



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

ACÓRDÃO
(SDI-1)
GMALB/pat/AB/mki

RECURSO DE EMBARGOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. “SHOPPING CENTER”. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ART. 389, §§ 1º E 2º, DA CLT. CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO DOS FILHOS DE EMPREGADAS DE LOJAS. 1. A Eg. 2ª Turma não conheceu do recurso de revista do réu, mantendo a sentença em que foi condenado em obrigação de fazer, na forma dos §§ 1º e 2º do artigo 389 da CLT. 2. A norma a ser extraída do texto de Lei deve ser atual, não estando paralisada em 1967, ano de sua edição, período em que sequer existiam “shoppings” no país. Para que a Lei tenda à perenidade, ela deve adaptar-se aos tempos, incluindo figuras que vão surgindo na sociedade e que não podiam ser antevistas pelo legislador. Aplica-se, por isso, ao caso, a “ratio” da Lei, em interpretação extensiva. 3. A questão evoca o tradicional exemplo de Hart acerca dos veículos no parque, a textura aberta da lei e os casos em que o juiz deve decidir em “zona de penumbra”. Explica, colocando a sociologia descritiva e a teoria da linguagem a serviço da interpretação jurídica: “Os legisladores humanos não são capazes de ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o mundo pode trazer. Isto significa que todas as regras e conceitos jurídicos são abertos; e quando surge um caso não previsto, temos que fazer escolha nova e, ao fazê-lo, elaborar novos conceitos jurídicos, adaptando-os a objetivos socialmente desejáveis” (Ensaio sobre Teoria do Direito e



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 305).
4. Nesse contexto, compreender que os “shopping centers” enquadram-se no conceito de estabelecimento, como um sobreestabelecimento, não compromete a “integridade estrutural” (Fuller) do disposto no art. 389 da CLT, ainda que as empregadas consideradas sejam também as das lojas do condomínio. A ele, que auferir parte dos lucros das lojas (fundo de comércio), cumpre imbuir-se de sua função social para com as funcionárias que ali trabalham. 5. Assim, como responsável pelas áreas de uso comum, compete ao réu assegurar, diretamente ou por outros meios, “local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação”, atendendo ao escopo do art. 227 da CF. Recurso de embargos conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista nº **TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008**, em que é Embargante **CONDOMÍNIO DO PARTAGE SHOPPING CAMPINA GRANDE** e Embargado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO**.

A Eg. 2ª Turma, por meio do v. acórdão de fls. 908/936, não conheceu do recurso de revista do réu.

Inconformada, a parte interpõe recurso de embargos à SBDI-1, com fundamento no art. 894, II, da CLT (fls. 940/967).

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 2.679/2.683.

Foi apresentada impugnação a fls. 2.686/2.696.

Os autos não foram remetidos ao d. Ministério Público do Trabalho (art. 95 do RI/TST).

É o relatório.



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

VOTO

Recurso tempestivo (fls. 937 e 995), subscrito por advogada habilitada nos autos (fl. 639), pagas as custas (fl. 388) e recolhido o depósito recursal (fl. 968), estão presentes os pressupostos genéricos de admissibilidade.

1 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SHOPPING CENTER. OBRIGAÇÃO DE FAZER DO ART. 389, §§ 1º E 2º, DA CLT. CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO DOS FILHOS DE EMPREGADAS DE LOJAS.

1.1 - CONHECIMENTO.

A Eg. 2ª Turma não conheceu do recurso de revista do réu, na fração de interesse, sob os seguintes fundamentos (fls. 920/933):

“2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DOS *SHOPPING CENTERS* NA CONSTRUÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO DOS FILHOS DE EMPREGADAS DE LOJAS. ARTIGO 389 DA CLT

2.1 - Conhecimento

O TRT negou provimento ao recurso do Condomínio do Partage *Shopping* Campina Grande sob os seguintes fundamentos:

‘O recorrente denuncia afronta ao princípio da legalidade, inciso II, art. 5º, CF, argumentando que as normas legais invocadas pelo promovente (§§ 1º e 2º do artigo 389 da CLT), e nas quais se baseou a Juíza de origem, não disciplinam obrigações para que ele (recorrente) custeie as despesas decorrentes da condenação imposta, porquanto o próprio § 1º direciona-se ‘às empregadas’, ou seja, exige a necessidade de vínculo de emprego, o que não se configura, no caso. Entende que não se pode, em nome do princípio da função social da propriedade,



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

negar vigência aos princípios da legalidade/reserva legal. Ressalta a dissociabilidade entre as cláusulas especiais do contrato de locação de lojas de *shopping center* e as obrigações previstas no art. 389 da CLT e a impossibilidade de se confundir a obrigação de fornecimento da estrutura física necessária para fazer funcionar o empreendimento com obrigações típicas de empregador (caso de manutenção de creches e guarda de crianças em idade de amamentação). Aponta a ausência dos requisitos para caracterização de grupo econômico entre ele (recorrente) e os lojistas, porque não existe liame societário nem unidade de objetivo e tampouco ingerência do *Shopping* sobre as atividades dos lojistas, de modo que não há respaldo para a obrigação que lhe foi imposta na sentença. Insiste em afirmar que não houve afronta ao direito social de proteção à maternidade, art. 389 da CLT, garantindo que tem apenas 11 empregadas, estando, assim, desobrigado de cumprir a regra do referido dispositivo legal (cujo limite é número de mulheres superior a 30). Diz que não pode responder por obrigações personalíssimas dos lojistas locatários, para quem deveria ter sido direcionada a pretensão. Entende que as supostas irregularidades demandam o suprimento de omissão legislativa - que não cabe ao Poder Judiciário nem ao Ministério Público, sob pena de afronta ao princípio da legalidade - e que resultaria em interpretação extensiva da obrigação prevista no art. 389, CLT.

A vasta argumentação apresentada pela promovida, visando a se isentar da responsabilidade pelo descumprimento de normas em prol das trabalhadoras que se ativam no âmbito do seu estabelecimento, não se mostra hábil para modificar o posicionamento adotado na sentença.

Vale lembrar que o pleito do promovente está fundamentado na denúncia - mediante prova



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

pré-constituída, com fé de ofício - de que o promovido não cumpre a obrigação de propiciar local adequado para as empregadas guardarem 'sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação ou de outros meios de supri-la, conforme §§ 1º e 2º do art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho'.

Mais que o descumprimento de tais normas, o ponto central da discussão diz respeito à alegação da promovida de que não lhe compete custear as despesas decorrentes da condenação imposta, porquanto o próprio § 1º, art. 389, CLT, direciona-se 'às empregadas', o que pressupõe a existência de vínculo de emprego, condição essa não verificada, no caso.

A questão foi analisada com maestria pela Juíza MARIA DAS DORES ALVES, que soube ser, ao mesmo tempo, abrangente e precisa, dispensando outra incursão na matéria com o mesmo propósito. Peço vênia àquela Julgadora para adotar, como razões de decidir, o raciocínio adotado na sentença:

Diante da clareza do dispositivo transcrito nenhuma dificuldade haveria se o pedido estivesse voltado a empregador direto, proprietário de estabelecimento em cujo quadro existissem mulheres em número superior a 30 e com mais de 16 anos.

Neste caso, o cumprimento do disposto celetista ganha complexidade pelo fato de a pretensão ser dirigida a pessoa (jurídica) diversa dos empregadores das destinatárias da norma, no caso a empresa que administra o condomínio de lojistas que exercem no SHOPPING CENTER PARTAGE diversas atividades econômicas.'

E segue dizendo aquela Julgadora não ser possível, no caso, que 'a controvérsia estabelecida se consagre como óbice à efetivação do direito vindicado'.

Infere-se desse raciocínio que não podem as empregadas ficar à mercê da discussão se a obrigação cabe aos respectivos empregadores ou ao SHOPPING



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

CENTER PARTAGE, como ente aglutinador daqueles em torno de um interesse comum, segundo regras contratuais rígidas, impostas por este que é o titular do condomínio de lojistas (Ata no Num. 299be73).

Diante dessa realidade, segue a Julgadora em sua análise:

Nesse norte, as medidas cabíveis para tornar efetivo o direito consagrado no ordenamento jurídico devem ser tomadas por tantos quantos se apresentem como exercentes da atividade empresária, na medida em que, em razão do princípio da função social da empresa, materializado pela Constituição Federal de 1988, não mais é possível concebê-la meramente como um meio para a obtenção de lucro para o empresário, mas também como agente sujeito de direito e deveres para com sociedade e 'para todos aqueles que de alguma forma integram sua cadeia produtiva'.

A responsabilidade da empresa, tal como ocorre com sua função social, diz respeito tanto ao seu público interno, os seus colaboradores diretos, no que diz respeito à promoção de condições de trabalho adequadas e ao cumprimento dos demais deveres trabalhistas, como em relação aos clientes, fornecedores e entidades públicas, enquanto agentes que compõem o processo empresarial.

Analizando os documentos anexados aos autos verifica-se que no campo contratual puro a empresa ré figura como responsável por todas as 'áreas de circulação, instalação e uso comum descritas minuciosamente no item 1.6 das Normas Gerais Complementares dos Contratos de Locação e Outras Avenças.

De acordo com tais normas, ao lojista, locatário do 'salão comercial', quase nenhuma liberdade é atribuída, tudo é rigorosamente voltado para uma padronização de instalações, ações e procedimentos necessários ao fim do empreendimento coletivo, porque assim exige esse modo de exercer a atividade comercial.



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Não olvidamos a preocupação que se deve ter com os custos da efetivação do espaço em questão, mas não temos dúvidas de que a Administradora-ré, com no ramo, conhece know how a existência de mecanismos para arcar com tais despesas, assim como o faz, por exemplo, quando da instituição do Fundo de Promoções Coletivas para fazer face aos custos de propaganda, promoções e publicidades, valendo lembrar, também a título de exemplo, quando inclui nos seus contratos a cláusula 'res sperata', que estabelece um montante que deve ser pago pelo lojista não apenas para assegurar a reserva do espaço ou a expectativa de uma clientela potencial, mas para que lhe seja propiciada toda estrutura necessária ao seu funcionamento.

Assim, como tudo o quanto se destinar ao uso comum, compete à ré incluir no projeto de área comum, local adequado à finalidade do artigo 389 da CLT, isto é, local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação, tudo em conformidade com o artigo 227 da CF/88.

A providência, evidentemente, é a única capaz de assegurar a proteção garantida à mulher lactante, até porque sabe-se que a abstinência do ato de amamentar é suscetível de provocar na mulher um desconforto ímpar, com impacto negativo sobre sua saúde e, ainda, de seus filhos na fase de amamentação, neste caso tornando efetivo o direito insculpido no artigo 3º do ECA e a garantia do 6º da CF/88.

À guisa de argumentação, destaco que cabe discutir acerca de vínculo de emprego, já que os lojistas são os reais empregadores das mulheres. Porém, esses lojistas estão sujeitos a diversas limitações impostas pelo promovido, que não lhes permite fazer qualquer intervenção nas instalações físicas do estabelecimento, cujas características são padronizadas, assim como o são as diversas 'ações e



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

procedimentos necessários ao fim do empreendimento coletivo', de acordo com o Regimento Interno do Condomínio.

Não se trata, pois, como quer fazer crer o recorrente, de um mero contrato de locação, mas de uma relação em que há forte ingerência do promovido sobre a atividade dos lojistas, ingerência essa que também incide, de forma reflexa, sobre o horário de trabalho e até mesmo sobre a aparência das referidas empregadas, nos moldes dos art. 6º e 84 do citado Regimento, Num. 85bea03.

Ademais, o desempenho das empregadas vendedoras reverte em proveito do Condomínio, que é remunerado pelos lojistas em percentual sobre as vendas brutas, de acordo com as 'normas gerais complementares de locação e outras avenças dos salões comerciais, situados no Partage *Shopping* Campina Grande', anexo à inicial (Num. 503b3e9).

Há, portanto, entre os empregados dos lojistas e o condomínio o que a doutrina chama de subordinação estrutural reticular, justificando-se, também por essa visão, a responsabilização do promovido. Ou seja, não se trata de responsabilidade fundada no reconhecimento da existência de grupo econômico, como sustenta o recorrente.

Outro não é o posicionamento adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, como ilustra a ementa do AIRR - 127-80.2013.5.09.0009, mencionada pelo promovente (contrarrrazões, Num. 7a310d6 - Pág. 15), tendo como redator o Ministro Augusto César Leite de Carvalho, assim redigida:

(...)

Tampouco, há afronta aos princípios de legalidade e da reserva legal.

Primeiro, porque é justamente da interpretação do art. 389 da CLT, e seus §§ 1º e 2º, que resulta o



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

direito postulado, mormente se feita ela conforme o teor do art. 227 da Constituição Federal.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ademais, quanto à questão relativa aos custos decorrentes do cumprimento da obrigação, destaco, mais uma vez, o raciocínio da Juíza sentenciante, ao asseverar que o promovido dispõe 'de mecanismos para arcar com tais despesas, assim como o faz, por exemplo, quando da instituição do Fundo de Promoções Coletivas para fazer face aos custos de propaganda, promoções e publicidades'.

Nesse contexto, correta a sentença ao determinar que o promovido 'adote as medidas necessárias ao cumprimento integral das disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 389 da CLT,' no prazo estabelecido, sob pena de arcar com a cominação ali imposta.'

Em razões de revista, o Condomínio argumenta que a decisão Regional violou o artigo 5º, II, da Constituição Federal, bem como o artigo 389, §§ 1º e 2º, da CLT. Sustenta que não há na Lei a obrigação de que o Condomínio de lojas se responsabilize por obrigação tipicamente trabalhista. Diz que não é o destinatário do artigo 389 da CLT.

Afirma que, da transcrição do artigo 389 da CLT, é possível extrair que 'a condição *sine qua non* para ser responsabilizado pelas obrigações em questão, é o liame de emprego entre a mãe com filho em idade de amamentação e a empresa'. (fl. 479).



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Argumenta que não deve ser confundida a obrigação de fornecer estrutura para funcionamento do *Shopping* (que incluiria estrutura hidráulica, segurança, escadas rolantes, elevadores, recepcionistas e bombeiros) com a obrigação de manutenção de creche para cumprimento de obrigações de guarda de crianças em idade de amamentação, filhas de mulheres que não seriam suas empregadas.

Diz que o fornecimento de creche não é essencial para o funcionamento de *shoppings*.

Indica violação dos artigos 5º, II, da CF, 389, § 1º e § 2º, da CLT, bem como do artigo 54 da Lei 8.245/1991.

Vejam os.

Trata-se de recurso de revista interposto contra decisão do TRT que manteve a sentença que deferiu os seguintes pedidos:

'a) cumprir integralmente as disposições contidas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 389 da CLT, sob pena de incorrer em multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais);

b) - pagar indenização por dano moral coletivo, no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).'

Conforme se observa, a questão gira em torno do alcance do seguinte dispositivo da CLT:

Art. 389 - Toda empresa é obrigada: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

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; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

III - a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 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. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - A exigência do § 1º 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 sindicais. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Destaco que, embora o reclamado argumente que não possui mais de 30 empregadas, verifica-se que o TRT não



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

enfrentou a matéria, carecendo de prequestionamento. Incidência das Súmulas 126 e 297/TST.

Outrossim, ao contrário das pessoas jurídicas, tal como o *Shopping Center*, as pessoas naturais são todas humanas (aí incluídos os locatários e proprietários de cotas sociais ou condominiais das pessoas jurídicas). E, como tal, são lactentes. É fato notório em qualquer civilização (desde as mais antigas) 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).

Aliás, as disposições do art. 389 da CLT decorrem de compromisso internacional assumido pelo Brasil na década de 60 do século passado, relativamente ao Amparo à Maternidade na Convenção n.º 103 da OIT, promulgada pelo Decreto n.º 58.820, de 14.7.1966 (a atual redação do art. 389 da CLT é de 1967). O art. V da referida norma internacional é do seguinte teor:

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

Conforme já se pontuou, 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 n.º. 58.820, de 14.7.1966.



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Assim, a cizânia que se pode divisar na espécie está no fato de que o Shopping Center não é o empregador das centenas de mulheres que trabalham diariamente (inclusive aos fins de semana) no seu interior.

É com base em tal premissa que o reclamado assegura que não está obrigado a atender as normas que disciplinam o meio ambiente de trabalho da mulher, notadamente aquela que obriga o estabelecimento – e não empresa o empregador – 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 (art. 389, § 1º, da CLT).

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. Eis o escólio do eminente Ministro:

Os shopping centers são complexos que concentram o mais variado tipo de comércio, numa estrutura aparentemente convencional.

Pura aparência. Ali tudo é minuciosa e antecipadamente idealizado, a começar pelos espaços: a distribuição das atividades negociais e a apresentação das lojas obedece a prévia determinação.

[...]

Atualmente, encontra-se em funcionamento no país um sem-número de complexos lojistas, mas somente em parte deles são consideradas pela ABRASCE (Associação Brasileira de Shopping Centers), como veros shoppings.

É que a referida entidade exige, como requisitos básicos à caracterização de um shopping center, na



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

acepção técnica do termo, a presença dos seguintes elementos: a) ponto mercadologicamente estudado, em termos facilidade de acesso e potencial de vendas; b) presença das lojas de atração para chamariz do público e dos usuários de lojas-satélites; c) planejamento prévio das atividades e diversificação adequada à manutenção do conjunto; d) estacionamento proporcional ao volume de visitantes.

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 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 renomado jurista 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 sobreestabelecimento 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'.

Ao tratar da organicidade econômica dos *shoppings centers* (*Shopping Centers: Organização econômica e disciplina jurídica. in Revista dos Tribunais*, ano 73, volume, 580, fevereiro de 1984, p. 17), o sempre lembrado Caio Mário da Silva Pereira já advertia: 'o *shopping center* não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

com uma loja de departamento (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos'. Trata-se de complexo mercadológico que exige 'um conglomerado arquitetônico de alto custo, e o êxito comercial está na razão direta de uma constante presença publicitária, aliada à manutenção de um cultivado aspecto físico [...]'.
Este documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10044A073C936ED8DE.

Disso tudo se extrai que a administração e organização dos espaços que compõem os *shoppings 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 um 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 ao 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*.

A questão é tão relevante que, mediante a Portaria SIT n.º 320 de 23/05/2012, o Ministério do Trabalho e Emprego veiculou consulta pública para alteração da Norma Regulamentar n.º 24, que dispõe sobre condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho, ocasião em que o Poder Executivo propôs a instituição da seguinte regra:

24.1.10 Os estabelecimentos localizados em *Shopping Center* ou Centro Comercial podem ser



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

dispensados de instalações sanitárias próprias, desde que o local possua sanitário de uso comum separado por gênero.

Depreende-se que a autoridade regulamentadora está atenta ao fenômeno dos *shopping centers* e de sua importância para a atividade econômica do mundo moderno. Ressalte-se que, independentemente da não vigência do referido dispositivo, seria flagrantemente abusiva a atuação pela Fiscalização do Trabalho de lojistas que, atuando dentro de shopping centers, deixem de oferecer instalações sanitárias próprias para seus empregados. A medida seria absolutamente desproporcional porque tais estabelecimentos estão compreendidos pelo sobre-estabelecimento do *shopping center*, a quem cabe prover a infraestrutura necessária à atividade mercantil dos empregadores.

Com efeito, os trabalhadores que atuam em *shopping centers*, malgrado sejam empregados dos lojistas, valer-se-ão da própria infraestrutura do centro de compras, porquanto é a função precípua do *shopping center* organizar os espaços de forma cômoda, coesa e orgânica, tudo isso com o objetivo de potencializar a atividade econômica das empresas ali instaladas.

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.

Conforme já se destacou, o art. 389, § 1º, da CLT determina que 'os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

amamentação'. Sobressai a conclusão de que a expressão 'os estabelecimentos' contida no dispositivo legal deve ser interpretada de forma consentânea com a realidade atual, e não aquela que remonta à época em que editada a referida regra. 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 atendida, no que couber, pelos próprios centros de compra.

Nesse particular, cabe repelir qualquer tentativa de incursionar a '*mens legislatoris*' dos parlamentares de 1966 que, atendendo à determinação contida no art. V da Convenção n.º 103 da OIT (já transcrita), elaboraram a redação o art. 389, § 1º, da CLT. Evidentemente, para aquele legislador, seria impossível conceber o fenômeno do *shopping center*, porquanto tais empreendimentos eram pouquíssimos, senão inexistentes, à época da elaboração do dispositivo celetista em voga. Neste caso, a interpretação meramente dogmática da norma conduziria a um resultado que, além de não imaginado pelo legislador de 1966, certamente iria de encontro à fonte material do direito positivado no art. 389, § 1º, da CLT (que é art. V da Convenção n.º 103 da OIT).

Nessa linha de inteligência, não se divisa ilegalidade ou abuso de poder no ato dito coator. Aliás, convém reiterar que esta Corte Superior já teve oportunidade de se debruçar, em sede de cognição exauriente, sobre o tema. O precedente é da E. 6ª Turma deste Tribunal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PEDIDO DE INGRESSO COMO *AMICUS CURIAE* FORMULADO PELA ABRASCE. DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE JURÍDICO NA LIDE. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. AÇÃO COLETIVA. ABRANGÊNCIA. Deferido o pedido de ingresso na lide na condição de *amicus*



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

curiae da ABRACE em razão da relevância da matéria e representatividade da requente. Pedido deferido para ingresso na lide. 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, Data de Julgamento: 03/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2015).

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



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

jaez, ainda que inquestionavelmente onerosa, consiste em escolha fundamental da sociedade brasileira definitivamente plasmada na redação do art. 227 da Carta Magna. O dispositivo tem o seguinte teor:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

O princípio da absoluta prioridade dos direitos das crianças e adolescentes consagrado na norma em referência 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.

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.

Dentro desse contexto, correta a decisão que atribuiu ao Condomínio do *Shopping Center* manter um local adequado onde seja permitida a guarda, sob vigilância e assistência, de seus filhos.



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Diante de toda a fundamentação aqui exposta, resta afastada a tese de violação do artigo 54 da Lei do Inquilinato.

Não há e se falar, por conseguinte, em violação do artigo 389, §§ 1º e 2º, da CLT.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.”

Em suas razões de embargos, o réu alega que o Ministério Público do Trabalho pretende impor obrigação não prevista em Lei, porquanto incontroverso que “não há vínculo empregatício entre as empregadas das empresas de varejo locatárias e o *shopping*” (fl.952). Assevera que não foi comprovada fraude e que o ordenamento jurídico assegura três formas de se cumprir disposto no art. 389 da CLT, dentre elas, o reembolso creche, não podendo o Judiciário optar unilateralmente por uma delas. Aponta violação dos arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da CF e maneja divergência jurisprudencial.

Inicialmente, o v. acórdão embargado foi publicado sob a vigência da Lei nº 13.015/2014, que imprimiu nova redação ao art. 894, II, da CLT, no sentido de que somente é cabível o recurso de embargos quando demonstrada divergência jurisprudencial entre Turmas do TST (OJ 95/SBDI-1) ou destas com as decisões proferidas pela Seção de Dissídios Individuais ou contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. Ociosa, portanto, a indicação de ofensa a dispositivo da Constituição.

Por outro lado, o acórdão de fls. 1.251/1.252, formalmente válido, com cópia autenticada em anexo, oriundo da 8ª Turma desta Corte, de relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DEJT de 25.8.2017, enseja o conhecimento do recurso, por divergência jurisprudencial, ao sufragar tese central oposta à defendida pela Turma. Consta do paradigma:

“RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 389 DA CLT – SHOPPING CENTER. Não é aplicável aos *shoppings centers* a obrigação prevista no art. 389, § 1º, da CLT, em relação aos empregados



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

das lojas que nele operam suas atividades. Recurso de Revista conhecido e provido.

[...]

[...] o *shopping center* não é responsável pela disponibilização de local destinado à assistência dos filhos das empregadas das lojas nele inseridas.

Tal obrigação é destinada exclusivamente à real empregador, como se extrai da própria exegese do art. 389, §§ 1º e 2º, da CLT." (RR-1686-10.2012.5.09.0041)

Assim, conheço dos embargos, por divergência jurisprudencial.

1.2 - MÉRITO.

Discute-se se os *shopping centers* estão obrigados ao cumprimento da obrigação constante dos §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT, qual seja, a disponibilização de creches, para os filhos de empregadas das lojas que abriga e que estejam em período de amamentação.

O referido preceito foi criado em atenção ao art. V da Convenção n.º 103 da OIT, promulgada pelo Decreto n.º. 58.820, de 14.7.1966, que trata do amparo à maternidade e assegura o direito da lactante e do lactente à amamentação durante a jornada de trabalho. Dispõe:

"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 onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - A exigência do § 1º 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,



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

da LBA ou de entidades sindicais. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)”

Trata-se de norma que tutela o meio ambiente do trabalho.

De início, destaco que não há controvérsia quanto ao fato de o réu se enquadrar na categoria técnica de *shopping center*, que possui requisitos específicos a diferenciá-los dos demais estabelecimentos comerciais.

A Associação Brasileira dos *Shopping Centers* - ABRASCE os define:

"Empreendimento constituído por um conjunto planejado de lojas, operando de forma integrada, sob administração única e centralizada; composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados ou especializados de comércio e prestação de serviços; estejam os locatários lojistas sujeitos a normas contratuais padronizadas, além de ficar estabelecido nos contratos de locação da maioria das lojas cláusula prevendo aluguel variável de acordo com o faturamento mensal dos lojistas; possua lojas-âncora, ou características estruturais e mercadológicas especiais, que funcionem como força de atração e assegurem ao Shopping Center a permanente afluência e trânsito de consumidores essenciais ao bom desempenho do empreendimento; ofereça estacionamento compatível com a área de lojas e correspondente afluência de veículos ao Shopping Center; esteja sob o controle acionário e administrativo de pessoas ou grupos de comprovada idoneidade e reconhecida capacidade empresarial." (ABRASCE. *Shopping centers*. São Paulo: Editora Renovar, 2005)

Conforme estudos do jurista Ives Gandra da Silva Martins (A *Natureza Jurídica das Locações Comerciais dos "Shopping Centers"*) e do Ministro Alexandre Agra Belmonte (*Natureza Jurídica dos Shopping Centers*), deve ser compreendido como um sobreestabelecimento, um ente aglutinador de empregadores em torno de interesse comum, que tem por obrigação fornecer a estrutura física necessária para



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

fazer funcionar o empreendimento, tendo ingerência, inclusive, quanto ao aproveitamento e padronização do espaço interno das lojas. Entre lojas e *shopping* existe cooperação e interesses comuns.

Destaco a observação de Rubens Requião sobre o tema:

“O que caracteriza economicamente o ‘centro comercial’ como uma ‘inovação organizacional’ não é [...] a dimensão do prédio, nem a decoração esmerada, nem o equipamento sofisticado. [...] Este se distingue por sua organização peculiar. [...] a ideia de organização do centro comercial estrutura - se sobre um espaço imobiliário, de dimensão avantajada, para colher uma sorte de empresas comerciais varejistas e de serviços. Mas esse sistema não é organizado livremente pelo seu empreendedor, no sentido de procurar apenas o seu interesse na venda condominial das unidades ou na locação do salão comercial. Ele objetiva efeitos comunitários, tendo em vista um projeto racional e econômico.” (REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os centros comerciais (“shopping centers”) no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira. (Coord.). *“Shopping Centers”: aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 132-133).

Assim, a ele, *shopping*, que auferir parte dos lucros das lojas (fundo de comércio), também cumpre imbuir-se de sua função social para com as empregadas que ali trabalham.

Quanto à dinâmica de funcionamento do réu, no caso, trago trecho do acórdão regional, transcrito pela Turma (fls. 922/923):

“Analisando os documentos anexados aos autos verifica-se que no campo contratual puro a empresa ré figura como responsável por todas as áreas de circulação, instalação e uso comum descritas minuciosamente no item 1.6 das Normas



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Gerais Complementares dos Contratos de Locação e Outras Avenças.

De acordo com tais normas, ao lojista, locatário do 'salão comercial', quase nenhuma liberdade é atribuída, tudo é rigorosamente voltado para uma padronização de instalações, ações e procedimentos necessários ao fim do empreendimento coletivo, porque assim exige esse modo de exercer a atividade comercial.

[...]

Não olvidamos a preocupação que se deve ter com os custos da efetivação do espaço em questão, mas não temos dúvidas de que a Administradora-ré, com no ramo, conhece *know how* a existência de mecanismos para arcar com tais despesas, assim como o faz, por exemplo, quando da instituição do Fundo de Promoções Coletivas para fazer face aos custos de propaganda, promoções e publicidades, valendo lembrar, também a título de exemplo, quando inclui nos seus contratos a cláusula 'res sperata', que estabelece um montante que deve ser pago pelo lojista não apenas para assegurar a reserva do espaço ou a expectativa de uma clientela potencial, mas para que lhe seja propiciada toda estrutura necessária ao seu funcionamento."

Consta, ainda (fl. 923):

"Os lojistas estão sujeitos a diversas limitações impostas pelo promovido, que não lhes permite fazer qualquer intervenção nas instalações físicas do estabelecimento, cujas características são padronizadas, assim como o são as diversas 'ações e procedimentos necessários ao fim do empreendimento coletivo', de acordo com o Regimento Interno do Condomínio.

Não se trata, pois, como quer fazer crer o recorrente, de um mero contrato de locação, mas de uma relação em que há forte



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

ingerência do promovido sobre a atividade dos lojistas, ingerência essa que também incide, de forma reflexa, sobre o horário de trabalho e até mesmo sobre a aparência das referidas empregadas, nos moldes dos art. 6º e 84 do citado Regimento, Num. 85bea03”.

Foi informado, ainda, que “o desempenho das empregadas vendedoras reverte em proveito do Condomínio, que é remunerado pelos lojistas em percentual sobre as vendas brutas, de acordo com as ‘normas gerais complementares de locação e outras avenças dos salões comerciais, situados no Partage *Shopping Campina Grande*’, anexo à inicial” (fls. 923/924).

Já a Turma destacou que, “embora o reclamado argumente que não possui mais de 30 empregadas, verifica-se que o TRT não enfrentou a matéria, carecendo de prequestionamento. Incidência das Súmulas 126 e 297/TST” (fl. 927).

Quanto à alegação de que o art. 389 obriga apenas o estabelecimento ou empresa enquanto empregadora de mais de trinta mulheres maiores de dezesseis anos, cumpre observar que a norma a ser extraída do texto da Lei deve ser atual, não estando paralisada em 1967, ano de sua edição, período em que sequer existiam *shoppings* no país (conforme dados da ABRASCE).

Para que a Lei tenda à perenidade, ela deve adaptar-se aos tempos, incluindo figuras que vão surgindo na sociedade e que não podiam ser antevistas pelo legislador. Aplica-se, por isso, a *ratio* da Lei, em interpretação extensiva.

A questão evoca o tradicional exemplo de Hart acerca dos veículos no parque, a textura aberta da lei e os casos em que o juiz deve decidir em “zona de penumbra”. Explica, colocando a sociologia descritiva e a teoria da linguagem a serviço da interpretação jurídica:

“Os legisladores humanos não são capazes de ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o mundo pode trazer. Isto significa que todas as regras e conceitos jurídicos são abertos; e quando surge um caso não previsto, temos que fazer uma escolha nova e, ao fazê-lo, elaborar novos conceitos jurídicos, adaptando-os a



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

objetivos socialmente desejáveis" (*Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 305).

Nesse contexto, compreender que os *shopping centers* enquadram-se no conceito de estabelecimento, como um sobreestabelecimento, não compromete a "integridade estrutural" (Fuller) do disposto no art. 389 da CLT, ainda que as empregadas sejam as das lojas do condomínio.

Assim, como responsável pelas áreas de uso comum, compete ao réu incluir no projeto ou disponibilizar, diretamente ou por outros meios, local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação, atendendo ao escopo do art. 227 da CF.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes de Turmas desta Corte:

"[...] 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



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

Convenção n.º 103 da OIT, promulgada pelo Decreto n.º. 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 *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



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

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 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação'. 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,



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

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, Ac. 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, *in* DEJT 28.9.2018)

“RECURSO DE REVISTA DO MPT. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA CRIAÇÃO E MANUTENÇÃO DE CRECHES DESTINADAS À AMAMENTAÇÃO EM ESPAÇOS DE *SHOPPING*



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

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 dos *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 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



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

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, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, in DEJT 10.5.2019).

"RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DETERMINAÇÃO DE 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, Ac. 6ª Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, in DEJT 23.3.2018).

Diante do exposto, nego provimento ao apelo.



PROCESSO Nº TST-E-RR-131651-27.2015.5.13.0008

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencidos os Excelentíssimos Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro, Breno Medeiros e Alexandre Luiz Ramos e as Excelentíssimas Ministra Dora Maria da Costa e Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

Brasília, 02 de setembro de 2021.

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

ALBERTO BRESCIANI

Ministro Relator