

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**ALESSANDRA LIMA MIRANDA DE OLIVEIRA**

**PROTEÇÃO À GESTANTE E A MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO**

**SÃO PAULO  
2014**

**ALESSANDRA LIMA MIRANDA DE OLIVEIRA**

**PROTEÇÃO À GESTANTE E A MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO**

**Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para obtenção do certificado de conclusão do curso de especialização em Direito do Trabalho.**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dra. Cátia Guimarães Raposo Novo.**

**Agradecimentos a minha querida Professora Dra. Cátia Guimarães Raposo Novo, que me introduziu ao conhecimento e à afeição pela importância da matéria trabalhista ao ponto de nesse mister ter desenvolvido o presente trabalho.**

**Ao meu maior presente de Deus, Alexandre, meu amado marido, pelo amor, incentivo e apoio incondicional sempre.**

**À eles, dedico esta pequena obra.**

## **PROTEÇÃO À GESTANTE E A MATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para a obtenção do título de especialista em Direito e Processo do Trabalho e aprovado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP / Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE

Área de Concentração: Direito do Trabalho

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

Professora. Dra. Cátia Guimarães Raposo Novo

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, a Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão, a Banca Examinadora e a Orientadora de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

São Paulo, 13 de agosto de 2014.

Alessandra Lima Miranda de Oliveira

## RESUMO

O presente estudo possui o objetivo de analisar os principais aspectos pertinentes à proteção à gestante e a maternidade, bem como a amplificação e a relevância do trabalho da mulher no Brasil, até o regramento atual.

Desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, a empregada gestante tem garantia no emprego, devendo ser reintegrada no emprego em caso de despedida arbitrária, ou ser indenizada, em casos específicos.

Objetivando assegurar a proteção ao nascituro e tratando-se de direito fundamental, a estabilidade provisória a gestante, foi instituída de forma objetiva como um direito devido a partir da confirmação da gravidez.

Essa discussão ocorrerá de forma lacônica, onde abrangeremos as modificações e atualizações recentemente aplicadas ao tema.

Busca-se identificar os direitos das gestantes, já que no estado de gravidez, a mulher necessita de maior proteção, objetivamos identificar quais são os direitos das empregadas durante a gestação, o parto, a amamentação e no caso de adoção, e conseqüentemente, os efeitos processuais destes direitos, realizando alcançar uma pesquisa mais intrínseca e completa.

Para tanto, fez-se necessário examinar as recentes determinações do Tribunal Superior do Trabalho, em especial, aos direitos da gestante nos contratos por prazo determinado, considerando-se que a estabilidade provisória da gestante, não está limitada à modalidade contratual celebrada com a empregada.

**Palavras-Chaves:** Direito Constitucional. Direito Trabalhista. Empregada Gestante. Proteção à Maternidade. Garantia de Emprego. Estabilidade da Gestante. Licença-Maternidade. Salário-Maternidade.

## **SUMMARY**

**This current study has the goal to analyse the main aspects regarding the pregnant protection and the motherhood, as the enhancement and the relevance of the women in Brazil.**

**From the pregnancy confirmation, to five months after the child birth, the housemaids have job guarantees, so they must return to their jobs in case of arbitrary dismissal.**

**Trying to ensure the protection for the unborn and as a fundamental right, the provisional stability for the pregnant, was established as an owing right since the pregnancy confirmation.**

**This argument will occur in a laconic form, where we will comprehend the modifications and updates recently applied in the theme.**

**We search to identify the pregnant rights because in their pregnancy, women need more protection, and we are trying to identify all the pregnant rights during, child birth, breastfeeding, and in case of adoption all the process effects, reaching an intrinsic full survey.**

**Therefore, it was necessary to examine the recent determinations from superior labor court, mainly, the pregnant rights in deadline contracts considering that the provisional stability of the pregnant is not limited to the contract agreed with the housemaid.**

**Key words: Constitutional law, labor law, pregnant housemaid, motherhood protection, job guarantee, pregnant stability, maternity leave, maternity pay.**

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	1
<b>2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE</b> .....	2
2.1 Trabalho da Mulher e a Constituição Federal.....	2
<b>3. PROTEÇÃO À GESTANTE E A MATERNIDADE</b> .....	5
3.1 Direito à Consulta Médica e Exames Complementares.....	6
3.2 Direito a ser Transferida de Função.....	7
3.3 Direito e Duração da Licença à Maternidade .....	7
3.4 Direito ao Intervalo para Amamentação .....	10
3.5 Nascimento Sem Vida da Criança .....	13
3.5.1 Aborto.....	15
3.6 Direito nos Contratos por Prazo Determinado.....	17
3.7 Direitos Decorrentes de Norma Coletiva.....	21
3.8 Direitos em Caso de Encerramento da Empresa.....	23
3.9 Direitos das Empregadas Domésticas Gestantes .....	24
3.9.1 Estabilidade Provisória.....	24
<b>4. SALÁRIO-MATERNIDADE</b> .....	26
4.1 Natureza Jurídica do Salário Maternidade.....	27
4.2 Beneficiárias .....	28
4.3 Período de Graça.....	28
4.4 Duração e Pagamento do Benefício .....	29
4.5 Prescrição do Benefício .....	30
<b>5. GARANTIA DE EMPREGO E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA GESTANTE</b> .....	31
5.1.Demanda Judicial após o Transcurso do Prazo da Estabilidade .....	35
5.2 Justa Causa.....	38
5.3 Reintegração da Empregada ou Indenização .....	39
<b>6. MÃE ADOTIVA</b> .....	41
6.1 Adoção Monoparental.....	43
6.2 Adoção por Casal Homoafetivo.....	44
6.3 Maternidade Substitutiva ou Barriga de Aluguel.....	44
<b>7. CONCLUSÃO</b> .....	47

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	50
<b>ANEXOS</b> .....	53
ANEXO A – ACÓRDÃO - TST - RR - PROCESSO Nº 169900-50.2008.5.04.0232.....	54
ANEXO B – ACÓRDÃO - TST- RR - PROCESSO Nº 9440100-51.2003.5.04.0900.....	68
ANEXO C – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 270500-84.2009.5.12.0050.....	72
ANEXO D – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 125700-48.2004.5.17.0001.....	80
ANEXO E – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 981-87.2010.5.01.0531 .....	104
ANEXO F – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 3770-33.2012.5.12.0030 .....	111
ANEXO G – ACÓRDÃO - TRT/SP-PROCESSO Nº 00030123020125020031.....	117
ANEXO H – ACÓRDÃO-TST-RR-PROCESSO Nº 302300-34.2007.5.02.0421.....	119
ANEXO I – ACÓRDÃO-TST-RR-PROCESSO Nº 5112200-31.2002.5.02.0900 .....	123
ANEXO J – ACÓRDÃO-TST-RR- PROCESSO Nº 26-76.2011.5.15.0096 .....	126
ANEXO K – ACÓRDÃO - TRT/SP - PROCESSO Nº 0001368-77.2013.5.02.0076 .....	132

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo possui a finalidade de apresentar e discutir de forma lacônica o tema, onde iremos abranger as modificações e atualizações recentemente aplicadas à proteção da gestante e a maternidade.

Analisaremos os principais aspectos pertinentes a importância da proteção à gestante e a maternidade, análise essa, fiel ao texto legal e à interpretação dominante que lhe é dada pela Doutrina e Jurisprudência.

De forma sucinta, versaremos sobre a amplificação e a relevância do trabalho da mulher no Brasil, até o regramento atual.

Para desenvolvimento deste estudo, será utilizado como método de abordagem, o dedutivo, partindo-se de conceitos gerais sobre a proteção à empregada gestante durante o período de licença-maternidade, abordando questões pertinentes ao período de licença, bem como dirimir questões pertinentes nos três momentos da maternidade (gestação, parto e amamentação), no que tange, inclusive, a garantia de emprego, a estabilidade, previstos no art. 10, II, b do ADCT e a Consolidação das Leis do Trabalho artigos 391 à 400, salário-maternidade, dentre outros.

A empregada gestante carece de cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu estado gravídico, considerando-se os obstáculos que encarará ao tentar conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho, razão pela qual analisaremos suas garantias e direitos minuciosamente.

Serão analisados ainda, o direito da gestante em realizar consultas médicas, exames, estando dispensada do trabalho durante este período, o direito a ser transferida de função, caso a gestante trabalhe em lugar prejudicial a sua saúde e a do bebê, fato este que não poderá atingir seu salário.

Em seguida, examinaremos as recentes determinações do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange aos direitos da gestante nos contratos por prazo determinado, considerando-se que a estabilidade provisória da gestante, não está limitada à modalidade contratual celebrada com a empregada.

No desenvolvimento deste estudo, abordaremos também o caso da mãe adotiva, citaremos as Leis n. 10.421/2002 e n. 12.210/2003, as peculiaridades das adoções monoparental e homoafetivo.

Apostaremos brevemente, como as legislações trabalhistas e previdenciárias são deficientes no que tange a maternidade substitutiva ou barriga de aluguel.

Compreendemos que o tema escolhido é de grande importância para o mundo jurídico, em especial ao direito trabalhista. Como já dito, este vem passando por inúmeras inovações no sentido de preservar os direitos das empregadas gestantes, incluindo neste rol, as empregadas domésticas em alguns direitos, reforçando, assim, os fundamentos da proteção conferida pela Constituição Federal ao nascituro.

Busca-se aqui, identificar os direitos das gestantes, já que no estado de gravidez, a mulher necessita de maior proteção, objetivamos identificar quais são os direitos das empregadas durante a gestação, o parto, a amamentação, na adoção, e conseqüentemente, os efeitos processuais destes direitos, realizando alcançar uma pesquisa mais intrínseca e completa.

## **2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE**

### **2.1 Trabalho da Mulher e a Constituição Federal**

A amplificação e a relevância do trabalho da mulher no Brasil representam despedaçar o paradigma com o modelo mulher-trabalho doméstico, homem-sustento da família, que durante séculos predominou-se.

"Digamos que a história do trabalho da mulher no Brasil pode ser dividida em eras ou épocas definidas por marcos jurídicos."<sup>1</sup>

"Numa primeira fase, a mulher era excluída do mundo do trabalho e confinada no lar sob dominação masculina, ou tinha uma participação econômica tutelada - este período vai desde o ordenamento da República Velha (1891) até a Revolução de 1930.

Na segunda fase, pode-se falar que começa emancipação legal e a proteção do trabalho da mulher - este período se inaugura com a Constituição de 1934 e, em particular, a promulgação da CLT(1943), indo até o momento de transição aberto pela Nova República (1985).

A terceira onda, sob esta ótica, corresponde à consolidação dos direitos sociais, a ênfase na igualdade no trabalho e à maior efetividade da atuação das mulheres como atores sociais - este período parte da promulgação da Constituição Cidadã de 1988 e segue até os dias de hoje."<sup>2</sup>

Assim, com a Constituição Federal de 1934 (considerada uma das melhores em relação a proteção as mulheres e também a infância), as mulheres gestantes passaram a ter direito a assistência médica e sanitária, salário maternidade e licença a maternidade com duração de oitenta e quatro dias.

Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (Chamada de constituição cidadã, por prestigiar os direitos e garantias individuais, bem como os direitos sociais) esse período de licença a maternidade foi ampliado para 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Estendeu-se esses direitos à empregada rural, à doméstica e à trabalhadora avulsa, assim como rege o artigo 7º, e seus incisos, da Constituição Federal.

Posteriormente, a segurada especial passou a ter direito ao salário-maternidade, desde que comprove a atividade rural, ainda que de maneira descontínua, nos doze meses anteriores

---

<sup>1</sup> Esta ideia de "eras" ou "ondas" foi apresentada pela Professora Léa Calil, Cf. CALIL, Léa Elisa Silingowschi. História do direito do trabalho da mulher. aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século. São Paulo: LTr, 2000.

<sup>2</sup> PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção Constitucional à Maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal.** São Paulo: LTR, 2013, p. 32.

<sup>3</sup> PRONI, 2013, Op. cit., p. 34

ao início do benefício, de acordo com o art. 39 da Lei. N. 8.213, com redação atual da Lei n. 8.8861/94. Ressaltamos, que estão fora deste rol as mulheres autônomas e estagiárias, porém estão asseguradas pela Previdência Social.

Também é certo, e seria injusto não citar, que a Organização Internacional do trabalho foi um dos principais agentes pelo desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira.

Diante de tais fatos, a proteção à mulher, à mãe, à amamentante e à infância passou, a integrar nossas leis máximas, como parte integrante do que se convencionou em nossa sociedade, assim, nosso ordenamento jurídico possui atualmente um conjunto de mecanismos de proteção ao trabalho feminino.

Essa ascendência constitucional oportunizou que tais direitos fossem, de fato, concretizados e cumpridos, consolidando o novo formato do Estado Democrático de Direito.

"Outro avanço importante, conquistada no campo dos direitos sociais, foi a garantia do emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, vedando a sua dispensa neste período"<sup>3</sup>.

Restou vedado a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, a saber, o art. 10, II, "b", do ADCT da CRFB/88:

Art. 10 – Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

---

Referida previsão legal, objetiva uma proteção mais concreta à empregada gestante e ao nascituro, afastando-se condicionantes não previstas no Texto Constitucional. Desta forma, o que se pretende proteger é a vida que está por vir, é a garantia de subsistência da mãe durante o período inicial de vida do novo ser.

Cumpre esclarecer, que a evolução constante da proteção e amparo à maternidade, atinge neste momento ponto marcante, onde inicia-se uma nova visão, no sentido de que o protegido na relação contratual é o nascituro e não a gestante, razão pela qual o Tribunal Superior do Trabalho, tem atualmente garantido os direitos da empregada gestante mesmo tendo a gravidez sido descoberta após o término do contrato de trabalho.

E ainda, discorrendo sobre as evoluções recentes, até o início do segundo semestre de 2012, era entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, de que a empregada com contrato de trabalho por período determinado, incluindo o contrato de experiência, não contemplava o instituto da estabilidade, sob a justificativa de que essa modalidade de contrato tem prazo certo para seu término, não caracterizando dispensa arbitrária ou sem justa causa, sendo alterado o item III da Súmula 244, pelo Tribunal Pleno do TST, em 14.09.2012, por meio da Resolução n. 185/2012, divulgado no DEJT em 25, 26 e 27.09.2012.

Tal modificação, passou a garantir a estabilidade provisória à empregada gestante contratada na modalidade de contrato determinado desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Assim, iniciou-se um novo dilema, um novo ponto de vista nas relações de trabalho entre o empregador e a empregada gestante, onde o protegido na relação, na verdade, é o nascituro e não a gestante.

### **3. PROTEÇÃO À GESTANTE E A MATERNIDADE**

Além de todas as proteções previstas antes e depois da Constituição Federal de 1988, da emenda constitucional do Atos das Disposição Transitória, podemos citar, no contexto do direito trabalhista, as medidas de tutela à maternidade, previstas na Consolidação das Leis

do Trabalho - CLT, na Seção V, denominado "Da Proteção à Maternidade", artigos 391 à 400.

O artigo 391, caput, da CLT, prevê: “Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Assim frente a legislação trabalhista, não serão permitidos em regulamentos empresariais ou ajustes normativos, restrições ao direito da mulher ao emprego, por motivo de casamento ou gravidez.

Nos próximos tópicos, abordaremos com mais profundidade tais proteções.

### **3.1 Direito à Consulta Médica e Exames Complementares**

A empregada gestante goza dos benefícios de saúde relativos à sua gravidez, tendo o direito de fazer consultar médicas, sendo dispensada do trabalho, para realizações mínimas de 06 (seis) consultas médicas e os exames necessários, cabendo à empregada, porém, a apresentação dos respectivos atestados médicos e de comparecimento para evitar o registro de sua ausência como injustificada, de acordo com o disposto no artigo 392, § 4º, inciso II, da CLT.

Vale dizer que, não existe nenhuma restrição no dispositivo legal em referência, sendo possível a entrada no trabalho mais tarde, a saída antecipada, inclusive realizar consultas e exames no meio da jornada, com o compromisso de retorno ao trabalho, desde que previamente combinada entre a empregada gestante e o empregador.

No caso da empregada gestante estar passando por uma gravidez de alto risco, o médico poderá aumentar esses números de consultas e exames, ou ainda, requerer licença médica. Neste caso, os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento, serão pagos pelo empregador, e posteriormente as despesas ficarão por conta Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, fazendo *jus* ainda ao auxílio doença.

### 3.2 Direito a ser Transferida de Função

A empregada gestante poderá solicitar mudança de função durante o período de gravidez, caso seja clinicamente comprovada a incompatibilidade do trabalho com seu estado de saúde atual, ficando assegurado, ao fim da licença maternidade, o retorno à mesma função e cargo ocupado anteriormente, conforme dispõem o artigo 392, parágrafo 4º, inciso I, da CLT.

Importante citar, que deve ocorrer o zelo do empregador para com a saúde da empregada, liberando-a de exercer atividade penosa e desgastante em pleno estado gravídico, quando os cuidados com as funções orgânicas, físicas e mentais da mulher devem ser mais intensos.

Vale mencionar que, no caso da empresa onde a gestante trabalha, não possuir função que não seja danosa a sua a gestação, de acordo com o entendimento do Bachur e Manso: "A melhor solução jurídica é seu afastamento temporário do trabalho durante os primeiros 15 (quinze) dias com recebimento dos salários e depois requerer o auxílio-doença. Outra solução é a concessão de licença remunerada, porque o risco de atividade cabe à empresa e o salário tem natureza alimentícia. Assim, de durante o trabalho a mulher sentir que está causando prejuízo ao nascimento do filho durante a gestação, tem direito de transferir para outro posto de trabalho, seguindo a orientação médica."<sup>4</sup>.

### 3.3 Direito e Duração da Licença à Maternidade

Para que a empregada faça *jus* ao benefício em questão, deve se observar se ocorreu efetivamente o parto que é considerado o fato gerador do direito à Licença Maternidade, mesmo que a criança nasça sem vida.

"A licença-maternidade, em si, é um instituto tipicamente trabalhista, tal como se nota pelo disposto do art. 7º, inciso XVIII, da CF/1988 e arts. 392 e 392-A da CLT."<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2011, p. 51.

<sup>5</sup>GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.1041.

O Direito Previdenciário definiu como parto o evento ocorrido a partir do 6º (sexto) mês, ou a 23ª (vigésima sexta) semana de gestação. Ocorrendo o parto neste período, ele é considerado antecipado ou prematuro, sem a necessidade de avaliação médico-pericial.

"A Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, autorizou a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias, totalizando 180 (cento e oitenta) dias, para as empregadas de pessoa jurídicas que aderirem ao assim chamado Programa Empresa Cidadã, desde que a empregada requeira tal prorrogação até o final do primeiro mês após o parto e seja concedida logo depois da fruição da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, de que trata a Constituição Federal (art. 7º., XVIII)."<sup>6</sup>

"Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral da previdência social (art. 3º da Lei. 11.770/2008). Assim sendo, pode-se concluir que o período de prorrogação da licença-maternidade também tem natureza de interrupção do contrato de trabalho, pois, embora ausente a prestação de serviços a remuneração permanece devida".<sup>7</sup>

"Trata-se de uma interrupção do contrato de trabalho, eis que essa licença-maternidade, concedida nos termos do art. 392, garante o afastamento em questão sem prejuízo do emprego e do salário, também configurando hipótese de interrupção do contrato de trabalho."<sup>8</sup>

Com efeito, no período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada não poderá realizar qualquer atividade remunerada e o bebê não poderá ficar em creche ou organização neste sentido. Descumprindo-se essa determinação legal, a empregada perderá o direito à prorrogação.

A licença-maternidade assegura à toda empregada, o descanso para se recuperar dos desgastes físicos e mentais açulados pela gravidez e pelo parto, sendo amplo também,

---

<sup>6</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 348.

<sup>7</sup> GARCIA, 2014, Op. Cit.,p. 1047.

<sup>8</sup> BACHUR, 2011, Op. Cit., p. 111.

desde o surgimento da Lei n.º 10.421/2002<sup>9</sup>, à mãe adotante ou que obtenha a guarda judicial para fins de adoção de crianças de 0 (zero) à 08 (oito) anos.

A licença à maternidade, destina-se, além da recuperação da empregada após o parto, a adaptação da mãe com seu filho, para que a mesma possa acompanhar o desenvolvimento do bebê, criando laços afetivos entre eles, e, conseqüentemente, no futuro, uma relação adulta mais sadia e afetiva.

Como nas Constituições anteriores à de 1988, constavam os termos "antes e depois do parto", e na atual houve omissão, acabando permitindo que a legislação ordinária fosse mais ajustável no que tange à distribuição da licença, mormente antes do parto.

Prevista no inciso XVIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, a licença-maternidade tem duração de 120 dias, e é devida a partir do 8º mês de gestação (constatado por atestado médico), ou a partir da data do parto (assim entendido o nascimento ocorrido a partir da 23ª semana de gestação, inclusive em caso de natimorto), apresentando-se Certidão de Nascimento.

"Art. 392 - A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º - A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste" <sup>10</sup>.(Redação - Lei nº 10.421 de 15.04.2002).

Importante citar que em casos extremos, e que se houver riscos médicos para a gestante-empregada ou para o nascituro, a licença-maternidade poderá ser aumentada por 02 (duas) semanas, cada um, antes ou depois do parto, mediante atestado médico específico. A partir do 16º dia, a empregada começará a receber pelo INSS o auxílio-doença.

---

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

<sup>10</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

"Art. 382, § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico"<sup>11</sup>. (Redação - Lei nº 10.421 de 15.04.2002).

Destarte, em caso de adoção, foi sancionada recentemente a Lei nº 12.873, de 24 de Outubro de 2013<sup>12</sup>, que passou a tratar a mãe adotiva com os mesmos direitos das mães biológicas em relação à licença-maternidade.

Desse modo, ficou assegurado o direito à licença remunerada de 120 dias, independente da idade da criança adotada, bem diferente do sistema anterior e mais justo, já que antigamente esse prazo para licença-maternidade era concedido a partir da idade do filho adotado.

Cumprе mencionar ainda, que nos casos de requerimento de adoção ou guarda em conjunto, a licença-maternidade somente poderá ser concedida a um dos adotantes. Neste sentido, foi acrescentado o parágrafo 2º ao artigo 71-A da Lei nº 8.213/91 e o parágrafo 5º ao artigo 392-A, da CLT.

### **3.4 Direito ao Intervalo para Amamentação**

Quando a mãe-empregada retorna a rotina no emprego, perduram alguns direitos de proteção à maternidade, dentre eles está a questão da amamentação, que na data do retorno ao trabalho até os 06 (seis) meses de idade do filho, fica assegurada a empregada, durante a própria jornada de trabalho, a concessão de 02 (dois) intervalos especiais de 30 (trinta) minutos, cada um, nos termos do artigo 396, da CLT.

Sendo assim, se o intervalo não for devidamente concedido, dá-se ensejo ao pagamento de hora extraordinária, em equivalência ao pagamento de hora extra no caso do intervalo para refeição descumprido, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 307, da SDI-1

---

<sup>11</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

do TST<sup>13</sup>, cancelada em decorrência da aglutinação ao item I da Súmula n.º 437<sup>14</sup> - Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25.26 e 27.09.2012.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros: "A não concessão do intervalo para aleitamento, além de constituir infração administrativa, implica pagamento da pausa correspondente como hora extraordinária, adotando-se raciocínio análogo contido no disposto no art. 71 da CLT, que autoriza o pagamento de horas extras quando o intervalo para refeição for desrespeitado."<sup>15</sup>

Neste sentido a jurisprudência do C. TST, nas ementas a seguir transcritas:

“HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO. NÃO-CONCESSÃO. O intervalo amamentação, de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada estabelecido no art. 71 da CLT. Recurso de revista não conhecido. Processo: RR - 169900-50.2008.5.04.0232 Data de Julgamento: 15/12/2010, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/01/2011.“

“ (...) INTERVALO-AMAMENTAÇÃO. HORAS EXTRAS. O intervalo de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT. (TST-RR-94.401/2003-900-04-00.5, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 13/02/2009). “

"Pela importância do intervalo, sua concessão deve ser vista como interrupção do contrato de trabalho. É comum às empregadas, após o término da licença maternidade, apresentar atestado médico para fins de prorrogação da própria licença. Trata-se da denominada licença amamentação. Procura-se validar o atestado "amamentação" ante o art. 392, §2º, o qual indica a prorrogação da licença maternidade por mais duas semanas. Contudo, a prorrogação da licença maternidade somente é justificável para as situações em que se tenha grave risco à saúde da criança ou da mãe. A amamentação não pode ser

---

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i](http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i)>. Acesso em: 24 abr. 2014.

<sup>14</sup> Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

<sup>15</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2008, p. 1092.

considerada como situação de grave risco à saúde da criança. Portanto, não há amparo legal para que o empregador seja obrigado a acatar este atestado ante a literalidade do art. 396 da CLT".<sup>16</sup>

Dessa feita, em casos extraordinários, quando a saúde do bebê exigir, o período de 06 (seis) meses poderá ser ampliado, mediante a apresentação de atestado médico específico. Essa previsão de intervalo especial não poderá causar prejuízo ao salário e nem provocar aumento de jornada para a empregada.

“A supressão deste intervalo por ato do empregador importará em pagamento do tempo suprimido pelo mesmo valor da hora normal de trabalho, sem acréscimo de 50%; isto porque se trata de intervalo cuja não concessão em nada altera a duração do trabalho”.<sup>17</sup>

Logo, devem as empresas em seus estabelecimentos onde trabalhem pelo menos 30 (trinta) mulheres, com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, manter a disposição das suas empregadas um local adequado onde seja permitida a assistência de seus filhos durante o período de amamentação, conforme prevê o artigo 389, § 1º e 2º, da CLT.

De acordo com o artigo 400, da CLT, os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante esse período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

"Essa exigência 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 ou entidades sindicais. O pagamento de reembolso-creche também supre a exigência de instalação da creche."<sup>18</sup>

Assim, a acomodação não é obrigatória. O empregador para estar dentro da legislação poderá escolher outra alternativa, como o berçário, local para guardar os filhos das empregadas no período de amamentação 06 (seis) meses após o parto.

---

<sup>16</sup> NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 736.

<sup>17</sup> MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 689.

<sup>18</sup> PAULO; ALEXANDRINO, 2013, Op. Cit., p. 323.

Não é demais citar, as regras que as empresas deverão seguir no que tange aos locais de trabalho, a saber:

"a) a adotar nos estabelecimentos 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;

b) a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico;

c) 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;

d) a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, 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." <sup>19</sup>

### **3.5 Nascimento Sem Vida da Criança**

Havendo parto, ainda que sem vida, devidamente atestado por médico, faz *jus* a gestante ao descanso de 120 (cento e vinte) dias e respectivos salários.

Desta forma, o nascimento com vida da criança, ainda que faleça imediatamente após o parto ou depois de alguns dias, não retira da mãe o direito ao salário-maternidade de 120 dias, porque o fato gerador do direito (que é o parto) ocorreu efetivamente.

Considerável citar, que a CLT distingue aborto e parto prematuro: no caso de aborto, o artigo 396, da CLT, defere licença remunerada de duas semanas.

---

<sup>19</sup> PAULO; ALEXANDRINO, 2013, Op. Cit., p. 323/324.

Ocorrendo o parto, normal ou antecipado, fica assegurado à empregada o direito à integralidade do período de estabilidade gestante, ainda que a criança nasça sem vida. Isso porque o fato gerador da estabilidade gestante ocorreu concretamente que é a gestação seguida do parto, repisa-se.

Sobre o tema, o Instituto Nacional do Seguro Social estabeleceu que, para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (sexto mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto (Instrução Normativa INSS/PR nº 11, de 20 de setembro de 2006, artigo 236, parágrafo 2º). Essa previsão está em conformidade com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10). A CID-10 é aplicada em todo território nacional desde janeiro de 1988, por força da Portaria nº 1.311, de 12 de setembro de 1997, do governo brasileiro.

Na lição da Professora Alice Monteiro de Barros "o fato da criança ter falecido não elide à pretensão."<sup>20</sup>

Pronuncia-se, neste sentido, Sergio Pinto Martins "Se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto. A Constituição não faz distinção. Tanto a empregada necessita de proteção, visando à recuperação do seu corpo, como seu filho."<sup>21</sup>

Nesse sentido, a jurisprudência do C. TST:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE - ÓBITO FILIAL. A pretensão à estabilidade postulada pela gestante é um direito de indisponibilidade absoluta, que se qualifica, em face de sua natureza jurídica, como direito social previsto constitucionalmente e que, por isso, não cabe interpretação da Carta Magna a fim de reduzir o alcance dos seus dispositivos, ou seja, é garantida à gestante a estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, tanto nos casos em que a gestação se completa

---

<sup>20</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 1100.

<sup>21</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**, 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.pág. 474

quanto nas hipóteses de natimorto. "O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo." (Barros, 2006: 1.055). Recurso de revista conhecido e provido. (Processo: RR - 270500-84.2009.5.12.0050 Data de Julgamento: 22/05/2013, Redatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvany Dourado Laranjeira, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013.

O artigo 10, II, "b" do ADCT não afasta a estabilidade da gestante em casos de falecimento da criança, como já mencionado, o fato gerador do benefício é o parto.

Sendo assim, a mulher tem direito à garantia no emprego ainda que a criança tenha falecido horas após o nascimento. Inclusive, nesta situação, a mãe necessita da garantia no emprego para se recuperar do abalo físico e psicológico vivenciado com o óbito do seu filho.

Compreendemos que se o direito à licença-maternidade independe de a criança nascer com vida, como destacado acima, no tópico 3.3, não há razão para se negar o direito à estabilidade no emprego, quando a criança nasce morta. Afinal, a gestação causa à mulher não só transtornos físicos, mas também psíquicos.

### **3.5.1 Aborto**

O artigo 395, da CLT, prevê: "Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento."

O aborto espontâneo é a perda do direito à estabilidade provisória, entendida como uma garantia ao nascituro e, posteriormente, ao recém-nascido. O aborto espontâneo faz a mulher voltar à condição em que estava antes da gestação, com exceção ao direito de afastamento de duas semanas.

Necessário esclarecermos que o aborto em questão, trata-se do aborto por razões médicas, sendo distinto o aborto e parto prematuro pela CLT, conforme já abordamos.

O repouso remunerado de duas semanas só é agraciado à mulher que teve o processo da gestação cessado por motivos alheios à sua própria vontade, ou seja, não foi devido a um ato criminoso, destaca-se.

Tendo em vista que esse aborto decorre por ato médico, para preservar-se a vida materna, e por esse motivo não sofre o profissional imputação penal, sendo legítima a razão para interromper-se a gestação, o repouso remunerado é de obrigação do empregador, tornando-se hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

A jurisprudência também reconhece apenas 2 (duas) semanas de repouso remunerado, conforme aplicação do artigo 395, da CLT, que traz:

Art. 395 - " Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de (2) duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento".

Nesta esteira, precedente abaixo destacado:

“... ESTABILIDADE DA GESTANTE - INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE TRATAMENTO – JULGAMENTO EXTRA PETITA.

1. Não há falar em julgamento extra petita, eis que a indenização pelo período de duas semanas em decorrência de aborto, nos termos do art. 395 da CLT, consta do pleito de alínea "h" da exordial.

2. O artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT assegura a estabilidade provisória à gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, sem exigir o preenchimento de requisito outro, que não a própria condição de gestante. 3. Exaurido o período estabilitário, ocorre a conversão da reintegração em obrigação de indenizar, que compreende os salários, FGTS, férias e 13º salário, desde a dispensa obstativa até 5 (cinco) meses após o parto.

4. Tendo em vista a interrupção da gravidez por aborto não criminoso, a estabilidade provisória do ADCT não se configura, reservando-se à mulher direito a repouso remunerado de 2 semanas, nos termos do art. 395 da CLT. 5. Ante a inexistência de ressalvas, o lapso temporal a ser indenizado corresponde ao compreendido entre a data da dispensa obstativa e o término das duas semanas após a interrupção da gestação. Precedentes desta Corte. ... Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido”.

Processo: RR - 125700-48.2004.5.17.0001 Relatora MINISTRA: MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, 8ª Turma, Data de Julgamento: 05/08/2009, Data de Publicação: DEJT 14/08/2009.

Este é o entendimento que tem prevalecido no TST. Com relação a interrupção contratual citada acima, o pagamento feito pelo empregador sofrerá a mesma compensação a que já mencionamos quanto à licença-maternidade (art. 392 da CLT), tendo em vista que o Regulamento da Previdência Social prevê o pagamento de salário-maternidade nesta situação (art. 93, §5º, do Decreto n. 3.048/99).

"Não há direito a garantia de emprego em aborto, por falta da previsão constitucional ou legal. A proteção ao nascituro não existe, a partir do momento em que ele não nasceu com vida. Tem direito a mulher apenas a duas semanas da licença remunerada prevista no art. 395 da CLT." <sup>22</sup>

Ainda, no que tange ao tema, os períodos de afastamento em razão do aborto ou de licença-maternidade serão computados para o período aquisitivo de férias, pois são considerados ausências legais.

### **3.6 Direito nos Contratos por Prazo Determinado**

Como é sabido, a empregada gestante goza de estabilidade provisória, reconhecida pela Constituição da República (art. 10, II, "b", ADCT da CF/88).

---

<sup>22</sup> MARTINS, 2014. Op. Cit., p.476.

Até o início do 2º (segundo) semestre de 2012, era entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, de que a empregada com contrato de trabalho por período determinado, incluindo o contrato de experiência, não contemplava o instituto da estabilidade, sob a justificativa de que essa modalidade de contrato tem prazo certo para seu término, não caracterizando dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Repisa-se, esse era o entendimento original, que se aplicava ao caso da empregada gestante ter sido admitida mediante contrato de trabalho por prazo determinado. Referida alteração do item III da Súmula 244 foi processada na sessão do Tribunal Pleno do TST, em 14.09.2012, por meio da Resolução n. 185/2012, divulgado no DEJT em 25, 26 e 27.09.2012.

Tal modificação garante a estabilidade provisória à empregada gestante contratada na modalidade de contrato determinado desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, a saber:

Súmula 244 " I - O desconhecimento do estado gravídico pela empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10,II,"b" do ADCT).

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

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

O item III, da Súmula 244, tem correlação com alguns princípios constitucionais, a saber: a dignidade da pessoa humana (CR/88, artigo 1º, III), prevalência dos direitos humanos (CR/88, artigo 4º, II), vedação ao retrocesso social (CR/88, artigo 5º, §2º), cidadania (CR/88, artigo 1º, II) e valor social do trabalho (CR/88, artigo 1º, IV).

Portanto, para a incidência da norma constitucional, cuja finalidade é a de proteção ao nascituro, exige-se apenas a confirmação da gravidez de forma objetiva e na vigência do contrato de trabalho.

Cumpra ressaltar ainda, que o contrato de experiência, sendo espécie de contrato por prazo determinado, está contemplado na Súmula em questão, vez que o Tribunal Superior do Trabalho, firmou posicionamento em relação aos direitos da empregadas gestantes, ao considerar que a estabilidade provisória não está limitada à modalidade contratual pactuado entre as partes, ratificando, assim, os fundamentos da proteção conferida pela Constituição Federal ao nascituro.

"Como a estabilidade da gestante é uma proteção à maternidade, não pode ser limitada pela predeterminação contratual".<sup>23</sup>

Neste sentido, recentes acórdãos proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO. Demonstrada possível violação do art. 10, II, "b", do ADCT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido.

II – RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO. Nos termos da Súmula 244, III, do TST, a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado e gravidez anterior a contratação. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido".

Processo: RR-981-87.2010.5.01.0531 Relatora MINISTRA: DELAÍDE MIRANDA ARANTES, 7ª Turma, Data de Julgamento: 19/03/14, Data de Publicação: DEJT 21/03/2014.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. É perfeitamente aplicável às empregadas contratadas por prazo determinado a estabilidade

---

<sup>23</sup> NETO, 2013, Op. Cit., p. 925.

provisória, por força de gravidez superveniente, ainda no curso do vínculo. O art. 10, inc. II, b, do ADCT intenta proteger não apenas a mãe, mas também o nascituro, tornando concreto o direito fundamental insculpido no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do empregador. Nesse sentido é o entendimento desta Corte, firmado na Súmula nº 244, III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Processo: AIRR-3770-33.2012.5.12.0030. Data Julgamento: 08/04/2014, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/04/2014.

Desta forma, o Tribunal Superior do Trabalho entendeu por bem alterar sua jurisprudência, de forma a dar maior existência real ao direito fundamental assegurado constitucionalmente à gestante e ao nascituro, ajustando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio hermenêutico da máxima palpabilidade da Constituição, do princípio constitucional da função social da empresa, bem como do cenário que o compromisso por prazo determinado traz na expectativa das partes de sua continuidade. Além de que, a ADCT, art. 10, II, b, não restringiu a sua aplicação apenas aos contratos por prazo indeterminado.

Apesar de toda essa revolução doutrinária e jurisprudencial ocorrida em relação a matéria, existe ainda alguns Tribunais Regionais, como o do Estado de São Paulo, julgando de forma diversa ao Tribunal Superior do Trabalho, a saber:

**GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO.** A gestação da empregada durante o período experimental não enseja a estabilidade pretendida, sendo que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa, pois as partes, ao celebrarem contrato de experiência, já estão cientes desde aquele momento inicial sobre o termo final do ajuste, vale dizer, já sabem a data de sua extinção. Recurso Ordinário conhecido e provido. (TRT/SP- 00030123020125020031, Relatora: Ana Maria Contrucci, Data de Julgamento: 04/02/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/02/2014).

Na opinião de Valentin Carrion: “Com a alteração pelo TST da Súmula 244, surge a estabilidade para a gestante, no contrato por prazo determinado, cuidar do nascituro é

dever e obrigação, mas corremos o risco de voltar ao tempo anterior, quando o pagamento da licença-maternidade era do empregador. Se no início contrato de experiência por 45 dias a empregada engravida, o empregador será obrigado a mantê-la até o parto, em um contrato por obra certa; terminada a obra, o empregador terá de manter a empregada até o parto, uma situação perigosa.”<sup>24</sup>

Data vênia máxima, entendemos que a empregada gestante tem direito à estabilidade, mesmo que contratada por prazo determinado, incluindo é claro, o contrato de experiência, vez que este tipo de contrato não constitui óbice à estabilidade.

A nova redação da súmula 244, do C. TST, cujo entendimento adotamos, determina que o contrato por prazo determinado (modalidade que inclui o contrato de experiência) não impede a aquisição da garantia de estabilidade da gestante.

Ademais, o art.10, II, b, ADCT, ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, não estabelece qualquer distinção quanto ao tipo de contrato de trabalho celebrado, se por prazo determinado ou indeterminado.

A garantia em questão, assegura à empregada que venha a ser dispensada, o direito à reintegração, desde que o reconhecimento desse direito ocorra durante o período de estabilidade.

### **3.7 Direitos Decorrentes de Norma Coletiva**

Existem normas coletivas que são mais benéficas à gestante, devendo esta ser aplicada.

"Como é evidente, nada impede que esta garantia de emprego seja prevista em instrumento normativo decorrente de negociação coletiva (CF/1988, art. 7º, inciso XXVI), ou mesmo em eventual lei ordinária, prevendo hipótese específica de garantia de emprego, com fundamento no princípio da norma mais benéfica (art. 7º, caput, da CF/1988), sem regulamentar, de forma genérica, a proteção contra despedida arbitrária ou

---

<sup>24</sup> CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 393.

sem justa causa, por ser esta matéria de competência de lei complementar (art. 7º, inciso I, da CF/1988)."<sup>25</sup>

Contudo, existem normas coletivas que objetivam diminuir e muitas vezes extinguir os direitos da gestante, porém estas não tem aplicabilidade, de acordo com o Supremo Tribunal Federal que possui o entendimento no sentido de ser inconstitucional a cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador, por exemplo.

Isso porque o art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei, não carecendo ele de complementação. E se necessitasse, só a lei a poderia fazê-lo, não a convenção coletiva do trabalho, à falta de disposição constitucional que o admitisse.

Portanto, aos acordos e convenções coletivos de trabalhos, assim como às sentenças normativas, não é lícito instaurar determinações a direito constitucional dos trabalhadores.

"Não serão admissíveis em regulamentos empresariais ou ajustes normativos (convenção coletiva ou contrato coletivo de trabalho), restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez (art. 391, parágrafo único)".<sup>26</sup>

Com entendimento não comungado ao STF, o Doutrinador Sergio Pinto Martins: "algumas normas coletivas estabelecem que a empregada tem de comunicar ao empregador dentro do período de 30 dias após o termino do contrato de trabalho, para ter direito ao emprego. Decorrido o referido prazo, há a perda do direito. Essa determinação da norma coletiva não viola a Constituição, que não é clara sobre o significado da palavra "confirmação", que pode, portanto, ser interpretada e complementada pela via negocial.

Pode-se entender que as partes são livres na estipulação de regras trabalhistas, conforme o art. 444 da CLT, desde que não contrariem as normas de proteção ao trabalho. No caso, não se está contrariando qualquer norma de proteção ao trabalho, pois há controvérsia

---

<sup>25</sup> GARCIA, 2014, Op. Cit., p. 1055.

<sup>26</sup> NETO, 2013, Op. Cit., p. 917.

sobre a palavra "confirmação" contida no ADCT, além do que traz maior segurança à relação jurídica entre empregado e empregador." <sup>27</sup>

### 3.8 Direitos em Caso de Encerramento da Empresa

O risco do empreendimento é do empregador, caso o estabelecimento venha a fechar, de acordo com o artigo 2º, da CLT.

"O fechamento da empresa não prejudica a garantia de emprego da gestante, pois a norma visa tutelar a gestante e o nascituro." <sup>28</sup>

Neste sentido, a estabilidade da gestante tem cunho pessoal e objetiva alcançar o importante valor social assegurando ao nascituro uma melhor condição de vida.

Desse modo, mesmo com a extinção do empreendimento, a gestante fará *jus* à indenização do respectivo período de estabilidade.

Nas palavras de Alice Monteiro de Barros: "estabilidade provisória assegurada atua como fato de limitação temporária ao direito potestativo de rescisão contratual e visa propiciar a seu destinatário em última análise, o exercício de direitos fundamentais. Tal conclusão se reforça diante da finalidade da estabilidade provisória garantida à gestante, cuja tutela dirige-se, primordialmente, à igualdade da mulher no mercado de trabalho e à salvaguarda das futuras gerações. Neste sentido é o posicionamento do C. TST, que tem assegurando o direito á indenização pelo período estabilitário à gestante, mesmo em face do encerramento das atividades empresariais. Com efeito, a extinção do empreendimento não pode obstar o exercício de direito de natureza pessoal, que visa à proteção e à subsistência não apenas da trabalhadora, mas também do nascituro"<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> MARTINS,2014. Op. Cit., p.476.

<sup>28</sup> Ibid., p. 475.

<sup>29</sup> Disponível em: < [http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm)>. Decisão proferida pela Relatora: Alice Monteiro de Barros, em 24 de março de 2011. Processo nº TRT-01234-2010-002-03-00-0 RO. Acesso em: 30 abr.2014.

### **3.9 Direitos das Empregadas Domésticas Gestantes**

No passado, a empregada doméstica não tinha qualquer tipo de estabilidade. Com o advento da Lei 11.324, de 19 de julho de 2006, a empregada doméstica gestante passou a ter direito a estabilidade provisória. Essa estabilidade começa na confirmação da gravidez e vai até 05 (cinco) meses após o parto.

O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade, basta que ocorra a confirmação científica da gravidez, de acordo com os arts.7º, I, CF; Art.7º, a, da CLT; Art. 10, II, b, ADCT, bem como, o art. 4º-A, da lei em referência.

Com o advento da lei, a garantia de emprego assegurada à empregada doméstica, foi fundada nos princípios de proteção da norma mais benéfica, recebendo, portanto, tratamento idêntico atualmente.

Outrossim, a empregada doméstica terá direito ao salário-maternidade (o valor será a importância do último salário percebido, que servirá de base para o recolhimento da contribuição previdenciária), sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 (cento e vinte) dias, de acordo com o art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal.

#### **3.9.1 Estabilidade Provisória**

Essa questão encontra-se pacificada na Doutrina e na Jurisprudência, a empregada doméstica gestante é possuidora da estabilidade provisória, que garante o emprego a gestante desde a confirmação até cinco meses após o parto.

A título de ilustração, transcrevemos a seguir, decisão proferida pela 8ª Turma do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO RECLAMADO AO TEMPO DA RUPTURA CONTRATUAL. De acordo com o entendimento consolidado neste Tribunal, a estabilidade prescinde da comunicação prévia do estado gestacional ao empregador ou do conhecimento deste para produzir

efeitos por ocasião da dispensa. Assim, a decisão que não assegura a indenização decorrente da estabilidade provisória constitucionalmente assegurada, não obstante a Empregada esteja grávida à época da demissão, contraria o entendimento contido na Súmula 244, I, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido.

Processo: TST - RR - 302300-34.2007.5.02.0421. Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2012.

No que tange a reintegração compulsória da doméstica a doutrinadora Vólia Bomfin Cassar, entende que: "não cabe a reintegração compulsória da doméstica sem o consentimento expresso do patrão, uma vez que a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento expresso do morador (art. 5º, XI, da CRFB). Logo, não pode o judiciário obrigar alguém a suportar a presença de um estranho em seu lar. Isto quer dizer que o juiz deve deferir apenas a indenização substitutiva caso o empregador doméstico não aceite a reintegração."<sup>30</sup>

Inclusive, a empregada doméstica faz jus à estabilidade provisória da gestante, mesmo tempo sido demitida antes da Lei 11.324/2006, que assegurou o benefício à categoria. Este foi o entendimento majoritário da Subseção I Especializada em Dissídios individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho, que negou provimento ao recurso de embargos da dona de casa contratante e reconheceu o direito da doméstica, que será indenizada.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA. Conforme registrado no acórdão embargado, a estabilidade da gestante foi deferida à empregada doméstica à luz do texto constitucional e não da Lei nº 11.234/2006, que foi editada após a sua demissão imotivada. Mesmo que a ora embargante consiga demonstrar que o tema comporta debate, não é por meio dos embargos declaratórios que irá conseguir a modificação do seu julgado, pois não constatado qualquer dos vícios constantes nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC. Embargos declaratórios não providos.

---

<sup>30</sup> CASSAR, Vólia Bomfin. **Direito do Trabalho**, 9 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 1135.

(ED-E-ED-RR - 5112200-31.2002.5.02.0900, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 13/06/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 04/10/2013).

"Essa estabilidade constitucionalmente assegurada á empregada regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, foi legalmente estendida à empregada doméstica gestante pela Lei 11.324, de 19.07.2006, que acrescentou o art. 4º-A à Lei 5.859/1972, com a seguinte redação:

Art. 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto".<sup>31</sup>

#### **4. SALÁRIO-MATERNIDADE**

"Salário Maternidade é o período de descanso remunerado da mulher trabalhadora em virtude da data prevista para o parto".<sup>32</sup>

De acordo com o artigo 394, da CLT, a mulher grávida é concedido romper, com a apresentação de atestado médico, o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que seja prejudicial à gestação, vez que trata-se de motivo justo para tal.

Sendo assim, a partir do momento que a gestante se afasta do trabalho, ela já possui o direito de receber o salário-maternidade.

"O salário maternidade não pode ser acumulado com:

- Auxílio-doença ou outro benefício por incapacidade;
- Seguro-desemprego;
- Renda Mensal Vitalícia;
- Benefícios de Prestação Continuada – PBC-LOAS".<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> PAULO; ALEXANDRINO, 2013, Op. Cit., p. 348.

<sup>32</sup> NETO, 2013, Op. Cit., p. 917.

<sup>33</sup> Disponível em: <<http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/358>>. Acesso em: 06 maio 2014.

"O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício pago em razão da contingência incapacidade será suspenso enquanto durar o pagamento do salário-maternidade (art. 102 do RPS)." <sup>34</sup>

Destacamos, que a comprovação da gravidez durante o aviso prévio dará direito à empregada ao salário-maternidade, pois este período integra o contrato de trabalho.

#### **4.1 Natureza Jurídica do Salário Maternidade**

O salário-maternidade possui natureza previdenciária. Porém, é de responsabilidade do empregador pagar o salário-maternidade, ocorrendo a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física ou jurídica que lhe preste serviço, de acordo com o artigo 72, § 1º, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 10.710/2003.

Logo, mesmo tendo o empregador que pagar a previdência social o salário-maternidade, este não é por ele pago, tendo em vista que o empregador é reembolsado pelo valor pago a previdência, com o abatimento de seus débitos.

"Essa natureza jurídica definiu-se, no Direito brasileiro, a partir das Leis ns. 6.136/74 e 6.332/76, que suprimiram a parcela do conjunto das obrigações trabalhistas do empregador, transferindo-a ao encargo da Previdência Oficial. Até essa época, o salário-maternidade caracterizava-se como o conjunto de parcelas contratuais (salariais, inclusive) devidas pelo empregador à obreira no período de interrupção do contrato derivado do afastamento da gestante. Não tinha a parcela, naquele período, portanto natureza previdenciária, mas trabalhista.

Essa antiga sistemática (natureza trabalhista do salário-maternidade e não previdenciária, sendo devido, pois, diretamente pelo empregador) ocorreu nas décadas anteriores à vigência da Lei n. 6.136/74, por força da incidência dos arts. 392 e 393, da CLT (...) De todo modo, com a emergência da n. 8.213, de 1991, superou-se a controvérsia, uma vez

---

<sup>34</sup> SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.292.

que a Previdência Oficial assumiu toda a responsabilidade pelo novo lapso temporal de afastamento criado pela nova Constituição."<sup>35</sup>

## 4.2 Beneficiárias

As seguradas são classificadas em: segurada empregada, trabalhadora avulsa, empregada doméstica, a segurada especial, a contribuinte individual, facultativa e segurada desempregada, durante o período de graça, adoção ou guarda judicial para fins de adoção, conforme disposto abaixo.

"O salário-maternidade, com a Lei 10.421, de 15 e abril de 2002 (publicada no *DOU* de 16.04.2002, a qual acrescentou à CLT o art. 392-A e, à Lei 8.213/1991, o art. 71-A), também passou a ser devido à seguradora da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança."<sup>36</sup>

"O Decreto 6.690, de 11 de dezembro de 2008, institui no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante."<sup>37</sup>

Desta forma, a renda mensal do salário-maternidade é definida de acordo com o tipo de segurada/beneficiária.

## 4.3 Período de Graça

O Ministério da Previdência Social, em seu site define: " Período de graça - Esse período é aquele que, mesmo sem contribuir, a pessoa (neste caso, a gestante) mantém seus direitos aos benefícios previdenciários. O período de graça será de 12 meses se a pessoa contribuiu por até 10 anos. O prazo será aumentado para 24 meses se a trabalhadora tiver mais de 10 anos de contribuição. Esses prazos podem ser ampliados em mais 12 meses se a segurada recebeu o seguro-desemprego.

---

<sup>35</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 716.

<sup>36</sup> GARCIA, 2014, Op. Cit., p. 1042.

<sup>37</sup> Ibid., p. 1047.

O período de graça é levado em consideração na hora em que a pessoa for pedir um benefício no INSS, mas está desempregada. Durante o período de graça a gestante desempregada terá direito ao salário-maternidade no caso de ter sido demitida antes da gravidez ou durante a gestação, no caso de dispensa por justa causa ou a pedido.

Já no caso de tratar-se de gestante desempregada inscrita como contribuinte individual, facultativa ou segurada especial (com contribuição), mesmo estando no período de graça, será exigida a carência de 10 contribuições mensais. Tratando-se de segurada especial que não recolhe facultativamente, para fins de carência, ela deverá comprovar o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua."<sup>38</sup>

Percebemos, a natureza acolhedora do sistema previdenciário, vez que a segurada não fica desamparada no momento de crise, como o do desemprego, o que julgamos ser de suma importância.

#### **4.4 Duração e Pagamento do Benefício**

Previsto no artigo 71, da Lei nº 8.213/1999, o salário-maternidade é devido à segurada pelo período de 120 (cento e vinte) dias, com início até de 28 (vinte e oito) dias anteriores ao parto ou a partir deste, a saber:

"Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade."<sup>39</sup> (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003).

No que tange a duração do salário-maternidade poderá ser estendido em duas semanas nos períodos anteriores ou posteriores ao parto, desde que ocorra determinação médica

---

<sup>38</sup> Disponível em:

<[http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev\\_mostraNoticia.asp?Id=45964&ATVD=1&xBotao=2](http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=45964&ATVD=1&xBotao=2)>. Acesso em: 06 de abr. 2014.

<sup>39</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acessado em 06 de maio de 2014. Acesso em: 06 maio 2014.

devidamente comprovada por atestado médico específico, conforme dispõem o artigo 93, do Decreto 3.048/99.

"Havendo prorrogação da licença-maternidade, a segurada empregada terá direito à sua remuneração integral, nos moldes devido no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social, na forma do art. 3º da Lei n. 11.770/2008."<sup>40</sup>

Com relação ao pagamento do benefício, como já mencionado anteriormente, este será de responsabilidade da empresa, ocorrendo a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física ou jurídica que lhe preste serviço, de acordo com o artigo 72, § 1º, da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 10.710/2003.

Por fim, o benefício de salário-maternidade foi instituído com o objetivo de proteger o mercado de trabalho da mulher, não a desamparando nesta situação tão delicada.

#### **4.5 Prescrição do Benefício**

Em se tratando de benefício previdenciário de salário-maternidade, para sua obtenção, quanto ao prazo prescricional, utiliza-se a regra geral prevista no art. 103, parágrafo único, da Lei nº 8.213/91, alterado pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997, onde se fixa o prazo prescricional de cinco anos para toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela previdência social.

Tendo em vista, a questão da prescrição ao benefício ser matéria de ordem pública, ela poderá ser reconhecida em qualquer fase processual.

---

<sup>40</sup> SANTOS, 2013, Op. Cit., p. 291/292.

## **5. GARANTIA DE EMPREGO E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA GESTANTE**

A gestante é detentora de garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88.

O disposto no art. 10, II, "b" do ADCT, *in verbis*:

"art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."

Da análise do referido dispositivo, infere-se que a simples comprovação da gravidez é suficiente para que a empregada tenha reconhecido o seu direito à garantia no emprego.

Conseqüentemente, a empregada gestante desfruta de direitos, dentro os quais, o de permanecer em seu emprego após o estado gravídico, ocupando a função anterior que exercia antes da gravidez, conforme já explanado anteriormente.

Essa estabilidade é um dos instrumentos que o ordenamento jurídico possui para certificar a proteção à maternidade. A tutela da maternidade transcende ao aspecto de proteção à genitora, alcançando a garantia do nascimento do nascituro e seu bem-estar nos primeiros meses de vida.

O inc. I da Súmula 244 do TST, é de "extrema importância para assegurar-se a estabilidade provisória da gestante, pois destaca que o empregador não precisa ter conhecimento do estado gravídico da empregada. Isso quer dizer que a estabilidade

provisória não decorre deste conhecimento, e sim de um fato objetivo, qual seja, a gravidez."<sup>41</sup>

Destarte, a condição essencial para que seja assegurada a estabilidade à gestante é que a gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho, não se exigindo, portanto, o conhecimento pela gestante ou pelo empregador do estado gravídico no ato da dispensa ou de qualquer outro requisito.

Isto porque, a estabilidade provisória foi instituída de forma objetiva como um direito devido a partir da concepção, objetivando assegurar a proteção ao nascituro.

Não é demais lembrar, que a estabilidade concedida à gestante tem como finalidade precípua impedir a discriminação da mulher no mercado de trabalho e dar proteção à maternidade. Já a licença-maternidade, como visto no tópico 3.3, concedida pelo INSS leva em apreço não só a necessidade de repouso da mulher antes e após o parto, mas também a necessidade de cuidados com a criança nos seus primeiros meses de vida.

Aludida matéria, encontra-se hoje sedimentada pela referida Súmula. O entendimento de que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente do período estabilitário, certo é que a Lei garante a estabilidade desde a confirmação da gravidez, que é um fato objetivo e se dá com o exame positivo.

Inclusive, constatado o estado gravídico no período do aviso prévio, a gestante terá direito a estabilidade, utilizando o mesmo raciocínio da Súmula 244, III do TST.

O contrato de trabalho, em regra, é por prazo indeterminado. No momento da concessão do aviso prévio (indenizado ou trabalhado), fica estabelecido o momento em que será extinta a relação de emprego. A partir da concessão do aviso prévio, o contrato de trabalho deixa de ser por tempo indeterminado, passando a assemelhar-se ao contrato por tempo determinado.

---

<sup>41</sup> KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular - TST Esquematizado**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.241.

Compreendemos que, o aviso prévio é instituto que se assinala pela comunicação de uma parte à outra sobre o objetivo de romper o contrato de trabalho, a ser efetivada em data posterior. Portanto, ao longo do aviso prévio trabalhado ou indenizado (OJ 82 da SDI-1 do C. TST), há a manutenção do vínculo (art. 487, parágrafo 1º, da CLT), não se aplicando a Súmula 371 do TST.

Sendo assim, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o artigo 10, II, letra 'b', do ADCT, a resguardar a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa.

Neste particular, o Doutrinador Sérgio Pinto Martins, argumenta que cabe à empregada comprovar ou comunicar ao empregador o estado de gravidez, sob pena de não adquirir a estabilidade. A teoria subjetiva entende que a empregada deve comprovar sua gravidez perante ao empregador, vez que se nem a empregada sabia que estava grávida, menos condição teria o empregador.

“O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa que esta grávida. Na data da dispensa não havia qualquer óbice à dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la. Logo, não houve a dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego da gestante. Não se pode imputar a alguém um fato a que não deu causa”.<sup>42</sup>

Referida corrente, ignora o fato do empregador não poder obrigar a empregada a se submeter ao exame médico de esterilização ou de gestação, vez que o art. 2º, da Lei nº 9.029/95, considera o ato como crime e tal prática é proibida pelo art. 373-A, IV, da CLT.

Acentua-se, que não há que se confundir por "confirmação" o ato de fecundação em si, mas sim o momento a partir do qual se deu a efetiva ciência do início da gestação.

Dessa maneira, o único pré-requisito para que esse direito seja assegurado é o de que a empregada esteja grávida à época do vínculo empregatício, simplesmente.

---

<sup>42</sup> MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**, 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.146.

Isto posto, quando o empregador despede sem justa causa a empregada gestante, ainda que disso não saiba, assume o risco dos respectivos ônus.

Assim, a “garantia em referência vai além da proteção pessoal da mulher, visando, principalmente, assegurar condições minimamente favoráveis ao nascituro, tanto durante a gestação quanto ao longo dos primeiros meses de vida. É exatamente por isso que normalmente não se admite a renúncia à garantia de emprego pela gestante, pois ela estaria renunciando a direito de terceiro. Neste sentido decidiu recentemente o STF, bem como se posiciona o TST, por meio da OJ da SDC 30:

OJ-SDC30. Estabilidade da gestante. Renúncia ou transação de direitos constitucionais. Impossibilidade (republicada em decorrência de erro material) – DEJT DIVULGADO EM 19,20 E 21.09.2011.”<sup>43</sup>

Porém, importante destacar que, no caso da gestante pedir demissão, será possível essa renúncia a sua estabilidade, desde que homologada pelo sindicato de classe nos termos do art. 500 da CLT, vez que não se pode obrigar a gestante a permanecer no emprego durante o período da gestação, mesmo que a estabilidade seja um direito constitucionalmente assegurado à ela, pois não trata-se de uma imposição legal.

O contrato de trabalho da gestante pode ser extinto, durante o período estável, por motivos de ordem técnica, econômica, financeira e disciplinar. (falta grave / art. 482 da CLT – Art. 10, II, “b” do ADCT). No entanto, é considerada nula a cláusula convencional que permitir a empregada renunciar ou transacionar a estabilidade gestante, como já abordamos.

Repisa-se, mesmo que o empregador não sabia da gravidez quando da demissão da empregada, subsiste o direito à reintegração ou a indenização, de acordo com o caso concreto. Importante frisar, que o TST não tem declarado renúncia, a recusa pela gestante da proposta de retorno ao emprego.

---

<sup>43</sup> RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**, 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2013. p.757.

Caso o reconhecimento do direito se dê durante o período de estabilidade, fará *jus* à reintegração ao emprego, com todos os pagamentos decorrentes. Se ocorrer em momento futuro, já terminado o período de estabilidade, não terá direito à reintegração, mas apenas ao pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

“Depois de intensa polêmica a respeito, a maioria da doutrina e a jurisprudência passaram a tratar a questão objetivamente, ou seja, nem mesmo a gestante precisa saber que está grávida para eu faça jus à garantia de emprego. Em outras palavras, basta o fato da concepção, em si, ainda que descoberto posteriormente. Assim também se posiciona, de forma pacífica, o STF”.<sup>44</sup>

### **5.1.Demanda Judicial após o Transcurso do Prazo da Estabilidade**

Buscando simplesmente a indenização, e a fim de evitar a reintegração, muitas empregadas, escorando-se na prescrição bienal prevista no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, têm distribuído suas ações apenas após o término do período estabilitário.

Nas palavras de Sergio Pinto Martins: "A Constituição assegura o emprego à gestante (art. 7º, XVIII) e não indenização como costumam pedir na prática, nas ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego.

O pedido de indenização só é devido no caso de não mais ser possível a reintegração pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada.

Há entendimento que se a empregada ajuíza a ação depois de expirado o prazo da garantia de emprego, ainda assim faz jus a esse direito, em razão de que o prazo

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 760

prescricional é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, a, da Constituição).

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar.

No caso da empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização."<sup>45</sup>

Alguns Juízes e Desembargadores regionais, tem seguido esse raciocínio e entendem que o ajuizamento da ação após o término do período de garantia no emprego (estabilitário), se constitui em fato impeditivo ao direito à indenização do período estabilitário. Entendem ainda, que a demora no ajuizamento da ação, evidencia o desinteresse da empregada em manter-se no emprego.

Portanto, alguns operadores do direito, compreendem que quando a gravidez é confirmada após a extinção do contrato de trabalho, não seria possível responsabilizar o empregador, quando nem a própria empregada sabia da gravidez.

Quando a empregada fica inerte e deixa finalizar o período de estabilidade para ingressar com a demanda judicial, ela não fará *jus* nem a reintegração, e nem a indenização, vez que entende-se que a empregada não está querendo o seu emprego de volta, e sim, as vantagens da estabilidade provisória.

---

<sup>45</sup> MARTINS, 2014. Op. Cit., p. 474/475.

Atualmente, existe uma divergência, entre os entendimentos esposados acima, inclusive do Doutrinador Sérgio Pinto Martins e o entendimento do TST em sua Súmula 244, II, como se vê.

Ao julgar tal matéria o Tribunal Superior do Trabalho, vem reformando tais entendimentos, vez que o desconhecimento pelo empregador do estado gravídico da empregada, no momento da despedida, não o isenta da responsabilidade pelos salários da licença-gestante e pela estabilidade provisória.

O entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, é no sentido de que não se caracteriza abuso do direito do exercício de ação, tendo em vista que este está obrigado apenas ao prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, sendo, portanto, devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.

Neste sentido, o fato de a empregada ter ingressado com a ação alguns meses após a dispensa não é empecilho à estabilidade, garantida quando a concepção ocorre no período do vínculo empregatício, repisa-se.

"RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E DO NASCITURO. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. Segundo as disposições do artigo 10, II, "b", do ADCT, a empregada gestante tem direito à estabilidade, desde a concepção (e não com a constatação da gravidez mediante exame clínico) até cinco meses após o parto. Referida garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, haja vista a notória dificuldade de obtenção de novo emprego pela gestante. Nessa esteira, esta colenda Corte consolidou o entendimento no sentido de que a demora no ajuizamento da ação não afasta o direito da gestante de receber a indenização de todo o período estabilitário, desde que respeitado, é claro, o prazo prescricional. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 26-76.2011.5.15.0096, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 01/04/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/04/2014)." <sup>46</sup>

Ainda, não obsta a reparação do direito, pois a própria lei permite que o pleiteie em até dois anos (art. 7º, -a-, parte final, da CF-88) e que terá a empregada garantia à estabilidade desde a confirmação da gravidez (alínea -b- do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Transitórias da CF-88).

Essa estabilidade provisória assegura a reintegração e, não sendo mais possível, a empregada terá direito, decorrente da regra constitucional, a todos os efeitos que decorreriam do exercício do trabalho até o termo final previsto, inclusive o cômputo desse lapso em seu tempo de serviço.

Caso contrário, ao afastar o direito da empregada à indenização substitutiva da estabilidade provisória da gestante, viola-se o art. 10, II, b, do ADCT.

De acordo com a Súmula 396, do TST, em caso de indenização, serão devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período compreendido entre a data da despedida e o final da estabilidade.

Após pesquisa minuciosa, entendemos, que na prática, a jurisprudência já definiu a questão, e proposta a demanda judicial dentro do prazo prescricional, não há abuso de direito, consoante entendimento sedimentado na OJ 399 da SDI-1 do C. Tribunal Superior do Trabalho.

## **5.2 Justa Causa**

A proteção em questão, existe apenas para a rescisão sem justa causa, portanto, a rescisão com justa causa poderá acontecer regularmente, sempre que satisfeitos seus requisitos legais.

Logo, se a empregada gestante acabar sendo dispensada por justa causa, ela não terá direito à estabilidade no emprego, e conseqüentemente, não terá direito à licença

---

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 06 maio 2014.

maternidade, vez que a garantia de emprego proíbe a dispensa arbitrária e sem justa causa. Por essa razão, quando ocorre a justa causa, a empregada não terá mais o direito a estabilidade.

"Analisando o inc. II da Súmula, verifica-se que o entendimento é bastante lógico, pois é impossível a reintegração ao trabalho fora do período de estabilidade, ultrapassado este, não há mais direito ao posto referido, já que é efetivada a rescisão contratual."<sup>47</sup>

Neste sentido, decisão proferida recentemente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

"ESTABILIDADE DA TRABALHADORA GESTANTE – EXCLUDENTE – RUPTURA CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA. A trabalhadora gestante não está autorizada a descumprir suas obrigações contratuais por vontade própria, uma vez que, como todo e qualquer trabalhador, deve justificar as faltas praticadas. A ruptura contratual por justa causa é excludente da estabilidade da gestante. Recurso Ordinário conhecido e improvido.

(PROCESSO TRT/SP 0001368-77.2013.5.02.0076. Desembargadora Relatora: Rosa Maria Villa, Data de Julgamento: 05.02.2014. 2ª Turma, Data de Publicação: 12.02.2014."<sup>48</sup>

O doutrinador Mauricio Godinho Delgado, defende que na ausência de previsão legal, a gestante só poderá ser demitida por justa causa.

### **5.3 Reintegração da Empregada ou Indenização**

"Após a Constituição a gestante dispensada sem justa causa terá direito à reintegração enquanto estiver em curso sua estabilidade, salvo quando poderá converter esta

---

<sup>47</sup> KLIPPEL, 2014. Op. Cit., p. 242

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 08 maio 2014.

reintegração no valor pecuniário substitutivo. Por este motivo, a redação da súmula foi alterada- vida Súmula nº 244, II, do TST."<sup>49</sup>

A estabilidade da gestante na prática é muito relativa, vez que poderá existir a dispensa de forma arbitrária ou imotivada, dentro do período de estabilidade, porém, reconhecida a arbitrariedade, fará *jus* à gestante reintegra-se no emprego ou reparação com o pagamento de indenização compensatória.

"Sendo requerida a reintegração ao trabalho dentro do prazo estabilitário e não sendo essa recomendável, por clima de animosidade entre as partes, por exemplo, serão devidos os salários do período. Essa consequência também ocorrerá quando a reintegração não for requerida dentro do prazo. Poderá, nessa hipótese, requerer a condenação do empregador ao pagamento dos salários do período."<sup>50</sup>

Cumprе salientar, que sendo demitida sem motivo justo, tem a empregada gestante direitos aos salários relativos a licença maternidade e ao período de garantia de emprego. Só não terá direito aos salários do período compreendido entre a dispensa e a confirmação.

"O pedido de indenização só é devido no caso de não ser mais possível a reintegração pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada (...) O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa." (...) Passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar. No caso da empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador

---

<sup>49</sup> CASSAR, 2014. Op. Cit., p. 1132.

<sup>50</sup> KLIPPEL, 2014. Op. Cit., p. 242

de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa".<sup>51</sup> Essa é a opinião do Doutrinador Sérgio Pinto Martins.

No ponto da relação da ciência da gravidez da empregada, discordamos de tal assertiva por acreditar que o Doutrinador desconsidera os direitos do nascituro, indo em sentido contrário a nossa evolução jurisprudencial.

## **6. MÃE ADOTIVA**

O salário-maternidade também é devido a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial da criança, o qual será pago diretamente pela Previdência Social. Essa concessão ocorrerá mediante apresentação do termo judicial da guarda. De acordo com o artigo 392-A, §§1º à 3º, da CLT, a duração da licença, no passado, foi vinculada à idade da criança, que ocorria da seguinte forma: até 1 ano - 120 dias, 1 à 4 anos - 60 dias e de 4 à 8 anos - 30 dias.

Sendo injusta tal previsão, já que existem inúmeras crianças com idade superior à 8 (oito) anos, aguardando uma família nos orfanatos, e o ECA considera criança a pessoa com até 12 (doze) anos de idade, foi expressamente revogado os §§1º a 3º, art. 392-A, pelo art. 8º, da Lei 12.010/09, e a licença passou a ser de 120 dias, para qualquer que seja a idade da criança, portanto, hoje não existe mais ligação a idade da criança adotada ou que se obteve guarda judicial, como existia antigamente.

"A previsão do pagamento do salário-maternidade, o qual é pago diretamente pela Previdência Social (art. 71-A, Lei 8.213/91), tem a duração da licença de acordo com a idade da criança, logo, há uma contradição entre o art. 392-A da CLT.

Devido a esta contradição, existem duas interpretações:

---

<sup>51</sup> MARTINS, 2014. Op. Cit., p. 474.

a) o art. 71-A da Lei 8.213 está derogado pela Lei 12.019/09, portanto, a licença-maternidade e o salário-maternidade da mãe adotante é de 120 dias, independentemente da idade da criança, sendo o benefício pago na totalidade pela Previdência Social;

b) a duração da licença-maternidade é de 120 dias sem se cogitar da idade da criança, sendo que a diferença entre o valor pago pela Previdência e a remuneração equivalente ao lapso de 120 dias deve ser paga diretamente pelo empregador como licença remunerada."<sup>52</sup>

Sobre o tema, entendemos que não existe vício de inconstitucionalidade, apesar do art. 7º, inciso XVII, não citar a mãe adotiva e sim a gestante, vez que a Constituição Federal não obstrui que a lei ordinária estenda-o para o caso de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança.

Registra-se, que a proteção existe com relação à maternidade e à infância e não apenas a gestante, trata-se de um dos direitos sociais. Portanto, quando a empregada adota uma criança, neste exato momento ela se torna sua mãe, fazendo *jus* a proteção legal.

Vale citar, o artigo Art. 227, §6º, da Constituição Federal: "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).

(...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

---

<sup>52</sup> NETO, 2013, Op. Cit., p. 918.

Cumpramos destacar que a Lei n. 10.421/2002 apenas expandiu a licença-maternidade e o salário maternidade à mãe adotiva, não concedendo à ela a garantia de emprego, vez que a adotante não necessita de nenhum período para ter seu corpo recuperado, como é o caso da gestante após o parto. Neste sentido os entendimentos dos doutrinadores Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Sergio Pinto Martins e Ricardo Rezende.

“A prorrogação por 60 dias do período de licença-maternidade, conforme prevê o Programa Empresa Cidadã, também se aplicará à mãe adotante ou a que obtiver guarda para fins de adoção nos mesmos moldes do benefício previsto para a mãe biológica (art. 1º, §2º, da Lei n. 11.770/2008).”<sup>53</sup>

Acentuamos que, no caso da mãe adotiva adotar gêmeos ou mais de uma criança, não alterará a questão da licença-maternidade e o salário-maternidade, que serão únicos.

### **6.1 Adoção Monoparental**

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente há autorização da adoção por uma única pessoa, chama-se adoção monoparental. Normalmente essas pessoas são solteiras, viúvas ou divorciadas.

Recentemente foi sancionada a Lei nº 12.873/13, que garante salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias para o segurado ou segurada da Previdência Social que adotar um filho, independente da idade da criança. Dessa forma, foi equiparado o homem e mulher no direito ao benefício em caso de adoção ou que obtiveram guarda de crianças.

Repisa-se, a nova lei, que entrou em vigor em 27 de janeiro de 2014, dá tratamento isonômico a homens e mulheres com relação ao benefício.

O cônjuge ou companheiro terá direito ao pagamento do salário-maternidade no caso de falecimento da segurada ou segurado. Para que isso aconteça, o cônjuge deverá ser segurado pela Previdência Social.

---

<sup>53</sup> MOURA, 2014. Op. Cit., p.686.

Importante destacar, que duas pessoas não podem receber os benefícios referentes ao mesmo processo de adoção ou guarda.

Restou expressamente na legislação em questão, a previsão de que a pessoa que recebe o salário-maternidade deve ficar afastada do trabalho, não podendo receber o benefício e permanecer no trabalho, por questões óbvias.

### **6.2 Adoção por Casal Homoafetivo**

A Constituição da República, no art. 226, entabula a família como a base da sociedade, enquanto o direito à convivência familiar e comunitária encontra-se entre os direitos constantes do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A existência de relações públicas e estáveis entre pessoas do mesmo sexo é uma realidade da qual o direito não escapa de lidar.

A atenção do julgador, deve estar voltada para o interesse da criança, em busca daquilo que revele e concretize sua maior proteção e segurança.

O motivo da existência do instituto da adoção é a efetivação da garantia à convivência familiar (certificada a todas as crianças e adolescentes, conforme os arts. 226, da Constituição Federal e 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e se a união homoafetiva é uma entidade familiar, a adoção por um casal homossexual atende ao objetivo maior da adoção, isto é, assegurar a convivência familiar.

Portanto, casais homoafetivos, possuem os mesmos direitos de um casal heterossexual, inclusive, em respeito ao art. 5º, da Constituição Federal. Dessa forma, possuem também o direito de adotar uma criança, pois estão capacitados a criar e educar a criança.

### **6.3 Maternidade Substitutiva ou Barriga de Aluguel**

Até o momento, não existe legislação que disponha sobre as técnicas de reprodução humana assistida na maternidade substitutiva, sendo apenas regulamentada pela

Resolução nº 2.013/2013, do Conselho Federal de Medicina (Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119), a saber:

"As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- - Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;
- - relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;
- - descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;
- - contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- - os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;
- - os riscos inerentes à maternidade;
- - a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- - a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;
- - a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- - se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro."<sup>54</sup>

Acrescenta-se, referida resolução não possui força de Lei, a jurisprudência e a doutrina não estão bem definidas sobre um padrão a ser seguido, o que permite a prática ilegal da barriga de aluguel.

A legislação trabalhista e previdenciária são deficientes, sendo a questão protegido por alguns princípios do direito, a saber: costumes, analogia e princípio gerais do direito.

No que tange a mulher que gerou a criança, a própria legislação prevê: "é o benefício pago à segurada empregada, a trabalhadora avulsa, a empregada doméstica, a segurada especial, a contribuinte individual, facultativa e segurada desempregada, que se encontra afastada de sua atividade laboral cotidiana POR MOTIVO DE PARTO, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção."

Dessa forma, ambas as seguradas devem receber a proteção social, na seara previdenciária, a geradora, pelo afastamento por motivo de parto e a mãe que a quem será entregue a criança, por analogia da lei, vez que em caso contrário, seria inaceitável e ofenderia frontalmente os ditames sociais já mencionados e traçados pela Constituição Federal.

Neste particular, o Doutrinador Sergio Pinto Martins "A mãe aluguel terá garantia de emprego, porque houve gestação. A fornecedora do óvulo não terá garantia de emprego, porque não teve gestação. Há direito a garantia de emprego integral."<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2014.

<sup>55</sup> MARTINS, 2014. Op. Cit., p. 474.

## 7. CONCLUSÃO

Abordamos, alguns dos principais direitos trabalhistas concedidos às empregadas gestantes, a maternidade, a mãe adotiva, que com os avanços das últimas Constituições Federais, em especial às de 1934 e 1988, vieram para agregar e aumentar seus direitos, tais como: o direito da gestante em realizar consultas médicas, exames, estando dispensada do trabalho durante este período, o direito a ser transferida de função, caso a gestante trabalhe em lugar prejudicial a sua saúde e a do bebê, fato este que não poderá atingir seu salário, o direito ao intervalo para amamentação, o salário-maternidade, seus direitos decorrentes de norma coletiva, dentre outros.

Essa ascendência constitucional oportunizou que tais direitos fossem, de fato, concretizados e cumpridos, estabelecendo a atual forma do Estado Democrático de Direito, no qual atualmente se preserva, em especial, a vida do nascituro.

Acreditamos e defendemos os direitos das empregadas gestantes e da empregada que adota uma criança, que naquele momento se tornou mãe, fazendo *jus* a proteção legal, vez que constituem valores sociais de inequívoca importância, razão pela qual são também objeto de especial tutela no Direito do Trabalho.

Fato é que a empregada gestante necessita do período de descanso remunerado em virtude do parto ocorrido, sendo assim, a partir do momento que a gestante se afasta do trabalho, ela já possui o direito de receber o salário-maternidade, no qual será de responsabilidade da empresa, ocorrendo a compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física ou jurídica que lhe preste serviço.

Como visto, a expressão confirmação de gravidez, deve ser entendida não como a confirmação médica, mas como a própria concepção do nascituro. A gravidez está confirmada no mesmo momento da concepção, vez que a proteção ao nascituro, para a incidência da norma constitucional, exige-se apenas a confirmação da gravidez de forma objetiva e na vigência do contrato de trabalho.

Portanto, quando o empregador despede sem justa causa a empregada gestante, ainda que disso não saiba, assume o risco dos respectivos ônus.

No que tange aos contratos por prazo determinado, acreditamos que o Tribunal Superior do Trabalho entendeu por bem alterar sua jurisprudência, de forma a dar maior existência real ao direito fundamental assegurado constitucionalmente à gestante e ao nascituro, ajustando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, em respeito ao princípio hermenêutico da máxima palpabilidade da Constituição, do princípio constitucional da função social da empresa, bem como do cenário que o compromisso por prazo determinado traz na expectativa das partes de sua continuidade, vez que a ADCT, art. 10, II, b, não restringiu a sua aplicação apenas aos contratos por prazo indeterminado.

Desse modo, é condição essencial para que seja assegurada a estabilidade à empregada o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho. Verifica-se também que o direito da empregada gestante à garantia de emprego independe do regime jurídico ou da espécie de contrato de trabalho, considerando que a garantia visa à proteção do nascituro.

Absorvemos que, sendo incontroverso que a gravidez da empregada ocorreu durante o contrato de trabalho, garantido está o direito à estabilidade provisória, inclusive quando se tratar de empregada doméstica.

Com efeito, é pacífico que o objetivo maior de proteção da norma constitucional é resguardar o nascituro, de modo que, ocorrendo a dispensa arbitrária da mãe, deve-se considerar abertas duas opções para a ex-empregada, sendo autorizada a esta a faculdade de eleger o modo como melhor estará protegida durante a gestação: a primeira, postular seu retorno ao trabalho, porque a dispensa estava vedada (somente sendo possível essa reintegração se esta se der durante o período de estabilidade, restringindo-se, do contrário, essa garantia aos salários e demais direitos correspondentes, de acordo com o item II, da Súmula nº 244, do TST e a segunda, buscar desde logo a reparação do ato praticado pelo empregador, mediante o pagamento da indenização pelo período correspondente.

Por fim, a empregada necessita de maior proteção, durante a gestação, o parto, a amamentação e no caso de adoção, porém ela deve cumprir com suas obrigações

contratuais de forma assídua, já que a proteções em questão, existem apenas para a rescisão sem justa causa, portanto, a rescisão com justa causa poderá acontecer regularmente, sempre que satisfeitos seus requisitos legais, cabendo à Justiça do Trabalho, examinar caso a caso o não cumprimento das normas existentes, aplicando aos violadores as sanções cabíveis.

## REFERÊNCIAS

BACHUR, Tiago Faggionni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática.** São Paulo: Lemos e Cruz, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 4 ed. São Paulo: LTR, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 5 ed. São Paulo: LTR, 2009.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho,** 9 ed. São Paulo: Método, 2014.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11 ed. São Paulo: LTR, 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho,** 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KLIPPEL, Bruno. **Direito Sumular - TST Esquematizado.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST,** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho,** 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOURA, Marcelo. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Método, 2013.

PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2014.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção Constitucional à Maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: LTR, 2013.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**, 3 ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Disponível em: <[http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev\\_mostraNoticia.asp?Id=45964&ATVD=1&xBotao=2](http://www1.previdencia.gov.br/agprev/agprev_mostraNoticia.asp?Id=45964&ATVD=1&xBotao=2)>. Acesso em: 06 de abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110421.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2014.

Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset\\_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i](http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i)>. Acesso em: 24 abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20302300-34.2007.5.02.0421&base=acordao&numProcInt=789158&anoProcInt=2009&dataPublicacao=04/05/2012%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2014.

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 06 maio 2014.

Disponível em: <<http://agencia.previdencia.gov.br/e-aps/servico/358>>. Acesso em: 06 maio 2014.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm)>. Acessado em 06 de maio de 2014. Acesso em: 06 maio 2014.

Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>>. Acesso em: 08 maio 2014.

Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013\\_2013.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf)>. Acesso em: 13 maio 2014.

**ANEXOS**

**ANEXO A – ACÓRDÃO - TST - RR - PROCESSO Nº 169900-50.2008.5.04.0232**

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

**A C Ó R D ã O****6ª Turma****ACV/in/s**

**RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. BANCO DE HORAS.** Infere-se do v. acórdão impugnado a invalidade do banco de horas, muito embora haja referência a esse ajuste em normas coletivas, em razão da inobservância das cláusulas normativas. Inexiste violação dos arts. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal, 611 e 612 da CLT, uma vez que foi a reclamada quem desrespeitou os termos do acordo coletivo que previa regime de compensação de jornada por meio do banco de horas, com requisitos de validade para sua adoção desrespeitados, como o controle individual e comunicação trimestral ao sindicato. Recurso de revista não conhecido.

**HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO. NÃO-CONCESSÃO.** O intervalo amamentação, de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada estabelecido no art. 71 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

**REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. HORISTA. CLÁUSULA NORMATIVA. SALÁRIO COMPLESSIVO.** Tendo em vista a condição de horista da reclamante, percebendo salário-hora, o pagamento do repouso semanal remunerado, realizado dentro da remuneração fixa da autora, sem discriminação das verbas pagas no recibo de pagamento, caracteriza o salário comlessivo, devendo ser considerada nula a cláusula normativa, nos termos da Súmula 91 do C. TST. Recurso de revista não conhecido.

**PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS.**

O Excelso STF já firmou o entendimento de que, dado o comando genérico do artigo 5º, II, da Constituição Federal, não há como considerar isoladamente vulnerada tal norma. Eventual ofensa só se configura por via reflexa, em dissonância com o previsto no artigo 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido.

**ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.** Caracterizado o contato com o agente perigoso, mediante a prova oral produzida e informações da perícia realizada, com exposição não eventual em área de risco, tem-se a conformidade da decisão regional com a Súmula 364/TST. Devidos os reflexos do adicional de periculosidade em repousos semanais remunerados, tendo em vista que o pagamento se dava por salário-hora, não incluindo, portanto, os repousos semanais remunerados. Recurso de revista não conhecido.

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060/50 será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador (*caput*, art. 14 da Lei nº 5.584/70). Os honorários advocatícios são devidos tão-somente nos termos da Lei nº 5.584/70, quando existente, concomitantemente, a assistência do Sindicato e a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou a impossibilidade de se pleitear em juízo sem comprometimento do próprio sustento ou da família. Súmulas 219 e 329 do C. TST. Recurso de revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-169900-50.2008.5.04.0232**, em que é Recorrente **GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA.** e Recorrida **GISLERI DE CASTRO TRINDADE.**

O Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, mediante o v. acórdão de fls. 145/155, negou provimento aos recursos ordinários da reclamada e da autora.

Nas razões do recurso de revista, fls. 159/195, a reclamada insurge-se quanto aos temas: horas extraordinárias e reflexos - banco de horas, horas de amamentação, descanso semanal remunerado, participação nos lucros e resultados, adicional de periculosidade, honorários advocatícios - assistência judiciária gratuita.

O r. despacho de fls. 207/208 admitiu o recurso de revista quanto ao tema honorários advocatícios, por contrariedade com a Súmula 219/TST.

Sem contrarrazões (certidão de fls. 210).

A douta Procuradoria-Geral do Ministério Público do Trabalho não se manifestou.

É o relatório.

**V O T O**

**I - HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. BANCO DE HORAS**

**RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO**

Consignou o v. acórdão regional:

A Sentença deferiu o pagamento do adicional de 50% sobre as horas irregularmente compensadas, bem como as horas extras, assim consideradas as excedentes ao regime compensatório e à 44ª semana, com o adicional de horas extras de 50% para as horas extras normais e de 100% para as realizadas em domingos e feriados, tudo com reflexos em férias com

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

1/3, natalinas e FGTS com 40%, autorizado o abatimento dos valores pagos sob o mesmo título e dentro do mesmo mês.

Conforme referido na Sentença, apesar de previsão em normas coletivas acerca do banco de horas, a reclamada não comprovou o cumprimento das exigências do referido acordo - requisito de validade, tais como controle individual e comunicação trimestral ao sindicato, considerando-se como inválido o banco de horas adotado.

Assim, considerando-se a irregularidade do banco de horas adotado, é devido o adicional de horas extras de 50% incidente sobre as horas irregularmente compensadas.

Sentença mantida, no aspecto." (fls. 146/147)

A reclamada argumenta que os recibos de pagamento comprovam que as horas extraordinárias foram devidamente pagas, inclusive com reflexos, não havendo razão para que se cogite em nulidade do banco de horas. Assevera que a inexistência de prova de informação ao sindicato, por escrito, do número de horas levado a crédito e a débito, tal como exige a cláusula normativa, por si só, não tem o condão de invalidar o regime. Aduz que o sindicato não fez qualquer ressalva quanto a eventual saldo de horas extraordinárias não quitadas pela empresa quando da homologação das verbas rescisórias. Aponta violação dos arts. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal, 611 e 612 da CLT. Invoca a Súmula 85/TST.

O Eg. TRT, considerando a irregularidade do banco de horas, manteve a r. sentença que entendeu devido o adicional de horas extraordinárias de 50% incidente sobre as horas irregularmente compensadas, bem como o pagamento de horas extraordinárias com o adicional e reflexos, para aquelas excedentes da 44ª semanal, autorizando o abatimento dos valores pagos sob o mesmo título e dentro do mesmo mês.

Inferre-se do v. acórdão impugnado a invalidade do banco de horas, muito embora haja referência a esse ajuste em normas coletivas, em razão da inobservância das cláusulas normativas.

Inexiste violação dos arts. 7º, XIII e XXVI, da Constituição Federal, 611 e 612 da CLT, uma vez que foi a reclamada quem desrespeitou os termos do acordo coletivo que previa regime de compensação de jornada por meio do banco de horas, com requisitos de validade para sua adoção desrespeitados, como o controle individual e comunicação trimestral ao sindicato.

O caso dos autos trata de banco de horas, situação diversa daquela disciplinada pela Súmula nº 85 deste C. Tribunal, que cuida de compensação (semanal) de jornada de trabalho, inclusive por acordo individual escrito, mas não

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

da compensação relativa ao banco de horas (anual), que exige norma coletiva. Inaplicável, portanto, a Súmula n.º 85/TST, da forma como busca a recorrente. Nesse sentido pacificou-se a jurisprudência desta C. Corte, *in verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. BANCO DE HORAS. NULIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 59, § 2.º, DA CLT. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 85 DO TST. Cinge-se a controvérsia em se averiguar a possibilidade de aplicação dos itens III e IV da Súmula n.º 85 deste Tribunal Superior nos casos em que há a discussão da nulidade do banco de horas, por não estarem atendidas as diretrizes insertas do art. 59, § 2.º, da CLT. Partindo-se da moldura fática delineada pelo Regional, constata-se que: a) até 1.º/9/2003, as convenções coletivas proibiam expressamente qualquer tipo de compensação de horas extras; b) a partir de 1.º/9/2003, os acordos coletivos passaram a autorizar o sistema de compensação de horas extras pelo sistema do banco de horas, desde de que cumpridos alguns requisitos, quais sejam, fornecimento mensal do extrato de saldo de horas dos empregados e observância do limite de 10 (dez) horas diárias de trabalho; c) foi demonstrado o extrapolamento do limite máximo de dez horas de trabalho diários em diversas oportunidades; d) considerou-se inaplicável a diretriz inserta na Súmula n.º 85 do TST, uma vez que ultrapassado o limite de 10 horas diárias de trabalho, previsto no art. 59, § 2.º, da CLT. A Súmula n.º 85 deste Tribunal não se identifica com a hipótese prevista no art. 59, § 2.º, da CLT. De fato, o referido verbete jurisprudencial tem como parâmetro de compensação o limite da jornada máxima semanal, que corresponde a 44 horas semanais. Diferentemente, o banco de horas admite módulo de compensação anual e sua fixação por instrumento coletivo decorre de imperativo legal. De tal sorte, o reconhecimento da nulidade do banco de horas não rende ensejo ao pagamento apenas do adicional de horas extras, na forma do previsto nos itens III e IV da Súmula n.º 85 desta Corte. Precedentes da Corte. Recurso de Embargos conhecido e provido. (Processo: E-ED-RR - 23240-15.2006.5.09.0654 Data de Julgamento: 24/06/2010, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Divulgação: DEJT 06/08/2010)

**Não conheço.**

## **II - HORAS EXTRAORDINÁRIAS E REFLEXOS. PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO**

### **RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO**

Consignou o v. acórdão regional:

*Conforme analisado pelo julgador "a quo", "quanto ao período destinado à amamentação, a única notícia nos autos a respeito consta nos registros da licença "nas folhas-ponto, que demonstram o afastamento da parte autora no período de 17/05/2006 a 13/09/2006 e o relato da parte autora de que o nascimento de sua filha ocorreu em 05/06/2006, não contraditado nem infirmado na defesa, que se limitou a referir a concessão do afastamento.*

*O direito ao afastamento para amamentação é incontroverso e, conforme estabelece o § 1º do art. 389 da CLT, as empresas com pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado para as empregadas manterem seus filhos no período da amamentação.*

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

*Já o art. 396 da CLT prevê o direito da empregada a dois descansos diários de meia hora cada, até o filho completar seis meses de idade, encerrando, portanto, o direito da parte autora à licença em 05/12/2006.*

*[...] A prova oral produzida não esclarece a situação, vez que a testemunha da parte reclamante diz que desconhece a existência de setor na fábrica para retirada de leite para lactantes, enquanto a testemunha da reclamada afirma existir um local próprio para retirada de leite, mas não sabe se a reclamante tinha disponibilidade para isso."*

Assim, não comprovada a concessão do afastamento, impõe-se manter a decisão de primeiro grau.

Sentença mantida, no aspecto." (fls. 148/149).

A reclamada aduz que, no tocante à jornada extraordinária relativa ao período de amamentação, a reclamante não se desincumbiu do ônus da prova, como dispõem os arts. 818 da CLT e 333, I, do CPC. Consigna que a prova do trabalho em horas extraordinárias, uma vez pré-assinalados os cartões de ponto, é ônus da autora, bem como o não-atendimento do disposto no art. 396 da CLT, uma vez comprovada a existência de local próprio para a retirada de leite. Destaca ainda que o horário destinado à amamentação previsto em lei depende da necessidade do lactente. Invoca a aplicação apenas da multa administrativa, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT. Indica violação do art. 5º, II, da CLT. Invoca a Súmula 85/TST.

Verifica-se que o v. acórdão regional deixou claro que não restou comprovada a concessão de afastamento da autora para o aleitamento materno, e tal direito para amamentação é incontroverso, conforme estabelece o § 1º do art. 389 da CLT.

Certo ainda que é ônus da empregadora as anotações nos registros de ponto, quanto aos horários de entrada e saída, com pré-assinalação do período de repouso, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT. Não se pode, pois, falar que o ônus da prova quanto aos intervalos para amamentação é da reclamante, pois é dever do empregador que conta com mais de dez empregados o controle de tal registro de horário.

A ausência de fruição dos intervalos destinados a repouso e a alimentação, após a edição da Lei nº 8.923, de 1994, gera o direito ao recebimento de horas extraordinárias. Da mesma forma, o artigo 396 não se pode direcionar apenas para a aplicação da penalidade prevista no artigo 401 da CLT.

Assim, o intervalo para amamentação, de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada estabelecido no art. 71 da CLT.

Nesse sentido, vale registrar os seguintes precedentes:

**INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO (ART. 396/CLT). NÃO-CONCESSÃO. HORA EXTRA. ART. 71, § 4º, DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA.** 1. Conquanto no capítulo concernente ao trabalho da mulher (arts. 372-401) o legislador tenha previsto apenas o pagamento de multa pela não-concessão do intervalo especial para amamentação, assegura-se à empregada o direito a haver tais horas laboradas como extras, ante a aplicação analógica do artigo 71, § 4º, da CLT. 2. Se a ausência de fruição dos intervalos destinados a repouso e a alimentação gera, após a edição da Lei nº 8.923, de 1994, o direito ao percebimento de horas extras, por certo que uma interpretação mais razoável do artigo 396 não se pode direcionar apenas para a aplicação da penalidade prevista no artigo 401 da CLT, máxime ante o objetivo inscrito na aludida norma, que busca, acima de tudo, assegurar à criança um desenvolvimento e crescimento saudáveis. 3. Interpretação teleológica do artigo 396 e aplicação analógica do artigo 71, § 4º, ambos da CLT. 4. Embargos de que não se conhece. (TST-E-RR-615.173/99.5, SDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 15/04/2005).

(...) **INTERVALO-AMAMENTAÇÃO. HORAS EXTRAS.** O intervalo de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT. (TST-RR-94.401/2003-900-04-00.5, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 13/02/2009).

**AMAMENTAÇÃO - INTERVALO NÃO CONCEDIDO - HORAS EXTRAS - ART. 396 DA CLT - VIOLAÇÃO LITERAL NÃO CONFIGURADA.** Não viola o art. 396 da CLT, em sua literalidade, a decisão do Regional que mantém a condenação ao pagamento de horas extras, em razão da não-concessão do intervalo para a amamentação, porquanto o dispositivo apenas estabelece que *para amamentar o próprio filho, até que este complete seis meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um, sem fazer menção às horas extras.* Recurso de revista não conhecido. (TST-RR-648.030/00.9, 4ª Turma, Rel. Min. Milton de Moura França, DJ 19/09/2003).

Inaplicável o regime de compensação previsto na Súmula 85/TST, que cuida de compensação semanal de jornada de trabalho.

Pelo exposto, e com respaldo na Súmula 333/TST, o recurso de revista não merece conhecimento.

**Não conheço.**

**III - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO**

**RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO**

Eis o fundamento do v. acórdão regional:

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

"Na inicial, a reclamante disse que percebia salário por hora, não incluindo, portanto, repouso semanais remunerados. Buscou a condenação da reclamada na verba, asseverando que a cláusula 34 do acordo coletivo que dispõe sobre o descanso semanal remunerado, representa salário compressivo, repellido pelo ordenamento jurídico.

A Sentença deferiu o pagamento de repouso semanais remunerados com reflexos em férias com 1/3, natalinas e FGTS com 40%, reputando inválida a cláusula que prevê pagamento do repouso semanais remunerados inserto no valor do salário-hora do empregado.

Refira-se que a reclamante foi admitida em 19.01.00 e trabalhou até 26.01.07. Conforme se verifica do documento da fl. 216 a reclamante recebia salário-hora.

Recorde-se os bem lançados fundamentos do Acórdão 0068400-41.2008.5.04.0231 da lavra do Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, julgando a mesma matéria, contra a mesma reclamada, então na 2ª Turma:

*"Esta cláusula normativa, entretanto, não se aplica à hipótese, na medida em que o contrato de trabalho do reclamante não estava em vigor, em janeiro de 2000, quando realizada a negociação coletiva. Dessa forma, tendo em vista a condição de horista do autor, resta configurada a hipótese de salário compressivo em razão do pagamento de salário-hora no qual estaria supostamente englobada a remuneração dos descansos semanais remunerados. A situação atrai o entendimento da Súmula nº 91 do TST, que assim determina: "SALÁRIO COMPLESSIVO. Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador".*

*No mesmo sentido, cito precedentes desta Turma r julgadora: acórdão nº 01192-2006-231-04-00-8 RO, Desa. Maria Beatriz Condessa Ferreira, julgado em 24.09.2008 e acórdão nº 00244-2008-232-04-00-7 RO, Desa. Denise Pacheco, julgado em 14.10.2009."*

Sentença mantida." (fls. 147/148).

A reclamada aduz que os recibos de pagamento comprovam que o DSR do período contratual e os reflexos foram quitados, em conformidade com a cláusula 34 da CCT. Esclarece que se trata de simples operação aritmética resultante da negociação coletiva, que não altera o resultado do salário dos empregados. Para cada hora de trabalho o empregado já recebe o DSR incorporado, sem prejuízo. Indica violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

A tese do v. acórdão regional é a de que é nula a cláusula coletiva que prevê o pagamento do repouso semanal remunerado do salário do horista já englobado na remuneração, por configurar salário compressivo.

O entendimento deste C. TST sobre o tema está consubstanciado na Súmula 91, que dispõe:

Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

Assim, o pagamento do repouso semanal remunerado, dentro da remuneração fixa da autora, sem discriminação das verbas pagas no recibo de pagamento, caracteriza o salário comlessivo.

É o que se depreende dos seguintes precedentes:

RECURSO DE REVISTA. 1. (...) 2. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO SALÁRIO COMPLESSIVO. CARACTERIZAÇÃO. Nos termos da Súmula 91 do TST, - mula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador-. Recurso de revista não conhecido.(RR - 85000-40.2008.5.04.0231 - Ac. 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, in DEJT 13/08/2010).

RECURSO DE REVISTA. (...) REPOUSOS SEMANAIS REMUNERADOS. SALÁRIO COMPLESSIVO. Não se verifica a alegada ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, vez que não se desprestigiou o que foi acordado, mas tão-somente se entendeu que o pagamento dos valores demonstram tratar-se de salário comlessivo, nos termos da Súmula nº 91 do c. TST, uma vez que sequer houve discriminação dos valores pagos. Recurso de revista não conhecido. (...) (TST-RR-846/2006-010-04-00.9, Ac. 6ª Turma, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, in DJ 30.3.2010).

ADICIONAL DE COMPENSAÇÃO ORGÂNICA E REFLEXOS. PARCELA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. NECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO NO RECIBO DE PAGAMENTO. SALÁRIO COMPLESSIVO. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. A tese proferida pelo v. acórdão regional, em interpretação da norma coletiva, foi no sentido de que a compensação orgânica já estaria inserida na composição da remuneração fixa. Admitir como correta a interpretação do julgado regional representaria afronta aos ditames da Súmula 91 desta C. Corte. Recurso de revista conhecido e provido- (TST-RR-2575-2000-313-02-00.5, Ac. 6ª Turma, Rel. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, in DJ 27.4.2007).

Estando a decisão recorrida em consonância com a Súmula 91 do TST, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no art. 896, § 4º, da CLT e na Súmula 333/TST.

**Não conheço.**

#### **IV - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS**

##### **RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO**

Consignou o v. acórdão regional:

*"Conforme referido na Sentença, "[...] do exame dos comprovantes de pagamento, é prática da reclamada lançar como vencimentos os valores relativos à Participação nos Lucros e, também, nos descontos. Sublinha-se, ainda, que a reclamada tem por prática lançar o valor que entende devido sob o título de Participação nos Lucros como crédito e dentro, do mesmo mês lançar como débito, o que poderia demonstrar, ao desatento, o não*

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

*pagamento da parcela.*

*Contudo, é também prática reiterada que a parcela seja creditada diretamente na conta bancária do empregado sem que a correspondente comprovação venha aos autos, tendo-se que o "trânsito" da parcela pelo recibo salarial cumpre a tarefa de viabilizar o acertamento dos eventuais descontos incidentes. Ainda assim, não é viável ter-se, apenas pela prática generalizada, que a parcela em, questão esteja devidamente quitada..."*

Recorde-se, ainda, que a Sentença determinou o abatimento dos valores pagos a mesmo título que vierem a ser comprovados pela reclamada.

Sentença mantida." (fls. 149).

A reclamada alega que, nos termos das normas coletivas, o pagamento das parcelas referentes à participação nos lucros e resultados deve ser feita nos dias 15 de cada mês de janeiro e julho. Esclarece que, como já efetuado o pagamento do benefício no dia 15 dos meses de janeiro e julho, este valor já pago é descontado, sendo que o crédito e o débito dos pagamento efetuados servem única e exclusivamente para fins de acerto contábil da folha de pagamento. Indica violação do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

No que tange a violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal, o STF já firmou o entendimento de que, dado o comando genérico dessa norma, não há como considerá-la isoladamente vulnerada. Eventual ofensa só se configura por via reflexa, em dissonância com o previsto no artigo 896 da CLT.

**Não conheço.**

**V - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE**

**RAZÕES DE NÃO CONHECIMENTO**

Eis os fundamentos do v. acórdão regional quanto ao tema:

"Conforme o laudo pericial, fls. 350 e seguintes, a autora exercia a função de auditora de qualidade, setor de controle de qualidade de peças.

Trabalhava no atendimento de problemas em peças detectados na linha de montagem geral, segregando lotes quando necessário e emitindo relatório respectivo. Circulava pelo setor de montagem geral e setores de funilaria e material anti-ruído.

O laudo foi conclusivo no sentido de que as atividades da parte autora não eram perigosas, pois, conforme informado pela reclamante, ela não prestou serviços no setor de Paint Mix e Pintura, local enquadrado como área de risco por manter grande quantidade de líquidos inflamáveis.

Afirmou o "expert" que o prédio em que trabalhou a parte reclamante situa-se mais de

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

cinquenta metros do prédio da Paint Mix.

Por outro lado, conforme bem analisado pelo julgador "a quo", a prova oral confirma que a parte autora adentrava na área de abastecimento de combustível dos veículos fabricados pela reclamada.

Ademais, no laudo pericial também constou que "...a reclamante adentrava na área de abastecimento de combustível cerca de duas, vezes por jornada, em média. O abastecimento de combustível ocorria a cada 70 segundos em média (fluxo de produção de veículos na linha de montagem final), delongando cerca de 10 segundos no total, visto que o sistema de abastecimento ocorre por meio de vazão automática programada dos volumes anteriormente referidos.

Assim, ainda que o tanque de armazenamento de gasolina esteja situado em área externa, ao ar livre, distando mais de cem metros do prédio da montagem final e demais locais de trabalho da autora, é certo que o combustível segue por tubulação até o ponto de abastecimento a cada setenta segundos em média, durante dez segundos, conforme referido no laudo pericial, fl. 351, último parágrafo.

No que tange à exposição ao risco de forma permanente, entende-se que não é requisito para a percepção do adicional de periculosidade, porquanto o acesso intermitente à área de risco é suficiente para ensejar o pagamento do adicional. Neste sentido a orientação contida na Súmula n.º 364 do C. TST, in verbis: (...)

Os reflexos deferido em horas extras, férias com 1/3, 13º salários e FGTS com multa de 40% estão corretos, porquanto o adicional de periculosidade remunera o labor, no caso, habitualmente, prestado em condições perigosas, caracterizando-se daí a sua natureza salarial e não indenizatória. Ademais, tendo em vista que o pagamento se dava por salário-hora, devido os reflexos em repouso semanais remunerados.

Por todo o exposto, não há falar em violação do dispositivo constitucional invocado.

Sentença mantida." (fls. 150/151).

Aduz a reclamada que o adicional de periculosidade foi deferido com fundamento na passagem da autora pelo setor de abastecimento, onde não há referência a quaisquer tanques de armazenamento de combustível, localizados fora da área, isolados, não trazendo periculosidade no local. Assegura que a passagem da reclamante pelo setor de abastecimento era apenas eventual. Indica contrariedade à Súmula 364/TST. Aduz que os reflexos em DSR do referido adicional já se encontram incorporados a esse montante, nos termos da norma coletiva, que já incorpora o valor do salário-hora, não podendo se falar em nova incidência reflexa de tais valores, sob pena de *bis in idem*. Indica violação do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

A despeito de o laudo pericial haver afastado a periculosidade, ao fundamento de que a reclamante não prestou serviços no setor de Paint Mix e Pintura, local enquadrado como área de risco por manter grande quantidade

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

de líquidos inflamáveis, a prova oral confirmou que a reclamante adentrava na área de abastecimento de combustível dos veículos fabricados. A frequência desse contato era de duas vezes por jornada, em média, e o abastecimento de combustível ocorria a cada 70 segundos, delongando cerca de 10 segundos no total. Ressaltou-se ainda que, embora o tanque de armazenamento de gasolina esteja situado em área externa, mais de cem metros do prédio, é certo que o combustível segue por tubulação até o ponto de abastecimento feito pela autora.

Desse modo, não há que se falar em contrariedade com a Súmula 364/TST, visto que caracterizado o contato com o agente perigoso, mediante a prova oral produzida e informações da perícia realizada, com exposição não eventual em área de risco.

A análise e valoração da prova é competência exclusiva do Eg. Tribunal Regional, não sendo passível de reexame nesta instância recursal, nos termos da Súmula nº 126 do C. TST.

O v. acórdão regional considerou ainda devidos os reflexos do adicional de periculosidade em repousos semanais remunerados, tendo em vista que o pagamento se dava por salário-hora, não incluindo, portanto, repousos semanais remunerados.

Conforme já ressaltado em tema anterior, não se pode falar em violação do at. 7º, XXVI, da Constituição Federal, pois, tendo em vista a condição de horista da autora, a norma contida na cláusula de negociação coletiva representa salário complessivo, repellido pelo ordenamento jurídico, nos termos da Súmula 91/TST.

**Não conheço.**

## **VI - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

### **CONHECIMENTO**

Quanto ao tema consignou o v. acórdão regional:

O autor juntou declaração de pobreza, fl.08.

Entende-se que são devidos os honorários ao seu procurador, na base de 15% do montante da condenação, sendo cabível a aplicação da Lei 1.060/50, que regula, em geral, a assistência judiciária gratuita, ainda que sem juntada a credencial sindical. Medite-se que outra interpretação desta mesma Lei, com base na Lei 5.584/70, implicaria em sustentar o monopólio sindical da defesa judicial dos trabalhadores, o que seria ineficiente para muitos trabalhadores." (fls. 151/152).

A reclamada aduz que a autora está representada

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

por advogado particular, e em nenhum momento do processo se verificou a atuação do sindicato. Argumenta ainda que a reclamante não faz jus aos benefícios da justiça gratuita, tal como determina o § 2º do art. 14 da Lei nº 5.584/70. Invoca a OJ 304 da SBDI-1, bem como a Súmula 219/TST.

Nas razões de recurso de revista a reclamada alega que na Justiça do Trabalho, para serem deferidos os honorários advocatícios, é necessário que o empregado esteja assistido pelo sindicato da categoria e ser beneficiário da gratuidade de justiça. Aponta violação do art. 14 da Lei 5.584/70 e contrariedade com a Súmula 219 do TST.

A v. decisão, ao entender que para o deferimento dos honorários advocatícios basta a declaração de pobreza da reclamante, contraria o disposto na Súmula 219 deste C. TST.

Conheço, por contrariedade à Súmula 219/TST.

#### **MÉRITO**

Os honorários advocatícios, decorrentes da sucumbência, encontram fundamento específico na Lei nº 5.584/70, que dispõe acerca dos requisitos para a sua percepção na Justiça do Trabalho:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

§ 2º A situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde reside o empregado.

A matéria já se encontra pacificada inclusive no Excelso Supremo Tribunal Federal, que vem acatando a jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas, a teor do acórdão que se transcreve:

"PROCESSUAL CIVIL. TRABALHO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LEI 5.584, DE 26.06.70. I. - Inexistência de verba honorária, em decorrência da sucumbência, nas reclamações trabalhistas, a não ser na hipótese da Lei 5.584, de 26.06.70. Jurisprudência dos Tribunais do Trabalho acolhida. II. Embargos de declaração recebidos, em parte." REED-

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

1925999/SP DJ 07.6.96. Relator Ministro Carlos Velloso.

Esta Corte Superior também já consolidou seu entendimento acerca da matéria, nos termos das Súmulas n.ºs 219 e 329, que dispõem, respectivamente, *in verbis*:

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Hipótese de cabimento. Na justiça do trabalho, a condenação em honorários, nunca superiores a 15%, não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte estar assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal, ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.** Art. 133 da Constituição Federal de 1988. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado no Enunciado 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Além do mais, está pacificado na Seção de Dissídios Individuais deste Tribunal Superior o entendimento de que, na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência do sindicato.

Neste sentido a Orientação Jurisprudencial n.º 305 e os seguintes precedentes: E-RR 254.56/96, Rel. Min. Vasconcellos, DJ 05.02.99; E-RR 241.722/96, Rel. Min. R. de Brito, DJ 30.10.98 e RR 23.690/91, 2ª T., Rel. Min. Vantuil Abdala.

No caso dos autos, a reclamante não está assistida por sindicato de classe, não preenchendo os requisitos preconizados na lei que regula a matéria.

Pelo exposto, **dou provimento** ao recurso de revista para excluir da condenação os honorários advocatícios.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema dos honorários advocatícios e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos referidos honorários.

Brasília, 15 de dezembro de 2010.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n.º 11.419/2006)

**Aloysio Corrêa da Veiga**

**Ministro Relator**

24/4/2014

TST - RR - 169900-50.2008.5.04.0232 - Data de publicação: DEJT 28/01/2011

fls.

**PROCESSO N° TST-RR-169900-50.2008.5.04.0232**

Firmado por assinatura eletrônica em 17/12/2010 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

## ANEXO B – ACÓRDÃO - TST- RR - PROCESSO Nº 9440100-51.2003.5.04.0900

24/4/2014

TST - RR - 9440100-51.2003.5.04.0900 - Data de publicação: DEJT 13/02/2009

### ACÓRDÃO

(Ac. 5ª Turma)

BP/ma

**ACORDO INDIVIDUAL DE COMPENSAÇÃO. SÚMULA 85 DO TST.** A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. **INTERVALO-AMAMENTAÇÃO. HORAS EXTRAS.** O intervalo de que trata o art. 396 da CLT, quando não respeitado, deve alcançar o mesmo tratamento dado ao intervalo intrajornada previsto no art. 71 da CLT.

Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-94.401/2003-900-04-00.5**, em que é Recorrente **CENTRO DE ENSINO E CULTURA LTDA.** e Recorrida **SANDRA REJANE KRAMER.**

Irresignado, o reclamado interpõe Recurso de Revista (fls. 120/125), buscando reformar o acórdão regional no tocante aos temas: "acordo de compensação" e "intervalo-amamentação". Aponta violação a artigos da Constituição da República e contrariedade a orientação jurisprudencial desta Corte. Transcreve arestos para confronto de teses.

O Recurso foi admitido mediante o despacho de fls. 128/129.

Não foram oferecidas contra-razões.

O Recurso não foi submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

### V O T O

Preenchidos os pressupostos comuns de admissibilidade do Recurso de Revista, passo a examinar os específicos.

#### 1. CONHECIMENTO

##### 1.1. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. VALIDADE

O Tribunal de origem consignou o seguinte:

**"DO REGIME DE COMPENSAÇÃO HORÁRIA. AUSÊNCIA DE NORMA**



24/4/2014

TST - RR - 9440100-51.2003.5.04.0900 - Data de publicação: DEJT 13/02/2009

extras, por certo que uma interpretação mais razoável do artigo 396 não se pode direcionar apenas para a aplicação da penalidade prevista no artigo 401 da CLT, máxime ante o objetivo inscrito na aludida norma, que busca, acima de tudo, assegurar à criança um desenvolvimento e crescimento saudáveis. 3. Interpretação teleológica do artigo 396 e aplicação analógica do artigo 71, § 4º, ambos da CLT. 4. Embargos de que não se conhece" (TST-E-RR-615.173/99.5, SDI-1, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 15/04/2005).

Logo, NÃO CONHEÇO.

## **2. MÉRITO**

### **2.1. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. VALIDADE**

Em face do conhecimento do Recurso de Revista por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 182 da SDI-1 do TST (atual Súmula 85, item I, do TST), DOU-LHE PROVIMENTO para, conferindo validade ao acordo individual de compensação, excluir da condenação o pagamento das horas extras efetivamente compensadas.

#### **ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista apenas quanto ao tema "horas extras - compensação de jornada", por contrariedade à Orientação Jurisprudencial 182 da SDI-1 do TST (atual Súmula 85, item I, do TST), e, no mérito, dar-lhe provimento para, conferindo validade ao acordo individual de compensação, excluir da condenação o pagamento das horas extras efetivamente compensadas.

Brasília, 4 de fevereiro de 2009.

**João Batista Brito Pereira**

**Ministro Relator**

fls.

**PROC. N° TST-RR-94.401/2003-900-04-00.5**

**PROC. N° TST-RR-94.401/2003-900-04-00.5**

24/4/2014

TST - RR - 9440100-51.2003.5.04.0900 - Data de publicação: DEJT 13/02/2009

C:\TEMP\APUJOAAQ\TempMinu.doc

C:\TEMP\APUJOAAQ\TempMinu.doc

**ANEXO C – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 270500-84.2009.5.12.0050**



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

**PROCESSO Nº TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

**A C Ó R D Ã O**  
**(2ª Turma)**  
GDCGL/MV/amr

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE - ÓBITO FILIAL.** A pretensão de estabilidade postulada pela gestante é um direito de indisponibilidade absoluta, que se qualifica, em face de sua natureza jurídica, como direito social previsto constitucionalmente e que, por isso, não cabe interpretação da Carta Magna a fim de reduzir o alcance dos seus dispositivos, ou seja, é garantida à gestante a estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, tanto nos casos em que a gestação se completa quanto nas hipóteses de natimorto. "O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo." (Barros, 2006: 1.055). **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**, em que é Recorrente **RAFAELA DMENJON PINTO** e Recorrida **LIDERANÇA LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA.**

O Tribunal Regional da 12ª Região, mediante o acórdão de fls. 109/113, dentre outros temas, negou provimento ao recurso ordinário da reclamante quanto ao pedido de estabilidade provisória-gestante.

Inconformada, a autora interpõe recurso de revista às fls. 117/119, em que denuncia violação dos arts. 7º, VIII, da Constituição Federal, 10, II, "b", do ADCT, contrariedade à Súmula 244 e à Orientação Firmado por assinatura digital em 13/06/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.2

**PROCESSO N° TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

Jurisprudencial 88 da SBDI-1, ambas do TST, e divergência jurisprudencial.

O recurso foi admitido pelo despacho de fls. 121/122. Contrarrazões foram apresentadas às fls. 127/133. Sem remessa ao Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

**V O T O**

O recurso preenche os requisitos comuns de admissibilidade. Passo ao exame dos pressupostos extrínsecos.

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE**

**I - CONHECIMENTO**

O relator originário deste processo, Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, proferiu voto para conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 244, I e II, do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento da indenização substitutiva da estabilidade provisória, consistente nos salários e demais direitos correspondentes a todo o período da estabilidade provisória, compreendido entre a dispensa em 12/02/2009 e a data do óbito da criança, no dia 14/04/2009, nos seguintes termos:

“(...) consta expressamente da contestação o argumento de que o parto ocorreu em 12/01/2009 e a morte da criança no dia 14/04/2009, sem que tenha havido impugnação, pela autora (págs. 70/71, seq.1).

Também está descrito na decisão regional que ‘a confirmação da gravidez somente ocorreu após a rescisão contratual e a ré dela tomou conhecimento apenas quando o filho da autora, nascido prematuramente, já falecera, ou seja, com a citação desta ação’.

O quadro fático delineado pelo eg. TRT, portanto, é de confirmação de gravidez após a extinção do contrato, porém, seguida de morte da criança, antes do término dos cinco meses seguintes ao seu nascimento.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.3

**PROCESSO N° TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

Portanto, uma vez comprovado o óbito, tem-se a perda do objetivo da lei, relativo à garantia de integridade do nascituro e à garantia de ser amparado pela mãe, nos meses seguintes, cruciais ao seu bom desenvolvimento. Ou seja, por silogismo, a estabilidade provisória perdeu sua razão de ser e assim, extinguiu-se no momento em que se deu a referida fatalidade.

Esta parece, inclusive, ter sido a vontade do legislador, quando por analogia simples, observa-se a situação prevista pelo artigo 395 da CLT, segundo o qual, uma vez interrompida a gravidez por aborto não criminoso, **a estabilidade provisória do ADCT não se configura**, reservando-se à mulher, tão somente, direito a repouso remunerado de 2 semanas:

‘Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.’

Primeiramente, deve ser destacado que a nossa ordem jurídica dá proteção diversa à gestante quando há ocorrência de aborto da hipótese de parto, ainda que prematuro e/ou com óbito filial.

Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 201, II, da Constituição Federal, no qual há referência expressa sobre a “proteção à maternidade, ESPECIALMENTE à gestante”. Desse modo, a disposição do art. 10, II, “b”, do ADCT tem a finalidade de proteger todos os efeitos da gestação, consoante aquele preceito constitucional, abrangendo, outrossim, o nascituro, o recém-nascido, bem como a estrutura familiar.

Por sua vez, merece destaque a distinção que faz a nossa ordem jurídica na proteção concedida à gestante tanto na ocorrência de aborto, quanto na hipótese de parto, ainda que prematuro e/ou com óbito filial.

Registra a legislação previdenciária, nos termos do Decreto 3.048/1999: “em caso de parto antecipado ou não, a segurada tem direito aos 120 dias de licença maternidade (art. 93, §4°); por outro lado, em se tratando de aborto não criminoso, o direito a salário maternidade corresponde a duas semanas.” (art. 93, § 5°).

Firmado por assinatura digital em 13/06/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



**PROCESSO Nº TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

Além disso, dispõe o art. 236, § 4º, da IN 27, de 02/05/08, que: "Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento ocorrido a partir da 23ª semana (6º mês) de gestação, inclusive em caso de natimorto."

Para maior elucidação do assunto, cabe analisar o texto no § 3º do art. 294 da Instrução Normativa 45/2010:

Art. 294. O salário-maternidade é devido para as seguradas de que trata o art. 371 durante cento e vinte dias, com início até vinte e oito dias antes do parto e término noventa e um dias depois dele, considerando, inclusive, o dia do parto, podendo, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto serem aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico, observado o § 7º deste artigo.

**§ 1º O parto é considerado como fato gerador do salário-maternidade, bem como o aborto espontâneo, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção.**

§ 2º A data de início do salário-maternidade coincidirá com a data do fato gerador previsto no § 1º deste artigo, devidamente comprovado, observando que se a DAT for anterior ao nascimento da criança, a DIB será fixada conforme atestado médico original específico apresentado pela segurada, ainda que o requerimento seja realizado após o parto.

**§ 3º Para fins de concessão do salário-maternidade, CONSIDERA-SE PARTO O EVENTO OCORRIDO A PARTIR DA VIGÉSIMA TERCEIRA SEMANA (SEXTO MÊS) DE GESTAÇÃO, INCLUSIVE EM CASO DE NATIMORTO.**

§ 4º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico com informação do CID específico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

**§ 5º Tratando-se de parto antecipado ou não, AINDA QUE OCORRA PARTO DE NATIMORTO, este último comprovado mediante certidão de óbito, A SEGURADA TERÁ DIREITO AOS CENTO E VINTE DIAS PREVISTOS EM LEI, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS.**

§ 6º A prorrogação dos períodos de repouso anteriores e posteriores ao parto consiste em excepcionalidade, compreendendo as situações em que



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.5

**PROCESSO N° TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

exista algum risco para a vida do feto ou criança ou da mãe, devendo o atestado médico ser apreciado pela Perícia Médica do INSS, exceto nos casos de segurada empregada, que é pago diretamente pela empresa.

§ 7º Para a segurada em prazo de manutenção da qualidade de segurado, fica assegurado o direito à prorrogação prevista no caput somente para repouso posterior ao parto.

A legislação trabalhista também concede especial proteção à gestante. Destaque-se, por oportuno, que o art. 392, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, reconhece, expressamente, em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo (Parágrafo com redação dada pela Lei nº 10.421, de 2002). Outrossim, o art. 395 da CLT dispõe: "Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento."

Mostra-se pertinente a lição de que, "se a mãe que dá à luz a natimorto tem direito ao benefício [salário-maternidade], com muito mais propriedade, o óbito da criança após o nascimento não será causa de cessação do mesmo" (Horvath Júnior, 2004: 120).

Como dito, a ordem jurídica diferentemente trata o parto antecipado da ocorrência do aborto. Faz-se importante a distinção porque o art. 10, II b, do ato das disposições transitórias da Constituição Federal, registra expressamente a vedação de dispensa "da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."

Em consulta breve, constata-se que: O aborto é definido como a interrupção da gravidez até a 22ª semana ou, se a idade gestacional for desconhecida, com o produto da concepção pesando menos de 500 gramas ou medindo menos de 16 cm.

Os fatos consignados dão conta da ocorrência de parto prematuro (e não aborto):

Segundo a certidão de nascimento da fl. 27, a criança nasceu em 12-04-2009 (sic) e, conforme o documento da fl. 28, veio à óbito em 14-04-2009.

Firmado por assinatura digital em 13/06/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.6

**PROCESSO N° TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

Depreende-se do documento da fl. 32 que a gravidez da autora foi confirmada somente em 18-02-2009, quando contava com aproximadamente 19 semanas e 5 dias ( $\pm$  1 semana), fato admitido por ela no seu depoimento pessoal (fl. 94).

O tempo de gestação revela a ocorrência de parto (e não aborto) e que a criança veio a óbito dois dias depois de nascer. Neste contexto, à hipótese não se aplica a regra do art. 395 da CLT, nem mesmo por analogia.

É de haver, para o caso, maior proteção que deve alcançar a gestação e o período posterior, inclusive a ocorrência do trauma da morte da criança recém-nascida.

Assim, nos termos do que dispõe o artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não se exclui da garantia de estabilidade ou a indenização respectiva a hipótese de **morte** da criança, após o parto.

Nesse entendimento, os seguintes precedentes desta Corte:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. EXTINÇÃO DA FILIAL. MORTE DA CRIANÇA APÓS O PARTO.** A Súmula nº 244, I, do Tribunal Superior do Trabalho garante o direito à estabilidade provisória da gestante, independente do desconhecimento do empregador. A indenização é devida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O direito não é extirpado em decorrência de extinção da filial. O intento do legislador foi o de proteger a gestante contra despedida arbitrária e preservar o nascituro. O artigo 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não exclui a garantia de estabilidade ou a indenização respectiva, na hipótese de morte da criança, após o parto. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Processo: AIRR - 94140-95.2001.5.24.0002 Data de Julgamento: 19/08/2008, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 12/09/2008.

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. GESTANTE. ESTABILIDADE.** A afirmação do Tribunal Regional, de que a estabilidade da gestante, em caso de falecimento do filho, limita-se à data do óbito, configura possível

Firmado por assinatura digital em 13/06/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.7

**PROCESSO Nº TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

violação do art. 10, II, b, do ADCT. Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE. TERMO *AD QUEM*. ANTECIPAÇÃO. MORTE DO NASCITURO. NULIDADE. O parto antecipado da gestante e o posterior falecimento do nascituro não antecipam o termo *ad quem* da estabilidade da gestante, devendo esta se estender até o quinto mês após o parto, independentemente do óbito do nascituro. Recurso de revista a que se dá provimento. Processo: RR - 119340-33.2004.5.01.0037 Data de Julgamento: 02/04/2008, Relatora Juíza Convocada: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/04/2008.

Ressalte-se ainda que a pretensão à estabilidade postulada pela gestante é um direito de indisponibilidade absoluta, que se qualifica, em face de sua natureza jurídica, como direito social previsto constitucionalmente e que, por isso, não cabe interpretação da Carta Magna a fim de reduzir o alcance dos seus dispositivos, ou seja, é garantida à gestante a estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, tanto nos casos em que a gestação se completa quanto nas hipóteses de natimorto.

"O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo." (Barros, 2006: 1.055).

Assim, havendo parto antes da vigésima terceira semana de gravidez, resultando nascimento com vida, sem dúvida, tal evento deve ser considerado fato gerador do salário-maternidade (Figueiredo & Oliveira, 2007: 51). A referência à vigésima terceira semana ou sexto mês de gravidez somente é relevante para distinguir se o fato é parto de natimorto ou então aborto, apesar da pouca clareza redação do art. 236, § 4º, da Instrução Normativa n. 27/08, que não pode estabelecer restrições não previstas em leis.

Por força do disposto no art. 53 da Lei 6.015/73, deve ser lavrado o assento inclusive no caso de ter a criança nascido morta

Firmado por assinatura digital em 13/06/2013 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.8

**PROCESSO N° TST-RR-270500-84.2009.5.12.0050**

ou no de ter morrido por ocasião do parto, de acordo com os elementos que couberem e com remissão ao óbito (art. 53, caput). Todavia, no caso de a criança morrer na ocasião do parto, após respirar, devem ser lavrados dois assentos, o de nascimento e o do óbito (art. 53, § 2°).

Pelo exposto, peço vênha para divergir do e. Ministro Relator para conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 244, I e II do TST e, no mérito, dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização substitutiva da estabilidade provisória, consistente nos salários e demais direitos correspondentes a todo o período da estabilidade provisória, compreendido entre a dispensa em 12/02/2009 e gravidez até cinco meses após o parto.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por contrariedade à Súmula 244, I e II do TST e, no mérito, por maioria dar-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento da indenização substitutiva da estabilidade provisória, consistente nos salários e demais direitos correspondentes a todo o período da estabilidade provisória, compreendido entre a dispensa em 12/02/2009 e gravidez até cinco meses após o parto. Vencido o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva, Relator, que dava provimento menos amplo.

Brasília, 22 de maio de 2013.

Firmado por assinatura digital (Lei n° 11.419/2006)

**RENATO DE LACERDA PAIVA**  
Ministro Presidente da Segunda Turma

## ANEXO D – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 125700-48.2004.5.17.0001

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

### ACÓRDÃO

#### 8ª TURMA

MCP/alw/ra

#### RECURSO DE REVISTA - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Não há falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional se o acórdão regional consigna os motivos do convencimento. A simples contrariedade das razões de decidir às pretensões da parte não configura abstenção da atividade julgadora.

#### JULGAMENTO EXTRA PETITA - ADICIONAL DE HORAS EXTRAS

Não há falar em julgamento extra petita se a condenação observa os limites do pleito inicial.

#### HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA

Não havendo notícia de justificativa para a ausência dos cartões de ponto de parte da contratualidade, aplica-se o entendimento consubstanciado na Súmula nº 338, I, do TST.

#### DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS

O acórdão regional está conforme a Súmula nº 368, item III, desta Corte.

#### DESCONTOS FISCAIS - RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO

Não há como confundir a responsabilidade do empregador pelo recolhimento das contribuições fiscais com o ônus de suportá-las. A Súmula nº 368 é clara nesse aspecto quando remete aos "(...) termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT (...)".

#### HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O acórdão regional contrariou o entendimento das Súmulas nºs 219 e 329 desta Corte.

#### CORREÇÃO MONETÁRIA - ÉPOCA PRÓPRIA

As instâncias ordinárias decidiram em consonância com a Súmula nº 381 do TST, mormente porque o índice de correção monetária é mensal, e não diário.

#### ESTABILIDADE DA GESTANTE - INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE TRATAMENTO - JULGAMENTO EXTRA PETITA

1. Não há falar em julgamento extra petita, eis que a indenização pelo período de duas semanas em decorrência de aborto, nos termos do art. 395 da CLT, consta do pleito de alínea "h" da exordial.

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

2. O artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT assegura a estabilidade provisória à gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, sem exigir o preenchimento de requisito outro, que não a própria condição de gestante.

3. Exaurido o período estabilitário, ocorre a conversão da reintegração em obrigação de indenizar, que compreende os salários, FGTS, férias e 13º salário, desde a dispensa obstativa até 5 (cinco) meses após o parto.

4. Tendo em vista a interrupção da gravidez por aborto não criminoso, a estabilidade provisória do ADCT não se configura, reservando-se à mulher direito a repouso remunerado de 2 semanas, nos termos do art. 395 da CLT.

5. Ante a inexistência de ressalvas, o lapso temporal a ser indenizado corresponde ao compreendido entre a data da dispensa obstativa e o término das duas semanas após a interrupção da gestação. Precedentes desta Corte.

#### **COMPENSAÇÃO**

A compensação, na Justiça do Trabalho, aplica-se aos valores pagos sob idêntica origem e natureza.

#### **DESCONTOS RELATIVOS A REFEIÇÕES - JULGAMENTO EXTRA PETITA**

1. O Tribunal Regional, ao manter a sentença, que determinara a devolução de todos os descontos efetuados, além daqueles constantes no pedido, incorreu em julgamento *extra petita*.

2. Nesses termos, o acórdão regional não observou o princípio da adstrição da sentença ao pedido, contrariando o art. 460 do CPC.

#### **DESCONTOS RELATIVOS A REFEIÇÕES - LEGALIDADE**

1. O Eg. Tribunal Regional consignou que a Reclamada não logrou comprovar a veracidade de suas alegações, no sentido de que os descontos não foram realizados nos dias de folga. Aplica-se a Súmula nº 126 do TST.

2. Quanto à legalidade dos descontos, o Recurso não ataca o fundamento adotado pelo acórdão regional, no sentido de que, independentemente da legalidade dos descontos, estes só devem ser efetuados nos dias efetivos de labor. Incide a Súmula nº 422 do TST.

#### **ADICIONAL DE INSALUBRIDADE**

A Corte *a quo* concluiu que a Reclamante trabalhou em condições insalubres, por lidar com o detergente ODOLIM, produto químico agressivo. Registrou que a regra aplicável

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

ao caso seria NR-15, anexo 13, que trata de substâncias insalubres pela sua qualidade, dispensando-se a análise quantitativa. Incidência da Súmula nº 126 do TST.

#### **HONORÁRIOS PERICIAIS**

Mantida a condenação da Ré ao adicional de insalubridade, incumbe-lhe o pagamento dos honorários periciais.

Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº **TST-RR-1.257/2004-001-17-00.4**, em que é Recorrente **YARA ALIMENTOS LTDA.** e Recorrida **CLAUDETE FRAGA DA CONCEIÇÃO.**

O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, em acórdão de fls. 318/329, complementado às fls. 350/354, deu parcial provimento aos Recursos Ordinários da Reclamada e da Reclamante.

A Ré interpõe Recurso de Revista às fls. 357/382.

Despacho de admissibilidade, às fls. 388/389.

Contra-razões, às fls. 394/417.

Os autos não foram remetidos ao D. Ministério Público do Trabalho, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

#### **V O T O**

##### **REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE**

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade - tempestividade (fls. 355 e 357), regularidade de representação (fls. 195) e preparo (fls. 244/245 e 383) -, passo ao exame do recurso.

##### **I - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

###### **a) Conhecimento**

A Reclamada argúi, preliminarmente, a nulidade do v. acórdão regional, por negativa de prestação jurisdicional. Sustenta que o aresto regional, não obstante a oposição de Embargos de Declaração, restou omisso na análise das seguintes questões: (i) confissão da Autora do gozo de intervalo intrajornada de 20 minutos; (ii) ausência de impugnação dos cartões de ponto; e (iii)

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

confissão da realização da troca de uniformes antes do início da jornada. Aponta ofensa aos artigos 5º, LV, e 93, IX, da Constituição da República e 818 da CLT.

O Tribunal Regional, às fls. 350/354, deu parcial provimento aos Embargos de Declaração para prestar esclarecimentos. Consignou:

"2. Diz que v. acórdão é omissivo quanto à falta de impugnação dos cartões de ponto; que a própria obreira reconheceu a veracidade dos cartões.

Na exordial foi narrado que os pontos eram batidos corretamente, mas indica-se o trabalho além da jornada em uma hora diária e sonegação parcial do intervalo intrajornada, sendo certo que haviam casos em que a jornada era desrespeitada, sem a marcação das horas extras e seu pagamento.

O juiz desconsiderou os cartões de ponto onde não existia a assinatura da reclamada, eis que essa entendia que não seriam devidas as horas extras. Assim, em relação à reclamante a prova deveria vir acompanhada da sua assinatura em casos tais.

3. Afirma que a reclamante em seu depoimento disse que batia seu ponto depois de trocar o uniforme e que o horário de intervalo era respeitado, utilizando vinte minutos, bem como que às 18:00 horas liberava o jantar permanecendo no serviço até as 20 horas (de 18:00 às 19:00 servia o jantar e de 19:00 às 20:00 fazia a limpeza. Diz que com base nesse depoimento não há prova de horas extras, nos termos do art. 818, da CLT.

O v. acórdão não considerou que a reclamante teria confessado que não varia horas extras quando do seu relato de fls. 204, pois diz que antes de bater o cartão de ponto ia ao vestiário e que não fazia o lanche da manhã na empresa, não sendo taxativo o rol de atividades que narrou. Além disso, entendeu-se que valem os cartões de ponto (prova própria) e que nos dias em que não foram juntados vale a jornada indicada na exordial.

4. Pretende que conste que não houve impugnação quanto ao fato de se tratar de escala 12X36 e que não houve prova de que a obreira chegava 30 minutos antes do termo inicial do horário contratual (a única prova seria o seu depoimento pessoal - a testemunha em comum não corroborou a existência de sonegação do intervalo intrajornada - no máximo de 15 minutos).

Considerou-se devidas as horas extras nos termos da peça de ingresso onde consta que tal escala não era seguida, bem como que havia sonegação do intervalo intrajornada. O v. acórdão considerou os cartões de ponto juntados aos autos, com limitações consignadas na decisão guerreada.

5. Diz que na inicial consta que o intervalo gozado era de 10 minutos e que no depoimento foi dito pela reclamante que era de 20 minutos.

Aqui deve-se apontar que de fato houve a confissão no sentido de que o intervalo concedido era de 20 minutos, mas os embargos não são sede para reapreciação de prova, visando correção de eventual *error in iudicando*." (fls. 351/352)

Inicialmente, cumpre esclarecer que, de acordo com a Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1, só será

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

levada em consideração a alegada violação ao artigo 93, IX, da Constituição, tendo em vista que as demais afrontas mencionadas não são aptas a fundamentar a nulidade ora propugnada.

Conforme se evidencia da transcrição do acórdão regional, não há falar em negativa de prestação jurisdicional, porquanto a Corte a *quo* consignou os motivos de seu convencimento, procedendo ao completo e fundamentado desate da lide.

Decerto, o art. 93, inciso IX, da Constituição da República, ao preceituar que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade, não exige que o julgador rebata, ponto a ponto, todos os argumentos articulados pelas partes. O princípio do livre convencimento motivado exige apenas que, a partir da apreciação dos fatos e provas constantes do processo, o magistrado exponha, de forma fundamentada, os motivos de sua decisão. A simples contrariedade das razões de decidir às pretensões da parte não configura abstenção da atividade julgadora.

**Não conheço.**

**II - JULGAMENTO EXTRA PETITA - ADICIONAL DE HORAS EXTRAS**

**a) Conhecimento**

Eis os fundamentos do Eg. Tribunal Regional, no pertinente:

**"DOS PERCENTUAIS DAS HORAS EXTRAS**

O Juízo *a quo* estabeleceu os percentuais das horas extras em 50% e nos domingos e feriados em 100%.

Diante disso, a reclamada alega que há julgamento extra petita, eis que a reclamante, na exordial, não pleiteou hora extra com adicional.

Pois bem, em que pese a ausência, na inicial, de indicação dos referidos adicionais, não há falar de julgamento extra petita, pelo que o adicional de 50% é um direito de ordem constitucional. Já o pagamento dobrado do adicional nos domingos e feriados decorre da Lei n.º 605/49.

Rejeito." (fls. 320)

Em resposta aos Embargos de Declaração opostos, consignou:

"1.Diz que não há pedido de horas extras com adicional pertinente, sendo certo que não cabe ao juiz deduzir pedidos, sendo caso de inépcia da peça de ingresso.

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Não há julgamento *extrapetita*, pois quem pede horas extraordinárias tem direito a receber o período de trabalho com o adicional, o que não aconteceu no caso dos autos, constando na exordial os fatos e os fundamentos ( trabalhou em período de descanso e fora horário contratual sem receber as horas extras que tinha direito), existindo o pedido de condenação da reclamada a pagar horas extras (o adicional deve ser aplicado pelo juiz, eis que é o órgão competente para dizer o direito, aplicando a lei aos casos concretos)." (fls. 351)

Em Recurso de Revista, a Reclamada sustenta a ocorrência de julgamento *extra petita*, alegando a ausência de indicação e de pleito relativo ao pagamento dos adicionais de 50% e 100%. Aponta violação aos artigos 840 da CLT, 128, 267, I, 286, I, II e III, 295, I, 459 e 460 do CPC. Colaciona arestos.

Inicialmente, ressalte-se que no Processo do Trabalho os princípios da simplicidade e informalidade possuem especial relevo. Assim, nos termos do art. 840, §1º, da CLT, basta ao autor, quando do ajuizamento da Reclamação Trabalhista, realizar "(...) uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio (...)".

O julgamento *extra petita*, com vedação prevista no art. 460 do CPC, é um vício relacionado ao pedido. É o que se verifica quando, apesar de inexistente certa postulação, impõe-se à parte contrária a condenação.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o Tribunal Regional proferiu decisão em conformidade ao delineado na exordial. Com efeito, na petição inicial a Autora postula o pagamento "das horas extras excedentes ao horário contratual" (fls. 5) e "como extra os dias trabalhados durante os feriados e quando cobria algum funcionário" (fls. 16).

Não há necessidade de postular o pagamento do adicional de horas extras, porquanto este é corolário da caracterização de labor extraordinário, conforme se infere do art. 7º, inciso XVI, da Constituição, que prescreve a "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal". O adicional dobrado nos domingos e feriados, por sua vez, decorre da Lei nº 605/49.

Assim, não há falar em julgamento *extra petita*. Restam incólumes os dispositivos invocados. Os arestos colacionados são inespecíficos, visto que abordam hipótese de concessão integral do intervalo intrajornada não concedido, havendo pedido limitado ao saldo do intervalo não usufruído. Aplica-se a Súmula nº 296 do TST.

**Não conheço.**

**III - HORAS EXTRAS - ÔNUS DA PROVA**

**a) Conhecimento**

Eis os fundamentos do acórdão regional:

**"HORAS EXTRAS - TRABALHO EXTRAJORNADA**

O Juízo *a quo* considerou a jornada descrita na exordial tendo em vista a ausência de alguns cartões (a reclamada não teria apresentado todos os cartões do pacto laboral) e os cartões acostados que não estão assinados pela reclamante. Enfim, segundo seu entendimento, devem ser consideradas apenas a jornadas descritas nos cartões que foram assinados pela reclamante.

A reclamada insurge-se contra a r. sentença, no sentido de que todos os cartões foram anexados aos autos e que a reclamante não os impugnou, mas sim, no seu depoimento, os reconheceu como verídicos.

Com razão a reclamada, parcialmente.

Nas fls. 63/65, 69 e nos respectivos versos, verifica-se que nem todos os cartões foram assinados. Todavia, a reclamante não os impugnou em sua totalidade, e sim apenas os documentos de fl. 69. Quanto aos demais os validou ao se manifestar sobre os referidos documentos. É o que se infere dos termos de fls. 117/118 e 130.

Porém, também se observa pelas fls. 63/65 e 69 que nem todos os cartões foram apresentados pela reclamada, haja vista que a reclamante prestou serviços do dia 03/11/2003 ao dia 29/06/2004. Porém, também se observa pelas fls. 63/65 e 69 que nem todos os cartões foram apresentados pela reclamada, haja vista que a reclamante prestou serviços do dia 03/11/2003 ao dia 29/06/2004 (fls. 24/25) e nos autos apenas constam os cartões dos meses de novembro e dezembro de 2003 e janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2004.

Sendo assim, ausente o cartão do mês de junho de 2004 e impugnados os cartões dos meses de janeiro e fevereiro de 2004 (realmente estão bem apagados/ilegíveis), importa dizer que nestes meses a jornada alegada na inicial deve ser mantida.

Já no tocante aos demais meses abarcados pelos cartões, os dias em que a jornada de 12 horas for ultrapassada (escala de 12x36), o excedente deverá ser considerados como hora extra. Como exemplo temos o dia 13/04/2004 (fl. 63 verso), no qual a reclamante laborou das 06:42 hrs às 20:55 hrs, mas não há o pagamento de hora extra correspondente (fl. 29). Isso será realizado em liquidação de sentença.

Posto isso, dou parcial provimento, para considerar a jornada alegada na inicial apenas nos meses de janeiro, fevereiro e junho de 2004, sendo que nos demais meses a apuração será realizada em liquidação de sentença." (fls. 321/322)

**"HORAS EXTRAS - DOMINGOS E FERIADOS**

Primeiramente, mister salientar que não há falar-se em inépcia da inicial, como requer a reclamada, por falta de indicação dos dias trabalhados em domingos e feriados, haja vista que é ônus do empregador o registro da jornada de trabalho do empregado (Súmula 338 do TST). Portanto, há que se inverter o ônus da prova se o empregador acostar os cartões.

Pois bem, conforme salientado nos tópicos anteriores, ante a ausência do cartão de ponto do

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

mês de junho e da impugnação dos cartões de janeiro e fevereiro, a narrativa autoral deve ser considerada como verdadeira.

Já em relação aos demais meses do pacto laboral, não há falar-se em horas extras em feriado ou domingo, pelo que o autor sequer indicou os dias em que houve substituição de funcionários nesses dias, logo, não se desincumbiu do ônus da prova, que foi invertido em virtude da apresentação dos cartões pala reclamada.

Dou parcial provimento, para deferir o pedido de letra "c" apenas em relação aos meses não abrangidos pelos cartões de ponto (janeiro, fevereiro e junho de 2004)." (fls. 323)

Na Revista, a Reclamada sustenta que não houve prova de que a Autora chegasse mais cedo ao local de trabalho. Aduz que não é ônus da Ré a prova de ausência de trabalho em domingos e feriados. Aponta violação ao art. 818 da CLT e colaciona arestos.

Sem razão.

O Eg. Tribunal Regional acolheu a jornada de trabalho alegada na inicial apenas nos meses em que não foram juntados os cartões de ponto.

Não havendo, pois, notícia de justificativa para a ausência dos cartões de ponto de parte da contratualidade, aplica-se o entendimento consubstanciado na Súmula nº 338, I, do TST, *in verbis*:

"JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)"

Está incólume o artigo 818 da CLT. Os arestos estão superados, na forma da Súmula nº 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT.

**Não conheço.**

#### **IV - DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS**

##### **a) Conhecimento**

No particular, a Corte de origem decidiu que o desconto da previdência deve ser determinado pelo valor histórico. Estas, as razões de decidir:

#### **"DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS**

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

O Tribunal decidiu dar provimento parcial ao recurso, entendendo que se a empresa, olvidando dos direitos do empregado, não os quita no momento oportuno, apenas ela deve responder pela correção, juros e multa a incidir no valor pago ao trabalhador. A multa e a correção monetária não podem, portanto, ser de responsabilidade do trabalhador, já que este não deu causa à mora do empregador. Assim, a dedução deverá ser efetuada apenas em relação ao valor histórico, apurado mensalmente, respeitando-se o teto.

Dado provimento parcial." (fls. 327/328)

A Recorrente alega que não se pode deferir o desconto do recolhimento previdenciário considerando o valor histórico. Aponta violação aos artigos 195 da Constituição Federal, 43 e 44 da Lei 8.212/91, à Lei 8.620/93 e contrariedade à Súmula nº 368 do TST.

A matéria já se encontra pacificada pela Súmula nº 368, item III, desta Corte, que dispõe:

"III. Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/99 que regulamentou a Lei nº 8.212/91 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ 228 - Inserida em 20.06.2001)."

Assim, o Tribunal de origem, ao determinar que o recolhimento previdenciário referente à quota-parte do empregado seja calculado mês a mês, decidiu de acordo com a atual jurisprudência desta Corte.

**Não conheço.**

## **V - DESCONTOS FISCAIS**

### **a) Conhecimento**

O Eg. Tribunal Regional entendeu ser ônus da Reclamada o pagamento da tributação não recolhida no momento oportuno. Neste tópico, assim se pronunciou:

#### **"DOS DESCONTOS FISCAIS**

A douta maioria negou provimento ao recurso, no particular, entendendo, com base nos artigos 186 e 927 do NCCB, que é do reclamado a responsabilidade integral pelas parcelas fiscais. O reclamado não pagou ao empregado, no momento oportuno, portanto deve arcar com o pagamento do imposto correspondente a eventuais diferenças que estariam isentas caso fossem pagas corretamente.

Negado provimento." (fls. 325)

Nas suas razões de Recurso de Revista, a Empresa pugna pela responsabilização da Reclamante pela sua cota-parte nos descontos fiscais e previdenciários. Aponta

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

violação aos artigos 212 da Constituição da República, 7º, I, da Lei nº 7.713/88, 46 da Lei nº 8.541/92 e contrariedade à Súmula nº 368 do TST.

Quanto aos descontos previdenciários, carece de interesse recursal a Recorrente, porquanto não foi determinada a responsabilização exclusiva da empregadora.

Consoante determina o inciso II da Súmula nº 368 do TST, "é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo incidir, em relação aos descontos fiscais, **sobre o valor total da condenação**, referente às parcelas tributáveis, calculado ao final, nos termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT nº 03/2005 (ex-OJ nº 32 - Inserida em 14.03.1994 e OJ nº 228 - Inserida em 20.06.2001)" (grifei).

Dessarte, não há como confundir a responsabilidade do empregador pelo recolhimento das contribuições fiscais e previdenciárias com o ônus de suportá-las. O mencionado verbete é claro nesse aspecto quando remete aos "(...) termos da Lei nº 8.541/1992, art. 46 e Provimento da CGJT (...)" , ou seja, o disposto na aludida Súmula, de nenhuma maneira, quer dizer que as contribuições fiscais e previdenciárias deverão ser suportadas **exclusivamente** pelo empregador.

Vejamos os preceitos insertos nos arts. 46 da Lei nº 8.541/92 e 74 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (DJ 20/4/2006), que revogou o Provimento nº 3/2005, respectivamente:

"Art. 46. O imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário."

"Art. 74 A decisão ou o despacho que autorizar o levantamento, total ou parcial, do depósito judicial, em favor do reclamante, deverá também autorizar o levantamento, pela fonte pagadora, dos valores apurados a título de imposto de renda, de responsabilidade do reclamante, a serem deduzidos do seu crédito, destinados ao recolhimento na forma da lei."

Valho-me, ainda, do escólio do Exmo. Min. Milton de Moura França:

"JUSTIÇA DO TRABALHO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E FISCAIS - DETERMINAÇÃO DOS DESCONTOS - COMPETÊNCIA - CRITÉRIO DE DEDUÇÃO - TOTALIDADE DOS CRÉDITOS DA CONDENAÇÃO - RESPONSABILIDADE.

I - Os arts. 46 da Lei nº 8.541/92 e 43 da Lei nº 8.212/91 disciplinam, respectivamente, o recolhimento do imposto de renda e da contribuição previdenciária. O § 3º do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 20/98, não deixa dúvida alguma quanto à competência material da Justiça do Trabalho, competência essa que esta Corte tem reiteradamente proclamado (Orientação nº 141 da SDI-1).

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

II - Segundo o artigo 46 da Lei nº 8.541/92, 'o imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se torne disponível para o beneficiário'. Verifica-se, pois, que o referido desconto tem por fato gerador a existência de sentença condenatória e a disponibilidade dos valores dela decorrentes ao empregado. A lei, ao determinar que o tributo seja retido na fonte, deixa incontroverso que a sua incidência se dará sobre a totalidade dos valores recebidos. Nesse contexto, não há margem para o entendimento segundo o qual os descontos fiscais devem incidir sobre os créditos decorrentes da condenação judicial, considerados mês a mês, e desde que ultrapassados os limites legais de isenção, sob pena de se estar promovendo ilícita alteração no fato gerador da obrigação tributária, bem como na respectiva base de cálculo. O mesmo raciocínio se aplica aos descontos previdenciários, tendo em vista o comando inserto no artigo 43 da Lei nº 8.212/91, quando dispõe que, uma vez discriminadas as parcelas na sentença, afastam-se aquelas que não compõem a base de cálculo da contribuição previdenciária, sendo que, sobre as demais, o desconto incide considerando-se o valor total da condenação apurado em liquidação. Por outro lado, o art. 11, parágrafo único, alíneas 'a' e 'c', do mencionado diploma legal define como sujeitos da obrigação tributária, em relação às contribuições sociais, os empregadores e os empregados. Logo, considera-se que a referida lei expressamente prevê a forma de dedução dos descontos previdenciários pelo seu valor total, que serão suportados pelo reclamante e pelo reclamado, responsáveis, cada qual com sua quota-parte, pelo custeio da Seguridade Social, na forma do artigo 195 da CF/88.

III - O imposto de renda, a cargo do reclamante, deve ser retido e recolhido pela reclamada, enquanto os descontos previdenciários são suportados pelo reclamante e pelo reclamado, responsáveis, cada qual com sua quota-parte, pelo custeio da Seguridade Social. Recurso de embargos provido." (TST-E-RR-493.202/1998, DJ 19/9/2003)

Ante o exposto, vê-se que a responsabilidade pelo recolhimento do imposto de renda é do empregador, mas incide sobre o crédito judicialmente reconhecido ao empregado, na forma prevista na mencionada consolidação.

No mesmo sentido, a Orientação Jurisprudencial nº 363 da SBDI-1, *in verbis*:

**DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. CONDENAÇÃO DO EMPREGADOR EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO PELO PAGAMENTO. ABRANGÊNCIA. DJ 20, 21 E 23.05.2008**

A responsabilidade pelo recolhimento das contribuições social e fiscal, resultante de condenação judicial referente a verbas remuneratórias, é do empregador e incide sobre o total da condenação. Contudo, a culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos pagamentos do imposto de renda devido e da contribuição previdenciária que recaia sobre sua quota-parte.

Desse modo, **conheço** do Recurso de Revista por violação ao artigo 46 da Lei 8.541/92.

#### **b) Mérito**

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Consectário lógico do conhecimento do Recurso de Revista por violação a dispositivo legal é o seu provimento. Assim, **dou-lhe provimento** para determinar que, por ocasião da liquidação do título executivo judicial, proceda-se aos descontos fiscais, observando-se o disposto na Súmula nº 368 do TST, no artigo 46 da Lei nº 8.541/92 e na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

## VI - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

### a) Conhecimento

O Eg. Tribunal a quo deu parcial provimento ao Recurso Ordinário da Reclamante, reformando a sentença para condenar a Ré ao pagamento de honorários advocatícios tão-somente com fundamento no princípio da sucumbência, *in verbis*:

#### "DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O Tribunal deu provimento ao recurso, no aspecto, para deferir a verba honorária no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor condenatório, ante a sucumbência (artigo 20, do CPC) e com base no artigo 22 da Lei 8.906/94, em conformidade com o artigo 133 da CF." (fls. 328)

Em resposta aos Embargos de Declaração opostos, assim consignou a Corte a quo:

"9.Diz que o obreiro não se encontra assistido pelo sindicato de sua categoria profissional, devendo consta no v. acórdão, pois a despeito disso foram deferidos honorários de advogado.

O v. acórdão deferiu os honorários de advogado com base na sucumbência, ou seja, não aplicou a Lei 5.584/70, de modo que a despeito da falta de assistência sindical a verba constou na condenação." (fls. 352/353)

A Reclamada recorre de Revista alegando que a obreira não está assistida pelo sindicato. Sustenta que a condenação ao pagamento da verba honorária sem o preenchimento dos requisitos legais autorizadores viola o artigo 14 da Lei nº 5.584/70, bem como contraria as Súmulas nºs 219 e 329 do TST. Colaciona arestos.

Assiste razão à Reclamada, quando aponta contrariedade à Súmula nº 219 do TST.

O Eg. TST já pacificou as controvérsias existentes sobre a matéria, editando a Súmula nº 219 - confirmada pela de nº 329 -, no sentido de que a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre unicamente da sucumbência, elegendo dois requisitos à concessão da verba: a assistência do reclamante por sindicato da categoria profissional e a comprovação de

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou de situação econômica que não permita ao empregado demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Esse entendimento foi confirmado pela Orientação Jurisprudencial nº 305 da C. SBDI-1, que dispõe:

"Na Justiça do Trabalho, o deferimento de honorários advocatícios sujeita-se à constatação da ocorrência concomitante de dois requisitos: o benefício da justiça gratuita e a assistência por sindicato."

O Eg. TRT, ao deferir a verba honorária tão-somente com fundamento na hipossuficiência da Reclamante - a despeito do fato de a Autora não estar assistida pelo seu sindicato (fls. 210) -, contrariou a iterativa e notória jurisprudência do Eg. TST.

**Conheço**, por contrariedade às referidas súmulas.

#### **b) Mérito**

Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade a súmulas desta Corte, **dou-lhe provimento** para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios.

### **VII - CORREÇÃO MONETÁRIA - ÉPOCA PRÓPRIA**

#### **a. Conhecimento**

Eis o acórdão, no particular:

#### **"CORREÇÃO MONETÁRIA - ÉPOCA PRÓPRIA**

O prazo de 5 (cinco) dias aludido pelo artigo 459, da CLT, é apenas um reforço legal para evitar a inadimplência salarial, é uma benesse concedida pela lei ao empregador, tolerando-se o atraso no pagamento dos salários durante os cinco primeiros dias úteis do mês subsequente ao vencido, findo os quais, a mora se torna intolerável. Não objetiva a lei favorecer o inadimplente. Assim, decorrido o prazo benevolente assegurado pela lei, a atualização deve incidir desde a data da exigibilidade do salário, qual seja, o primeiro dia do mês subsequente ao trabalhado.

Observe-se que referido entendimento encontra-se consoante a Súmula 381/TST, verbis:

'Correção monetária. Salário. Art. 459, CLT. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º.'

**Nego provimento.**" (fls. 326)

A Reclamada requer que se considere o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido para efeito de início da contagem da correção monetária e dos juros. Invoca o

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

art. 459, parágrafo único, da CLT.

Sem razão.

Esta Eg. Corte, por meio da Súmula nº 381, dispõe:

**"CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT. (CONVERSÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 124 DA SDI-1) - RES. 129/2005 - DJ 20.04.05**

O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data-limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º(ex-OJ nº 124 - Inserida em 20.04.1998)."

Independentemente do dia em que o salário for habitualmente pago, somente incidirá correção monetária se for ultrapassada a data-limite fixada no art. 459, parágrafo único, da CLT. Cumpre ressaltar que, nos termos da referida súmula, o índice de correção monetária é mensal, e não diário.

**Não conheço.**

**VIII - ESTABILIDADE DA GESTANTE - INDENIZAÇÃO DO PERÍODO DE TRATAMENTO - JULGAMENTO EXTRA PETITA**

**a. Conhecimento**

O Eg. Tribunal Regional, no que interessa, reformou a r. sentença para reduzir a indenização correspondente ao período de estabilidade, nos seguintes termos:

**"DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA (EMPREGADA GESTANTE) - INDENIZAÇÃO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO**

A reclamada alega que a r. sentença é contraditória. Para tanto, sustenta que, se o Juízo *a quo* entendeu ser a estabilidade da gestante uma proteção ao nascituro, não há que se falar em qualquer indenização, pois, em virtude do acontecimento do aborto, não há mais o nascituro para ser protegido. Outrossim, aduz a reclamada que não existe embasamento legal para deferimento de indenização do período compreendido entre o aborto e o fim do tratamento.

Merece reforma a r. sentença, parcialmente.

Mister frisar que a estabilidade da gestante pressupõe o parto. Porém, no caso em apreço, a reclamante sofreu um aborto inevitável e espontâneo (fl. 27), o que lhe garantiria apenas um repouso remunerado de duas semanas, a teor do art. 395 da CLT.

Posto isso, dou parcial provimento, para reduzir a condenação da indenização e fixá-la conforme a segunda parte do pedido de letra "h" da inicial, ou seja, duas semanas de repouso remunerado, contados a partir do dia 26/06/2004." (fls. 325)

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Na Revista, a Reclamada sustenta que o deferimento de indenização pelo período de tratamento resultou em julgamento *extra petita*. Aduz que restou incontroversa a ocorrência de aborto espontâneo, sem culpa da Ré, razão pela qual não pode ser obrigada a pagar pelas semanas de tratamento. Requer, por fim, a exclusão de qualquer condenação, alegando que não há falar em estabilidade se a Autora não permaneceu grávida, e que na época do aborto a Reclamante não era mais empregada da Ré. Aponta violação aos artigos 128, 459 e 460 do CPC, 818 da CLT e 5º, II, da Constituição.

O Eg. Tribunal Regional deu parcial provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada, para reformar a sentença, que havia determinado o pagamento de indenização referente a todo o período de tratamento da Reclamante. Determinou, assim, a redução da indenização ao período de duas semanas, em decorrência do aborto.

Carece, pois, de interesse recursal a Reclamada quanto ao pedido de exclusão da condenação referente à indenização pelo período de tratamento.

Não há falar em julgamento *extra petita*, eis que a indenização pelo período de duas semanas em decorrência de aborto, nos termos do art. 395 da CLT, consta do pleito de alínea "h" da exordial. Sendo assim, não se divisa violação aos artigos 128 e 460 do CPC.

O artigo 10, II, do ADCT assegura estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, **sem exigir o preenchimento de nenhum outro requisito**, que não a própria condição de gestante, *in verbis*:

"Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

(...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."

Vale destacar que o E. Supremo Tribunal Federal, ao julgar controvérsia sobre a matéria, negou a possibilidade de estabelecer limite ao cumprimento literal da norma constitucional, ainda que haja previsão em norma coletiva. Colho as ementas:

"Estabilidade provisória da empregada gestante (ADCT, art. 10, II, 'b'): inconstitucionalidade de cláusula de convenção coletiva do trabalho que impõe como requisito para o gozo do

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

benefício a comunicação da gravidez ao empregador.

1. O art. 10 do ADCT foi editado para suprir a ausência temporária de regulamentação da matéria por lei. Se carecesse ele mesmo de complementação, só a lei a poderia dar: não a convenção coletiva, à falta de disposição constitucional que o admitisse.

2. Aos acordos e convenção coletivos de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite." (RE-234.186-3, 1ª Turma, Min. Relator Sepúlveda Pertence, DJ 31/08/01)

"O art. 10, II, 'b', do ADCT confere estabilidade provisória à obreira, exigindo para o seu implemento apenas a confirmação de sua condição de gestante, não havendo, portanto, de se falar em outros requisitos para o exercício desse direito, como a prévia comunicação da gravidez ao empregador. Precedente da Primeira Turma desta Corte. Recurso extraordinário não conhecido." (RE-259.318/RS, 1ª Turma, Min. Relatora Ellen Gracie, DJ 21/06/02)

Por um lado, a previsão constante do artigo 10, II, "b", do ADCT tem por escopo imediato a manutenção da gestante no emprego, garantindo-lhe a reintegração, e, por outro, destina-se ao empregador, na medida em que objetiva inibir, temporariamente, o exercício de seu poder potestativo de rescisão contratual.

Ademais, a garantia prevista no art. 10, II, "b", do ADCT é indiferente à ignorância do empregador ou da própria gestante acerca de sua condição. Isso porque a norma, conquanto deva ser compreendida como garantia contra a despedida arbitrária, tem também por escopo a proteção do nascituro. A expressão "confirmação da gravidez", nesse contexto, deve ser entendida não como a confirmação médica, mas como a própria concepção do nascituro (confirmar no sentido de realizar, cumprir, acontecer).

Esta Eg. Corte já decidiu de forma análoga em casos semelhantes:

"RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ QUANDO DA RESCISÃO DO CONTRATO. DEVIDA A INDENIZAÇÃO. SÚMULA Nº 244 DO C. TST. Deve ser confirmado o entendimento da C. Turma que conheceu e deu provimento ao recurso de revista, entendendo que o desconhecimento da gravidez pela empregada, quando da sua demissão imotivada, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, sendo aplicável a Súmula nº 244 do c. TST. Recurso de embargos não conhecido." (TST-E-ED-RR-2047/2003-241-02-00.0, Rel. Ministro Aloysio Corrêa Da Veiga, DJ 09/11/2007)

"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE. CIÊNCIA DO ESTADO GRAVÍDICO. O acórdão turmário está em

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

sintonia com a Súmula 244, I, desta Corte Superior, calcando-se na compreensão de que a estabilidade prevista no art. 10, II, b, do ADCT resguarda o nascituro de forma objetiva, concedendo garantia de emprego à empregada gestante desde a concepção até cinco meses após o parto, independentemente da ciência do estado gravídico pelo empregador. Recurso de embargos não-conhecido." (E-ED-RR - 3221/1998-371-02-00, Rel. Ministra Rosa Maria Weber Candiota Da Rosa, DJ 19/10/2007)

Assim, agindo o empregador contrariamente ao preconizado na Constituição, atrai contra si a tutela jurisdicional do Estado, devendo suportar o ônus da dispensa ilegal.

Nesse sentido, esta Eg. Corte pacificou a jurisprudência, consolidada na Súmula nº 244, *in verbis*:

"GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (INCORPORADAS AS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 88 E 196 DA SDI-1) - RES. 129/2005 - DJ 20.04.05.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, 'b' do ADCT) (ex-OJ nº 88 - DJ 16.04.2004).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade (ex-Súmula nº 244 - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

(...)."

Tendo em vista a interrupção da gravidez por aborto não criminoso, a estabilidade provisória do ADCT não se configura, reservando-se à mulher direito a repouso remunerado de 2 semanas. Assim dispõe o art. 395 da CLT, *in verbis*:

"Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento."

Nesse sentido, destaquem-se os seguintes precedentes:

"ESTABILIDADE - ESTABILIDADE GESTANTE - CONHECIMENTO DO EMPREGADOR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - INDENIZAÇÃO DEVIDA . Estando grávida a Empregada por ocasião de sua dispensa, é devida a indenização do período estável (Enunciado nº 244/TST) ou a respectiva reintegração. No caso, a responsabilidade do Empregador é objetiva, não sendo necessária a sua ciência do estado gravídico da Empregada. Na espécie dos autos, noticiado aborto voluntário da Reclamante, a indenização é devida até duas semanas após o parto, nos termos do artigo 91, § 3º, do Decreto nº 611/92, vigente à época dos fatos. Recurso de Revista conhecido e provido" (TST-RR-318.191/1996.2, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, 3ª

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Turma , DJ de 11/06/99) .

"(...) 2. RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA OBREIRA - LICENÇA-GESTANTE DE 120 DIAS - ABORTO ESPONTÂNEO - DIREITO À LICENÇA DE DUAS SEMANAS REMUNERADAS, DESDE QUE APRESENTADO O ATESTADO MÉDICO OFICIAL - ART. 395 DA CLT. Quando a gestação é levada a cabo naturalmente, com o nascimento da criança, dúvida não emerge quanto ao direito à licença de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII), porque os dispositivos infraconstitucionais que tratam da matéria, art. 391 e seguintes da CLT, têm por escopo proteger o nascituro. Todavia, a partir do momento em que a gravidez desemboca em aborto espontâneo, a Consolidação somente assegura o pagamento de duas semanas de repouso e desde que apresentado atestado médico oficial (CLT, art. 395). Na hipótese, o TRT indeferiu o direito à licença-gestante de 120 dias, porque a Reclamante não apresentou o atestado médico oficial, devendo essa decisão permanecer incólume, de vez que em consonância com o comando legal. Recurso de revista adesivo conhecido e desprovido. (TST-RR-779942/2001.3, Relator Min. Ives Gandra Martins Filho, 4ª Turma, DJ - 10/06/2005)

"(...) ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE . A Corte Regional aplicou devidamente a previsão contida no artigo 395 da CLT, pois a indenização deferida de duas semanas após o aborto espontâneo - deveu-se pelas impossibilidades de fruição da estabilidade e reintegração no emprego. Recurso de revista não conhecido." (TST-RR-2.132/2000-016-15-00.8, Rel. Min. Emmanoel Pereira, 1ª Turma , DJ de 24/06/05)

"GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. INTERRUPTÃO POR ABORTO ESPONTÂNEO - INDENIZAÇÃO DO ARTIGO 395 DA CLT - Interrompida a gravidez por aborto não criminoso, resulta afastado o direito da indenização total, prevista no artigo 10, II, -b-, do ADCT, porém tem a Reclamante direito a ela com o limite do artigo 395 da CLT, resultando irrelevante que a confirmação do estado gravídico tivesse ocorrido apenas após a dispensa. Recurso de Revista conhecido e provido." (TST-RR-711/2004-009-02-00.2, Relator Min. Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, DJ - 16/03/2007)

Ante a inexistência de ressalvas, o lapso temporal a ser indenizado corresponde ao compreendido entre a data da dispensa obstativa e o término das duas semanas após a interrupção da gestação.

Não merece reparos a tese do Tribunal Regional no sentido de que a estabilidade restou caracterizada durante o período da gravidez, estendendo-se, nos termos do art. 395, da CLT.

Restam incólumes os dispositivos invocados.

**Não conheço.**

## **IX - COMPENSAÇÃO**

### **a. Conhecimento**

Eis os fundamentos do acórdão regional:

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

**"DA COMPENSAÇÃO**

As reclamadas nem sequer especificaram quais valores ou verbas foram pagas a maior e que pretendem compensar, fato indispensável ao deferimento do pedido de compensação.

**Nego provimento.**" (fls. 326)

Em resposta aos Embargos de Declaração, consignou:

"11.Requer manifestação sobre a compensação, nos termos do art. 767 da CLT.

O v. acórdão não autorizou compensação argüida depois da contestação. Ao contrário, não deferiu, pois naquele oportunidade em que foi alegada não se poderia dizer que existem verbas e quais os valores a serem objeto de compensação." (fls. 353)

A Reclamada aduz que ao contestar o pleito de desconto de tíquetes afirmou ter havido pagamento a maior. Assevera que deverá haver compensação quanto às horas extras, sob pena de enriquecimento sem causa da Autora. Sustenta que em qualquer caso de condenação, deve ser aplicada a compensação a qualquer dos pleitos, conforme se apurar em liquidação de sentença. Argumenta que a compensação não se resume a verbas pagas ao mesmo título. Aponta violação ao artigo 767 da CLT e colaciona arestos.

A compensação, nessa Justiça Especializada, aplica-se aos valores pagos sob idêntica origem e natureza, e a Súmula nº 18 desta Corte, por sua vez, é categórica ao restringi-la a dívidas de natureza trabalhista.

O dispositivo invocado não impulsiona o conhecimento do apelo, porquanto não autoriza a compensação genérica, postulada pela Ré.

Os arestos colacionados, por sua vez, são inespecíficos, incidindo na espécie a Súmula nº 296 do TST.

**Não conheço.**

**X - DESCONTOS RELATIVOS A REFEIÇÕES - JULGAMENTO EXTRA PETITA**

**a. Conhecimento**

Eis os fundamentos do acórdão regional, no que interessa:

"8.Diz que os descontos dos tickets alimentação é permitido por lei; que o pedido da alínea "j" é apenas referente a descontos de lanhes de tickets relativos aos dias em que a obreira não teria gozado do intervalo ou estava de folga, de modo que o v. acórdão teria extrapolado os termos do pedido.

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Não lhe assiste razão, eis que na causa de pedir alega-se que eram feitos os descontos ainda em tais situações, mas não só nelas, sendo certo que a parte final do pedido refere-se a uma observação no sentido de que além dos descontos em dias normais dever-se-á considerar os feitos nos dias de folga e nos dias em que não gozava de almoço." (fls. 352)

Na Revista, a Reclamada insiste que o pedido da alínea "j" da exordial limita-se aos descontos de lanche, café da manhã e tíquete-alimentação relativos aos dias em que a Reclamante não gozou de almoço ou estava de folga. Aponta violação aos artigos 128, 459 e 460 do CPC.

Na hipótese dos autos, verifica-se que a instância de origem condenou a Ré à devolução dos descontos efetuados a título de refeições e lanches, ao fundamento de que não havia nos autos prova de autorização expressa da empregada (fls. 209).

Todavia, na petição inicial o pedido limitou-se aos seguintes termos: "seja a reclamada condenada a restituir todos os valores de: vale lanche, café da manhã, ticket alimentação, descontados indevidamente no contra-cheque da reclamante, observando-se os dias em que a mesma não gozava de almoço e estava de folga, conforme os cartões de ponto a serem apresentados" (fls. 17). Verifica-se que a Autora determinou, como causa de pedir, a realização de descontos referentes a refeições que não foram consumidas, seja pela ausência de gozo de almoço, seja pela ocorrência de folgas.

Desse modo, o Eg. Tribunal Regional, ao manter a sentença, que determinara a devolução de todos os descontos efetuados, deferiu pedido diverso do que fora demandado pela Autora, caracterizando, assim, o julgamento *extra petita*, vedado pelo art. 460 do CPC. Este preceito consagra o princípio da adstrição da sentença ao pedido, nos seguintes termos:

"É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

**Conheço**, por violação ao artigo 460 do CPC.

#### **b) Mérito**

A consequência do conhecimento do recurso por ofensa ao art. 460 do CPC é o seu provimento.

Assim, **dou provimento** ao Recurso de Revista para reformar o acórdão regional, limitando a condenação à devolução dos valores descontados indevidamente, referentes aos dias em que a Autora não gozou de almoço ou estava de folga, conforme cartões de ponto apresentados.

#### **XI - DESCONTOS RELATIVOS A REFEIÇÕES - LEGALIDADE**

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

**a. Conhecimento**

No pertinente, assim se pronunciou o Eg. Tribunal Regional:

**"DOS DESCONTOS DAS REFEIÇÕES**

Independentemente da legalidade dos descontos a título de alimentação, resta incontroverso nos autos que o desconto somente deve ser efetuado nos dias efetivos de labor.

A reclamada, na contestação, chamou para si o ônus da prova, eis que afirmou que os descontos poderiam ser bem maiores, caso fossem considerados todas as refeições, inclusive nos dias de folga. Contudo, ela não demonstrou a veracidade desses fatos (sequer apontou como seria verificada a proporcionalidade entre os valores a título de refeição e a ausência ou dias de folga da reclamada).

**Nego provimento." (fls. 324/325)**

A Recorrente afirma que não houve descontos de lanches e alimentação nos dias em que a obreira estava de folga. Argumenta, ainda, que os descontos foram efetuados em consonância com dispositivo de lei. Invoca os artigos 93, IX, da Constituição e 462 da CLT.

O Eg. Tribunal Regional consignou que a Reclamada não logrou comprovar a veracidade de suas alegações, no sentido de que os descontos não foram realizados nos dias de folga. Entendimento diverso, no caso, demandaria reexame obstado pela Súmula nº 126 do TST.

Quanto à legalidade dos descontos, o Recurso não ataca o fundamento adotado pelo acórdão regional, no sentido de que, independentemente da legalidade dos descontos, estes só devem ser efetuados nos dias efetivos de labor. Incide a Súmula nº 422 do TST.

**Não conheço.****XII - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE****a. Conhecimento**

O Eg. Tribunal Regional deu provimento parcial ao Recurso Ordinário da Reclamada, no particular, para reduzir o adicional ao grau médio, adotando os seguintes argumentos:

**"ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - PERCENTUAL**

O juiz singular deixou de seguir o laudo do perito, que indicava o direito ao adicional de insalubridade em grau médio, considerando que a regra aplicável seria a NR 15, anexo 13.

Em verdade, não há justificativa para desconsiderar o laudo do perito, pois não há indicação

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

nos autos de análise quantitativa do elemento insalubre que segundo o juiz é derivado do benzeno.

Deve-se considerar que se tratava de uma auxiliar de cozinha que pretende receber adicional de insalubridade por lidar com o detergente ODOLIM, produto químico agressivo, contendo cloreto de alquil dimetil benzil amônico e cloreto de alquil dimetil edibenzil amônico, hidrocarbonetos usados como solvente na limpeza de peças, com o que o enquadramento feito pelo *expert* estava correto e deve ser considerado como prova que indica a verdade dos fatos nos autos.

Importa dizer que uma breve olhada na NR 15, anexo 11 indica que deveria haver análise quantitativa das substâncias ali indicadas e que as operações são absolutamente mais perigosas do que a do caso dos autos.

A alegação de que o produto era diluído na água não tem relevância para o deslinde do caso, eis que a NR15, anexo 13 trata de substâncias insalubres pela sua qualidade, dispensando-se a análise quantitativa.

Dou provimento parcial para reduzir o adicional a grau médio (20%)." (fls. 323/324)

Em Recurso de Revista, a Reclamada sustenta que o pagamento de insalubridade é devido apenas se houver exposição ao agente nocivo acima dos limites de tolerância determinados pelo Ministério do Trabalho. Aduz que a diluição da substância insalubre, portanto, elimina os riscos à saúde do trabalhador. Aponta violação aos artigos 192 e 194 da CLT.

A Corte *a quo*, com base no laudo técnico e demais provas dos autos, concluiu que a Reclamante trabalhou em condições insalubres, por lidar com o detergente ODOLIM, produto químico agressivo. Registrou que a regra aplicável ao caso seria NR-15, anexo 13, que trata de substâncias insalubres pela sua qualidade, dispensando-se a análise quantitativa.

A tese do Tribunal Regional fundamentou-se na análise das provas dos autos, de tal maneira que eventual modificação do julgado fica obstada pela Súmula nº 126 do TST.

Não há como divisar violação aos artigos invocados.

**Não conheço.**

### **XIII - HONORÁRIOS PERICIAIS**

#### **a. Conhecimento**

Em Recurso de Revista, a Reclamada pleiteia a inversão dos honorários periciais, alegando violação ao artigo 790-B da CLT.

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

Nos termos da legislação mencionada, "a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita".

Logo, mantida a condenação da Ré ao adicional de periculosidade, incumbe-lhe o pagamento dos honorários periciais.

**Não conheço.**

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - conhecer do Recurso de Revista nos temas "DESCONTOS FISCAIS", por contrariedade ao artigo 46 da Lei nº 8.541/92, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que, por ocasião da liquidação do título executivo judicial, proceda-se aos descontos fiscais, observando-se o disposto na Súmula nº 368 do TST, no artigo 46 da Lei nº 8.541/92 e na Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho; "HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS", por contrariedade às Súmulas nºs 219 e 329 do TST, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento dos honorários advocatícios; "DESCONTOS RELATIVOS A REFEIÇÕES - JULGAMENTO EXTRA PETITA", por violação ao artigo 460 do CPC, e, no mérito, dar-lhe provimento para reformar o acórdão regional, limitando a condenação à devolução dos valores descontados indevidamente, referentes aos dias em que a Autora não gozou de almoço ou estava de folga, conforme cartões de ponto apresentados; II - não conhecer dos demais temas do Recurso de Revista. Proceder à reautuação do feito para que conste como Recorrente YARA ALIMENTOS LTDA.

Brasília, 5 de agosto de 2009.

**MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI**

Ministra-Relatora

fls.

PROC. Nº TST-RR-1.257/2004-001-17-00.4

C/J PROC. Nº TST-AIRR-1.257/2004-001-17-40.9

PROC. Nº TST-RR-1.257/2004-001-17-00.4

C/J PROC. Nº TST-AIRR-1.257/2004-001-17-40.9

24/4/2014

TST - RR - 125700-48.2004.5.17.0001 - Data de publicação: DEJT 14/08/2009

C:\TEMP\APDIDKMC\TempMinu.doc

C:\TEMP\APDIDKMC\TempMinu.doc

**ANEXO E – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 981-87.2010.5.01.0531**

Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

**PROCESSO Nº TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**

**ACÓRDÃO**

**7.ª Turma**

GMDMA/MSO/sm

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO.** Demonstrada possível violação do art. 10, II, "b", do ADCT, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. **Agravo de instrumento provido.**

**II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO.** Nos termos da Súmula 244, III, do TST, a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado e gravidez anterior a contratação. Precedentes. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n.º **TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**, em que é Recorrente **JULIANA FERREIRA GASPAR** e Recorrida **UNIÃO DE LOJAS LEADER S.A.**

O Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamante, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento.

Foram apresentadas contraminuta e contrarrazões.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em razão do previsto no art. 83, II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

Firmado por assinatura eletrônica em 20/03/2014 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.2

PROCESSO Nº TST-RR-981-87.2010.5.01.0531

V O T O

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO**

**1 - CONHECIMENTO**

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, **CONHEÇO** do agravo de instrumento.

**2 - MÉRITO**

**2.1 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA.**

O Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região denegou seguimento ao recurso de revista interposto pela reclamante, aos seguintes fundamentos:

**"PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS**

Rescisão do Contrato de Trabalho / Reintegração / Readmissão ou Indenização / Gestante.

Alegação(ões):

- violação ao(s) artigo(s) 445 e 451 da CLT; 10, II, "b" do ADCT.
- conflito jurisprudencial.

O acórdão registra a folhas 61:

*"Não há nada, tampouco prova foi produzida, que invalide o contrato de experiência firmado entre as partes.*

*A reclamante foi admitida em 08/04/2010 (fls. 07), e dispensada, repita-se, em 06/07/2010, conforme por ela própria afirmado a fls. 03, da inicial.*



**PROCESSO Nº TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**

*Assim, não há dúvidas que o estado gravídico, não lhe assegura a estabilidade pretendida, dada a precariedade da relação de emprego existente entre as partes.*

*Como se não bastasse, considerando-se que, em 06/05/2010, a reclamante contava com 10 semanas de gravidez, tem-se que o estado gravídico é anterior ao próprio contrato de experiência firmado entre as partes, iniciado em 08/04/2010, o que gera a presunção de que o término contratual não objetivou frustrar a garantia provisória de emprego de que trata o art. 10, inc. II, alínea 'b', do ADCT.*

*Todavia, cabível a baixa do contrato de trabalho em CTPS, com data de 06/07/2010, pois não há prova de que tal tenha ocorrido, conforme se extrai do documento de fls. 07 e da ata de fls. 36."*

Nesse contexto, a análise violações legais e/ou constitucionais apontadas importaria o reexame de fatos e provas, o que, na atual fase processual, encontra óbice inarredável na Súmula 126 do TST.

No mais, os arestos transcritos para confronto de teses não se prestam ao fim colimado, seja pelo fato de serem inespecíficos, por não se enquadrarem nos moldes estabelecidos pela Súmula 296 do TST, seja pelo fato de não apresentarem indicação da oficial de publicação ou do repositório autorizado do qual foram extraídos, de acordo com a Súmula 337 do TST.

Inviável, pois, o pretendido processamento.

**CONCLUSÃO**

NEGO seguimento ao recurso de revista."

Nas razões do agravo de instrumento, a reclamante insiste na viabilidade do recurso de revista. Sustenta que faz jus à estabilidade, pois estava em estado gestacional no momento da demissão. Alega violação dos arts. 445 e 451 da CLT e 10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal de 1988.

Nos termos da Súmula 244, III, do TST:

**"III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições**



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls. 4

**PROCESSO Nº TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**

Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

No caso, considerando as premissas fáticas trazias no acórdão recorrido, a reclamante faz jus à estabilidade provisória, porquanto estava grávida no momento da demissão, sendo irrelevante o fato da concepção ter ocorrido antes de ser firmado o contrato de experiência. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes desta Corte:

“RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. EXAURIMENTO DO PERÍODO DA ESTABILIDADE. GRAVIDEZ ANTES DA CONTRATAÇÃO. A empregada gestante contratada por experiência também tem garantia de estabilidade no emprego, por força do disposto no artigo 10, II, “b”, do ADCT e diante da nova redação da Súmula 244, III, do c. TST, mesmo já estando grávida antes da contratação. Constatado o exaurimento do período correspondente à garantia de emprego que era assegurado à reclamante, impõe-se a conversão da obrigação de reintegrar em indenizar. Recurso de revista conhecido e provido” (RR-451-74.2012.5.11.0001, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, 26/04/2013).

“GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. SÚMULA Nº 244, ITEM III, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. O artigo 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O citado dispositivo da Constituição Federal foi interpretado pela jurisprudência desta Corte, consoante o disposto na Súmula nº 244, item I, do TST, segundo o qual: -O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT)-. É condição essencial para que seja assegurada a estabilidade à reclamante o fato de a gravidez ter ocorrido durante o transcurso do contrato de trabalho, não sendo exigido o



**PROCESSO Nº TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**

conhecimento da gravidez pelo empregador. **No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a empregada se encontrava grávida quando admitida a título de experiência.** A jurisprudência prevalecente nesta Corte superior firmou-se quanto à existência de estabilidade provisória da gestante, mesmo nos contratos por prazo determinado, conforme a nova redação dada ao item III da Súmula nº 244, que assim dispõe: -III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado-. Assim, verifica-se que a Corte regional decidiu em sintonia com a jurisprudência indicada, o que impede a demonstração de divergência jurisprudencial e aferição de ofensa ao artigo 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, interpretado pela citada súmula, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. Recurso de revista não conhecido (RR-403-82.2011.5.04.0733, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 15/03/2013.

Nesse contexto, constatando-se possível violação do art. 10, II, "b", do ADCT, **DOU PROVIMENTO** ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

Conforme previsão dos arts. 897, § 7.º, da CLT, 3.º, § 2.º, da Resolução Administrativa 928/2003 do TST e 229, § 1.º, do RITST, proceder-se-á de imediato à análise do recurso de revista na primeira sessão ordinária subsequente.

**II - RECURSO DE REVISTA**

**1 - CONHECIMENTO**

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, passa-se ao exame dos específicos do recurso de revista.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.6

PROCESSO N° TST-RR-981-87.2010.5.01.0531

**1.1 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO**

Consoante os fundamentos lançados quando do exame do agravo de instrumento e aqui reiterados, **CONHEÇO** do recurso de revista por violação do art. 10, II, "b", do ADCT.

**2 - MÉRITO**

**2.1 - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. CONCEPÇÃO ANTES DA CONTRATAÇÃO**

Em consequência do conhecimento do recurso de revista, por violação do art. 10, II, "b", do ADCT, **DOU-LHE PROVIMENTO** para condenar a reclamada a pagar à reclamante indenização substitutiva pelo período compreendido entre a data da demissão imotivada e o quinto mês após o parto (reflexo sobre o décimo terceiro salário; férias proporcionais acrescidas do terço constitucional e depósitos do FGTS).

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, I) por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista respectivo, a fim de que seja submetido a julgamento na primeira sessão ordinária subsequente; II) por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação do art. 10, II, "b", do ADCT, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a reclamada a pagar à reclamante indenização substitutiva pelo período compreendido entre a data da demissão imotivada e o quinto mês após o parto (reflexo sobre o décimo terceiro salário;



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.7

**PROCESSO N° TST-RR-981-87.2010.5.01.0531**

férias proporcionais acrescidas do terço constitucional e depósitos do FGTS). Custas invertidas pela reclamada.

Brasília, 19 de Março de 2014.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei n° 11.419/2006)

**DELAÍDE MIRANDA ARANTES**

**Ministra Relatora**

Firmado por assinatura eletrônica em 20/03/2014 pelo Sistema de Informações Judiciárias do Tribunal Superior do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006.

**ANEXO F – ACÓRDÃO - TST - RR- PROCESSO Nº 3770-33.2012.5.12.0030**

29/4/2014

TST - AIRR - 3770-33.2012.5.12.0030 - Data de publicação: DEJT 15/04/2014

**A C Ó R D Ã O**

7ª Turma

**CMB/prs/pp**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO.** É perfeitamente aplicável às empregadas contratadas por prazo determinado a estabilidade provisória, por força de gravidez superveniente, ainda no curso do vínculo. O art. 10, inc. II, b, do ADCT intenta proteger não apenas a mãe, mas também o nascituro, tornando concreto o direito fundamental insculpido no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal, de responsabilidade objetiva do empregador. Nesse sentido é o entendimento desta Corte, firmado na Súmula nº 244, III. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-3770-33.2012.5.12.0030**, em que é Agravante **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.** e Agravada **KARINE RODRIGUES BRESSANE.**

A reclamada, não se conformando com o despacho do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (fls. 159/161) que negou seguimento ao recurso de revista, interpõe o presente agravo de instrumento (fls. 165/183) sustentando que foram preenchidos todos os pressupostos legais para o regular processamento daquele recurso.

Contramínuta e contrarrazões ausentes, conforme certidão à fl. 189.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 83, § 2º, II, do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

**V O T O**

**CONHECIMENTO**

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

**MÉRITO**

**GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO**

A agravante pretende o processamento do recurso de revista às fls. 137/154. Sustenta que a parte autora, por se encontrar em contrato por prazo determinado - contrato de experiência -, não tem direito à estabilidade. Aponta violação do artigo 10, II, "b", do ADCT. Transcreve arestos para confronto de teses.

**Eis a decisão recorrida:**

"É incontroverso nos autos que a recorrente foi contratada mediante contrato de experiência (em 17.02.12) e dispensada, em seu termo final (em 16.05.12), ocasião em que já estava grávida, conforme comprovam os documentos do marcador 3, páginas 6-13.

Não obstante o seu contrato de trabalho fôsse por prazo determinado, com expiração no termo final, mesmo assim remanesce o direito da obreira à garantia provisória no emprego.

Inicialmente, saliento que a falta de ciência pelo empregador do estado gravídico da empregada não obsta a garantia provisória nem o pagamento da correspondente indenização nos termos do inc. I da Súmula nº 244 do TST.

A proteção à maternidade preconizada na Carta Magna é direito fundamental e amplamente tutelado pelo ordenamento jurídico vigente, que transpõe os limites do contrato a termo, porquanto a exegese do art. 10, II, a, do ADCT, a ser feita na hipótese dos autos, é da inversão do ônus da prova, para o fim de a empregadora comprovar que a trabalhadora não atendia aos requisitos para o cumprimento das suas obrigações contratuais, ou seja, para o desempenho das atividades para as quais estava em experiência, sob pena de presumir-se, inclusive, a despedida discriminatória.

Nesse sentido, cabe destacar a recente alteração de entendimento do C. TST, exposta no inciso III da Súmula 244, que passou a vigor com seguinte redação:

(...)

Com efeito, conforme o entendimento consagrado no verbete sumular acima transcrito - que já defendíamos antes mesmo da recente alteração - a proteção à maternidade dispensada pelo ordenamento jurídico prepondera sobre as regras concernentes ao contrato a termo.

Evidente que a garantia prevista no art. 10, II, 'b', da CRFB/88 constitui, a um só tempo, direito fundamental individual inderrogável e direito social, de natureza objetiva, bastando a confirmação da gravidez, independentemente de prévia comunicação à empregadora.

A tutela legal incidente sobre a maternidade tem sua origem na relação de emprego, perpassando o interesse do nascituro e tangenciando os valores supremos de uma sociedade comprometida com a maternidade, a infância, a vida e a dignidade humana.

São múltiplos, portanto, os direitos da gestante, restando inequívoca a intenção do legislador constitucional em tutelar, no âmbito do art. 10, II, 'b', do ADCT, tanto a empregada quanto o nascituro. A sua efetivação antecede ao nascimento da criança, acomodando-se ao patrimônio da empregada com a concepção.

29/4/2014

TST - AIRR - 3770-33.2012.5.12.0030 - Data de publicação: DEJT 15/04/2014

Ao dispensar a empregada, sem justa causa, o empregador assume o risco advindo da prática desse ato, mormente quando, tendo ciência da gravidez da autora, deixou de reconhecer a proteção garantida em lei.

Dessarte, a rigor, a rescisão contratual sem justa causa, por iniciativa da empresa, tem caráter de direito potestativo, ponto máximo de centralidade do indivíduo na esfera jurídica; todavia, a despedida de empregada a partir da confirmação da gravidez por meio de exame laboratorial é ato ilícito, em face do disposto no art. 10, II, 'b', da CRFB/88, gerando o direito à reintegração no emprego na hipótese de não ter havido exaurimento do período de estabilidade provisória ou ao pagamento dos salários e dos demais direitos correspondentes em caso diverso, como nos autos.

A matéria em debate tem nítida natureza social, estando em evidência a preocupação, acima de tudo, com a tutela à gestação, à maternidade e, por extensão, com o direito à vida, à luz da própria Constituição, que em vários dispositivos consagrou esses valores como direitos fundamentais, como, por exemplo, o art. 6º, *caput*, elenca os direitos sociais, entre eles 'a proteção à maternidade e à infância'; o art. 201 dispõe sobre previdência social e diz que ela atenderá, nos termos da lei, à 'proteção à maternidade, especialmente à gestante'; o art. 203, inc. I, trata da assistência social e determina que ela 'será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, e tem por objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência...'

O art. 227 da Constituição da República, no que tange aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, estipula que:

(...)

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem art. 1º, sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Esse diploma legal foi elaborado de forma a dar efetividade ao texto constitucional que, no art. 24, inc. XV, prescreve ser da competência da União, além dos Estados e Municípios, legislar sobre matéria de proteção à infância e juventude.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, prevê 'VII - Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, tem direito à proteção, cuidados e auxílio especiais'.

Para Sussekind, 'apesar de não se revestir da forma de tratado ratificável, essa Declaração constitui fonte de máxima hierarquia no mundo do Direito, enunciando princípios que devem iluminar a elaboração e a aplicação das normas jurídicas' (*in* Convenções da OIT, Ltr, pág. 531).

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966 estabelece, no art. 24, que 'toda criança terá direito (...) às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte de sua família, da sociedade e do Estado'.

O art. 6º da Convenção sobre Direitos da Criança (1989) garante que 'os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança'.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos assegura, no art. 26, que 'os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir

29/4/2014

TST - AIRR - 3770-33.2012.5.12.0030 - Data de publicação: DEJT 15/04/2014

progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais, e sobre educação, ciência e cultura'.

Por fim, a Convenção nº 103 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil, adota um sistema de garantias à maternidade.

O amplo leque de dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e convenções internacionais assecuratórias do direito à maternidade não pode ser transformado em mera declaração de direitos, sem efeitos práticos, porquanto, conforme já advertiu Bobbio, 'não se trata de saber quanto e quais são esses direitos, mas qual o modo mais seguro para garanti-los, para evitar que, apesar das solenes declarações de direitos, eles possam ser continuamente violados' (*in A Era dos Direitos*).

Trata-se, assim, de assegurar, nas palavras de Maurício Godinho Delgado, um patamar mínimo civilizatório, presente em normas de ordem pública (art. 377 da CLT) contidas na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional e em convenções internacionais de proteção à maternidade, à infância, à vida e à dignidade humana (*in Curso de Direito do Trabalho*).

Assim, e considerando que no caso em tela já findou o período de garantia de emprego, impõe-se substituir a reintegração pelo deferimento de indenização correspondente aos salários do período de estabilidade, com todos os consectários legais, nos termos da Súmula nº 244, II, do TST.

Dessa forma, dou provimento ao recurso para reconhecer a nulidade da dispensa e condenar a ré ao pagamento da indenização, equivalente aos salários do período de garantia de emprego da gestante, ou seja, do afastamento da obreira até 5 meses após o parto, e os direitos daí decorrentes, a saber: contagem do tempo serviço para fins de pagamento da gratificação natalina e férias (nos termos da petição inicial), depósitos do FGTS, indenização compensatória de 40% e aviso prévio.

Para viabilizar a liquidação da sentença, deverá a autora providenciar a juntada da certidão de nascimento do seu filho.

Não há se falar em compensação de verbas rescisórias pagas, como pretende a ré, uma vez que as parcelas ora deferidas decorrem do período de estabilidade da gestante, que apenas restou reconhecido nesta decisão." (fls. 123/129)

Inicialmente, deve-se ressaltar que o contrato de experiência delimitado pelo artigo 443, § 2º, "c", da CLT é uma espécie do gênero contrato por prazo determinado.

A estabilidade provisória da gestante é garantia constitucional a direitos fundamentais da mãe e do nascituro, especialmente no que diz respeito à proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, com vistas a proteger a vida que nela se forma com dignidade desde a concepção. A efetividade dessa garantia tem respaldo no artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal.

O art. 10, II, "b", do ADCT confere estabilidade

29/4/2014

TST - AIRR - 3770-33.2012.5.12.0030 - Data de publicação: DEJT 15/04/2014

provisória à obreira e exige apenas a confirmação de sua condição de gestante. Portanto, não há que se falar em outros requisitos para o exercício desse direito, como a prévia ou imediata comunicação da gravidez ao empregador ou o conhecimento da própria empregada a respeito do seu estado gravídico quando da extinção do vínculo.

Destarte, a responsabilidade do empregador é objetiva, tendo em vista o dever social da pessoa jurídica no direcionamento da concretização dos seus fins sociais, e deve também se referir à proteção da maternidade e do nascituro, conforme previsto no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Convenção nº 103/1952 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66.

Assim, esta Corte Superior Trabalhista, atenta à necessidade de assegurar a aplicação dos direitos fundamentais dos empregados, estabeleceu sua jurisprudência:

"SUM-244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012 - DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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

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

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

Nos termos do item III do referido verbete, a estabilidade provisória da gestante também será aplicada nos casos em que a admissão se deu mediante contrato por prazo determinado.

Incidem, no caso, o disposto no artigo 896, § 4º, da CLT e o teor da Súmula nº 333 do TST, que obstam o processamento de recurso de revista contrário à iterativa e notória jurisprudência deste Tribunal, o que afasta a alegação de violação dos dispositivos invocados, bem como de divergência jurisprudencial.

Nego provimento ao agravo de instrumento.

#### **ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao

29/4/2014

TST - AIRR - 3770-33.2012.5.12.0030 - Data de publicação: DEJT 15/04/2014

agravo de instrumento.Brasília, 08 de abril de 2014.Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)**CLÁUDIO BRANDÃO****Ministro Relator**

fls.

**PROCESSO Nº TST-AIRR-3770-33.2012.5.12.0030**

Firmado por assinatura digital em 09/04/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

**ANEXO G – ACÓRDÃO - TRT/SP-PROCESSO Nº 00030123020125020031**



**PODER JUDICIÁRIO FEDERAL**  
Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região

PROCESSO TRT/SP Nº 00030123020125020031

fls. 1

PROCESSO TRT/SP Nº 00030123020125020031  
RECURSO ORDINÁRIO - 3ª TURMA  
RECORRENTE: RN CONSULTORIA E CONTABILIDADE LTDA.  
RECORRIDO : NOEMI SOARES DOS SANTOS PAULINO  
ORIGEM : 34ª VT/SÃO PAULO

**GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. NÃO CONFIGURAÇÃO.** *A gestação da empregada durante o período experimental não enseja a estabilidade pretendida, sendo que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa, pois as partes, ao celebrarem contrato de experiência, já estão cientes desde aquele momento inicial sobre o termo final do ajuste, vale dizer, já sabem a data de sua extinção.*

Da r. sentença de fls. 95/97, proferida pela MM Juíza do Trabalho Dra. Solange Aparecida Gallo Bisi, cujo relatório adoto e que julgou procedente em parte a ação, recorre a reclamada (fls. 99/104), insurgindo-se contra a condenação no pagamento de verbas decorrentes da dispensa da reclamante.

Depósito recursal e custas processuais, às fls. 105.  
Contrarrazões, às fls. 107/110.  
Manifestação do Ministério Público do Trabalho - Portaria 3/05 PRT.  
É o relatório

**VOTO**

Conheço do recurso ordinário, pois presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

**Da modalidade contratual/estabilidade gestante**

Alega a reclamada que a modalidade do contrato de trabalho é por prazo determinado, não fazendo a reclamante jus às verbas deferidas e, ainda que assim não fosse, o ajuizamento da ação quatro meses após o término do contrato de experiência, importaria na renúncia ao direito postulado.

Com razão.

Consoante se vê do documento de fls. 50/51, o contrato de trabalho experimental foi firmado em 11.04.2012, pelo prazo inicial de 45 (quarenta e

*srp/amcb*

cinco) dias, a vencer em 25.05.2012, tendo sido prorrogado por mais 45 (quarenta e cinco) dias, até 09.07.2012.

A autora foi demitida quando encerrado o segundo período do pacto experimental, expirado em 09.07.2012, conforme aviso de dispensa e TRCT (fls. 52/53), em face da ruptura do contrato a termo e ajuizou reclamação trabalhista alegando que por ocasião da demissão ocorrida, encontrava-se no segundo mês de gestação, fazendo jus, portanto, à reintegração ao emprego e pagamento de indenização pelo período de estabilidade decorrente de gravidez, tendo o MM Juízo "a quo" deferido o pagamento de verbas contratuais e rescisórias do período da suposta injusta dispensa até cinco meses após o nascimento da criança, em 17.12.2012.

Convém ressaltar que a garantia provisória de emprego da gestante outorgada pelo artigo 10, II, B, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcança a empregada contratada por prazo determinado, como é o caso do contrato experimental. Este é de gênero eminentemente provisório, com termo final previamente ajustado, extinguindo-se os direitos e obrigações das partes.

Conclui-se, pois, que a autora não faz jus à estabilidade provisória pleiteada na inicial, porquanto a gestação da empregada durante o período experimental não enseja a estabilidade pretendida, sendo que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa, pois as partes, ao celebrarem contrato de experiência, já estão cientes desde aquele momento inicial sobre o termo final do ajuste, vale dizer, já sabem a data de sua extinção.

Assim, excluo da condenação o pagamento de salários, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e FGTS com 40% do período da injusta dispensa até cinco meses após o parto.

Ressalto que não aplico a disposição contida no inciso III da Súmula 244, do C. TST, porquanto não ostenta caráter vinculante.

Reformo.

## DISPOSITIVO

Do exposto,

**ACORDAM os Magistrados da 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário da reclamada RN Consultoria e Contabilidade LTDA., para excluir da condenação o pagamento de salários, 13º salário, férias acrescidas de 1/3 e FGTS com 40% do período da injusta dispensa até cinco meses após o parto, nos termos da fundamentação do voto da Relatora. Custas pela reclamada no importe de R\$ 200,00 sobre o valor de R\$ 10.000,00 ora arbitrado à condenação.**

**Ana Maria Contrucci  
Relatora**

srp

## ANEXO H – ACÓRDÃO-TST-RR-PROCESSO Nº 302300-34.2007.5.02.0421

29/4/2014

TST - RR - 302300-34.2007.5.02.0421 - Data de publicação: 04/05/2012 07:00:00

A C Ó R D Ã O

**(Ac. 8ª Turma)**

GMMEA/kcm/bsa

**RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO RECLAMADO AO TEMPO DA RUPTURA CONTRATUAL.** De acordo com o entendimento consolidado neste Tribunal, a estabilidade prescinde da comunicação prévia do estado gestacional ao empregador ou do conhecimento deste para produzir efeitos por ocasião da dispensa. Assim, a decisão que não assegura a indenização decorrente da estabilidade provisória constitucionalmente assegurada, não obstante a Empregada esteja grávida à época da demissão, contraria o entendimento contido na Súmula 244, I, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-302300-34.2007.5.02.0421**, em que é Recorrente **RUBENILDA SOARES LUZ** e Recorrido **FRANCISCO BATISTA DA SILVA**.

O TRT da 2ª Região, pelo acórdão de fls. 71/73, negou provimento ao Recurso Ordinário da Reclamante para manter a sentença que julgou improcedentes os pedidos de reintegração no emprego ou pagamento de indenização substitutiva, em razão da estabilidade provisória assegurada à gestante, bem assim do pagamento das multas dos arts. 467 e 477, da CLT.

Inconformada, a Reclamante interpõe Recurso de Revista às fls. 75/82, com fundamento no art. 896, "a" e "c", da CLT, insurgindo-se contra o indeferimento do pedido de reintegração no emprego ou pagamento de indenização substitutiva.

O Recurso de Revista foi admitido pelo despacho de fls. 83/84, por possível contrariedade à Súmula 244, I, do TST.

Regularmente intimado, o Reclamado não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fls. 84-v.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 83 do RITST.

É o relatório.

**V O T O**

**O Recurso de Revista é tempestivo (acórdão**

29/4/2014

TST - RR - 302300-34.2007.5.02.0421 - Data de publicação: 04/05/2012 07:00:00

regional publicado em 28/07/2009, fls. 74, e Apelo protocolizado em 03/08/2009, fls. 75), está subscrito por procurador habilitado nos autos (procuração às fls. 12/13) e o preparo é dispensado.

Preenchidos, portanto, os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do Recurso de Revista.

a) Conhecimento

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO RECLAMADO AO TEMPO DA RUPTURA CONTRATUAL**

A Reclamante insurge-se contra a decisão regional que manteve o indeferimento do seu pedido de reintegração no emprego ou pagamento de indenização substitutiva, em razão da estabilidade provisória assegurada à gestante. Sustenta, em suma, que o fato de o Reclamado não ter conhecimento da sua gravidez, no momento da despedida, não lhe retira o direito à referida reintegração no emprego ou o pagamento de indenização substitutiva. Aponta violação do art. 4º-A da Lei nº 11.324/2006, contrariedade à Súmula 244, I, do TST, e transcreve arestos para o cotejo de teses.

O Regional, quanto ao tema, assim se manifestou:

Entendo que desde a edição da Carta Magna de 1988, a responsabilidade tornou-se subjetiva, pois o artigo 10, II, do ADCT é de cristalina clareza ao determinar que seja confirmada a gravidez.

(...)

Ora, confirmar, significa "dar certeza; mostrar a verdade; demonstrar; comprovar" (Aurélio), daí porque há que ser provado nos autos que o empregador tivesse ciência da gravidez.

No caso em tela, como bem decidido na origem, a autora não comprovou que antes da rescisão contratual (ocorrida aos 15.12.07) tivesse dado ciência a reclamada acerca de sua gravidez; nada demonstrou e não bastasse trouxe aos autos documento que confirma a gravidez com data posterior a despedida.

Tais exames tem data de 20.10.07, fl. 22, o que se refere a uma gravidez de 08 semanas, bastante recente e, no conjunto dos autos, não prevalece a tese de que a empresa já sabia da situação. Acrescente-se que na oitiva de fl. 30 a obreira sequer teve prova a produzir, quedando silente com o desfêcho da prova (art. 818, da CLT e 333, do CPC).

Logo, não cabe a postulada reforma." (fls. 72 - sem grifos no original)

Verifica-se que o Regional manteve a sentença que indeferiu o pedido de reintegração no emprego ou indenização decorrente da estabilidade provisória da gestante, ao fundamento de que no momento da resolução

29/4/2014

TST - RR - 302300-34.2007.5.02.0421 - Data de publicação: 04/05/2012 07:00:00

contratual o Reclamado não tinha conhecimento do estado gestacional da empregada, fato que teria o condão de impedir a responsabilização do empregador.

Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O escopo da garantia constitucional não se restringe à dispensa arbitrária da empregada, por estar grávida, mas, de forma principal, visa à tutela do nascituro. Tal entendimento decorre do caráter de indisponibilidade do direito tutelado.

A estabilidade prescinde da comunicação prévia do estado gravídico ao empregador ou do conhecimento deste para produzir efeitos por ocasião da dispensa. Por isso, não se pode extrair da expressão "confirmação da gravidez", contida no art. 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, outro entendimento senão o da certeza da gravidez, a proteger a gestante desde o início da gestação.

Assim, a decorrência lógica da confirmação do estado de gravidez na vigência do contrato de trabalho, consoante restou expressamente consignado no acórdão regional, é, para o presente caso, suficiente para dar ensejo à indenização do período de estabilidade provisória garantido pela disposição constitucional transitória.

Além disso, após a edição da Lei n° 11.324/2006, que acresceu à Lei n° 5.859/72 o art. 4°-A, não há mais dúvidas acerca do reconhecimento do direito à estabilidade provisória, previsto no art. 10, II, "b", do ADCT, às empregadas domésticas.

Desse modo, a decisão que não assegura a indenização decorrente da estabilidade provisória constitucionalmente assegurada, não obstante a Empregada esteja grávida à época da demissão, contraria o entendimento contido na Súmula 244, I, do TST.

Conheço do Recurso de Revista.

#### **b) Mérito**

**Conhecido o Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 244, I, do TST, a consequência lógica é o seu provimento para, reformando o acórdão regional, condenar o Reclamado ao pagamento da indenização correspondente ao período estabilitário da gestante. Inverte-se o ônus da sucumbência, pelo Reclamado. Arbitro à condenação o valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), com custas de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais).**

**ISTO POSTO**

29/4/2014

TST - RR - 302300-34.2007.5.02.0421 - Data de publicação: 04/05/2012 07:00:00

**ACORDAM** os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 244, I, do TST, para, no mérito, reformando o acórdão regional, condenar o Reclamado ao pagamento da indenização correspondente ao período estabilitário da gestante. Inverte-se o ônus da sucumbência, pelo Reclamado. Arbitro à condenação o valor de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), com custas de R\$ 180,00 (cento e oitenta reais).

Brasília, 02 de maio de 2012.

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

**Márcio Eurico Vitral Amaro**

**Ministro Relator**

fls.

**PROCESSO Nº TST-RR-302300-34.2007.5.02.0421**

Firmado por assinatura digital em 02/05/2012 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.

## ANEXO I – ACÓRDÃO-TST-RR-PROCESSO Nº 5112200-31.2002.5.02.0900

9/5/2014

TST - ED-E-ED-RR - 5112200-31.2002.5.02.0900 - Data de publicação: DEJT 04/10/2013

### ACÓRDÃO

SBDI-1

GMAAB/DP/1r

#### **EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA.**

Conforme registrado no acórdão embargado, a estabilidade da gestante foi deferida à empregada doméstica à luz do texto constitucional e não da Lei nº 11.234/2006, que foi editada após a sua demissão imotivada.

Mesmo que a ora embargante consiga demonstrar que o tema comporta debate, não é por meio dos embargos declaratórios que irá conseguir a modificação do seu julgado, pois não constatado qualquer dos vícios constantes nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC. **Embargos declaratórios não providos.**

**Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº TST-ED-E-ED-RR-5112200-31.2002.5.02.0900, em que é Embargante MARIA DE LOURDES CAMARA SCHAVER e Embargada MARIA JOSÉ DE ARAÚJO.**

Esta e. Seção, pelo acórdão da relatoria do Ministro Horácio Senna Pires, às fls. 343-349, negou provimento ao recurso de embargos da empregadora, mantendo o entendimento de que a empregada doméstica tem direito à estabilidade gestante, com base no texto constitucional.

Em embargos declaratórios, fls. 363-364, a empregadora alega omissão no julgado, ao argumento de que, apesar de constar que a demissão da empregada doméstica se deu antes da Lei nº 11.234/2006, foi-lhe conferida a estabilidade gestante, em afronta aos arts. 5º, XXXVI, 7º, I e XVIII, e parágrafo único, da CF, e -10, II, "b", do -ADCT; e 6º da LINDB, indicados nas razões de recurso de embargos. Articula, também, com a afronta aos arts. 5º, XXXIV, LIV e LV, da CF e 93, IX, da CF.

É o relatório.

Em Mesa.

### **V O T O**

#### **1 - CONHECIMENTO**

Os embargos declaratórios são tempestivos (acórdão embargado considerado publicado em 19/4/2013, fl. 361) e subscritos por procurador habilitado (fl. 20).

#### **2 - MÉRITO**

9/5/2014

TST - ED-E-ED-RR - 5112200-31.2002.5.02.0900 - Data de publicação: DEJT 04/10/2013

Destaco a síntese da fundamentação adotada no acórdão embargado para manter a estabilidade gestante da empregada doméstica, mesmo antes do advento da Lei nº 11.234/2006:

**"RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. DOMÉSTICA. ESTABILIDADE GESTANTE.** Discute-se nos autos o direito à estabilidade de gestante a empregada doméstica, que foi despedida antes do advento da Lei nº 11.234/2006, que pacificou a matéria. No artigo 7º, parágrafo único, a Constituição Federal estendeu ao trabalhador doméstico os direitos previstos aos demais empregados quais sejam, o salário mínimo (inciso IV), a irredutibilidade salarial (inciso VI), o 13º salário (inciso VIII), o repouso semanal remunerado (inciso XV), as férias anuais acrescidas de pelo menos um terço do salário)(inciso XVII), a licença de 120 dias à gestante (inciso XVIII), a licença-paternidade (inciso XIX), o aviso prévio (inciso XXI) e, por fim a aposentadoria (inciso XXIV). O artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT também protege o emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses depois do parto, contra dispensa sem justa causa ou arbitrária, tratando-se de uma modalidade de estabilidade provisória. Não parece razoável entender que a condição de doméstica seja óbice à obtenção desta proteção à mãe e ao nascituro, conferida pela Constituição Federal para a empregada gestante em geral, uma vez que o objetivo da norma é dar àqueles alguma segurança material, durante algum tempo, amparando-os financeiramente desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O fato de a empregada doméstica não ter direito à estabilidade genérica do artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal não pode afastar a sua pretensão de obter a garantia provisória concedida às demais empregadas gestantes, uma vez que ela se encontra na mesma situação que qualquer outra trabalhadora quando grávida, não havendo motivo juridicamente aceitável para que se compreenda que não deva gozar das mesmas garantias concedidas pela Constituição Federal às demais empregadas gestantes. Para corroborar tal entendimento, dando amplitude à norma constitucional, em 20 de julho de 2006 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei nº 11.324, que acrescentou à Lei nº 5859, de 11 de dezembro de 1972, Lei do Trabalhador Doméstico, o art. 4º A, com a seguinte redação "É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto." Nesse contexto, deve ser mantida a v. decisão recorrida que reconheceu a estabilidade gestante à empregada doméstica, com base na Constituição Federal e na Jurisprudência esboçada por inúmeros julgados.

#### **Recurso de Embargos conhecido e não provido".**

Em embargos declaratórios, fls. 363-364, a empregadora alega omissão no julgado, ao argumento de que apesar de constar que a demissão da empregada doméstica se deu antes da Lei nº 11.234/2006, foi conferida a estabilidade gestante, em afronta aos arts. 5º, XXXVI, 7º, I e XVIII, e parágrafo único, da CF, 10, II, "b", do ADCT; e 6º da LINDB, indicados nas razões de recurso de embargos. Reafirma que a estabilidade gestante foi conferida à empregada doméstica apenas com a edição da referida lei, revelando-se equivocada sua extensão em data anterior, ante o princípio da irretroatividade das leis e da segurança jurídica. Articula, também, com a afronta aos

9/5/2014

TST - ED-E-ED-RR - 5112200-31.2002.5.02.0900 - Data de publicação: DEJT 04/10/2013

arts. 5º, XXXIV, LIV e LV, da CF e 93, IX, da CF.

Vejamos.

Não se verifica qualquer omissão na decisão embargada.

Ao contrário, ficou registrado no acórdão o fundamento pelo qual se concluiu pela manutenção da estabilidade gestante à empregada doméstica, qual seja, o art. 10, II, "b", do ADCT.

Ficou esclarecido que a condenação não se mantinha à luz da Lei nº 11.234/2006, pois a sua edição se deu em data posterior à demissão da empregada doméstica.

Logo, não há razão para se falar em irretroatividade das leis ou qualquer lesão à segurança jurídica.

Repise-se que a estabilidade foi conferida à empregada doméstica gestante à luz do texto constitucional, e mesmo que a ora embargante consiga demonstrar que o tema comporta debate, não é por meio dos embargos declaratórios que irá conseguir a modificação do seu julgado, pois não demonstrado qualquer vício constante nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC.

Indenes, nesse contexto, os arts. 5º, XXXVI, LIV e LV, 7º, I e XVIII, e parágrafo único, e 93, IX, da CF; 10, II, "b", do ADCT e 6º da LINDB.

**ISTO POSTO**

**ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento aos embargos declaratórios.**

Brasília, 13 de Junho de 2013.

**ALEXANDRE AGRA BELMONTE**

**Ministro Relator**

fls.

**PROCESSO Nº TST-RR-5112200-31.2002.5.02.0900 - FASE ATUAL:  
ED-E-ED**

## ANEXO J – ACÓRDÃO-TST-RR- PROCESSO Nº 26-76.2011.5.15.0096



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

PROCESSO Nº TST-RR-26-76.2011.5.15.0096

ACÓRDÃO  
(5ª Turma)  
GMCB/ean

**RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E DO NASCITURO. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADO O PRAZO PRESCRICIONAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA.**

Segundo as disposições do artigo 10, II, "b", do ADCT, a empregada gestante tem direito à estabilidade, desde a concepção (e não com a constatação da gravidez mediante exame clínico) até cinco meses após o parto.

Referida garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, haja vista a notória dificuldade de obtenção de novo emprego pela gestante.

Nessa esteira, esta colenda Corte consolidou o entendimento no sentido de que a demora no ajuizamento da ação não afasta o direito da gestante de receber a indenização de todo o período estabilitário, desde que respeitado, é claro, o prazo prescricional. Inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1.

**Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-26-76.2011.5.15.0096**, em que é Recorrente **JÉSSICA OLIVEIRA ALVES** e Recorrido **AZEVEDO & RIZZO SERVIÇOS DE COBRANÇAS E ADMINISTRATIVOS LTDA.**

O egrégio Colegiado Regional da 15ª Região, por meio do v. acórdão de fls. 357/359, complementado às fls. 381/382, dar parcial provimento ao recurso ordinário da reclamada para fixar o período

Firmado por assinatura digital em 02/04/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.2

**PROCESSO Nº TST-RR-26-76.2011.5.15.0096**

estabilitário de 07/02/2011 a 03/03/2011 e indenização respectiva e excluir da condenação o pagamento referente aos honorários advocatícios.

Inconformada, a reclamante interpõe recurso de revista às fls. 404/408, pugnando pela reforma do v. acórdão regional quanto ao marco inicial para pagamento da estabilidade gestacional.

Decisão de admissibilidade às fls. 410/411.

Contrarrazões apresentadas às fls. 414/418.

O douto Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

**V O T O**

**1.1. CONHECIMENTO**

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, considerados a tempestividade, a representação regular e a desnecessidade de preparo, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

**1.2. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PERÍODO DE ESTABILIDADE. TERMO INICIAL.**

A egrégia Corte Regional assim decidiu sobre o tema:

“O documento juntado às fls. 19 (Certidão de Nascimento) comprova como sendo o dia 03/10/2010 como data de nascimento do filho da obreira.

A partir daí pode-se presumir **que a gestação teve início cerca de 02 meses antes da data da demissão sem justa causa da reclamante, esta ocorrida em 22/03/2010.**

A estabilidade à gestante é um direito constitucionalmente assegurado à empregada no artigo 10, II, “b”, do ADCT, o que impede a dispensa arbitrária ou sem justa causa nesse período.

Para tanto, **basta que a empregada comprove o seu estado gravídico à época da ruptura do pacto laboral, para que tenha assegurado o**

Firmado por assinatura digital em 02/04/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls. 3

PROCESSO Nº TST-RR-26-76.2011.5.15.0096

**benefício, sendo irrelevante o desconhecimento de tal estado pela empregadora, entendimento contido na nova redação dada à Súmula 244, I, do C. TST.**

Com tal posicionamento, a C. Corte afastou o entendimento restritivo, adotando a teoria da responsabilidade objetiva da empregadora, em que a mesma assume o ônus da dispensa da empregada gestante sem justa causa, ainda que não saiba do seu estado.

**Com ressalva de entendimento deste Relator, adoto posicionamento desta C. Câmara no sentido de reduzir a fixação do prazo relativo à indenização estabilitária quando se verificar a demora obreira na busca dos seus direitos.**

**No caso dos autos, verifica-se que a reclamante fora dispensada sem justa causa em 22/03/2010 (fl. 14), só interpondo a presente ação três meses após o parto, em 11/01/2011.**

**Logo, a indenização deve ter como termo inicial a data da notificação da reclamada para responder à presente ação, ocorrida em 07/02/2011 (fl. 36).**

**Dessa forma, fixa-se o período estabilitário de 07/02/2011 a 03/03/2011, fazendo jus a indenização respectiva” (fls. 358/359 - grifei).**

No recurso de revista, a reclamante argumenta que a indenização deveria corresponder ao período de estabilidade, sendo irrelevante a data do ajuizamento da ação. Indica violação dos artigos 7º, XXIX, da Constituição Federal, 10, II, "b", do ADCT, aponta contrariedade à Súmula nº 244, I e II, e divergência jurisprudencial.

O recurso alcança conhecimento.

Segundo as disposições do artigo 10, II, "b", do ADCT, o termo inicial do direito da gestante à estabilidade dá-se com a concepção, e não com a constatação da gravidez mediante exame clínico, sendo necessário apenas que a empregada esteja grávida no momento da extinção do contrato de trabalho, independentemente da ciência das partes a respeito.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.4

**PROCESSO Nº TST-RR-26-76.2011.5.15.0096**

Referida garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro, haja vista a notória dificuldade de obtenção de novo emprego pela gestante.

Nessa esteira, esta colenda Corte consolidou o entendimento no sentido de que **a demora no ajuizamento da ação não afasta o direito da gestante de receber a indenização de todo o período estável**, desde que respeitado, é claro, o prazo prescricional. É o que se extrai da Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EM-PREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFI-GURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.”

Por outro lado, a garantia de emprego à gestante somente autoriza a reintegração se esta ocorrer durante o período de estabilidade que, uma vez exaurido, como no presente caso, enseja apenas o pagamento dos salários do período de estabilidade, ou seja, **entre a data da dispensa imotivada até o final do período estável, no caso, cinco meses após o parto.**

Nesse sentido é a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, perfilhada nas Súmulas nºs 244, I e II, e 396, de seguinte teor:

"S 244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

**I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade** (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)

Firmado por assinatura digital em 02/04/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei nº 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.5

PROCESSO N° TST-RR-26-76.2011.5.15.0096

**II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.** (ex-Súmula n° 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). (...)." (grifei)

"S 396. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais n°s 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

**I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade,** não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ n° 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997). (...)." (grifei)

Na hipótese dos autos, restou incontroversa a observância do prazo bienal previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, sendo que a dispensa imotivada da reclamante ocorreu em março de 2010 e o ajuizamento da presente reclamação trabalhista em janeiro de 2011.

Inconteste, ainda, que a reclamante estava grávida no momento da dispensa, conforme consignado no v. acórdão regional, sendo que o período de estabilidade iniciou em janeiro de 2010 e encerrou em março de 2011, ou seja, cinco meses após o nascimento de seu filho (03/10/2010).

Conclui-se, pois, que o Tribunal *a quo*, ao reduzir o pagamento de indenização substitutiva pelo simples fato de a reclamante ter ajuizado a presente reclamação trabalhista de forma tardia, proferiu decisão contrária à iterativa, atual e notória jurisprudência deste Colendo Tribunal Superior do Trabalho.

**Conheço** do recurso, por contrariedade à Súmula n° 244.

## 2. MÉRITO

### 2.1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. PERÍODO DE ESTABILIDADE.

Firmado por assinatura digital em 02/04/2014 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, nos termos da Lei n° 11.419/2006, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira.



Poder Judiciário  
Justiça do Trabalho  
Tribunal Superior do Trabalho

fls.6

PROCESSO Nº TST-RR-26-76.2011.5.15.0096

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula nº 244, **dou-lhe provimento** para restabelecer a sentença que deferiu o pagamento de indenização substitutiva, que corresponde aos salários e demais consectários trabalhistas, **desde a data da despedida até cinco meses após o parto.**

**ISTO POSTO**

**ACORDAM** os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista por contrariedade à Súmula nº 244 e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer a sentença que deferiu o pagamento de indenização substitutiva, que corresponde aos salários e demais consectários trabalhistas, desde a data da despedida até cinco meses após o parto.

Brasília, 01 de abril de 2014.

Firmado por assinatura digital (Lei nº 11.419/2006)

**CAPUTO BASTOS**  
Ministro Relator

**ANEXO K – ACÓRDÃO - TRT/SP - PROCESSO Nº 0001368-77.2013.5.02.0076**

1

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO****PROCESSO TRT/SP 0001368-77.2013.5.02.0076****20130094029****RECURSO ORDINÁRIO****ORIGEM: 76ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO****RECORRENTE: VALERIA APARECIDA DE JESUS****1º RECORRIDO: LINX LOGÍSTICA LTDA.****2ª RECORRIDA: BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COMÉRCIO LTDA.****ESTABILIDADE DA TRABALHADORA GESTANTE – EXCLUDENTE – RUPTURA CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA**

A trabalhadora gestante não está autorizada a descumprir suas obrigações contratuais por vontade própria, uma vez que, como todo e qualquer trabalhador, deve justificar as faltas praticadas.

A ruptura contratual por justa causa é excludente da estabilidade da gestante.

Recurso Ordinário interposto pela reclamante às fls. 183/184, contra a r. sentença de fls. 180/181, cujo relatório adoto, que julgou procedente em parte a reclamatória, complementada a fls. 185, sustentando que a justa causa deve ser afastada; que estava protegida pela estabilidade da empregada gestante; que não restou configurado o desinteresse na continuidade do pacto laboral; que as faltas ao serviço decorreram de seu estado gravídico.

Contrarrazões da reclamada às fls. 187/189.



2

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

É o relatório.

**VOTO**

Conheço do recurso ordinário interposto pela reclamante por presentes os pressupostos processuais de admissibilidade.

**DA JUSTA CAUSA – DA ESTABILIDADE GESTANTE**

Houve por bem o MM Juízo de origem referendar a ruptura contratual por justa causa, diante da confissão da reclamante que admitiu ter-se ausentado do trabalho por mais de 30 dias antes do nascimento de seu filho, sem ter obtido licença médica no período.

Nenhum reparo enseja a r. sentença.

Tendo em vista que em matéria de prova nada supera a confissão real, as ponderações recursais no tocante ao interesse na continuidade dos prêmios laborais são meramente discursivas.

O certo é que a recorrente confessou por ocasião do depoimento pessoal que se ausentou de forma injustificada no período de 15.01.13 a 26.02.13.

A trabalhadora gestante não está autorizada a descumprir suas obrigações contratuais por vontade própria, uma vez que, como todo e qualquer trabalhador, deve justificar as faltas praticadas.

As dificuldades na limpeza de pisos e rodapés, por meramente discursiva, uma vez que não contou com o exigível respaldo probatório, não justifica as faltas ao serviço, até porque, não foi sequer reportado que a reclamada teria sido cientificada das do fato.

Restou evidenciada de forma concreta e indene de dúvidas a presença dos requisitos do



3

**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO**

abandono de emprego: ausência prolongada e injustificada por período superior a trinta dias ( elemento objetivo) e o *animus abandonandi* ( elemento subjetivo).

O comparecimento da reclamante à empresa, após o nascimento de seu filho, não revela minimamente seu interesse na manutenção do emprego que, por certo, deve ser manifestado no curso da relação empregatícia e não após sua cessação.

A rescisão por justa causa é excludente da garantia de emprego da trabalhadora gestante e do recebimento dos títulos postulados pela recorrente.

Mantenho.

**CONCLUSÃO:**

**ACORDAM** os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região em: **CONHECER** do recurso ordinário interposto pela reclamante, e no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, segundo os fundamentos do voto da Relatora. Manter o valor arbitrado à condenação e às custas processuais.

**ROSA MARIA VILLA**  
**DESEMBARGADORA RELATORA**

RMV/11.