

							
Legislação	Consultoria	Assessoria	Informativos	Treinamento	Auditoria	Pesquisa	Confiança

Relatório Trabalhista

Nº 096

03/12/2021

Sumário:

- ESTABILIDADE DA GESTANTE - GENERALIDADES
- DSR - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO - COMISSIONISTA - CÁLCULOS



ESTABILIDADE DA GESTANTE GENERALIDADES

De acordo com o art. 10, II, da Constituição Federal/88, ADCT, a empregada gestante tem direito a estabilidade no emprego, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto. Também estende-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção (Art. 391-A da CLT).

O parto caracteriza-se a partir do 6º mês de gestação, inclusive em caso de natimorto. Este critério é utilizado pela Previdência Social para fins de concessão de salário-maternidade (§ 2º, Art. 236, Instrução Normativa nº 118, de 14/04/05, DOU de 18/04/05).

Aborto não criminoso

O aborto ocorre antes do término da gestação (estimado em menos de 20 semanas). Portanto, não se caracteriza parto. Consequentemente, não alcança a referida estabilidade.

O Tribunal Superior do Trabalho - TST decidiu que a garantia provisória de emprego à gestante, não se aplica à mulher que sofrer aborto involuntário, por se tratar de norma que visa à proteção não apenas da mãe mas sobretudo do recém-nascido.

"a estabilidade tem por objetivo principal a proteção da saúde e da integridade física do bebê e, em segundo plano, assegurar tranquilidade à mãe que, nesse estado, se encontra mais suscetível a alterações emocionais que poderão interferir negativamente no desenvolvimento do bebê, bem como garantir que esta possa ter condições de se manter enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida".

A garantia provisória de emprego à gestante, conferida pela norma constitucional, tem por objetivo principal a proteção da saúde e integridade física do nascituro e, em segundo plano, assegurar tranquilidade à mãe que, nesse estado, encontra-se mais suscetível de alterações emocionais, que poderão interferir negativamente no desenvolvimento da criança, bem como garantir que a mesma possa ter condições de se manter, enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida. Regra geral, tal garantia permanece atrelada ao contrato de

trabalho da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Acontece, contudo, que a ocorrência de aborto involuntário constitui causa extintiva do direito à aludida estabilidade provisória, porquanto deixa de existir o objeto tutelado pela norma, gerando, em seu lugar, apenas a garantia de permanência no emprego por duas semanas após a interrupção da gravidez (art. 395, CLT) (TST, RO-AR 765.201/2001.0, José Simpliciano Fontes Fernandes).

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (4ª Região), decidiu que a garantia constitucional visa à proteção do nascituro e não da trabalhadora, que é beneficiária apenas indireta.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. ABORTO. O nascimento com vida é o suporte fático abstratamente previsto na letra "b" do inciso II do art. 10 do ADCT, que uma vez não consumado em face de aborto involuntário, não possibilita a incidência da norma, afastando o direito à estabilidade provisória da gestante e a eventual conversão do período estabilitário em indenização equivalente. Tal conclusão decorre da finalidade da norma, que é assegurar o sustento do nascituro nos primeiros meses de vida. Ac. 00922.029/97-0 RO - João Ghisleni Filho - Juiz-Relator - 6ª Turma - Julg.: 11.05.2000 - Publ. DOE-RS: 22.05.2000.

ESTABILIDADE - GESTANTE - PARTO PREMATURO - FALECIMENTO DOS RECÉM-NASCIDOS - NÃO RECONHECIMENTO - O escopo da estabilidade deferida à gestante é a proteção à vida, à criança. Assim, o falecimento dos recém-nascidos após parto prematuro não gera direito à estabilidade. Reconhece-se apenas o direito ao repouso durante o período estabelecido pelo atestado médico. Após a alta médica, deve a obreira retornar ao emprego no desempenho normal de suas funções. (TRT 15ª R. - Proc. 11012/01 - (12716/02) - 2ª T. - Rel. p/o Ac. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva - DOESP 08.04.2002 - p. 34).

Gravidez durante o Aviso Prévio

Com o advento da Lei nº 12.812, de 16/05/13, DOU de 17/05/13, que acrescentou o art. 391-A à CLT, a empregada gestante passou a ter o direito a estabilidade provisória na confirmação do estado de gravidez durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado (projeção do tempo de serviço).

Na maioria dos casos, no momento em que recebe a comunicação do aviso prévio, a empregada desconhece estar grávida ou então, mesmo sabendo de sua gravidez, acaba assinando, não comunicando ao empregador o seu estado de gravidez.

A empregada que não pretende ser reintegrada, deixa passar os 5 meses (período de estabilidade) para ingressar com uma ação trabalhista e reivindicar a indenização.

Lembrando que a CF oferece o "emprego" e não a "indenização". A indenização é uma consequência da não manutenção do contrato de trabalho (reintegração do empregado).

Assim, como recomendação administrativa, ao elaborar a comunicação do aviso prévio, mencione que será nulo de pleno direito caso a empregada esteja ou se descubra estar grávida, até a data desta comunicação. Devendo neste caso, retornar ao emprego, em até 30 dias sob pena de abandono de emprego e renúncia a estabilidade. Caso a empregada não aceite esta condição, então ela estará renunciando a estabilidade.

Súmula nº 244 do TST

Exame de gravidez - Exame médico demissional - Recusa

A Constituição Federal/88 (art. 10, II, ADCT), assegurou à empregada gestante a estabilidade a partir da "confirmação" da gravidez, e não a partir da "comprovação". Vale dizer que, a caracterização da estabilidade se dá independentemente da empresa ter ciência da gravidez.

Assim, é razoável que no exame médico demissional, o exame de gravidez seja solicitado, porém "não exigido" (art. 373-A, III, CLT), a fim de se verificar eventual estado de gravidez.

O resultado interessa tanto para a empregada, como também para a empresa. Para a empregada, visa a sua proteção de permanência no emprego, e economicamente para a empresa, porque na eventual dispensa sem justa causa, a gestante tem o direito à reintegração, resultando em pagamentos de todo o período afastado (salários atrasados, encargos com acréscimos, indenizações trabalhistas, honorários profissionais, custas, emolumentos, etc.).

"ESTABILIDADE PROVISÓRIA. COMPROVAÇÃO PRÉVIA DA GRAVIDEZ. Art. 10, inciso II, do ADCT proíbe a despedida imotivada ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. O preceito constitucional visa à proteção do nascituro e da maternidade. Daí se conclui que a falta de comprovação prévia e o desconhecimento pelo empregador do estado gravídico, no momento da despedida, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade provisória. Revista conhecida e provida." (RR-405153/97, 3ª Turma, Relator ministro Carlos Alberto Reis de Paula, DJ de 17/4/98)

Gravidez durante o contrato de aprendizagem

Em 31/07/18, a Secretaria de Inspeção do Trabalho, por meio da Instrução Normativa nº 146, de 25/07/18, DOU de 31/07/18, trouxe a seguinte orientação:

Durante o período da licença maternidade, a aprendiz se afastará de suas atividades, sendo-lhe garantido o retorno ao mesmo programa de aprendizagem, caso ainda esteja em curso, devendo a entidade formadora certificar a aprendiz pelos módulos que concluir com aproveitamento.

Na hipótese de o contrato de aprendizagem alcançar o seu termo final durante o período de estabilidade, deverá o estabelecimento contratante promover um "aditivo ao contrato", prorrogando-o até o último dia do período da estabilidade, ainda que tal medida resulte em contrato superior a 2 anos ou mesmo que a aprendiz alcance 24 anos. Observe-se que, mesmo ocorrendo a "prorrogação", o contrato de aprendizagem mantém-se como por prazo determinado.

Permanecem inalterados todos os pressupostos do contrato inicial, inclusive jornada de trabalho, horário de trabalho, função, salário e recolhimentos dos respectivos encargos, mantendo a aprendiz exclusivamente em atividades práticas.

Estas regras aplicam-se também à estabilidade acidentária.

Dispensa por ato discriminatório

A Lei nº 9.029, de 13/04/95, DOU de 17/04/95, deu à mulher grávida, quando dispensada por ato discriminatório o direito de opção de escolher entre, além do direito à reparação pelo dano moral:

- a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; ou então,
- a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Reintegração da gestante

A reintegração da gestante poderá ocorrer somente no "período de estabilidade". Após este período deverá ser indenizada.

Na prática, em algumas situações, a reintegração não se aplica a doméstica, como por exemplo em que o desligamento não foi amigável.

Você deixaria o seu filho aos cuidados da empregada que foi reintegrada?

Será que o almoço teria o mesmo sabor após a reintegração?

Como se vê, a reintegração da doméstica é bem diferente da reintegração na empresa.

Súmula nº 244 do TST



DSR - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO COMISSIONISTA - CÁLCULOS

O cálculo da remuneração do DSR, dos que percebem a base de comissão, não tem regra específica na legislação, tratando-se tão-somente do salário por hora, dia, semana, quinzena, mês, tarefa e peça, por vezes, levando muitas empresas a acreditar que estão desobrigadas de pagar o DSR aos comissionistas.

O eminente Ministro do TST, Mozart Russomano, em sua obra "Curso de Direito do Trabalho", assim coloca:

"Como a Lei nº 605, não fez nenhuma referência ao critério de cálculo do repouso remunerado dos comissionistas, sustentou-se, largamente, com grande apoio dos civilistas, que essa categoria de trabalhadores não tinha direito ao pagamento do salário relativo a domingos e feriados.

O erro evidente. A regra geral, contida no art. 1º, assim como nos preceitos subseqüentes, até o art. 4º, é esta: todo trabalhador tem direito ao repouso remunerado por força de seu contrato de trabalho.

O comissionista é um trabalhador que se vincula à empresa mediante contrato de trabalho e, se assim não for, não terá direito ao repouso remunerado, apenas porque não será parte de um contrato especial e não estará protegido pelas leis trabalhistas.

Houve, portanto, apenas omissão do legislador quanto à maneira de se calcular o salário relativo ao repouso dos comissionistas. A solução, quando o comissionista não tem controle de horário, produzindo segundo seu próprio critério, pode ser, em tudo e por tudo, assemelhado ao trabalhador a domicílio.

Então por evidente analogia, dever-se-á aplicar a regra que disciplina o cálculo do repouso remunerado desse trabalhador.

Por outras palavras: o pagamento do domingo (ou feriado) corresponderá a 1/6 do valor total das comissões auferidas durante a semana anterior àquela em que recair o dia do descanso."

O DSR é regulado pela Lei nº 605/49, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 27.048/49, que ao dispor sobre a remuneração do DSR, determinou em seu art. 1º, o seguinte:

"Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de 24 horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local."

Portanto, via de regra, todo o empregado tem direito de ser remunerado pelo DSR, indistintamente.

O art. 6º, da Lei nº 605, ao disciplinar de que forma o repouso será devido, estabelece:

"Não será devido a remuneração quando, sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior, cumprido integralmente o seu horário de trabalho."

Hoje, o pagamento do DSR ao comissionista, está mais claro pelo Enunciado nº 27 do TST, que traz o seguinte texto:

"É devida a remuneração do repouso semanal e dos dias de feriados ao empregado comissionista, ainda que praticista."

Quanto à forma de cálculo, algumas empresas tomam por base a comissão auferida durante o mês inteiro, que é dividida pelo número de dias úteis trabalhados e multiplicada pelo número de dias de repouso. Por força de omissão da própria legislação, não deixa de estar errado.

Assim, pensamos correto, a apuração da média de comissão por período semanal (total de comissões na semana, dividido por 6 dias de trabalho), creditando-se no DSR da semana seguinte. Porque, assim como o DSR é conquistado pela semana completa de trabalho pelo empregado, a média de comissões também será com base na semana trabalhada.

Enunciado nº 27 - TST

COMMISSIONISTA - Repouso semanal. Direito e cálculo - COMISSÕES. SALÁRIO MISTO. DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. Tratando-se de salário misto (parcela fixa mais comissões) é devido o pagamento, relativamente à parte variável (comissões), do valor correspondente ao descanso semanal remunerado, já que a parcela referente ao DSR está embutida apenas no salário fixo. (TRT-SP 19990364853 - RO - Ac. 08ªT. 20000519710 - DOE 21/11/2000 - Rel. WILMA NOGUEIRA DE ARAUJO VAZ DA SILVA)