerar se existe “alguma assimetria entre as partes envolvidas” e “o que significa proteger, no caso concreto?”.

Assim, no caso concreto, a Lei nº 9.029/95 proíbe “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho,



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”.

A reclamante foi dispensada por meio de um recado, após incompatibilidade do empregador com seu marido, fato que indiscutivelmente levou à despedida arbitrária da trabalhadora.

Portanto, enquanto mulher, a trabalhadora foi considerada mera extensão do homem, o que denota a indubitável prática de ato discriminatório.

Reconheço a transcendência social da causa.

Diante do exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista, por violação do art. 1º da Lei 9.029/95.

A decisão derivou de fato registrado no acórdão regional, que consignou que *“houve, de fato, uma discussão entre o marido da reclamante e o ex-empregador registrado por meio do aplicativo whatsapp, da qual resultou a despedida discriminatória da reclamante ante a seguinte afirmativa do ex-empregador: “o ex-empregador afirma para o seu marido que ‘sua mulher não precisa ir a partir de amanhã’, ‘está demitida’ e ‘não quero contato algum com esse tipo de gente’ (fl. 37).” (sem grifos no original)“.*

A decisão embargada deu eficácia à orientação formulada pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021, que visa inibir “a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo”, porquanto, no caso concreto, considerou que “enquanto mulher, a trabalhadora foi considerada mera extensão do homem, o que denota a indubitável prática de ato discriminatório”.

Não se aplica a Sumula 126 do TST quando, dos registros consignados no acórdão regional, for possível proceder a novo enquadramento jurídico, sem necessidade de revolver o conjunto fático-probatório.

Nesse sentido, os seguintes precedentes da SBDI-1 do TST:

RECURSO DE EMBARGOS. LEI Nº 11.496/2007. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. CONTRARIEDADE ÀS SÚMULAS 126 E 331, IV, DO TST. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Nos termos do entendimento firmado no âmbito desta Subseção, não há que se falar, como regra, em contrariedade a verbetes que ostentem natureza processual, uma vez que, diante da função uniformizadora desta douda Seção, revela-se inviável o reexame de decisões



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

de Turma quanto à análise do conhecimento do recurso de revista, excepcionando-se os casos em que, na decisão embargada, houver afirmação diametralmente contraposta ao teor do verbete de conteúdo processual indicado pela parte. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, **não se constata contrariedade à Súmula 126 desta Corte, pois a Turma apenas analisou a questão jurídica apresentada a partir das mesmas premissas fáticas assentadas pela Corte Regional**, soberana no exame de provas, a fim de considerar que, entre as rés, houve contrato de prestação de serviços, terceirização lícita, aspecto esse que tem o condão de atrair a aplicação da inteligência do item IV da Súmula 331 do TST, a fim de responsabilizar a segunda ré de forma subsidiária pelas verbas devidas à parte acionante. 3. No que toca à alegação de contrariedade à Súmula 331, IV, do TST, extrai-se da decisão recorrida que se trata de contrato de prestação de serviços, em que a segunda reclamada se beneficiou da força de trabalho da autora, na função de vendedora externa, por meio de outra empresa, o que configura nítida relação jurídica de prestação de serviços. Cabe registrar, por oportuno, que não há nenhum elemento fático descrito no acórdão regional no sentido de que houve contrato de representação comercial na presente hipótese, mas tão somente realização de vendas de produtos da segunda ré. 4. Nessa esteira, por ocasião do julgamento na ADPF 324 e o RE 958.252, em 30/08/2018, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese, com repercussão geral, 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". Assim, tratando-se de contrato de prestação de serviços celebrado entre a primeira e a segunda ré, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, nos termos da Súmula 331, IV, do TST. 5. Precedente. Recurso de embargos não conhecido. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. CONTRARIEDADE À SÚMULA 126 DO TST. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Nos termos do entendimento firmado no âmbito desta Subseção, não há que se falar, como regra, em contrariedade a verbetes que ostentem natureza processual, uma vez que, diante da função uniformizadora desta douda Seção, revela-se inviável o reexame de decisões de Turma quanto à análise do conhecimento do recurso de revista, excepcionando-se os casos em que, na decisão embargada, houver afirmação diametralmente contraposta ao teor do verbete de conteúdo processual indicado pela parte. Precedentes. 2. Em relação à controvérsia dos autos em epígrafe, verifica-se que **a discussão travada no âmbito da 5ª Turma possui contornos estritamente jurídicos, sem que fosse realizado qualquer revolvimento do conjunto fático-probatório dos presentes autos, mas tão somente o devido enquadramento jurídico dos fatos examinados pela Corte de origem no acórdão regional proferido**. Com efeito, verifica-se que a Turma de origem analisou a questão a partir dos



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

mesmos pressupostos fáticos descritos no acórdão regional, destacando que a mera ausência de retorno ao labor e a demora no ajuizamento da ação não podem ser compreendidas como óbices para o reconhecimento da garantia de emprego que lhe é assegurada pela norma prevista no art. artigo 10, II, "b", do ADCT. 3. Assim, feita essa explanação, resulta claro que o debate da controvérsia em epígrafe girou em torno de aspectos de direito que lhe são correlatos, sem que houvesse qualquer revolvimento de material probatório. Recurso de embargos não conhecido. (E-ED-RR-989-56.2011.5.12.0003, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT 9/12/2022)

RECURSO DE EMBARGOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REGIONAL QUE RECONHECEU A ATIVIDADE DE RISCO. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TST NÃO DEMONSTRADA. A c. Turma analisou a matéria em face da tese do julgado regional que entendeu pela existência de culpa exclusiva da vítima e afastara a responsabilidade do empregador em relação ao acidente de trabalho, afirmada a existência de atividade de risco. **A v. decisão não incursionou na prova, não havendo se falar em contrariedade à Súmula 126 do c. TST, na medida em que o entendimento acerca da responsabilidade do empregador decorre do fundamento jurídico da decisão regional, não se vislumbrando reexame de fato e prova pela c. Turma.** Não demonstrado conflito jurisprudencial na análise de matéria idêntica, torna-se inviável o conhecimento dos Embargos. Embargos não conhecidos. (E-ED-RR-171-32.2017.5.09.0665, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Red. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19/8/2022)

AGRAVO CONTRA DECISÃO DE PRESIDENTE DE TURMA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DE EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. BANCO DO BRASIL. DIFERENÇAS SALARIAIS. PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE. APLICAÇÃO DOS PERCENTUAIS DE 12% E 16%. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. Esta Subseção, apenas excepcionalmente, tem admitido o conhecimento de embargos por contrariedade à Súmula nº 126 desta Corte, quando constatado que, para chegar à conclusão obtida acerca da controvérsia, o órgão colegiado realizou novo exame das provas dos autos, **o que não ocorre nas hipóteses em que a tese foi prolatada a partir da própria narrativa fática constante da decisão regional, configurando-se, tão-somente, um novo enquadramento jurídico para esses mesmos fatos.** Na hipótese, a Turma não conheceu do recurso de revista da reclamante, com fundamento na Súmula nº 126 do Tribunal Superior do Trabalho. Afirmou, para tanto, que "o



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

Regional, amparado no conjunto fático-probatório, consignou expressamente o direito aos interstícios de 12% e 16% entre níveis salariais não decorria de norma interna do empregador, mas de cláusulas coletivas com vigência até 1997". Assim, entendeu que "à margem do alegado pela reclamante, somente por meio do reexame do acervo fático-probatório existente nos autos seria possível rever a conclusão da Corte de origem de que os interstícios salariais de 12% e 16% estavam previstos apenas em normas coletivas, o que não se permite em recurso de revista, ante o óbice da Súmula 126 do TST". Analisando-se o teor do acórdão regional transcrito pela Turma, efetivamente, não é possível aferir se os percentuais pretendidos pela reclamante a título de interstícios promocionais estavam de fato previstos em norma interna do banco reclamado ou apenas na norma coletiva vigente até 1997. Assim, não se vislumbra, no caso, má aplicação da Súmula nº 126 desta Corte pela Turma, estando intacto o referido verbete. Por outro lado, os arestos consignados ao cotejo não são aptos à demonstração da divergência jurisprudencial alegada no aspecto, porquanto tratam de circunstâncias específicas dos casos concretos a que se referem e não abordam a questão ora controvertida (Súmula nº 296, item I, do Tribunal Superior do Trabalho). Agravo desprovido. (Ag-E-Ag-ED-RR-545-82.2011.5.04.0702, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Rel. Min. Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 29/7/2022)

EMBARGOS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 - BANCÁRIO - FUNÇÃO DE CONFIANÇA - ART. 224, § 2º, DA CLT - REVALORAÇÃO JURÍDICA DE PROVA TESTEMUNHAL TRANSCRITA NO ACÓRDÃO REGIONAL - AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA Nº 126 DO TST. 1. Não há reexame de provas quando a Turma decide a partir de premissas extraídas de todos os depoimentos testemunhais transcritos no acórdão regional, que estão em conformidade com os fatos registrados. 2. **O conjunto fático delimitado no acórdão regional foi respeitado pela C. 8ª Turma, que apenas atribuiu novo valor jurídico aos fatos consignados na instância ordinária.** Incólume a Súmula nº 126 do Eg. TST. Embargos não conhecidos. (E-ED-ARR-1000-47.2011.5.04.0702, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Red. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/1/2021)

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. ENQUADRAMENTO SINDICAL. FINANCIÁRIA. CONTRARIEDADE ÀS SÚMULAS Nº 126 E 331. NÃO PROVIMENTO. 1. A egrégia Turma desta Corte Superior, ao concluir pela aplicabilidade dos instrumentos coletivos dos financeiros ao caso dos autos **não procedeu ao reexame do conjunto fático-probatório do feito, mas apenas, à luz dos elementos de fato e de prova consignados no acórdão regional, conferiu um novo enquadramento jurídico à controvérsia**, o que, nem de longe, configura contrariedade à Súmula nº 126. (AgR-E-ED-RR-100300-35.2007.5.01.0207, Rel.



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 24/10/2014)

Quanto ao pedido de mitigação da aplicação da Sumula 28 do TST, para se evitar enriquecimento ilícito da reclamante, não se trata de matéria oponível por intermédio dos embargos de declaração.

Por fim, quanto à tese da ré sobre a ilicitude da prova, trago à colação os fundamentos adotados pelo Tribunal Regional:

EMENTA

1. PROVA EXTRAÍDA DE OUTRO PROCESSO QUE NÃO CORRE EM SIGILO OU EM SEGREDO DE JUSTIÇA. ILICITUDE AFASTADA. Conversa obtida pela trabalhadora, em que são interlocutores o ex-empregador e seu marido, por meio de whatsapp, juntado em outro processo que não corre em sigilo ou em segredo de justiça não se erige em prova ilícita. Os documentos constantes de processos findos ou em andamento, podem ser acessados, inclusive, assegurando-se a obtenção de cópias, à exceção daqueles sujeitos a sigilo ou segredo de justiça (art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94 c/c art. 11, §§ 6º e 7º, da Lei nº 11.419/06).

(...)

1. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DANO MORAL. PROVA ILÍCITA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A decisão monocrática encontra-se assim redigida:

(...)

Repisando os argumentos exordiais, afirma a reclamante equivocada a decisão proferida, uma vez que a conversa juntada do aplicativo whatsapp, além de servir como prova emprestada, uma vez que foi juntada na reclamação trabalhista ajuizada por seu esposo contra a demandada (RT nº 0000136-37.2017.5.10.0021), refere-se a conversa que envolve o "esposo da recorrente e o sócio da reclamada" (fl. 165).

Aduz que a referida conversa foi juntada pela própria reclamada nos autos da RT nº 0000136-37.2017.5.10.0021, o que desconstitui a linha argumentativa da defesa, não tendo o juízo observado que houve requerimento para sua utilização como prova emprestada.

Acrescenta que a demandada não impugnou o documento juntado pela reclamante, cingindo-se a afirmar ser ilegal a conversa de whatsapp, uma vez que um de seus interlocutores não seria o proprietário da empresa (fls. 166/167).

Em tal cenário, não poderia o juiz ter reconhecido a ilicitude da prova, impondo-se, pelo conteúdo da referida prova, declarar que houve, de fato, dispensa discriminatória e ofensa à honra e dignidade da trabalhadora.



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

Procurando desconstituir a declaração firmada pelo irmão da recorrente, pugna a autora pela reforma da sentença, para que seja reconhecida a licitude da prova produzida, declarada a nulidade da rescisão contratual, bem como seja deferida a indenização prevista no artigo 4º, II, da lei nº 9.029/95.

Comprovada a prática de atos ofensivos à honra e dignidade da trabalhadora, requer, outrossim, a condenação da reclamada na indenização respectiva, não inferior a R\$50.000,00 (fls. 174/176).

Não merecem prosperar os argumentos recursais.

No caso dos autos, como bem pontuou o juízo de origem, para a comprovação da dispensa discriminatória a reclamante juntou transcrição de conversa no whatsapp, na qual figuram como interlocutores o seu marido e o seu ex-empregador.

Não foram produzidas, pela recorrente, outras provas para a formação do convencimento do julgador acerca das alegações exordiais.

Toda a argumentação recursal recaiu sobre a licitude da prova apresentada - conversa de whatsapp -, que teria, segundo sua visão, aptidão para comprovar a dispensa discriminatória, como também o dano moral.

O artigo 5º, LVI, da Constituição Federal dispõe que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

O colendo Tribunal Superior do Trabalho tem admitido como lícitas, não somente gravações ambientais, como telefônicas, desde que se verifique que um de seus interlocutores é parte no feito. Cito a título ilustrativo os seguintes precedentes, in verbis:

RECURSO DE REVISTA - NULIDADE - GRAVAÇÃO AMBIENTAL - PROVA - LICITUDE Esta Eg. Corte já manifestou seu entendimento acerca da licitude de gravação ambiental feita por um dos interlocutores. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (RR - 1700-39.2009.5.03.0114 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 23/03/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 25/03/2011);

RECURSO DE REVISTA. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. DESCONHECIMENTO DE UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. A gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro para fins de comprovação de direito não possui a mácula da ilicitude. Hipótese em que a decisão recorrida alinha-se com a jurisprudência do TST e do excelso STF que no RE-583937, DJe 18/12/2009, reafirmou a validade desse meio de prova. Recurso de revista não conhecido. (-) (RR - 162600-35.2006.5.06.0011 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 09/02/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 18/02/2011);



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO -(...)2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PROVA ILÍCITA. Tendo em vista que a gravação trazida aos autos foi realizada pelo interlocutor da conversa, a fim de comprovar a pressão psicológica que vinha sofrendo por parte da reclamada, não há que se falar em ilicitude da prova. (...). (AIRR-349/2007-002-23-41.0, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ de 24/4/2009)

No caso, a conversa que se pretende ter por lícita, ocorreu entre o ex-empregador da reclamante e seu marido, que também era empregado da reclamada.

Em princípio, o marido da reclamante erigir-se-ia como terceiro, afastando a licitude da prova produzida e atraindo a incidência do quanto disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal (TST-RR-761175/2001, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ de 26/3/2004, fls. 408).

Contudo, há no caso peculiaridade a ser considerada. Isto porque, segundo a autora, a conversa de whatsapp constante às fls. 28/39 teria sido juntada nos autos do processo nº 0000136-37.2017.5.10.0021, movida pelo marido da reclamante em face da reclamada, fato que considera apto a afastar o óbice arguido pela empresa.

Nesse aspecto, possui razão a recorrente.

Verifico que a reclamada, seja em contestação ou demais manifestações, não negou o fato deduzido pela autora. Pelo contrário. Consoante se observa da manifestação constante à fl. 111, a reclamada acaba por corroborar o fato declinado na exordial, inclusive esclarecendo que a conversa além de ter-se dado entre "terceiros que não compõem a lide em questão", "demonstra exatamente que seu esposo foi bem tratado durante todo o pacto laboral, não havendo que se falar em assédio moral".

Nesse contexto, a prova produzida pela autora revela-se como prova emprestada, porquanto extraída dos autos do processo nº 0000136-37.2017.5.10.0021, e pode ser considerada como válida no presente feito (art. 372/NCPC), uma vez que os documentos constantes de processos findos ou em andamento, podem ser acessados, inclusive, assegurando-se a obtenção de cópias, à exceção daqueles sujeitos a sigilo ou segredo de justiça (art. 7º, XIII, da Lei nº 8.906/94 c/c art. 11, §§ 6º e 7º, da Lei nº 11.419/06).

Segundo o andamento processual constante no sítio eletrônico deste egrégio Tribunal, o referido processo não se encontra-se em sigilo ou em segredo de justiça, inexistindo óbice à juntada da conversa obtida pela autora, em que são interlocutores o seu marido e o ex-empregador, por meio de whatsapp (fls. 28/39), afastando-se a alegação de prova ilícita.

(...)



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

Ao que se extrai dos autos, a transcrição do referido diálogo constitui prova emprestada obtida de Reclamação Trabalhista movida pelo esposo da autora, e produzida, à ocasião, pela própria reclamada.

Trata-se, pois, de prova obtida por meios lícitos, não se cogitando de ofensa ao art. 5.º, LVI, da Constituição Federal. E além disso, por ter sido trazido o documento em primeiro lugar pela própria ré, a arguição de sua ilicitude, nesta assentada, configura verdadeiro *venire contra factum proprium*, destoando da boa-fé processual objetiva.

Assim, não há mais o que suprir ou prover. Os embargos buscam, na realidade, obter novo julgamento com o acolhimento da interpretação da embargante em relação à matéria ora suscitada, o que não é admissível pela estreita via dos aclaratórios.

Diante do exposto, **NEGO PROVIMENTO** aos embargos de declaração da reclamada.

II – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos processuais, **CONHEÇO** dos embargos de declaração.

2 – MÉRITO

A reclamante alega que formulou pedido de condenação da reclamada ao pagamento de indenização em dobro da remuneração do período de afastamento e demais benefícios a que teria direito, como se na ativa estivesse. Sustenta que não houve análise do pedido de reflexos da parcela principal, na medida em que, além do pagamento da remuneração em dobro, deve a reclamada ser condenada no pagamento dos benefícios a que a reclamante teria direito, como se na



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

ativa estivesse, inclusive os convencionais, 13º salário, férias com adicional de 1/3, FGTS, multa de 40% sobre o FGTS e aviso prévio indenizado.

Eis o teor da decisão, em seu dispositivo:

Por maioria, conhecer do recurso de revista por violação do art. 1º da Lei 9.029/95, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização disciplinada no inciso II do art. 4º da Lei 9.029/95 (percepção, em dobro, dos salários correspondentes ao período de afastamento), devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, além do pagamento de indenização por danos morais, que ora se arbitra no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Invertido o ônus da sucumbência. Vencido o Excelentíssimo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga.

Com efeito, para que não restem dúvidas quando ao teor da condenação, necessário que se faça os seguintes esclarecimentos.

O reconhecimento da conduta discriminatória do reclamado implica em sua condenação ao pagamento, em dobro, de toda a remuneração devida durante o período de afastamento, e, conseqüentemente, de todos os direitos, vantagens e adicionais conferidos por lei ou norma contratual, como se na ativa estivesse, inclusive os convencionais, observados os limites do pedido da petição inicial, devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, na forma do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.029/95.

Pelo o exposto, **DOU PROVIMENTO** aos embargos de declaração, para, sanando a omissão apontada, acrescentar à condenação o pagamento de todos os direitos, vantagens e adicionais conferidos por lei ou norma contratual, como se na ativa estivesse, inclusive os convencionais, observados os limites do pedido da petição inicial, passando a constar no dispositivo do julgado, a seguinte redação:

“III) por maioria, conhecer do recurso de revista por violação do art. 1º da Lei 9.029/95, e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização em dobro disciplinada no inciso II do art. 4º da Lei 9.029/95, correspondente a toda a remuneração devida durante o período de afastamento, com todos os direitos, vantagens e adicionais conferidos por lei ou norma contratual, como se na ativa estivesse, inclusive os



PROCESSO Nº TST-ED-RR-228-39.2017.5.10.0013

convencionais, observados os limites do pedido da petição inicial, devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, na forma do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.029/95, além do pagamento de indenização por danos morais, que ora se arbitra no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Invertido o ônus da sucumbência. Vencido o Excelentíssimo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga”.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) negar provimento aos embargos de declaração da reclamada; e II) dar provimento aos embargos de declaração da reclamante, com efeito modificativo, para acrescer ao dispositivo do julgado que a condenação corresponde à toda a remuneração devida durante o período de afastamento, com todos os direitos, vantagens e adicionais conferidos por lei ou norma contratual, como se na ativa estivesse, inclusive os convencionais, observados os limites do pedido da petição inicial, devendo ser calculada considerando o período entre a dispensa discriminatória e a primeira decisão judicial que reconheceu a ilicitude da dispensa da reclamante, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais, na forma do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.029/95, além do pagamento de indenização por danos morais, que ora se arbitra no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Brasília, 22 de novembro de 2023.

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

DELAÍDE MIRANDA ARANTES
Ministra Relatora