



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO**

MIEBT OLIVEIRA DE ARAÚJO

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

**CAMPINA GRANDE
2014**

MIEBT OLIVEIRA DE ARAÚJO

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Amilton de França

**CAMPINA GRANDE
2014**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A663e Araújo, Miebt Oliveira de.
Estabilidade provisória da gestante [manuscrito] / Miebt
Oliveira de Araujo. - 2014.
22 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Me. Amilton de França, Departamento de
Direito Público".

1. Estabilidade provisória. 2. Gestante. 3. Dignidade
humana. 4. Aviso-prévio. 5. Contrato por prazo determinado. I.
Título. 21. ed. CDD 344

MIEBT OLIVEIRA DE ARAÚJO

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Amilton de França

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Amilton de França (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Me. Hélio Santa Cruz Almeida Júnior
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Esp. Edja Andreinna Cavalcante Pereira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

AGRADECIMENTOS

Minha enorme gratidão:

A Deus, pois sem ele essa caminhada não teria sido possível;

Aos meus pais Carlos e Socorro, por toda uma vida de amor e apoio;

Aos meus avós Dezinha e José, pela grande ajuda na minha formação;

Ao professor Amilton, a quem considero orientador-modelo por sua competência, cultura e delicadeza no atendimento aos orientandos;

A minha amiga Gyanna pelo estímulo.

Aos colegas de curso por terem compartilhado comigo todas as angústias e alegrias no decorrer dessa caminhada;

Ao meu namorado Kél, pelo enorme apoio;

Aos meus irmãos Érica e Cedrique pela paciência;

Aos professores do Curso de Direito da UEPB, que de alguma forma contribuíram para a minha formação intelectual e profissional.

A todos vocês o meu **MUITO OBRIGADA!**

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
1 INTRODUÇÃO.....	04
2 ESTABILIDADE NO EMPREGO.....	06
3 ESTABILIDADE ENQUANTO REQUISITO PARA A DIGNIDADE HUMANA.....	07
4 ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE.....	09
4.1 A Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso-Prévio.....	13
4.2 Estabilidade da Gestante no Contrato Por Prazo Determinado	15
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	18
ABSTRACT.....	19
REFERÊNCIAS.....	20

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Miebt Oliveira de Araújo¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar a estabilidade provisória destinada à gestante, verificando os direitos adquiridos e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que ainda hoje circundam o tema. Em um primeiro momento caracterizaremos o instituto da estabilidade, que será considerado um requisito importante para a concretização da dignidade humana. Buscar-se-á analisar, em seguida, a estabilidade da empregada gestante, levando-se em consideração aspectos relevantes relativos ao tema, como: o entendimento majoritário em relação ao desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, as discussões acerca da estabilidade da gestante no curso do aviso-prévio, bem como os divergentes entendimentos no que diz respeito à gravidez no curso do contrato por tempo determinado.

Palavras-Chave: Estabilidade provisória. Gestante. Dignidade humana. Aviso-prévio. Contrato por prazo determinado.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 preceitua, em seu art. 5º, I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. No entanto, o princípio da isonomia que embasa esse dispositivo não pode ser entendido em termos absolutos, visto que o tratamento diferenciado é admissível e se justifica do ponto de vista histórico, já que a mulher foi extremamente discriminada ao longo da história. De acordo com Hans Kelsen,

A igualdade dos indivíduos sujeitos à ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados de forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres. (KELSEN, 1998, p. 99)

Nesse sentido, devido às suas condições biológicas, as mulheres passam por momentos que requerem um tratamento diferenciado, como é o caso do período gestacional e

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, UEPB. Contatos pelo e-mail: miebt-araujo@hotmail.com

após o nascimento da criança. Levando-se em consideração esses aspectos o constituinte originário destinou uma proteção especial às empregadas gestantes, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto nos termos do artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Trata-se de importante instrumento de proteção à vida que está por vir e significa a garantia de subsistência da mãe durante a gestação e o período inicial de vida da criança. Assim, a Constituição Federal pretende proteger a mãe e a criança.

No entanto, apesar dos referidos preceitos, discriminação e preconceito ainda constituem dificuldades a serem enfrentadas por muitas mulheres. Não é raro o empregador investigar as circunstâncias pessoais, como estado civil ou gravidez da mulher e praticar atos discriminatórios na época da seleção de pessoal ou no curso da relação de emprego, infringindo, dessa forma, o direito à intimidade da empregada.²

Também há casos em que o empregador deixa de observar que o estado gravídico da empregada requer algumas vezes um tratamento diferenciado dos demais empregados e empregadas, como por exemplo, ir uma quantidade maior de vezes ao banheiro, e acaba por indiretamente forçar a gestante e pedir demissão.

Nesse sentido, o legislador constitucionalista, no intuito de proteger a empregada gestante para tentar impedir as discriminações, uma vez que seria muito difícil para mulheres nestas condições encontrarem outro emprego, buscou assegurar garantias necessárias a sua subsistência e a do nascituro, na qual representa diante da Carta Magna a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e da função social, no intuito de garantir a integridade da família.

Este artigo aborda aspectos relevantes acerca do direito trabalhista brasileiro no que concerne a estabilidade da gestante, evidenciando como esse instituto vem sendo abordado pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos doutrinadores, bem como demonstrar a evolução da temática no que diz respeito ao aviso prévio e aos contratos por prazo determinado, evidenciando a mudança do entendimento sumulado do TST.

Para a realização desse trabalho será utilizaremos a pesquisas bibliográficas, a análise de conceitos e teorias defendidas por renomados autores, além de análise das decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse sentido, o mesmo possuirá caráter teórico,

² Atualmente a Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995, no seu art. 2º, considera crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez por parte do empregador.

bibliográfico, qualitativo e exploratório, sendo utilizada como fonte de consulta a pesquisa jurisprudencial e doutrinária atinentes ao assunto, proporcionando, assim, maior familiaridade com o tema com vista a torná-lo mais explícito.

2 ESTABILIDADE NO EMPREGO

Estabilidade pode ser definida como o impedimento, temporário ou definitivo, do empregador dispensar sem justo motivo o empregado. Nas célebres palavras de Sérgio Pinto Martins: “é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida.” (MARTINS, 2014, p. 457)

Nesse sentido, podemos afirmar que a estabilidade é um instituto de grande relevância social por possibilitar a segurança que o trabalhador precisa ter para trabalhar, ou seja, o direito de não ser dispensado a qualquer momento sem justificativa por parte do empregador, e assim continuar tendo uma fonte de renda para atender às suas necessidades pessoais e familiares. Além disso, segundo Martins (2014), a estabilidade representa um incentivo para o trabalhador, que tem mais prazer e satisfação ao exercer seu ofício, o que ocasiona, conseqüentemente, um aumento na produtividade.

Tal instituto possui duas modalidades distintas: a estabilidade definitiva, que ocorre quando o empregado não pode ser dispensado, como na hipótese em que tem 10 anos de casa e não havia optado pelo FGTS³; e estabilidade provisória, que ocorre nas hipóteses em que o trabalhador não pode ser dispensado em certo período de tempo, como os cipeiros, dirigentes sindicais, acidentados e grávidas.

Nesse artigo apresentaremos considerações acerca da estabilidade provisória, ou seja, o direito do empregado de não ser demitido imotivadamente enquanto durar certa condição a que está exposto, momento vulnerável de sua vida pessoal e profissional em que precisa estar protegido de eventual demissão. Dentre os grupos que têm direito à estabilidade provisória, escolhemos o da empregada gestante para nos aprofundarmos, devido ao fato de se tratar de

³ A CLT previa a chamada estabilidade decenal, em que o empregado, após 10 anos de efetivo serviço, tornava-se estável, somente podendo ser dispensado em caso de cometimento de falta grave devidamente apurada em ação trabalhista específica, denominada inquérito para apuração de falta grave. Com o advento do sistema do FGTS, em 1966, o empregado passou a ter a possibilidade de optar entre o antigo sistema da estabilidade celetista e o FGTS, sendo que após a Constituição de 1988 todos os trabalhadores passaram a ser obrigatoriamente optantes do referido regime, garantindo-se o direito adquirido dos obreiros que já eram estáveis decenais à época da promulgação da CF/1988.

um tema que vem sendo abordado em nossos tribunais desde muito tempo, na maioria das vezes suscitando posicionamentos divergentes de juristas e doutrinadores.

3 ESTABILIDADE ENQUANTO REQUISITO PARA A DIGNIDADE HUMANA

Consideramos pertinente trazer, nesse momento do nosso estudo, uma reflexão acerca da estabilidade no emprego como concretização da dignidade da pessoa humana. Partimos do conceito de dignidade formulado por Alexandre de Moraes, para quem

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (MORAES, 2004, p. 52)

O autor destaca a dignidade como qualidade intrínseca do ser humano, o que indica os atributos de irrenunciabilidade e inalienabilidade que lhe são inertes. No entanto, apesar de ser uma condição inerte ao ser humano, ela precisa ser reconhecida e protegida, competindo ao Estado, por meio da via normativa, viabilizar essa proteção.

Embora muitas vezes a dignidade humana pareça o termo meramente teórico, distante da realidade, esse princípio está presente no cotidiano de todas as pessoas, visto que estamos constantemente buscando uma existência digna, no que diz respeito a bens materiais, reconhecimento junto à família e à sociedade, e à possibilidade de fazer escolhas de maneira livre e segura. Elementos esses que são considerados por muitos, como requisitos indispensáveis para o alcance da tão almejada felicidade.

Nos termos do artigo 6º da Constituição Federativa do Brasil de 1988, o ser humano apresenta-se como destinatário dos direitos sociais, dentre os quais se encontra os de índole trabalhista, que têm por finalidade a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à materialização da igualdade social. Em outras palavras, são direitos destinados à proteção das necessidades básicas do ser humano, para que viva com o mínimo de dignidade e com acesso aos bens materiais e morais condicionadores da sua realização enquanto cidadão.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de assegurar esse direito, impedindo que o empregado seja utilizado somente como meio para satisfazer os interesses do empregador. Nesse sentido, o trabalhador não pode ser visto apenas como mais um instrumento da produção, que pode ser dispensado a qualquer momento pelo patrão, sem qualquer justificativa.

Se não é garantida ao trabalhador a manutenção da relação empregatícia, não há respeito à sua condição social e moral, sendo, assim, violada sua dignidade humana. Vivendo sob o constante risco da perda do emprego, o trabalhador sofre instabilidade emocional, vendo-se tratado simplesmente como uma peça descartável da engrenagem empresarial. Sendo natural que ele sinta os reflexos psicológicos decorrentes dessa instabilidade, tornando-se inseguro e apreensivo.

No entanto há quem afirme que o empregado que sabe que não pode ser demitido se acomoda, deixando de apresentar um desempenho satisfatório. Consideramos que isso até poderia ocorrer no caso de estabilidade absoluta, que consiste na impossibilidade de se demitir o empregado. Porém, como estamos nos referindo à estabilidade relativa, o trabalhador estável que reduzir seu rendimento no trabalho e/ou passar a ter mau comportamento, pode ser dispensado por justa causa. Além disso, o trabalhador sabe que o seu bom desempenho ajuda o empregador a superar as diversidades econômicas, mantendo, assim, a sua garantia de emprego.

É importante ressaltar, ainda, que o Direito do Trabalho se pauta no princípio da continuidade da relação de emprego, em virtude do qual se presume que o contrato de trabalho perdura até que sobrevenham circunstâncias previstas pelas partes ou em lei para fazê-lo cessar. Ou seja, esse princípio prima pela permanência do vínculo empregatício, com a integração do empregado na estrutura da empresa.

Diante do exposto, podemos inferir que a ausência de proteção contra dispensa arbitrária não condiz com a proposta apresentada pelo ordenamento jurídico brasileiro considerando-se o princípio da dignidade humana, tendo em vista que a insegurança e a instabilidade provocadas pela possibilidade de dispensa desmotivada não permitir que o trabalhador tenha uma vida verdadeiramente digna.

4 ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE

Com o advento da Revolução Industrial no século XIX, que teve início na Inglaterra, as mulheres conquistaram espaço no mercado de trabalho, porém, foram submetidas a

jornadas exaustivas, realizando as mesmas atividades que os homens, mas sempre recebendo salários inferiores. Além disso, não possuíam qualquer proteção no período gestacional ou pós-parto. A respeito desse período histórico, Sérgio Pinto Martins destaca:

No decorrer da revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação. (MARTINS, 2014, p. 661)

No Brasil, a primeira Constituição que versou sobre o tema foi a de 1934, promulgada no início do governo de Getúlio Vargas. A mesma proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários; vedava o trabalho em locais insalubres; garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do trabalho e do emprego; e previa os serviços de amparo à maternidade. (BRASIL 1934 apud MARTINS, 2014, 663).

Inicialmente o empregador era quem arcava com o salário da gestante no período de afastamento. Em consequência disso, houve uma diminuição na contratação das mulheres, pois o empregador não queria ter esse encargo. No entanto, em 1947 o legislador transferiu esse ônus para a Previdência Social, como menciona Pinto Martins: “Somente com a edição da Lei nº 6.136, de 7-11-74, é que o salário maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar à luz.” (MARTINS, 2014, p. 668).

No que diz respeito à proteção da gestante, a nossa atual Carta Magna prevê, na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que nunca havia sido previsto em âmbito constitucional ou legal, apenas em normas coletivas de certas categorias.

A gestante, portanto, desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à dispensa por motivo de ordem técnica, econômico-financeira ou disciplinar (falta grave). Essa garantia surge da necessidade da gestante se manter no emprego em razão da proteção do nascituro e para que ela possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida. Sérgio Pinto Machado justifica esse benefício da seguinte forma:

A gravidez não é doença. Assim não se pode tratar a gestante como doente ou como incapaz. Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo. (MARTINS, 2014, p. 473)

Com a edição da norma que concedeu estabilidade à gestante o legislador visou evitar a demissão de mulheres grávidas, bem como a discriminação pelo seu estado gravídico, evitando o desemprego numa fase em que o rendimento é extremamente necessário. Essa proteção concedida à gestante se dá também em razão da proteção ao nascituro, visando o cuidado da criança nos primeiros meses de vida.

Para a configuração da estabilidade da gestante, doutrina e jurisprudência adotam como regra a chamada teoria objetiva⁴, que considera que o importante é a confirmação⁵ da gravidez para a própria empregada, pouco importando se o empregador tinha ou não conhecimento do estado gravídico da obreira. Ou seja, a gestante deverá comunicar ou informar o empregador de sua condição, para que ele possa simplesmente tomar conhecimento do seu estado e assegurar seu direito a estabilidade no emprego até cinco meses posteriores ao parto. O Supremo Tribunal Federal já entendeu que a responsabilidade é objetiva, como podemos observar na decisão abaixo:

E M E N T A: EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b") – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR - ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DEVIDAS À EMPREGADA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, "b"). - **A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se írrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva. Precedentes. (AI 448572 ED, Relator(a): Min. CELSO DE**

⁴ Essa teoria se contrapõe à teoria subjetiva, que estabelece que a empregada deve comprovar sua gravidez ao empregador, por meio de apresentação de atestado médico ou exame laboratorial, e somente a partir desse momento é que está protegida.

⁵ De acordo com Sérgio Pinto Martins, a palavra confirmação deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, ou seja, deve confirmá-la perante o empregador, pois do contrário, o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. (MARTINS, 2014, p. 473)

MELLO, Segunda Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-247 DIVULG 15-12-2010 PUBLIC 16-12-2010 EMENT VOL-02452-01 PP-00267- Grifo nosso)

Por sua vez, o TST tem jurisprudência pacífica no sentido de que a empregada não precisa comprovar sua gravidez perante o empregador, bastando haver sua confirmação, como podemos observar no inciso I da Súmula 244: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.”

No entanto, se a empregada for dispensada e ela própria desconhecer seu estado gravídico, o empregador não poderá ser responsabilizado, pois não se configuraria uma dispensa arbitrária, excluindo assim, a possibilidade do empregador estar contrariando a norma.

O dispositivo constitucional transitório ao qual nos referimos anteriormente não indica quando cessa a garantia de emprego da gestante cuja gravidez seja interrompida pelo aborto, em vez do parto, aspecto também não disciplinado pela CLT ou por outras normas trabalhistas. Nesse sentido, Martins (2014) assevera que inexistente a garantia de emprego em caso de aborto, visto que a proteção do nascituro não existe a partir do momento em que ele não nasceu com vida. Nesse caso específico o TST tem aplicado o que se encontra previsto no art. 395 da CLT e concedido a mulher apenas duas semanas de licença remunerada.

A legislação também é omissa no que diz respeito a morte da criança logo após o parto. De acordo com Pinto Martins, “se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto.” (MARTINS, 2014, 474). Esse também é o entendimento do TST, como podemos perceber no acórdão abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA -B-, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. FALECIMENTO DO NASCITURO LOGO APÓS O PARTO. Conforme o artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu na vigência do contrato de experiência. **Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no texto constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o óbito do nascituro logo após o parto. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto.** Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de morte prematura do nascituro, não afronta a

literalidade do artigo 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT. Há precedentes. Divergência jurisprudencial não caracterizada, por outro lado, pois os arestos indicados como paradigmas são inservíveis, seja porque não se enquadram na alínea -a- do artigo 896 da CLT, seja porque não atendem aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos na Súmula nº 337, item IV, letra -c-, do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 2022-73.2012.5.15.0032 , Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 08/10/2014, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 17/10/2014 – Grifo nosso)

A empregada doméstica também faz jus à estabilidade provisória. Essa garantia tornou-se inquestionável a partir de 26 de julho de 2006, com a publicação da Lei 11.324, que acrescentou o art. 4º-A à Lei nº 5.859 de 11/12/1972, cuja redação é clara: "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." Assim, A doméstica que ficar grávida somente poderá ser dispensada, a partir de agora, se cometer falta grave, essa estabilidade indo do momento em que confirma a gravidez até 5 meses após o parto.

Frisa-se, por oportuno, que a Constituição Federal, em seu art. 7º inciso XVIII, assegura o emprego à gestante, e não indenização, que só é devida no caso de não mais ser possível a reintegração pelo término da garantia do emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada.⁶

Sérgio Pinto Martins (2014) entende que, no caso da empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, ela não faz jus nem a reintegração nem à indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, demonstrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O autor completa o raciocínio afirmando que: "o direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização." (MARTINS, 2014, p. 475)

Entretanto, o TST entende que:

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 estabilitário. (OJ 399 da SDI -1).

Vale ressaltar, ainda, que estabilidade provisória da gestante não se confunde com licença maternidade, visto que a primeira determina o prazo durante o qual o empregador não

⁶ A esse respeito também podemos observar o inciso II da Súmula 244 do TST: "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."

pode dispensar a empregada gestante, enquanto que a segunda determina o prazo que a gestante pode permanecer em casa para cuidar do filho e da sua própria recuperação.

4.1 A ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO

Aviso-prévio é conceituado por Maurício Godinho Delgado como

[...] instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso. (DELGADO, 2011, p. 1194)

Nesse sentido, quando uma das partes deseja rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho por prazo indeterminado, deverá, antecipadamente, notificar à outra parte, através do aviso prévio. Esse instituto tem por finalidade evitar a surpresa na ruptura do contrato de trabalho, possibilitando ao empregador o preenchimento do cargo vago e ao empregado uma nova colocação no mercado de trabalho.

Recentemente o TST passou a adotar, de forma majoritária, o entendimento de que, corrida a concepção no curso do aviso-prévio, indenizado ou não, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o art. 10, II, b do ADCT, que resguarda a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa.

No dia 17 de maio de 2013 foi publicada a Lei Federal 12.812, que acrescenta o artigo 391-A à CLT, com a seguinte redação:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias." (CLT)

O texto referido no artigo, contido na alínea “b”, inciso II do art. 10 do ADCT já previa a garantia contra dispensa sem justa causa de trabalhadora grávida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, porém, nada mencionava sobre casos em que a gravidez tivesse início durante o transcurso do aviso prévio, de modo que a solução desses casos dependia de decisão do judiciário.

A discussão se dava em razão do entendimento de que, a partir do momento em que é concedido o aviso prévio, o contrato de trabalho, até então de prazo indeterminado, transmudava-se para a modalidade de prazo determinado (parte da doutrina e jurisprudência assim entendiam), modalidade contratual que seria incompatível com o instituto da estabilidade provisória.

A redação do artigo 391-A da CLT vem encerrar a questão, estabelecendo o direito da gestante à garantia de emprego mesmo que tenha engravidado durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado e não cumprido. Assim, se a rescisão do contrato de trabalho ocorrer por desconhecimento do estado gravídico por parte do empregador ou até mesmo da própria trabalhadora, o direito ao pagamento da indenização não usufruída está garantido.

Esse é o entendimento de Pinto Martins, que afirma que

A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso-prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (MARTINS, 2014, 474)

O direito à estabilidade provisória decorrente de gravidez é garantido, mesmo que os exames mostrem que estimativa da concepção tenha ocorrido durante o aviso prévio, e independe do conhecimento da empregada ou do empregado. Essa também foi a posição dos ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao julgar o caso de uma funcionária que descobriu que estava grávida de um mês logo após o término do aviso prévio indenizado, como podemos observar abaixo:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ABORTO ESPONTÂNEO SUPERVENIENTE 1. **A atual, iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho consagra o entendimento de que a empregada gestante faz jus à indenização decorrente da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, -b-, do ADCT mesmo na hipótese de gravidez ocorrida no curso do aviso prévio indenizado, independentemente da ciência do empregador ou da própria empregada.** Precedentes. 2. A superveniência de aborto não criminoso restringe o período relativo à estabilidade provisória e, por conseguinte, a indenização decorrente dessa estabilidade. Assegura-se, contudo, o direito da empregada a um repouso remunerado de até 2 (duas) semanas após o aborto, nos termos do art. 395 da CLT. 3. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. (RR - 263-29.2012.5.09.0004 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/02/2014, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/02/2014 – Grifo nosso)

Diante do exposto, podemos concluir que o TST, a doutrina majoritária, bem como a legislação vigente (art. 391-A da CLT), dispõe que a confirmação do estado de gravidez

advindo no curso do aviso-prévio, trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

4.2 ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

O direito trabalhista brasileiro estabelece como regra que o contrato de trabalho nasce para vigor por prazo indeterminado, como consequência do princípio da continuidade. No entanto, diante dos acontecimentos cotidianos, o próprio direito viu-se na necessidade de criar um contrato por prazo determinado. Como o próprio nome já sugere, esse tipo de contrato tem tempo certo e determinado, ou pelo menos uma previsão aproximada de término.

Com a emergência dessa nova modalidade contratual começaram as discussões a respeito da garantia de estabilidade das empregadas gestantes durante o curso do contrato por prazo determinado.

Até setembro de 2012 o entendimento do TST era que não caberia à gestante, quando contratada por prazo prefixado, nenhuma estabilidade, visto que o empregador e a empregada já haviam acordado o fim do contrato trabalhista, conforme preceituava a antiga Súmula 244, inciso III, do TST: “Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.”

O principal argumento utilizado por aqueles que adotavam esse entendimento era que as partes já sabiam o termo final do pacto, dessa forma a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não poderia constituir dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Portanto, era pacífico o entendimento do TST de que a empregada contratada grávida, ou ficando grávida no curso destes contratos, não teria direito à estabilidade, como podemos observar na jurisprudência abaixo:

RECURSO DE REVISTA - RITO SUMARÍSSIMO -ESTABILIDADE GESTANTE - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA TRANSFORMADO EM CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO - INESPECIFICIDADE DA SÚMULA Nº 244, ITEM III, DO TST. **A inexistência de contrariedade da tese defendida na decisão regional com Súmula nº 244, item III, do TST se justifica pelo fato de a jurisprudência consagrada na indicada súmula restringir-se a hipótese de não-concessão da estabilidade provisória a gestante quando o contrato de trabalho celebrado entre as partes é de experiência.** O Tribunal Regional, através da decisão proferida, entendeu por descaracterizar o contrato de experiência e enquadrá-lo como contrato por prazo indeterminado, nos termos do art. 452 da CLT, uma vez que a prorrogação do contrato de experiência se deu um dia após o término deste (2/3/2006 e 3/3/2006). Tal particularidade constante na decisão regional afasta a possibilidade de confronto com a Súmula nº 244 desta

Corte. Recurso de revista não conhecido. (RR - 37100-04.2006.5.04.0014 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 13/02/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 29/02/2008- Grifo nosso)

Apesar de tal entendimento ter sido perpetuado na jurisprudência pátria de forma pacífica, alguns julgados foram surgindo levantando a questão de que a estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorreria da busca pela priorização do ser humano, materializado na mulher gestante e seu nascituro, já que a manutenção do emprego em benefício da mãe é elemento fundamental à subsistência de ambos.

Assim, começou a ser difundida a ideia de que a proteção constitucional às gestantes e aos nascituros, advém do respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e à própria vida, direitos fundamentais assegurados pela CF/88.

Com o intuito de conferir maior efetividade ao Texto Constitucional, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência consolidada no sentido de conceder a estabilidade gestacional prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT às empregadas admitidas por intermédio de um contrato a prazo determinado, conforme pode ser observado:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 804574 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 30/08/2011, DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-03 PP-00317 RT v. 100, n. 913, 2011, p. 491-494)

Tal entendimento, iniciado pelos julgamentos do STF foi posteriormente acompanhado pelos ministros do TST, especificamente a partir de 14 de setembro de 2012, quando ocorreu a modificação do item III da Súmula 244, que passou a ter a seguinte redação: “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.”

Podemos observar que o atual inciso é totalmente oposto ao antigo entendimento, visto que, como já analisado, este vedava a estabilidade provisória à gestante no contrato temporário. O novo entendimento traz de forma clara que em qualquer contrato de prazo

determinado, seja ele de experiência ou temporário, a gestante tem o direito adquirido à estabilidade, amoldando-se com os julgados do STF. Nesse sentido, menciona-se o seguinte acórdão:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. APRENDIZ. De acordo com o entendimento atual do TST, a estabilidade é garantida à gestante, mesmo quando sua admissão ocorreu por meio de contrato de experiência. Exegese da Súmula nº 244, III, desta Corte. Considerando que o contrato de aprendizagem é modalidade de contrato por prazo determinado, a ele também se aplica a estabilidade da gestante, nos termos do referido verbete sumular. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 911-64.2013.5.23.0107 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/10/2014, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/10/2014)

No entanto, apesar do entendimento de que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória mesmo mediante contrato por tempo determinado já haver sido consolidado por nossos tribunais, ainda existe corrente contrária a tal entendimento, como é o exemplo do doutrinador Sérgio Pinto Martins, que estabelece:

No contrato de trabalho por tempo determinado as partes sabem desde o início quando o pacto irá terminar. Assim, se a empregada ficar grávida no curso ou ajuste laboral, será indevida a garantia de emprego, pois não está havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa. Há apenas o decurso do prazo do pacto de trabalho celebrado ente as partes. Situações que ocorrem no curso do pacto laboral de prazo determinado ou podem ser opostas para modificar a sua cessação, salvo se houver ajuste entre as partes. (MARTINS, 2014, p. 475)

Há também aqueles que argumentam que essa proteção à gestante pode gerar discriminação ao trabalho da mulher, visto que corre-se o risco de determinados empregadores preferirem a contratação de empregados homens, ao invés de arriscar a contratação de mulheres, que, uma vez grávidas, sustentariam o vínculo empregatício e períodos superiores ao prazo previamente estabelecido.

Não concordamos com tal posicionamento. Consideramos que a estabilidade concedida à gestante contratada por prazo determinado prioriza a dignidade da pessoa humana, pois representa uma forma de proteção à vida que está por vir e a garantia de subsistência da mãe durante o período gestacional e após o parto.

Além disso, se analisarmos a Constituição Federal, bem como dos diversos julgados acerca do tema, podemos verificar que a garantia constitucional em análise está condicionada somente à confirmação da gravidez. A Lei Maior não condicionou o gozo da estabilidade à firmação de um contrato de trabalho a prazo indeterminado.

Nesse sentido, é inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ainda que contratada por intermédio de contrato a prazo determinado, fato que foi devidamente ratificado com a edição da nova redação do inciso III da Súmula 244 do TST.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer desse trabalho foi possível verificar que estabilidade corresponde ao impedimento, temporário ou definitivo, do empregador dispensar sem justo motivo o seu empregado, podendo ser absoluta ou provisória.

Nos detemos à estabilidade provisória, ou seja, o direito do empregado de não ser demitido imotivadamente enquanto durar certa condição a que está exposto, momento vulnerável de sua vida pessoal e profissional onde precisa estar protegido de eventual demissão. Dentre os grupos que tem direito à estabilidade provisória, escolhemos o da empregada gestante para nos aprofundarmos, devido ao fato de se tratar de um tema que vem sendo abordado em nossos tribunais desde muito tempo, na maioria das vezes suscitando posicionamentos divergentes de juristas e doutrinadores.

A partir da análise da Lei Maior, verificamos que a garantia constitucional em análise está condicionada somente à confirmação da gravidez, bastando somente que a gestante dê ciência de sua situação, a título de conhecimento do empregador para que este possa reconhecer sua responsabilidade objetiva de que deve assegurar o direito constitucional da estabilidade ao emprego até cinco meses após o parto, em benefício da proteção a família. Uma vez que, a Constituição Federal de 1988 preserva a integridade familiar, verifica que a mulher necessita de sua reintegração ao emprego para garantir os recursos necessários aos cuidados com o nascituro e também assegurar sua dignidade como pessoa humana.

O Texto Constitucional não condicionou o gozo da estabilidade à pactuação de um contrato de trabalho a prazo indeterminado. Assim, é inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ainda que contratada por intermédio de contrato a prazo determinado.

Esse entendimento atual é totalmente oposto ao antigo, visto que, como já analisado, este vedava a estabilidade provisória à gestante no contrato temporário. O novo entendimento traz de forma clara que em qualquer contrato de prazo determinado, seja ele de experiência ou temporário, a empregada grávida tem o direito adquirido à estabilidade, amoldando-se com os julgados do STF.

No que diz respeito ao aviso-prévio foi possível observar que o TST, a doutrina majoritária, bem como a legislação vigente (art. 391-A da CLT), dispõe que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

De forma geral, podemos afirmar que a estabilidade das trabalhadoras gestantes no emprego é um tema que merece destaque, pois tal modalidade engloba uma série de consequências jurídicas e sociais, pois diz respeito tanto à subsistência da gestante como do nascituro. Em outras palavras, esse é um instrumento de proteção à maternidade que transcende ao aspecto de proteção à genitora, alcançando a garantia do nascimento da criança e seu bem-estar nos primeiros meses de vida.

RESUMEN

ESTABILIDAD PROVISIONAL DE LA EMBARAZADA

Este artículo tiene como objetivo analizar la estabilidad provisional destinada a la embarazada, verificando los derechos adquiridos y las divergencias doctrinal y jurisprudencias que aun hoy rodean el tema. En un primer tiempo caracterizaremos el instituto de la estabilidad, que será considerado un requisito importante para la concretización de la dignidad humana. Se tratará de analizar, en seguida, la estabilidad de la empleada embarazada, levándose en consideración aspectos relevantes relativos al tema, como: el entendimiento más grandioso en relación al desconocimiento del estado de embarazada por el empleador, las discusiones acerca de la estabilidad de la embarazada en el curso del previo aviso, bien como los diferentes entendimientos en lo que se dice sobre el embarazo en el curso del contrato de duración determinada.

Palabras-Clave: Estabilidad provisional. Embarazada. Dignidad humana. Previo aviso. Contrato de duración determinada.

REFERÊNCIAS

ARTIGAS, Marta. A estabilidade da gestante com contrato temporário. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-15/marta-artigas-estabilidade-gestante-contratada-prazo-determinado>>. Acesso em: 5 de novembro de 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 de novembro de 2014.

_____. Lei nº 5.859 de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm> Acesso em 15 de outubro de 2014.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº14. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244> Acesso em 4 de novembro de 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.
DELGADO, Gabriela Neves. **A Centralidade do Trabalho Digno na Vida Pós-Moderna**. Disponível em: <<http://tpmagister.lex.com.br/lexnet/lexnet.dll/Dout/4ca?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0>> Acesso em 3 de outubro de 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Edição, São Paulo: LTR, 2012.

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

MATHEUS, Vinícius São. Estabilidade gestante e a nova súmula 244 do TST. **Revista JusBrasil**. Disponível em: <<http://viniciusgsm.jusbrasil.com.br/artigos/111686861/estabilidade-gestante-e-a-nova-sumula-244-do-tst>> Acesso em: 6 de novembro de 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PIMENTEL, Sheila Oliveira. **A estabilidade de gestante no curso do aviso prévio**. Brasília: Centro Universitário do Distrito Federal, 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese/estabilidade-da-gestante-no-curso-do-aviso-previo,32813.html>>. Acesso em 28 de outubro de 2014.