



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

A C Ó R D ã O
3ª Turma
GMAAB/PMV

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO (PARTE NÃO ADMITIDA DO RECURSO DE REVISTA). LEI 13.015/2014. PRELIMINARES DE NULIDADE (PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM; NECESSIDADE DE EXPLICITAÇÃO DO FUNDAMENTO JURÍDICO DA REJEIÇÃO DA APLICAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 389 DA CLT E DA PORTARIA N° 3.296/86 FACE À SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO EXCELSO STF; NECESSIDADE DE EXPLICITAÇÃO, À LUZ DOS ARTIGOS 7º, INCISO XXVI, 8º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DA RAZÃO DA PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DO REEMBOLSO CRECHE E NECESSIDADE DE EXPLICITAÇÃO DA RAZÃO PELA QUAL A TURMA REGIONAL AFASTOU APENAS NO PRESENTE CASO TAL ALTERNATIVA). EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE EM RELAÇÃO ÀS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, DE ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE). INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO E QUANTUM INDENIZATÓRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL INDIVIDUAL.

Merece reparo o despacho agravado apenas em relação aos temas "cumprimento alternativo da regra do artigo 389 da CLT (convênios ou reembolso creche)" e "indenização por danos morais individuais". Isso porque a Corte Regional, no tocante ao **CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT**, ao encerrar a tese de que *"a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende*



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

*muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas” (Ac. EDs., pág. 789), aparenta afrontar o § 2º do artigo 389 da CLT, que é expresso ao autorizar o cumprimento do comando do § 1º desse dispositivo consolidado (providenciar estabelecimento apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda – sob vigilância e assistência – de seus filhos) por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. Da mesma forma, quanto à condenação do Condomínio ao pagamento de **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS**, cumulativamente com a condenação à indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), pela prática do mesmo ato ilícito, vislumbra-se possível violação do artigo 5º, II, da CF, notadamente diante da possibilidade de os danos morais individuais, na presente situação, poderem ultrapassar os coletivos e se tratar de dupla indenização, diferente dos casos em que cuidam de uma condenação cominatória (astreintes) e outra indenizatória. **Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.***

II - RECURSO DE REVISTA (PARTE ADMITIDA). RECURSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (DISPONIBILIZAÇÃO DE LOCAL APROPRIADO PARA EMPREGADAS DEIXAREM SEUS FILHOS, SOB VIGILÂNCIA E ASSISTÊNCIA, DURANTE O PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO). TRABALHO DA MULHER. PROTEÇÃO ESPECIAL. SHOPPING CENTER E CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE). Frise-se,



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

inicialmente, que os temas em epígrafe serão analisados concomitantemente por estarem interligados. Cinge-se a controvérsia quanto à aplicação do artigo 389, § 1º, da CLT aos shoppings centers, em relação à previsão da destinação de local reservado para guarda de filhos de todos os funcionários, sejam seus próprios e os dos lojistas, em período de amamentação, sob guarda e vigilância. Pois bem, o art. 389, § 1º, da CLT estabelece que toda empresa, nos estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 empregadas mulheres com mais de 16 anos, deve ter local apropriado para que seus filhos possam ficar no período da amamentação. Tal artigo não pode ser interpretado de forma literal, levando-se em conta o termo "estabelecimento" apenas como sendo o espaço físico em que se desenvolvem as atividades do empregador, até porque, quando da redação do artigo em comento, pelo Decreto-Lei de 1967, a realidade do *shopping center* não correspondia à noção atual. Devemos ter, sim, uma interpretação histórica e sistemática, conjuntamente com os princípios da proteção à maternidade e à infância. Portanto, ao meu ver, devemos entender a realidade do shopping center, como tem sido dito em decisões desta Corte, como um "sobre estabelecimento", ou seja, devemos considerar não a topografia de cada loja, mas sim a sua totalidade, uma vez que, ainda que o shopping não seja o responsável pelas vendas de produtos ou serviços, ele é o responsável pela administração, dimensionamento e disponibilização dos espaços comuns, daí advindo o seu dever de providenciar espaços para a guarda e aleitamento de crianças das empregadas, tanto as suas quanto as dos seus lojistas. Com efeito,



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

os empregados que atuam em shopping, ainda que sejam trabalhadores dos lojistas, se valem da infraestrutura do centro comercial, uma vez que a função principal do shopping é a organização do espaço de forma coesa, a fim de potencializar a atividade econômica das empresas ali instaladas. Diante disso, as normas que tutelam o meio ambiente do trabalho devem levar em consideração tal perspectiva. Assim, como dito anteriormente, devemos interpretar de forma consentânea com a atual realidade o termo estabelecimento, do artigo 389, § 1º, da CLT, de modo que se conclua que a obrigação relativa ao meio ambiente do trabalho das empregadas que atuam em lojas instaladas em shopping centers seja responsabilidade, no que couber, do próprio shopping, o que afasta, no caso em concreto, qualquer pretensão de se aplicar responsabilidade subsidiária do cumprimento da obrigação de fazer objeto do citado artigo 389, § 1º, consolidado. A obrigação de fazer consistente na criação e manutenção de creches destinadas à amamentação em espaços de *shoppings centers* é uma questão realmente importante, porque o *shopping center* não é o empregador, mas a ele se determina a obrigação de criar e manter creches destinadas à amamentação, ou seja, estamos criando uma obrigação, por meios da Justiça do Trabalho, que não está relacionada ao empregador. No entanto, o *shopping center*, como é de costume no País, é um empreendimento pelo qual se aluga os espaços destinados a dar lucro, que podem ser de um único empreendedor ou de um grupo; normalmente é de um grupo. Constrói-se, então, e os espaços são os mais variados, não apenas para lojas, mas também há aquelas ilhas que ficam ali dentro destinadas ao arrendamento. Dentro de cada *shopping* existe uma



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

associação de lojista que se aliam como se sindicato fosse, para conseguir com o empreendedor determinados benefícios e as reivindicações que entendem apropriadas. Os *shoppings centers* acabam, muitas vezes, ficando fora da cidade. Ou seja, na prática, é como se os empregados dos lojistas ficassem, de certa forma, segregados: a vida fica ali dentro do *shopping*. Não há outra solução a não ser reconhecer que, realmente, o *shopping* deve promover essa criação e manutenção das creches e, nesse caso, repassar o custo aos lojistas; seria o mesmo que determinar que os lojistas em conjunto o fizessem. O resultado é o mesmo e não há maiores problemas para que isso seja feito. A partir do momento da manutenção dessas creches, que são necessárias, é preciso que se dê uma solução para esse tipo de problema, o *shopping* pode repassar o custo para os lojistas, por rateio, da mesma forma que cobra dos lojistas o décimo terceiro salário de aluguel, que cobra aluguel por faturamento. Isso vai se refletir no preço dos produtos? Sim, vai. Mas o que se pode fazer? É um problema social que precisa ser enfrentado. As mercadorias vão ficar mais caras por causa disso, é lógico. Mas o que se torna mais importante? É estabelecer creche ou majorar o preço das mercadorias? São dois direitos fundamentais, ou pelo menos um deles é direito fundamental, a que precisamos dar preponderância, prevalência, preferência. Por outro lado, tal medida importa na proteção à maternidade e aos filhos das trabalhadoras. Busca-se preservar o cuidado à criança e ao adolescente, bem maior de natureza constitucional, eleito pelo Estado como prioritário. Precedentes. Ressalte-se que não é um conflito entre empregado e empregador, mas é derivado das relações de trabalho



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

e são várias as questões que decorrem daí. Os primados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, solidariedade; estamos falando do terceiro, exatamente da solidariedade. As creches visam atender todas as mulheres que trabalham em *shopping*. Então, há, no caso, por solidariedade, o interesse coletivo. A matéria é constitucional. Trata-se de proteção à maternidade, prevista no art. 6.º da Constituição Federal. É de conteúdo prestacional. Faz parte até da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, faz parte de todos os protocolos, inclusive o de San Salvador. Envolve ainda outra questão, como a aqui salientada, que é a questão do fomento ao pleno emprego, que também é matéria constitucional, a fim de se permitir a absorção da mão de obra da mulher. Não há outra forma de concretizar a sua inclusão no mercado de trabalho em uma situação como essa, a não ser por meio do estabelecimento de creches. Nenhum ônus isso representa para os *shoppings centers*, que podem perfeitamente repassar o custo. É preciso, por outro lado, quando se constrói um *shopping center*, que ele seja dotado de uma infraestrutura adequada às necessidades daquele mundo que ali ocorre. O empreendimento precisa observar essa necessidade, porque é uma primeira necessidade. Deveria até ser exigido da municipalidade a expedição de alvará já com a previsão de creche para efeito de funcionamento ou que ela mantivesse convênios distritais ou com determinadas entidades próximas, onde fosse possível que isso ocorresse. Assim, considerando os precedentes mencionados, a pretensão do Condomínio-recorrente EM RELAÇÃO AO PEDIDO PRINCIPAL, com base em arestos ditos divergentes, encontra óbice na



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Súmula 333/TST e no artigo 896, § 7º, da CLT, e, considerando, ainda, que a Corte Regional nada mais fez que dar efetividade ao comando do artigo 389, § 1º, da CLT, decerto que não se vislumbra violação de lei ou da Constituição Federal. NO ENTANTO, QUANTO AO PEDIDO ALTERNATIVO, referente à efetividade do § 2º do artigo 389 da CLT, merece reparo a decisão regional. Com efeito, a Corte Regional ao encerrar o entendimento de que *"a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas"* (Ac. EDs., pág. 789), afronta o § 2º do artigo 389 da CLT, que é expresso ao autorizar o cumprimento do comando do § 1º desse dispositivo consolidado (providenciar estabelecimento apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda – sob vigilância e assistência – de seus filhos) por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais. **Recurso de revista conhecido apenas quanto ao pedido subsidiário, referente ao tema "cumprimento alternativo da regra do artigo 389 da CLT (convênios ou reembolso creche)", por violação do artigo 389, § 2º, da CLT e provido para, mantendo a decisão regional que determinou ao "Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro" o cumprimento integral do § 1º do artigo 389 da CLT, poder suprir essa obrigação de fazer por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante**



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais, conforme autoriza o § 2º do artigo 389 desse dispositivo consolidado.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS.

Primeiramente, registre-se que a controvérsia em torno da indenização por danos morais coletivos foi dirimida no julgamento do agravo de instrumento, tendo sido mantida tal condenação, inclusive em relação ao *quantum* indenizatório. No tocante ao presente tópico (indenização por danos morais individuais), decide-se: Conforme se observa do acórdão recorrido, a Corte Regional deu provimento parcial ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho da 4ª Região para "(...) 2) condenar os réus ao pagamento de dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00; 3) condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título" (pág. 751, grifamos). Pois bem, vê-se que as ora recorrentes foram condenadas em dupla indenização (danos morais coletivos e danos morais individuais), não sendo forçoso concluir que se corre o risco de os danos morais individuais ultrapassarem os coletivos. É bem verdade que este Tribunal Superior, assim como o STJ, entendem ser lícita, em sede de Ação Civil Pública, a



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

cumulação da condenação à indenização por danos morais coletivos com obrigação de fazer ou não fazer por meio de multa (astreintes), a partir da exegese do artigo 3º da Lei 7.347/85 (Precedentes:

E-ED-RR-133900-83.2004.5.02.0026,

E-ED-RR-115600-15.2004.5.03.0004,

Ag-AIRR-2100-82.2012.5.17.0009,

Ag-RR- 154-11.2013.5.09.0091 e

AIRR-115500-92.2007.5.01.0042). No

entanto, além de ter sido fixado no tópico anterior que o cumprimento do comando do § 1º do artigo 389 da CLT (*providenciar* *estabelecimento*

apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda - sob vigilância e assistência - de seus filhos) pode ser viabilizado por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º do mesmo dispositivo consolidado), no presente caso, não estamos diante de uma condenação cominatória e uma indenizatória, mas, sim, de duas condenações indenizatórias pela prática do mesmo ato ilícito, o que, efetivamente, fere o princípio da reserva legal. Some-se a tudo isso o fato de que, da leitura da Ação Civil Pública, notadamente dos pedidos ali formulados (págs. 36-37), não se vislumbra que esta tenha por objeto o interesse individual propriamente dito de empregada (embora se alegue isso), mormente ao referir-se, no tópico em comento, à "condenação genérica dos réus, na forma do artigo 95 do CDC" (pág. 37, grifamos), mas da coletividade de empregadas que, no decorrer de uma situação comum (direitos individuais homogêneos), com repercussão social,



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

tiveram seus direitos afrontados. **Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 5º, II, da CF, e provido para excluir da condenação o pagamento referente à indenização por danos morais individuais. Prejudicado o exame do recurso em relação ao pedido alternativo.**

III - TutCautAnt N°
16102-82.2017.5.00.0000. PEDIDO

LIMINAR CONCEDIDO PARA EMPRESTAR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO DE REVISTA. Em razão do julgamento do presente recurso de revista, fica prejudicada a liminar concedida na TutCautAnt-16102-82.2017.5.00.0000, a qual deve correr junto a estes autos principais.

CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. Liminar concedida na TutCautAnt-16102-82.2017.5.00.0000 que fica prejudicada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° **TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010**, em que é Agravante e Recorrente **CONDOMÍNIO CIVIL DO SHOPPING CENTER PRAIA DE BELAS E OUTRO** e Agravado e Recorrido **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO**.

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do v. acórdão às págs. 750-759, complementado às págs. 786-789, decidiu, *“por unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO para: 1) deferir a antecipação de tutela e determinar aos réus que, no prazo de 60 dias, cumpram integralmente a norma do artigo 389, § 1º, da CLT, fornecendo local apropriado, observadas as normas do artigo 400 da CLT e as especificações estabelecidas pelos Ministérios da Saúde e Educação, com atendimento por profissionais habilitados, onde seja permitido às empregadas que trabalham no estabelecimento, tanto as vinculadas diretamente ao réu quanto às empregadas dos lojistas do shopping ou de empresas que prestam serviços no local, guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação (até dois anos de vida), sob pena de*

Firmado por assinatura digital em 09/12/2020 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigível e reversível ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre ou para instituições indicadas pelo Ministério Público do Trabalho; 2) condenar os réus ao pagamento de dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00; 3) condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título. Expeça a Secretaria da Turma de imediato Mandado de Antecipação de Tutela. Custas de R\$ 16.000,00, sobre o valor da condenação, que ora se arbitra em R\$ 800.000,00, pelos reclamados” (págs. 750-751).

O Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro interpuseram recurso de revista às págs. 796-920, que foi admitido parcialmente pela presidência do TRT (despacho, págs. 1019-102), tendo sido interposto, na sequência, agravo de instrumento às págs. 1032-1142, sustentando a viabilidade do recurso de revista na parte em que denegado.

O agravado-recorrido apresentou contraminuta e contrarrazões.

Sem remessa dos autos ao d. Ministério público do Trabalho.

Por oportuno, frise-se que este Relator, por meio da TutCautAnt-16102-82.2017.5.00.000, em 06/10/2017, concedeu liminar aos agravantes e recorrentes para emprestar efeito suspensivo ao seu recurso de revista, ora em julgamento.

É o relatório.

V O T O

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO (págs. 1032-1142) – ANÁLISE DOS TEMAS NÃO ADMITIDOS

1 - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

2 - MÉRITO

A Presidência do TRT denegou seguimento ao recurso de revista do Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro, ora agravantes, no tocante aos seguintes temas:

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS PROCESSUAIS / NULIDADE / NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.
- violação do(s) art(s). 93, IX, da Constituição Federal.
- violação do(s) art(s). 832 e 897-A, da CLT; 489, do CPC.

Não admito o recurso de revista no item.

Em relação à arguição de nulidade do julgado, por negativa de prestação jurisdicional, não há como receber o recurso. As questões suscitadas foram enfrentadas pelo Tribunal, que adotou tese explícita a respeito, não verificada afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, art. 458 do CPC de 1973 (art. 489 do NCPC) e art. 832 da CLT. Dispensada a análise das demais alegações, na esteira do entendimento traçado na Súmula 459 do TST.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA / COMPETÊNCIA / COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Alegação(ões):

- contrariedade à(s) Súmula(s) 393, do Tribunal Superior do Trabalho.
- violação do(s) art(s). 5º, LIII e 114, I e IX, da Constituição Federal.
- divergência jurisprudencial.

A Turma rejeitou os embargos de declaração dos réus acerca da competência desta Justiça do Trabalho para o deslinde da questão consistente na obrigação de instituir local apropriado para amamentação que contemplasse todas as empregadas dos lojistas e terceirizadas do shopping, nestes termos:



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

(...) 4. *Apontam os embargantes omissões, por não haver manifestação no acórdão sobre: a) a alegação de incompetência absoluta da justiça do trabalho relativamente ao pedido em benefício dos empregados dos lojistas; b) a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público; c) a alegação de ilegitimidade passiva dos embargantes. Não ocorrem as omissões apontadas. Tais questões não foram ventiladas em grau recursal, não impondo, portanto, manifestação por este órgão julgador a respeito. Veja-se que se tratam de matérias já apreciadas na origem (ID. 5915ac8 - Pág. 2), e a respeito das quais os ora embargantes restaram sucumbentes, levando à necessidade de impugnação via recursal a ensejar obrigatoriedade de pronunciamento por este Colegiado. Rejeito os embargos de declaração.* (Relatora: Iris Lima de Moraes). Grifei.

Nestes termos, nego seguimento ao recurso quanto ao tópico "3. Incompetência da Justiça do Trabalho".

Não admito o recurso de revista no item.

Conforme as razões do acórdão transcritas acima, uma vez não invocada a matéria no recurso principal (recurso ordinário), tem-se por preclusa.

Assim, não constato contrariedade à Súmula indicada, bem como não há afronta direta e literal aos preceitos da Constituição Federal indicados, o que afasta a incidência do art. 896, alínea "c", da CLT.

De outra parte, não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, porquanto os temas em questão - embora tratados na sentença - não foram abordados no acórdão recorrido, o que inviabiliza a análise de admissibilidade do recurso de revista.

(...)

REMUNERAÇÃO, VERBAS INDENIZATÓRIAS E BENEFÍCIOS / AUXÍLIO CRECHE

Alegação(ões):

- contrariedade à Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal.
- violação do(s) art(s). 7º, XXVI, 8º, III e 97, da Constituição Federal.
- violação do(s) art(s). 389, § 2º, da CLT.
- divergência jurisprudencial.



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Conforme as razões do acórdão reproduzidas no tema acima, a Turma destacou que a obrigação do § 1º do art. 389 da CLT não substitui a do § 2º do mesmo dispositivo que trata de obrigação alternativa.

E, ainda, em embargos de declaração, o Colegiado salientou que não houve proibição no tocante à concessão do benefício creche.

Nestes termos, nego seguimento ao recurso quanto ao tópico "3. Impossibilidade de imposição de ordem de implementação para guarda e assistência. Hipótese legal de obrigação alternativa. Impossibilidade de escolha de uma delas pelo Estado Juiz."

Não admito o recurso de revista no item.

Tendo em vista os fundamentos acima referidos, não constato contrariedade à Súmula indicada.

Do mesmo modo, não constato violação aos dispositivos de lei e da Constituição Federal invocados, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Aresto proveniente de Turma do TST, deste Tribunal Regional ou de outro órgão não elencado na alínea "a" do art. 896 da CLT não serve ao confronto de teses (art. 896 da CLT e OJ 111 da SDI-1/TST).

Nos termos da Súmula 337, I, alínea "a", do TST, não serve para confronto de teses aresto cuja transcrição **não indica fonte oficial ou repositório autorizado em que efetuada a publicação: COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS.** (redação alterada pelo Tribunal Pleno em sessão realizada em 16.11.2010) I – Para comprovação da divergência justificadora do recurso, é necessário que o recorrente: a) Junte certidão ou cópia autenticada do acórdão paradigma ou cite a fonte oficial ou o repositório autorizado em que foi publicado (...).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/EMPREGADO / INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR/EMPREGADO / INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL / VALOR ARBITRADO

Alegação(ões):

- violação do(s) art(s). 5º, II e V, da Constituição Federal.
- violação do(s) art(s). 944, do CC; 386, § 1º, da CLT.



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

- divergência jurisprudencial.

A Turma condenou em dano moral coletivo, sob estes argumentos:

(...) Considerando que o caso em debate revela ter havido inobservância das normas mínimas de proteção e respeito à dignidade do trabalhador e ao valor social do trabalho, da proteção à infância e à maternidade, não há dúvida sobre o dano moral sofrido pela coletividade de trabalhadoras lactentes que presumivelmente sofreram e sofrem abalo psicológico causado pela angústia de não poder proporcionar a amamentação adequada e recomendada aos seus filhos em razão da necessidade de exercer seu labor para a subsistência sua e de sua família. (...) Consideradas essas premissas, ponderada especialmente o porte econômico do ofensor, o potencial ofensivo da conduta irregular apurada e a extensão do dano coletivo, razoável arbitrar a indenização por dano moral coletivo em R\$ 500.000,00. Assim, dou provimento parcial ao recurso do Ministério Público do Trabalho para condenar os réus ao pagamento do dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00. Grifei.

Já, na apreciação dos danos individuais, a Turma assim se posicionou e condenou em decorrência da falta de implantação do benefício creche pelos réus:

(..) No caso, não se discute a existência de dano material decorrente da sonegação do direito à creche no local de trabalho e da insuficiência de valores para custear local apropriado para as trabalhadoras deixarem sob guarda e vigilância seus filhos durante o período de amamentação. (..) Sendo assim, e diante da ausência de elemento que infirme o valor apontado pelo Ministério Público do Trabalho como comumente adotado nas creches em Porto Alegre, dou provimento ao recurso para condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactentes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre. Grifei.



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Em sede de embargos de declaração, a Turma assim se manifestou quanto ao prequestionamento dos dispositivos atinentes ao tema em questão:

(...) 6. Por fim, quanto ao prequestionamento, onde os embargantes apontam violação ao art. 5º, II e V, da Constituição Federal no deferimento de danos morais coletivos e danos individuais e na fixação do montante indenizatório, sinalo, tal como constou expressamente no aresto embargado, que o julgador não está obrigado a analisar a decisão proferida em cotejo com cada dispositivo do ordenamento jurídico, de forma isolada, bastando estar fundamentada a decisão, consoante entendimento contido na Orientação Jurisprudencial 118 da SDI-1 do TST e inciso I da súmula 297 do TST. No caso, há expressa manifestação da Turma quanto a todos os temas trazidos a julgamento. Rejeito os embargos de declaração. Grifei.

Nestes termos, nego seguimento ao recurso quanto ao tópico "4. Condenação ao pagamento de danos morais coletivos e danos individuais que viola o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal (Princípio da reserva legal)".

Não admito o recurso de revista no item.

Diante dos fundamentos lançados no acórdão, não há afronta direta e literal aos preceitos da Constituição Federal indicados, tampouco violação literal aos dispositivos de lei invocados, circunstância que obsta a admissão do recurso pelo critério previsto na alínea "c" do art. 896 da CLT.

Aresto proveniente de Turma do TST, deste Tribunal Regional ou de outro órgão não elencado na alínea "a" do art. 896 da CLT não serve ao confronto de teses (art. 896 da CLT e OJ 111 da SDI-1/TST).

CONCLUSÃO

Recebo parcialmente o recurso" (págs. 1019-1024).

Em suas razões de agravo de instrumento (págs. 1032-1142), o Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro voltam-se contra a decisão denegatória supra. Reiteram o seu recurso de revista aduzindo, resumidamente, que:



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

“(A) Ao deixar de apreciar, no julgamento do Recurso Ordinário e no julgamento dos respectivos Embargos Declaratórios, as alegações dos Recorridos em relação à incompetência absoluta da Justiça do Trabalho e ilegitimidade das Partes, o v. acórdão Regional incorreu em violação ao caput e § 1º, do art. 1.013, do CPC de 2015, bem como ao art. 796 da CLT, devendo os autos retornar ao Tribunal a quo para que haja pronunciamento sobre essas questões;

(B) Ao se omitir na apreciação de questões jurídicas que foram inclusive reiteradas em sede de Embargos Declaratórios, o v. acórdão recorrido violou os arts. 897-A e 832 da CLT, o art. 489 do CPC/2015 e o art. 93, inciso IX, da CF/1988;

(C) Ultrapassada, por amor ao debate, a falta de apreciação das matérias supra referidas pelo E. TRT-04, tem-se que, no que diz respeito à obrigação imposta em prol das empregadas de lojistas e terceirizados, há INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO para apreciar o caso sub judice, já que os Recorrentes não possuem nenhum vínculo jurídico com referidas trabalhadoras. O prosseguimento do feito perante essa Justiça Especializada, em relação a essa vertente do pedido, viola o art. 114, incisos I e IX, da Constituição Federal, bem como o art. 5º, LIII, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”;

(D) Ainda que superada a questão da incompetência absoluta, a condenação imposta em face das EMPREGADAS DOS LOJISTAS E TERCEIRIZADOS NÃO TEM AMPARO LEGAL – na verdade viola frontalmente o princípio da legalidade, CF, art. 5º, II – pois impõe aos Recorrentes obrigação de custear benefício a terceiros com os quais não mantém absolutamente nenhuma relação jurídica, muito menos ainda de natureza empregatícia. Há, também, ofensa aos arts. 2º, e 389, caput e § 1º, da CLT, pois a obrigação ali referida está dirigida, exclusivamente, ao empregador, e não a terceiros alheios a relações dessa natureza.

(E) A vedação à opção de cumprimento alternativo da regra do art. 389 da CLT através de convênios ou reembolso creche viola os próprios §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT, bem como a Portaria MTE 3.296/1986, que fornecem ao Empregador, à sua livre escolha, alternativas para o cumprimento da obrigação, não sendo dado ao Ministério Público impor qual delas deva ser



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

adimplida em detrimento das demais. De fato, os §§ 1º e 2º da CLT e a PORTARIA ESTABELECEM OBRIGAÇÃO ALTERNATIVA, nos termos do art. 252, do Código Civil, QUE PODE SER CUMPRIDA DE TRÊS FORMAS DIFERENTES, À ESCOLHA DO EMPREGADOR (devedor da obrigação), sendo claros os textos das aludidas normas nesse sentido:

- OU O empregador implementa *“local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação”*; (CLT, art. 389, § 1º);

- OU *“A EXIGÊNCIA DO § 1º DO ART. 389 DA CLT PODERÁ SER SUPRIDA por meio de creches distritais, mantidas diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do Sesi, do Sesc, da LBA ou de entidades sindicatos”*; (CLT, art. 389, § 2º);

- OU o empregador, *“EM SUBSTITUIÇÃO À EXIGÊNCIA CONTIDA NO § 1º, DO ART. 389, DA CLT”*, implementa o sistema de reembolso-creche, conforme disciplinado na Portaria MTE 3.296/1986.

(F) A negativa de aplicação do § 2º, do art. 389, da CLT e da Portaria MTE nº 3.296/1986, viola o princípio da Reserva de Plenário, afrontando o art. 97 da Constituição Federal, e contrariando a Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual *“viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionado de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte”*.

(G) Ao negar aplicação à Convenção Coletiva aplicável ao Recorrente, deixando de aplicá-la ao caso concreto, o v. acórdão regional incorreu em violação aos arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal, que privilegiam o diálogo social e a negociação coletiva;

(H) A condenação dos Recorrentes ao pagamento de danos morais coletivos e danos individuais viola o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pois não havia Lei, nem sequer decisão judicial, que determinasse aos Recorrentes conceder benefícios a empregadas que não fosse suas, ou vedassem o fornecimento de reembolso creche às suas próprias funcionárias.



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Adicionalmente, os recorrentes alegaram contrariedade à Súmula nº 393, do C. TST, uma vez que o v. acórdão recorrido (conforme integrado pelo v. acórdão que julgou os embargos declaratórios) reconheceu: (i) terem sido arguidos em sede de defesa a incompetência da Justiça do Trabalho, a ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público e a ilegitimidade passiva dos próprios Recorrentes; e (ii) ter sido a ação julgada improcedente por parte do MM. Juízo a quo (*“Inconformado com a sentença de improcedência (ID. 5915ac8), recorre o Ministério Público do Trabalho”*), não havendo, portanto, interesse recursal dos ora Recorrentes em relação aos aludidos temas. Contudo, o C. Tribunal de origem, em contrariedade à Súmula nº 393 do C. TST, negou-se a apreciar todos os fundamentos da defesa dos Recorrentes, mesmo quando instado a tanto via Embargos Declaratórios, sob a alegação de suposta *“necessidade de impugnação via recursal a ensejar obrigatoriedade de pronunciamento por este Colegiado.”* (págs. 1039-1042, g.n.).

À análise.

As questões envolvendo as **preliminares de nulidade** (preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, de ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho e de ilegitimidade passiva *ad causam*; necessidade de explicitação do fundamento jurídico da rejeição da aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria nº 3.296/86 face à Súmula Vinculante nº 10 do excelso STF; necessidade de explicitação, à luz dos artigos 7º, inciso XXVI, 8º, inciso III, da Constituição, da razão da proibição da prática do reembolso creche e necessidade de explicitação da razão pela qual a turma regional afastou apenas no presente caso tal alternativa), **assim como a controvérsia em torno da aplicação da Súmula 393/TST, que trata do efeito devolutivo em profundidade, estão imbrincadas, razão pela qual serão apreciadas em conjunto.** Senão vejamos:

Conforme relatado, o e. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do v. acórdão às págs. 750-759, decidiu *“DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO para: 1) deferir a antecipação de tutela e determinar aos réus que, no prazo de 60 dias, cumpram integralmente a norma do artigo 389, § 1º, da CLT, fornecendo local apropriado, observadas as normas do artigo 400 da CLT e as especificações estabelecidas pelos Ministérios da Saúde e Educação, com atendimento por profissionais habilitados, onde seja permitido às empregadas que trabalham no estabelecimento, tanto as vinculadas diretamente ao réu quanto às empregadas dos*



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

lojistas do shopping ou de empresas que prestam serviços no local, guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação (até dois anos de vida), sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigível e reversível ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre ou para instituições indicadas pelo Ministério Público do Trabalho; 2) condenar os réus ao pagamento de dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00; 3) condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título” (págs. 750-751).

Por meio de embargos de declaração, os ora agravantes, alegaram omissão decorrente da ausência de pronunciamento sobre: **(1)** a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho relativamente ao pedido em benefício dos empregados dos lojistas do Shopping, **(2)** a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho, **(3)** a ilegitimidade passiva do ora agravante, **(4)** a rejeição da aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria 3.286/86 face à Súmula Vinculante 10/STF e **(5)** a razão da proibição da prática do reembolso creche, em afronta ao princípio da isonomia, tendo a Corte Regional rejeitado tais embargos de declaração, nos seguintes termos:

“(…)

4. Apontam os embargantes **omissões**, por não haver manifestação no acórdão sobre: a) a alegação de incompetência absoluta da justiça do trabalho relativamente ao pedido em benefício dos empregados dos lojistas; b) a alegação de ilegitimidade ativa do Ministério Público; c) a alegação de ilegitimidade passiva dos embargantes.

Não ocorrem as omissões apontadas. Tais questões não foram ventiladas em grau recursal, não impondo, portanto, manifestação por este órgão julgador a respeito. Veja-se que se tratam de matérias já apreciadas na origem (ID. 5915ac8 - Pág. 2), e a respeito das quais os ora embargantes restaram sucumbentes, levando à necessidade de impugnação via recursal a ensejar obrigatoriedade de pronunciamento por este Colegiado.

5. Os fundamentos que indicam não ser o caso para **não aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria nº 3.296/86** estão expressos no



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

acórdão (ID. eb47893 - Pág. 6) e em nenhum momento sugerem **proibição da prática do reembolso creche**. O acórdão deixa claro que a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, *mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas*, o que, contrariamente ao que alegam os embargantes, observa, sim, o princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (pág. 789) .

Ora, da leitura do acórdão declaratório supra, vê-se que as preliminares de incompetência da Justiça do Trabalho, ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho e ilegitimidade passiva do Condomínio não foram apreciadas em sede de recurso ordinário porque *“Tais questões não foram ventiladas em grau recursal, não impondo, portanto, manifestação por este órgão julgador a respeito. Veja-se que se tratam de matérias já apreciadas na origem (ID. 5915ac8 - Pág. 2), e a respeito das quais os ora embargantes restaram sucumbentes, levando à necessidade de impugnação via recursal a ensejar obrigatoriedade de pronunciamento por este Colegiado”* (pág. 789) .

Dessa forma, decerto que não se justifica a alegação de negativa de prestação jurisdicional, com violação dos artigos 832 da CLT, 489 do NCPC e 93, IX, da CF, uma vez que prestada a jurisdição, ainda que de forma contrária às pretensões do Condomínio.

É bem verdade que o Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro, em sede de recurso de revista, renovado no presente agravo de instrumento, questionam a não aplicação da Súmula 393/TST. No entanto, tendo a Corte Regional ressaltado tratar-se, no caso, *“de matérias já apreciadas na origem (ID. 5915ac8 - Pág. 2), e a respeito das quais os ora embargantes restaram sucumbentes”* (pág. 789, g.n.), não se há falar em contrariedade a tal verbete, mas em harmonização com seu incido I, uma vez que este é expresso no sentido de que *“O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado”* (grifamos) .

Também não se vislumbra negativa de prestação jurisdicional em relação às questões restantes, decorrentes, segundo os



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

ora agravantes, da rejeição da aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria 3.286/86 face à Súmula Vinculante 10/STF e da razão da proibição da prática do reembolso creche, em afronta ao princípio da isonomia, na medida em que esclarecido pela Corte Regional que “Os fundamentos que indicam não ser o caso para não aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria nº 3.296/86 estão expressos no acórdão (ID. eb47893 - Pág. 6) e em nenhum momento sugerem proibição da prática do reembolso creche. O acórdão deixa claro que a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas, o que, contrariamente ao que alegam os embargantes, observa, sim, o princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (pág. 789, grifamos).

Com efeito, não há como anular a decisão proferida em sede de embargos de declaração, porquanto a decisão embargada tratou de todas as questões levantadas, aí considerados os aspectos essenciais ao deslinde da controvérsia e suficientes para o convencimento do Juízo, com fundamento no contexto fático-probatório, não havendo como confundir fundamentação da decisão, como exige o artigo 93, IX, da CF, com necessidade de manifestação sobre todos os argumentos da parte.

Veja-se que a referida decisão primeva expressa o entendimento de que, “*Quanto à alternativa prevista no §2º do art. 389 ou, ainda, do cumprimento da obrigação por meio do disposto na Portaria nº 3.296/86 do Ministério do Trabalho e Emprego, na forma de reembolso-creche, não substituem o cumprimento da obrigação prevista no §1º do mesmo dispositivo, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas*” (pág. 755), mostrando-se suficiente ao deslinde da controvérsia, independentemente da existência de negociação coletiva autorizando o Praia de Belas Shopping Center a implementar o reembolso creche previsto na Portaria 3.296/1986, do Ministério do Trabalho e Emprego.

Nesse contexto, efetivamente, restam ilesos os artigos 93, IX, da CF; 489 do NCPC e 832 da CLT.

Registre-se, ainda, que, considerando a inexistência de nulidade dos acórdãos regionais, é irreparável o despacho agravado (págs. 1019-1024) em relação às **controvérsias em torno da competência da Justiça do Trabalho, da ilegitimidade passiva e ativa ad causam, assim**



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

como dos temas **"indenização por dano moral coletivo"** e **"quantum indenizatório coletivo - redução"**, haja vista a preclusão efetivada (competência da Justiça do Trabalho, da ilegitimidade passiva e ativa *ad causam*); e a constatação de que foi ferido o interesse moral coletivo das trabalhadoras lactantes, por ter *"havido inobservância das normas mínimas de proteção e respeito à dignidade do trabalhador e ao valor social do trabalho, da proteção à infância e à maternidade"* (pág. 757), ante o sofrimento do *"abalo psicológico causado pela angústia de não poder proporcionar a amamentação adequada e recomendada aos seus filhos em razão da necessidade de exercer seu labor para a subsistência sua e de sua família"* (pág. 757), não se havendo falar em afronta ao princípio da legalidade, que, em sua literalidade, não trata de dano moral e a fixação de tal indenização, encerrando princípio genérico (óbice do artigo 896, "c", da CLT).

Ademais, predomina nesta Corte Superior o entendimento de que a prática de atos antijurídicos, em desvirtuamento à legislação pátria, também configura ofensa em relação ao patrimônio moral coletivo, capaz de ensejar reparação mediante indenização. No caso, a Corte Regional, após verificar o ilícito (não fornecimento de espaço apropriado para que as mães pudessem amamentar seus filhos), condenou o Condomínio a pagar indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), não se vislumbrando violação do artigo 5º, II, da CF, mas efetividade à legislação pertinente, notadamente artigos 186 do CCB, 5º, V, da CF e 81 da Lei 8.078/90.

Em relação à pretendida redução do *quantum indenizatório coletivo*, igualmente não se viabiliza a pretensão recursal, porquanto, citando a doutrina, a Corte Regional expressamente ressalta que, no caso, foram adotados os critérios de equidade e do bom senso, observando o sentido pedagógico para dissuadir condutas danosas aos interesses metaindividuais, bem como que se levou em conta, também, a extensão do dano, a sua natureza, a gravidade, a repercussão da ofensa no seio da coletividade atingida, a situação econômica do ofensor e dos ofendidos, concluindo que, *"Consideradas essas premissas, ponderada especialmente o porte econômico do ofensor, o potencial ofensivo da conduta irregular apurada e a extensão do dano coletivo, razoável arbitrar a indenização por dano moral coletivo em R\$ 500.000,00"* (pág. 757).

Com efeito, cediço que a lei não estabelece critérios objetivos para a quantificação do valor da indenização por danos morais,



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

devendo o Juízo, na análise do caso em concreto, atentar para a proporcionalidade e a razoabilidade.

In casu, verifica-se que ao concluir pelo valor da indenização por danos morais coletivos em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a Corte Regional proferiu decisão dentro dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, pois levou em conta a extensão do dano e as condições das partes, fazendo remissão à gravidade e à repercussão da ofensa, à condição econômica do ofensor e do ofendido, além da intensidade do sofrimento que lhe foi causado. Entendimento em sentido contrário encontra óbice na Súmula 126/TST. Intactos, pois, os artigos 944 do CCB e 5º, II e V, da Constituição Federal.

No entanto, em relação aos temas "CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)" e "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS", merece reparo o despacho agravado.

Isso porque a Corte Regional, no tocante ao CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT, ao encerrar a tese de que *"a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas"* (Ac. EDs., pág. 789), aparenta afrontar o § 2º do artigo 389 da CLT, que é expresso ao autorizar o cumprimento do comando do § 1º desse dispositivo consolidado (providenciar estabelecimento apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda - sob vigilância e assistência - de seus filhos) por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

Da mesma forma, quanto à condenação do Condomínio ao pagamento de INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS, *"na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título"* (Ac., pág. 751), cumulativamente com a condenação à indenização por danos morais coletivos, no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

reais), pela prática do mesmo ato ilícito, vislumbro possível violação do artigo 5º, II, da CF, notadamente diante da possibilidade de os danos morais individuais, na presente situação, poderem ultrapassar os coletivos e se tratar de dupla indenização, diferente dos casos em que cuidam de uma condenação cominatória (astreintes) e outra indenizatória.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento APENAS NO TOCANTE AOS TEMAS "CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)" e "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS", para determinar o processamento do recurso de revista.

II - RECURSO DE REVISTA (págs. 796-920) - ANÁLISE DO TEMA ADMITIDO PELA PRESIDÊNCIA DO TRT E DOS PROVENIENTES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade referentes a tempestividade, representação e preparo, passo a examinar os específicos do apelo.

1 - CONHECIMENTO

1.1 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA (DISPONIBILIZAÇÃO DE LOCAL APROPRIADO PARA EMPREGADAS DEIXAREM SEUS FILHOS, SOB VIGILÂNCIA E ASSISTÊNCIA, DURANTE O PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO) - TRABALHO DA MULHER - PROTEÇÃO ESPECIAL - SHOPPING CENTER E CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)

Frise-se, inicialmente, que os temas em epígrafe serão analisados concomitantemente por estarem interligados.

Em razões de recurso de revista (págs. 818-849 e 882-895), o Condomínio aduz, em síntese, estar sendo condenado pelo e. TRT para *"(...) construir e manter locais apropriados para que todas as mulheres empregadas que trabalham no empreendimento, inclusive empregadas dos lojistas e terceirizados, com as quais os Recorrentes não mantêm nenhum vínculo de emprego ou de trabalho, possam guardar, sob vigilância e*



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

assistência, seus filhos no período de amamentação; e (ii) impedindo os Recorrentes de cumprirem a obrigação através de convênios, conforme permissão expressa contida no § 2º, do art. 389, da CLT, ou através da concessão de auxílio-creche negociado com o Sindicato de Empregados através de Convenção Coletiva, na forma autorizada pela Portaria MTB nº 3.296/1986” (pág. 800), o que discrepa da jurisprudência que colaciona. Aponta, ainda, violação dos artigos 7º, XXVI, 8º, III, e 97 da CF e 389, §§ 1º e 2º, e 396 da CLT.

Por fim, pugna pela reforma do acórdão regional, “de forma a julgar totalmente improcedente o pleito do Ministério Público no sentido de obrigar os Recorrentes à implementação dos espaços referidos no § 1º do art. 389 da CLT, assegurando-se aos Recorrentes o direito de cumprir referida obrigação conforme alternativas previstas no § 2º do mesmo Diploma Legal e na Portaria MTE 3.296/86, julgando-se, igualmente, improcedentes os pleitos de condenação a danos morais e individuais, uma vez que inexistente a suposta ilegalidade no procedimento que vem sendo adotado pelos Recorrentes (concessão de Reembolso Creche, nos termos de norma coletiva)” (pág. 895).

Acrescenta, em caráter subsidiário, que, “em sendo mantida, por amor ao debate, eventual condenação em relação às empregadas dos lojistas e terceirizados, mas com o reconhecimento de possibilidade de cumprimento alternativo na forma do § 1º do art. 389 da CLT, conforme previsto na Portaria nº 3.296/86, faz-se necessário ressaltar o caráter subsidiário desse cumprimento, a se operar apenas em caso de inadimplemento por parte dos empregadores diretos dessas empregadas” (pág. 895).

Quanto às controvérsias, eis o acórdão regional:

“O art. 389 da CLT assim dispõe:

Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente;

(...)

§ 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

§ 2º - A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

No mesmo sentido, além da profusão de estatutos e normas arguidos pela parte autora, acresço recomendações da Organização Mundial da saúde e da UNICEF preconizando dez passos para o sucesso da amamentação (<http://www.unicef.org/programame/breastfeeding/baby,htmArt>) e a Convenção n. 103 da OIT, no que diz respeito ao amparo à maternidade, notadamente o inciso segundo o qual: *V - 1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.2 . As interrupções do trabalho para fins de aleitamento devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com esta; nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente.* Refiro que a Convenção n. 103 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20 de 30.04.1965, ratificada em 18.06.1965, promulgada pelo Decreto n. 58.820/66, com vigência no direito positivo interno desde 18.06.1966.

O artigo 1.142 do Código Civil considera **estabelecimento** (...) *tudo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.* Maria Helena Diniz, discorrendo sobre o tema, explica que: *Estabelecimento é o complexo de bens de natureza variada, materiais (mercadorias, máquinas, imóveis, veículos, equipamentos etc) ou imateriais (marcas, patentes, tecnologia, ponto etc.), reunidos e organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária, por serem necessários ou úteis ao desenvolvimento e exploração de sua atividade econômica, ou melhor, exercício da empresa (...)* (Diniz, Maria Helena, Código civil anotado/8ª ed. atual. - São Paulo, Saraiva, 2002, p. 674)

Os grandes centros comerciais, chamados *shopping centers*, caracterizam-se essencialmente pelo aglomerado de lojas, de modo que sua existência está estritamente ligada à atividade comercial das lojas que os compõem. É nítido, portanto, que o shopping é beneficiado pelo trabalho das empregadas de seus inquilinos lojistas, mormente pela prática de modelos



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

contratuais de jornadas distintos daqueles praticados por lojas isoladas e também pelo exercício de poder que se estabelece em relação às unidades locatárias que compõem o complexo comercial em análise. Nesta trilha, certo é que os lojistas não possuem ingerência sobre a alteração de destinação de áreas que compõem o complexo de propriedade dos réus, sendo destes, portanto, a obrigação de, na forma prevista pelo artigo 389 da CLT, instituir local apropriado onde todas as empregadas que ali trabalham possam deixar, sob vigilância e assistência, seus filhos em fase de amamentação, durante o horário de trabalho. Trata-se de dar concretude aos valores abraçados pela ordem jurídica fundamental do Estado, notadamente àqueles inscritos no artigo 5º, incisos III e IV e artigos 170 e 227 da Constituição Federal de 1988. Projeção da nova ordem jurídica instaurada, com advento da Constituição de 1988, é o Código Civil de 2002, ao declarar em seu artigo 1.228, § 1º, que: *O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais.(...)* Pois bem, a finalidade social, no caso em exame, somente se realiza alcançando à mulher trabalhadora condignas condições, entre elas o pleno exercício dos direitos e garantias de amparo à maternidade. A propósito do princípio da socialidade, Gerson Luiz Carlos Branco, em seus estudos sobre o novo Código Civil, reportando-se a Miguel Reale, anota que (...) *Os dispositivos que impõem uma função aos modelos jurídicos e o compromisso deles com a coletividade são marcantes. Chamam atenção as disposições dos art. 421 (função social do contrato) e 1.228 (função social da propriedade) (...) De uma visão liberal-individualista, passou-se para uma concepção social-humanista de propriedade, que deixou de ser um direito exclusivo e ilimitado (...) (Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro /Martins - Costa, Judith e Gerson Branco - São Paulo: Saraiva, 2002, pgs. 65 e 67.)*

Nesse sentido, já se pronunciou o E. Tribunal Superior do Trabalho:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 389, §§1º e 2º, da CLT. ESPAÇO PARA ATENDIMENTO PARA AS MULHERES EM PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO. ESTABELECIMENTO COM MAIS DE 30 TRABALHADORAS. ADMINISTRADOR DE ESPAÇO FÍSICO QUE AGREGA VÁRIOS EMPREGADORES. O cumprimento do art. 389 da CLT é fundamental para garantir a prática da amamentação pelas



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

empregadas das várias lojas de um shopping center. A seu turno, recai sobre a administração do shopping a responsabilidade de prover espaços comuns, os quais ela dimensiona, confere destinação e administra. Entre tais espaços, cabe-lhe reservar aquele necessário ao cumprimento do disposto nos parágrafos do art. 389 da CLT a fim de ser efetivado o direito de proteção da saúde da mulher, em especial à gestante e lactante, previsto na Constituição Federal e na Convenção n. 103 da OIT. Logo, a determinação nesse sentido não viola os §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT, porquanto se trate de caso em que não é o empregador quem resulta responsabilizado, mas aquele que define os limites do estabelecimento do empregador e da área comum a todas as empresas alojadas no shopping center, tudo com base na função social da propriedade. Agravo de instrumento não provido. (Processo: AIRR - 127-80.2013.5.09.0009 Data de Julgamento: 03/12/2014, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/201).

Quanto à alternativa prevista no §2º do art. 389 ou, ainda, do cumprimento da obrigação por meio do disposto na Portaria nº 3.296/86 do Ministério do Trabalho e Emprego, na forma de reembolso-creche, não substituem o cumprimento da obrigação prevista no §1º do mesmo dispositivo, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas.

Diante do exposto, restando incontroverso que inexistente local apropriado para que as empregadas que trabalham no complexo comercial possam deixar seus filhos e considerando a natureza social do direito que se está a assegurar, com vistas à realização de princípio central em nosso ordenamento jurídico, consubstanciado na dignidade da pessoa humana, sendo a ampla e efetiva proteção à maternidade uma de suas faces, defiro a antecipação de tutela para determinar aos réus que, no prazo de 60 dias, cumpram integralmente a norma do artigo 389, § 1º, da CLT, fornecendo local apropriado, observadas as normas do artigo 400 da CLT e as especificações estabelecidas pelos Ministérios da Saúde e Educação, com atendimento por profissionais habilitados, onde seja permitido às empregadas que trabalham no estabelecimento, tanto às vinculadas



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

diretamente ao réu quanto às empregadas dos lojistas do shopping ou de empresas que prestam serviços no local, guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação (até dois anos de vida), sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigível e reversível ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre ou para instituições indicadas pelo Ministério Público do Trabalho.

Apelo parcialmente provido” (págs. 753-756) .

Corte:
Em sede de embargos de declaração, complementou aquela

“(…)

5. Os fundamentos que indicam não ser o caso para não aplicação do § 2º do artigo 389 da CLT e da Portaria nº 3.296/86 estão expressos no acórdão (ID. eb47893 - Pág. 6) e em nenhum momento sugerem proibição da prática do reembolso creche. O acórdão deixa claro que a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, *mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas*, o que, contrariamente ao que alegam os embargantes, observa, sim, o princípio da isonomia, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” (pág. 789) .

Vejamos .

Conforme relatado no acórdão recorrido, *“O Ministério Público do Trabalho ajuizou a presente ação civil pública contra os reclamados (CONDOMÍNIO CIVIL DO SHOPPING - CENTER PRAIA DE BELAS e SUBCONDOMÍNIO PRAIA DE BELAS SHOPPING CENTER), objetivando o cumprimento integral da norma do artigo 389, § 1º, da CLT, a fim de que os réus providenciassem local apropriado para que as empregadas possam deixar sob vigilância e assistência os seus filhos, durante o período de amamentação, bem como indenização por danos morais coletivos e por danos individuais”* (pág. 752) .

Diante da improcedência da Ação Civil Pública, o Ministério Público do Trabalho da 4ª Região interpôs recurso ordinário, que foi provido parcialmente para *“1) deferir a antecipação de tutela e determinar aos réus que, no prazo de 60 dias, cumpram integralmente a norma do artigo 389, § 1º, da CLT, fornecendo*



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

local apropriado, observadas as normas do artigo 400 da CLT e as especificações estabelecidas pelos Ministérios da Saúde e Educação, com atendimento por profissionais habilitados, onde seja permitido às empregadas que trabalham no estabelecimento, tanto as vinculadas diretamente ao réu quanto às empregadas dos lojistas do shopping ou de empresas que prestam serviços no local, guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação (até dois anos de vida), sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigível e reversível ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre ou para instituições indicadas pelo Ministério Público do Trabalho; 2) condenar os réus ao pagamento de dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00; 3) condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título” (págs. 750-751).

O Condomínio, ora recorrente, então, interpôs o presente recurso de revista, objetivando a total improcedência do pleito do Ministério Público do Trabalho (via Ação Civil Pública), “no sentido de obrigar os Recorrentes à implementação dos espaços referidos no § 1º do art. 389 da CLT, assegurando-se aos Recorrentes o direito de cumprir referida obrigação conforme alternativas previstas no § 2º do mesmo Diploma Legal e na Portaria MTE 3.296/86, julgando-se, igualmente, improcedentes os pleitos de condenação a danos morais e individuais, uma vez que inexistente a suposta ilegalidade no procedimento que vem sendo adotado pelos Recorrentes (concessão de Reembolso Creche, nos termos de norma coletiva)” (pág. 895).

Pois bem, como visto, cinge-se a controvérsia quanto à aplicação do artigo 389, § 1º, da CLT aos shoppings centers, em relação à previsão da destinação de local reservado para guarda de filhos de todos os funcionários, sejam seus próprios e os dos lojistas, em período de amamentação, sob guarda e vigilância.

O art. 389, § 1º, da CLT estabelece que toda empresa, nos estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 empregadas mulheres com mais de 16 anos, deve ter local apropriado para que seus filhos possam ficar no período da amamentação, *in verbis*:

"Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

(...)

§ 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação”.

Tal artigo não pode ser interpretado de forma literal, levando-se em conta o termo "estabelecimento" apenas como sendo o espaço físico em que se desenvolvem as atividades do empregador, até porque, quando da redação do artigo em comento, pelo Decreto-Lei de 1967, a realidade do *shopping center* não correspondia à noção atual.

Devemos ter, sim, uma interpretação histórica e sistemática, conjuntamente com os princípios da proteção à maternidade e à infância.

Portanto, ao meu ver, devemos entender a realidade do shopping center, como tem sido dito em decisões desta Corte, como um "sobre estabelecimento", ou seja, devemos considerar não a topografia de cada loja, mas sim a sua totalidade, uma vez que, ainda que o shopping não seja o responsável pelas vendas de produtos ou serviços, ele é o responsável pela administração, dimensionamento e disponibilização dos espaços comuns, daí advindo o seu dever de providenciar espaços para a guarda e aleitamento de crianças das empregadas, tanto as suas quanto as dos seus lojistas.

Com efeito, os empregados que atuam em shopping, ainda que sejam trabalhadores dos lojistas, se valem da infraestrutura do centro comercial, uma vez que a função principal do shopping é a organização do espaço de forma coesa, a fim de potencializar a atividade econômica das empresas ali instaladas.

Diante disso, as normas que tutelam o meio ambiente do trabalho devem levar em consideração tal perspectiva.

Assim, como dito anteriormente, devemos interpretar de forma consentânea com a atual realidade o termo estabelecimento, do artigo 389, § 1º, da CLT, de modo que se conclua que a obrigação relativa ao meio ambiente do trabalho das empregadas que atuam em lojas instaladas em shopping centers seja responsabilidade, no que couber, do próprio shopping, o que afasta, no caso em concreto, qualquer pretensão de se aplicar responsabilidade subsidiária do cumprimento da obrigação de fazer objeto do citado artigo 389, § 1º, consolidado.



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

A obrigação de fazer consistente na criação e manutenção de creches destinadas à amamentação em espaços de *shoppings centers* é uma questão realmente importante, porque o *shopping center* não é o empregador, mas a ele se determina a obrigação de criar e manter creches destinadas à amamentação, ou seja, estamos criando uma obrigação, por meios da Justiça do Trabalho, que não está relacionada ao empregador.

No entanto, o *shopping center*, como é de costume no País, é um empreendimento pelo qual se aluga os espaços destinados a dar lucro, que podem ser de um único empreendedor ou de um grupo; normalmente é de um grupo. Constrói-se, então, e os espaços são os mais variados, não apenas para lojas, mas também há aquelas ilhas que ficam ali dentro destinadas ao arrendamento. Dentro de cada *shopping* existe uma associação de lojista que se aliam como se sindicato fosse, para conseguir com o empreendedor determinados benefícios e as reivindicações que entendem apropriadas. Os *shoppings centers* acabam, muitas vezes, ficando fora da cidade. Ou seja, na prática, é como se os empregados dos lojistas ficassem, de certa forma, segregados: a vida fica ali dentro do *shopping*.

Não há outra solução a não ser reconhecer que, realmente, o *shopping* deve promover essa criação e manutenção das creches e, nesse caso, repassar o custo aos lojistas; seria o mesmo que determinar que os lojistas em conjunto o fizessem. O resultado é o mesmo e não há maiores problemas para que isso seja feito.

A partir do momento da manutenção dessas creches, que são necessárias, é preciso que se dê uma solução para esse tipo de problema, o *shopping* pode repassar o custo para os lojistas, por rateio, da mesma forma que cobra dos lojistas o décimo terceiro salário de aluguel, que cobra aluguel por faturamento. Isso vai se refletir no preço dos produtos? Sim, vai. Mas o que se pode fazer? É um problema social que precisa ser enfrentado. As mercadorias vão ficar mais caras por causa disso, é lógico. Mas o que se torna mais importante? É estabelecer creche ou majorar o preço das mercadorias? São dois direitos fundamentais, ou pelo menos um deles é direito fundamental, a que precisamos dar preponderância, prevalência, preferência.

Por outro lado, tal medida importa na proteção à maternidade e aos filhos das trabalhadoras. Busca-se preservar o cuidado



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

à criança e ao adolescente, bem maior de natureza constitucional, eleito pelo Estado como prioritário.

Nesse sentido, cito precedentes:

(...) III - RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO EM ESPAÇOS DE SHOPPING CENTERS. APLICABILIDADE DO ARTIGO 389 DA CLT. 1. Hipótese em que o TRT condenou o Condomínio do Shopping Center à obrigação de fazer consistente no fornecimento de espaço adequado para que as mães (empregadas de lojas) possam amamentar seus filhos. 2. É fato notório que um lactente precisa mamar nos primeiros estágios de sua vida (art. 374 do NCPC). Ademais, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece apontam para o prejuízo à saúde e à vida do lactente que se vê privado do aleitamento materno (art. 375 do NCPC). 3. Ao subscrever e ratificar a Convenção n.º 103, o Brasil assumiu o compromisso solene perante organismo internacional do qual é membro integrante de assegurar a amamentação dos filhos das empregadas lactantes. Por isso, qualquer medida que tenha por escopo a substituição da obrigação contida no art. 389, §1º, da CLT deve se compatibilizar com o direito assegurado no art. V da Convenção n.º 103 da OIT, promulgada pelo Decreto nº. 58.820, de 14.7.1966. 4. Também não prospera o argumento de que as empregadas dos lojistas não possuem vínculo de emprego com o Shopping em razão da atividade econômica desse último estabelecimento. Extrai-se do escólio do Ministro Alexandre Agra Belmonte (in Natureza Jurídica dos Shopping Centers, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1989) que a atividade econômica dos shopping centers consiste na organização de um espaço privado conveniente ao exercício da atividade do comércio. 5. Já Ives Gandra da Silva Martins ressalta que os "shopping centers atuam em verdadeira atividade de supracomércio, porquanto, ao organizar o espaço convenientemente pensado ao exercício da atividade comercial, "permitem aos estabelecimentos mercantis sua melhor desenvoltura, assim como superiores resultados, de difícil obtenção sem a colaboração de suas estruturas" (A Natureza Jurídica das Locações dos "Shopping Centers". in



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Shopping Centers: Questões Jurídicas, Editora Saraiva, 1991, p. 79-95). Esclarece, ademais, que "os shopping centers são, em verdade, um sobreestabelecimento comercial, cuja estrutura permite que os estabelecimentos comerciais que neles se instalem existam e nele tenham sua principal razão de ser e força". O doutrinador identifica, com precisão cirúrgica, a atividade econômica desses centros de compra ao concluir que "são, portanto, os 'shopping centers', para todos os estabelecimentos que os compõem, uma espécie de sobre estabelecimento de onde recebem o principal fator de força mercantil, mesmo que sejam famosas as marcas ou renomadas as sociedades que se unam em suas dependências". 6. Disso tudo se extrai que a administração e organização dos espaços que compõem os shopping centers consistem, em si, no exercício de sua atividade econômica. Realmente, as empresas que neles se instalam não possuem poder decisório acerca da destinação e administração dos locais que ultrapassem o limite da respectiva loja, ainda que tudo isso esteja dentro de mesmo conjunto arquitetônico. Cabe, assim, exclusivamente ao shopping center atender normas de direito sanitário, de acessibilidade e de direito urbanístico, por exemplo. Percebe-se que, no tocante à infraestrutura necessária ao exercício da atividade mercantil em shopping centers, a participação de cada lojista é praticamente nula, mesmo porque, do contrário, o conjunto convenientemente organizado de espaços comerciais tenderia à desagregação e aos caos. Não seria possível falar em "sobre-estabelecimento", porquanto cada lojista, por deliberação própria, cumpriria como bem entendesse as normas relativas ao meio ambiente de trabalho (sanitários, conforto térmico, etc.) comprometendo, inclusive a organicidade e integridade do shopping center. 6. É sob tal perspectiva que as normas tutelares acerca do meio ambiente de trabalho dos empregados que atuam em shopping centers devem ser encaradas. A legislação concernente à adequação do meio ambiente do trabalho às necessidades das lactantes somente pode ser dirigida ao "sobre-estabelecimento" comercial, para utilizar, novamente, a expressão de Ives Gandra da Silva Martins. 7. O art. 389, §1º, da CLT determina que "os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação".



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Sobressai a conclusão de que a expressão "os estabelecimentos" contida no dispositivo legal deve ser interpretada de forma consentânea com a realidade atual. A interpretação evolutiva do mencionado dispositivo legal conduz à conclusão de que a obrigação relativa ao meio ambiente de trabalho das mulheres que atuam em lojas instaladas em shopping centers deve ser atendidas, no que couber, pelos próprios centros de compra. 8. Há precedente de Turma dessa Corte Superior nesse sentido (AIRR - 127-80.2013.5.09.0009, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 03/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015). 9. Importante consignar, ainda, que os direitos sociais assegurados às crianças (e aqui se está tratando de lactentes nos primeiros meses de vida) realmente impõem relevante ônus financeiro à sociedade. Contudo, a realização de direitos desse jaz, ainda que inquestionavelmente onerosa, consiste em escolha fundamental da sociedade brasileira, definitivamente plasmada na redação do art. 227 da Carta Magna. O princípio da absoluta prioridade dos direitos das crianças e adolescentes previsto no referido dispositivo constitucional não consiste em norma programática, de menor valor jurídico, mas possui força normativa e caráter cogente que não pode ser ignorado pelo Estado-Juiz. A norma em destaque, além de, por si só, impor obrigações aos seus destinatários, conforma a interpretação daquelas outras de caráter infraconstitucional, tal como o art. 389, §1º, da CLT. 10. Repise-se que o dever de assegurar, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à alimentação das crianças lactentes não é somente da sua família. Não é somente do Estado. E não é somente da sociedade. Todos, inclusive o empresariado, devem, obrigatoriamente, e com absoluta prioridade, concorrer para assegurar esses direitos. 12. Assim sendo, correta a decisão que conferiu efetividade ao artigo 389, §§ 1º e 2º da CLT, que tem por finalidade proteger as condições de trabalho da coletividade de mulheres que atuam no Shopping Center e, em especial, dos lactentes envolvidos na medida. Recurso de revista não conhecido. (-) (RR-131651-27.2015.5.13.0008, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, DEJT 28/09/2018)

(...) RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DETERMINAÇÃO DE



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

OBSERVÂNCIA DO ART. 389, § 1º, DA CLT A CONDOMÍNIO DE SHOPPING CENTER. ENQUADRAMENTO COMO ESTABELECIMENTO. O entendimento prevalecente na Turma é de que o art. 389, §§ 1º e 2º da CLT deve ser cumprido pelo Shopping Center também em relação aos filhos das empregadas dos lojistas, haja vista ser responsável pela definição dos limites do estabelecimento, aí incluindo a utilização das áreas comuns. Ressalva de entendimento da Relatora. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (ARR-897-22.2015.5.05.0007, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª Turma, DEJT 23/03/2018)

(...) II - RECURSO DE REVISTA DO MPT. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO EM ESPAÇOS DE SHOPPING CENTERS. APLICABILIDADE DO ARTIGO 389 DA CLT. Cinge-se a controvérsia quanto à aplicação do artigo 389, § 1º, da CLT aos shopping centers, em relação a previsão da destinação de local reservado para guarda de filhos de todos os funcionários, sejam seus próprios e dos lojistas, em período de amamentação, sob guarda e vigilância. O art. 389, §1º, da CLT estabelece que toda empresa, nos estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 empregadas mulheres com mais de 16 anos, deve ter local apropriado para que seus filhos possam ficar no período da amamentação. Tal artigo não pode ser interpretado de forma literal, levando-se em conta o termo "estabelecimento" apenas como sendo o espaço físico em que se desenvolvem as atividades do empregador, até porque, quando da redação do artigo em comento, pelo Decreto-Lei de 1967, a realidade do shopping centers não correspondia à noção atual. Devemos ter, sim, uma interpretação histórica e sistemática, conjuntamente aos princípios da proteção à maternidade e à infância. Portanto, deve-se entender a realidade do shopping center, como tem sido dito em decisões desta Corte, como um "sobre estabelecimento", ou seja, deve-se considerar não a topografia de cada loja, mas sim a sua totalidade, uma vez que, ainda que o shopping não seja o responsável pelas vendas de produtos ou serviços, ele é o responsável pela administração, dimensionamento e disponibilização dos



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

espaços comuns, daí advindo o seu dever de providenciar espaços para a guarda e aleitamento de crianças das empregadas, tanto as suas quanto a dos seus lojistas. Com efeito, os empregados que atuam em shopping, ainda que sejam trabalhadores dos lojistas, se valem da infraestrutura do centro comercial, uma vez que a função principal do shopping é a organização do espaço de forma coesa, a fim de potencializar a atividade econômica das empresas ali instaladas. Diante disso, as normas que tutelam o meio ambiente do trabalho devem levar em consideração tal perspectiva. Assim, como dito anteriormente, deve-se interpretar de forma consentânea com a atual realidade, o termo estabelecimento, do artigo 389, § 1º, da CLT, de modo que se conclua que a obrigação relativa ao meio ambiente do trabalho das empregadas que atuam em lojas instaladas em shopping centers seja responsabilidade, no que couber, do próprio shopping. Diante do acima exposto, a decisão regional, que reformou a sentença para limitar a obrigação de fazer ao âmbito das empregadas diretas e terceirizadas do shopping, assim como dispensar a exigência de contratação de equipe multidisciplinar para a instalação de local para essas empregadas guardarem seus filhos no período da amamentação, vai de encontro aos termos do artigo 389, § 1º, da CLT. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 389, § 1º, da CLT e provido. (ARR-10876-18.2015.5.18.0016, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 10/05/2019)

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 389, §§ 1º E 2º, DA CLT. ESPAÇO PARA ATENDIMENTO PARA AS MULHERES EM PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO. ESTABELECIMENTO COM MAIS DE 30 TRABALHADORAS. ADMINISTRADOR DE ESPAÇO FÍSICO QUE AGREGA VÁRIOS EMPREGADORES. TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA DA MATÉRIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS. APLICAÇÃO DE MULTA. Impõe-se confirmar a decisão agravada, no sentido de que o recurso de revista não comprovou pressuposto intrínseco de admissibilidade recursal previsto no art. 896 da CLT, sobretudo porque o acórdão regional foi proferido em sintonia com a jurisprudência temática desta Corte Superior.



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Agravo a que se nega provimento.
(Ag-ED-RR-24080-75.2016.5.24.0001, Relator
Ministro: Walmir Oliveira da Costa, 1ª Turma, DEJT
25/10/2019)

(...) AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ART. 389, §§1º e 2º, da CLT. ESPAÇO PARA ATENDIMENTO PARA AS MULHERES EM PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO. ESTABELECIMENTO COM MAIS DE 30 TRABALHADORAS. ADMINISTRADOR DE ESPAÇO FÍSICO QUE AGREGA VÁRIOS EMPREGADORES. O cumprimento do art. 389 da CLT é fundamental para garantir a prática da amamentação pelas empregadas das várias lojas de um shopping center. A seu turno, recai sobre a administração do shopping a responsabilidade de prover espaços comuns, os quais ela dimensiona, confere destinação e administra. Entre tais espaços, cabe-lhe reservar aquele necessário ao cumprimento do disposto nos parágrafos do art. 389 da CLT a fim de ser efetivado o direito de proteção da saúde da mulher, em especial à gestante e lactante, previsto na Constituição Federal e na Convenção n. 103 da OIT. Logo, a determinação nesse sentido não viola os §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT, porquanto se trate de caso em que não é o empregador quem resulta responsabilizado, mas aquele que define os limites do estabelecimento do empregador e da área comum a todas as empresas alojadas no shopping center, tudo com base na função social da propriedade. Agravo de instrumento não provido.
(AIRR-127-80.2013.5.09.0009, Redator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT 13/03/2015)

Ressalte-se que não é um conflito entre empregado e empregador, mas é derivado das relações de trabalho e são várias as questões que decorrem daí. Os primados da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, solidariedade; estamos falando do terceiro, exatamente da solidariedade. As creches visam atender todas as mulheres que trabalham em *shopping*. Então, há, no caso, por solidariedade, o interesse coletivo. A matéria é constitucional. Trata-se de proteção à maternidade, prevista



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

no art. 6.º da Constituição Federal. É de conteúdo prestacional. Faz parte até da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, faz parte de todos os protocolos, inclusive o de San Salvador.

Envolve ainda outra questão, como a aqui salientada, que é a questão do fomento ao pleno emprego, que também é matéria constitucional, a fim de se permitir a absorção da mão de obra da mulher. Não há outra forma de concretizar a sua inclusão no mercado de trabalho em uma situação como essa, a não ser por meio do estabelecimento de creches. Nenhum ônus isso representa para os *shoppings centers*, que podem perfeitamente repassar o custo.

É preciso, por outro lado, quando se constrói um *shopping center*, que ele seja dotado de uma infraestrutura adequada às necessidades daquele mundo que ali ocorre. O empreendimento precisa observar essa necessidade, porque é uma primeira necessidade. Deveria até ser exigido da municipalidade a expedição de alvará já com a previsão de creche para efeito de funcionamento ou que ela mantivesse convênios distritais ou com determinadas entidades próximas, onde fosse possível que isso ocorresse.

Assim, considerando os precedentes supratranscritos, a pretensão do Condomínio-recorrente em relação ao pedido principal, com base em arestos ditos divergentes, encontra óbice na Súmula 333/TST e no artigo 896, § 7º, da CLT, e, considerando, ainda, que a Corte Regional nada mais fez que dar efetividade ao comando do artigo 389, § 1º, da CLT, decerto que não se vislumbra violação de lei ou da Constituição Federal.

NO ENTANTO, quanto ao PEDIDO ALTERNATIVO, referente à efetividade do § 2º do artigo 389 da CLT, merece reparo a decisão regional.

Com efeito, a Corte Regional ao encerrar o entendimento de que *“a situação particular dos autos não é compatível com a solução pretendida pelos réus, ora embargantes, mormente por se tratar de empreendimento com horário de funcionamento que se estende muito além dos horários de funcionamento de creches públicas ou privadas”* (Ac. EDs., pág. 789), afronta o § 2º do artigo 389 da CLT, que é expresso ao autorizar o cumprimento do comando do § 1º desse dispositivo consolidado (providenciar estabelecimento apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda – sob vigilância e assistência – de seus filhos)



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais.

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso de revista apenas quanto ao pedido subsidiário, referente ao tema "CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)", por violação do artigo 389, § 2º, da CLT.

1.2 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS

Alegam o Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro, por meio das razões de revista às págs. 898-906 e 916, em síntese, que a Corte Regional lhe condenou a pagar indenização por danos morais coletivos no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), além de indenização por danos morais individuais, violando o artigo 5º, II, da CF.

Acrescentam que, *"No que diz respeito aos danos individuais, a alegação de 'sonegação do direito à creche no local de trabalho' não resiste à verificação da existência, in casu, de norma coletiva válida e aplicável estabelecendo forma alternativa de cumprimento da obrigação e o respectivo valor a ser adimplido pelo Shopping a título de Reembolso Creche. De mais a mais, o alegado 'direito à creche no local de trabalho' nunca existiu de forma absoluta, uma vez que sempre foi facultado aos empregadores, por força de Lei, cumprir a obrigação prevista no § 1º do art. 389 da CLT conforme alternativa permitida no § 2º do mesmo artigo (ou seja, através de convênios), ou conforme alternativa estabelecida na Portaria MTE nº 3.296/1986 (Reembolso Creche)"* (pág. 905).

Pugnam, na sequência, pela reforma do acórdão, de forma a se julgar improcedentes as condenações relativas ao pagamento de indenização por danos morais individuais e coletivos.

Alternativamente (pág. 916), requerem que, diante da determinação da Corte Regional de que as empregadas que trabalham no complexo comercial devem ter seus filhos guardados sob vigilância e assistência no período de amamentação (até dois anos de vida), deve ser alterado esse prazo para seis meses, como prevê a Portaria 3.296/86 do MTE e o artigo 396 da CLT.



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Eis a decisão regional:

“3) DANOS INDIVIDUAIS.

Sustenta o recorrente que os réus deverão indenizar os prejuízos concretos impostos às trabalhadoras lactantes, que tiveram, até o momento, sonegado o direito à creche no local de trabalho, e receberam valores manifestamente insuficientes para custear um local dotado dos requisitos mínimos de segurança, conforto e cuidados profissionais para seus filhos.

Aduz que o valor da indenização deverá ser apurado em liquidação de sentença, na forma do artigo 95 do CDC, consignando, entretanto, que ele deverá ser equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre (o qual, na média, monta em cerca de R\$ 831,00), ao longo do período de 2 anos de vida dos filhos das trabalhadoras beneficiárias.

Analiso.

Alegam os réus que não estão inadimplentes em relação a suas próprias empregadas, cumprindo o que determina a Convenção Coletiva aplicável. Aduzem que, *‘Em relação às empregadas que não são suas, jamais lhes foi exigido - e nem poderia - o que quer que fosse em relação aos direitos buscados pelo Ministério Público nesta ação, cujos pleitos não passam de tentativa de esvaziamento do diálogo social e da relevância constitucional da negociação coletiva, em desprestígio e negação aos princípios insculpidos no art. 7º, XXVI e 8º, III da CF’*. Argumentam que inexistente irregularidade ou dano sofrido por suas empregadas, uma vez que o auxílio-creche a elas alcançado está em conformidade com a Convenção Coletiva aplicável.

Na hipótese de haver condenação, no tópico, argumentam que não se sustenta o pedido de pagamento de valores às lactantes ‘no período de dois anos de vida dos filhos’ porque o próprio art. 389, § 1º da CLT prevê que a disponibilização dos espaços para a amamentação deve se dar tão somente no período da amamentação, sendo que a Portaria nº 3.296/1986 estabelece que tal prazo é de apenas 6 meses. Além disso, pede a compensação dos valores já recebidos a título de auxílio-creche, sob pena de enriquecimento ilícito.

Analiso.

No caso, não se discute a existência de dano material decorrente da sonegação do direito à creche no local de trabalho e da insuficiência de



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

valores para custear local apropriado para as trabalhadoras deixarem sob guarda e vigilância seus filhos durante o período de amamentação.

A portaria 3.296/1986 do Ministério do Trabalho estabelece que *‘o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.’* (Redação dada pela Portaria nº 670/97/MT). Tal disposição vai ao encontro da orientação da OMS - Organização Mundial da Saúde, no sentido de que o período de amamentação deve estender-se até os 2 anos de idade da criança, bem como da recomendação contida na Nota Técnica Conjunta nº 01/2010, editada pela ANVISA e pelo Ministério da Saúde (*‘Para que as mulheres trabalhadoras consigam cumprir com a recomendação de amamentar por 02 (dois) anos ou mais, sendo exclusivamente no peito nos 06 (seis) primeiros meses, é fundamental que após a licença maternidade elas tenham o auxílio das empresas.’*).

Sendo assim, e diante da ausência de elemento que infirme o valor apontado pelo Ministério Público do Trabalho como comumente adotado nas creches em Porto Alegre, dou provimento ao recurso para condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre” (págs. 757-759) .

Vejamos .

Primeiramente, registro que a controvérsia em torno da indenização por danos morais coletivos foi dirimida no julgamento do agravo de instrumento, tendo sido mantida tal condenação, inclusive em relação ao *quantum* indenizatório.

No tocante ao presente tópico (indenização por danos morais individuais), decido:



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

Conforme se observa do acórdão recorrido, a Corte Regional deu provimento parcial ao recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho da 4ª Região para “(...) 2) condenar os réus ao pagamento de dano moral coletivo fixado em R\$ 500.000,00; 3) condenar os réus, na forma do artigo 95 do CDC, a indenizar às trabalhadoras lactantes os prejuízos decorrentes da não disponibilização do local descrito nos artigos 389, § 1º, e 400 da CLT, no período de dois anos de vida dos filhos, em valor equivalente ao custo mensal dos serviços de uma creche em Porto Alegre, a ser apurado em liquidação de sentença, observado o custo médio das creches em Porto Alegre e abatidos os valores já alcançados a tal título” (pág. 751, grifamos).

Pois bem, vê-se que as ora recorrentes foram condenadas em dupla indenização (danos morais coletivos e danos morais individuais), não sendo forçoso concluir que se corre o risco de os danos morais individuais ultrapassarem os coletivos.

É bem verdade que este Tribunal Superior, assim como o STJ, entendem ser lícita, em sede de Ação Civil Pública, a cumulação da condenação à indenização por danos morais coletivos com obrigação de fazer ou não fazer por meio de multa (astreintes), a partir da exegese do artigo 3º da Lei 7.347/85 (Precedentes: E-ED-RR-133900-83.2004.5.02.0026, E-ED-RR-115600-15.2004.5.03.0004, Ag-AIRR-2100-82.2012.5.17.0009, Ag-RR- 154-11.2013.5.09.0091 e AIRR-115500-92.2007.5.01.0042).

No entanto, além de ter sido fixado no tópico anterior que o cumprimento do comando do § 1º do artigo 389 da CLT (providenciar estabelecimento apropriado que viabilize às mães lactantes a guarda – sob vigilância e assistência – de seus filhos) pode ser viabilizado por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais (§ 2º do mesmo dispositivo consolidado), no presente caso, não estamos diante de uma condenação cominatória e uma indenizatória, mas, sim, de duas condenações indenizatórias pela prática do mesmo ato ilícito, o que, efetivamente, fere o princípio da reserva legal.

Some-se a tudo isso o fato de que, da leitura da Ação Civil Pública, notadamente dos pedidos ali formulados (págs. 36-37), não se vislumbra que esta tenha por objeto o interesse individual



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

propriamente dito de empregada (embora se alegue isso), mormente ao referir-se, no tópico em comento, à “**condenação genérica** dos réus, na forma do artigo 95 do CDC” (pág. 37, grifamos), mas da coletividade de empregadas que, no decorrer de uma situação comum (direitos individuais homogêneos), com repercussão social, tiveram seus direitos afrontados.

Finalmente, por oportuno, transcrevo as notas degravadas referentes às falas deste Relator e dos Ministros Maurício Godinho Delgado e Alberto Luiz Bresciani proferidas durante a sessão de julgamento, que convergem com a decisão aqui preconizada:

Min. Alexandre Agra Belmonte (relator)

“Rapidamente, trata-se de uma ação civil pública, uma *class action*, em que as lojas estão reunidas num determinado local explorado por um único dono em estabelecimento que precisa ter, pelas suas dimensões e afluxo de pessoas e trabalhadores, creche para as trabalhadoras, de forma inclusiva, ainda mais pelo fato de que podem repassar esse custo, e devem, para os lojistas, inclusive no aluguel, que é cobrado. Não bastasse, os *shoppings* cobram aluguel percentual, participando, assim, indiretamente do negócio de cada lojista, entre eles a obrigação de creche. (...). Não se trata de nenhuma criação da Justiça sem cumprimento sistemático da interpretação da lei decorrente do art. 6.º da Constituição Federal, das normas da CLT já citadas em relação à manutenção de creches no local de trabalho, sem falar nos precedentes proteção à criança e ao adolescente. No caso, o dano se impõe, porque não é o primeiro processo que apreciamos sobre o mesmo tema, não sendo possível a empresa desconhecer essa anterior decisão pela repercussão havida e com base também nos precedentes já citados. O dano coletivo é devido pelo descumprimento da legislação e para que o recorrente possa fazer coativamente ou coercitivamente as devidas alterações em sua estrutura organizacional, para poder se adaptar ao cumprimento da lei. O seu destinatário não são os trabalhadores nesse dano coletivo. Quanto ao dano individual, em se tratando de ação civil pública dessa natureza, penso que é indevido, porque estaríamos transformando, então, esse dano coletivo em somatório de danos individuais. Em se tratando de dano patrimonial como falta de recolhimento do Fundo de Garantia, inadimplemento de verbas rescisórias, aí sim, o Ministério Público do Trabalho tem essa função de buscar a reparação, mas



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

para cumprimento da lei. Então, ele tem legitimidade para postulação, inclusive individualmente, para cumprimento da lei. Já neste caso, o dano moral coletivo já serve para o cumprimento da lei e seria, então, *bis in idem* a condenação também em danos individuais. Por isso eles foram excluídos.”

Min. Maurício Godinho Delgado

“(…) Agregarei só uma observação sobre o contraponto: dano coletivo e dano individual. Concordo com o eminente Procurador de que não há um óbice formal e substancial inapelável que não permita, em uma ação... S. Ex.^a deu um excelente exemplo, o do trabalho escravo. Naquele caso, o trabalho, por ser escravo ou análogo às condições de escravo, certamente, não houve pagamento de várias verbas trabalhistas. Então, naturalmente, é preciso que haja – se for o caso, se comprovado, evidentemente, estamos tratando apenas em tese – o pedido de dano moral coletivo e também o pedido do dano individual, até com pagamento das parcelas, fazendo-se uma combinação entre a ação civil pública e a chamada ação civil coletiva, porque não há nenhum óbice para isso. É processual, algo que seja insuplantável. Neste caso, vejo que a decisão do Ministro Alexandre tem sabedoria. Por que razão? Trata-se de uma condenação que ainda é pioneira. A verdade é que a jurisprudência dominante ou considera a Justiça do Trabalho incompetente – há várias decisões nessa linha, não estou me referindo ao TST, estou me referindo à jurisprudência ainda dominante – ou considera que não há legitimidade do *shopping* para responder, conforme apontou o ilustre Advogado, Dr. Sérgio, acolhendo essa tese muitas vezes, ou considera que não há esse dever legal. São vários fundamentos que ainda não estão pacificados na jurisprudência. Então, parece-me que o Ministro Alexandre tem razão de, neste caso, por se tratar de uma interpretação da ordem jurídica, que não acho criação, acho interpretação correta, o comando está na ordem jurídica, mas ainda não havia sido percebido de uma maneira ampla pela sociedade civil, parece-me que o dano coletivo é o objeto central, e a obrigação de fazer com as (...) pelo não cumprimento continua a ser também o objeto central, continua a ser o ponto de ênfase nesta ação. Não vejo como acumular danos individuais de cada uma das trabalhadoras envolvidas, se for o caso. Então, parece-me correto o entendimento de que, neste caso, não haveria a escolha, digamos, do instrumento processual adequado, mas não



PROCESSO Nº TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

me importo com este aspecto meramente formal: ou levaria à extinção, sem julgamento do mérito, com relação a este pedido, por falta de adequação do instrumento processual, ou à solução do Ministro Alexandre, que considerou que seria um *bis in idem*. Não quero atrapalhar o voto do Ministro Alexandre. O importante é que S. Ex.^a não deixou existir esse acúmulo de condenações. Efetivamente, essa vertente jurisprudencial é nova. Esperamos que se torne dominante na jurisprudência rapidamente e, quando se tornar dominante, sim, temos uma situação similar àquela hipótese, não a de trabalho escravo, mas a de manifesto descumprimento da ordem jurídica. Não é o caso aqui vertente, porque é um tema que ainda está submetido a uma ampla divergência na própria jurisprudência. Então, com essas breves palavras, Ministro Presidente, Ministro Alexandre, Dr. Fábio, Dr. Sérgio, lanço o meu voto em conformidade com o do Relator.”

Min. Alberto Luiz Bresciani

“A matéria deste processo é muito sensível, importante, e não é nova no âmbito da 3.^a Turma e de outras do Tribunal Superior do Trabalho. Há precedentes na 6.^a e na 1.^a Turma. Eu mesmo levei à SDI-1 processo semelhante (...) de postulação envolvendo, obviamente, outro *shopping* e que ainda está em julgamento. O Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte e Ives Gandra da Silva Martins, o pai, são autores de obras precursoras sobre o tema, sobre a natureza jurídica atípica de *shopping centers*. De fato, muito bem identificam os *shopping centers* como sobre estabelecimentos, porque, de fato, eles são. Sabemos todos que, em regra, os lojistas de *shopping centers* não têm domínio sobre o espaço dos *shopping centers*. Por isso, normalmente, os trabalhadores das lojas neles instaladas usam banheiros, estacionamentos do próprio *shopping center*. A regra que se maneja nesta ação obviamente não é inventada pelo Poder Judiciário. É garantida, integra a CLT desde 1967 e decorre da Convenção 103 da OIT, que veio ao Direito brasileiro em 1966. O fato é que a criação dos *shopping centers* encontrou essas regras já positivadas e impositivas até por força constitucional. Interpretação contrária àquela agora proposta pelo Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, com muita sensibilidade, e que dá à lei o seu exato sentido social. Na verdade, seria fazer letra morta dessa imposição que compõe o ordenamento jurídico internacional. Por quê? É porque as lojas



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

normalmente não teriam como cumprir a obrigação inscrita nos §§ 1.º e 2.º do art. 389 da CLT na sua integralidade e nas modalidades possíveis. Modalidades possíveis que têm que ser consideradas, tanto que, em algumas ações, como na presente, há recursos pedindo exatamente a possibilidade de cumprimento alternativo da obrigação do § 1.º. Na ação que levei à SDI-1, o Juiz de primeiro grau, o Regional e a Turma julgadora já haviam previsto a possibilidade de cumprimento alternativo da obrigação criada em lei. Por isso, não vou me estender. O voto do Ministro Alexandre é autorizado, está muito bem posto. (...). Dessa forma, acompanho o eminente Relator integralmente, até mesmo no que diz respeito ao dano moral individual, pelas razões destacadas por S. Ex.^a.”

Ante o exposto, **CONHEÇO** do recurso de revista, por violação do artigo 5º, II, da CF.

2 - MÉRITO

2.1 - CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)

Conhecido parcialmente o apelo por violação de lei, a medida que se impõe é o seu provimento.

DOU PROVIMENTO ao recurso de revista tão-somente para, mantendo a decisão regional que determinou ao “Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro” o cumprimento integral do § 1º do artigo 389 da CLT, poder suprir essa obrigação de fazer por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais, conforme autoriza o § 2º do artigo 389 desse dispositivo consolidado.

2.2 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS

Conhecido, no caso, o recurso de revista por violação do artigo 5º, II, da CF, DOU-LHE PROVIMENTO para excluir da condenação



PROCESSO N° TST-RRAg-21078-62.2015.5.04.0010

o pagamento referente à indenização por danos morais individuais. Prejudicado o exame do recurso em relação ao pedido alternativo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: 1 - Conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento APENAS NO TOCANTE AOS TEMAS "CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)" e "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS", para determinar o processamento do recurso de revista; 2 - Conhecer do recurso de revista APENAS QUANTO AOS TÓPICOS "CUMPRIMENTO ALTERNATIVO DA REGRA DO ARTIGO 389 DA CLT (CONVÊNIOS OU REEMBOLSO CRECHE)" e "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDIVIDUAIS", por violação do § 2º do artigo 389 da CLT e 5º, II, da CF, respectivamente, e, no mérito, dar-lhe provimento para, mantendo a decisão regional que determinou ao "Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas e Outro" o cumprimento integral do § 1º do artigo 389 da CLT, poder suprir essa obrigação de fazer por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais, conforme autoriza o § 2º do artigo 389 desse dispositivo consolidado. Também, excluir da condenação o pagamento referente à indenização por danos morais individuais, restando prejudicado o exame do recurso em relação ao pedido alternativo. Em razão do julgamento do presente recurso de revista, fica prejudicada a liminar concedida na TutCautAnt-16102-82.2017.5.00.0000, a qual deve correr junto a estes autos principais.

Brasília, 4 de novembro de 2020.

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

ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Ministro Relator