



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

CELSO ALVES FERNANDES JUNIOR

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

São Paulo – SP

2019



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

CELSO ALVES FERNANDES JUNIOR

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a conclusão da pós graduação e especialização em direito e processo do trabalho.

Orientador: Rui Cesar Publio
Borges Correa .

Banca Examinadora

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus pois me concedeu durante todo esse período força e perseverança para o desenvolvimento deste trabalho e conclusão do curso.

A minha mãe, pela educação que me deu, para minha esposa e minha filha que sempre estiveram presentes me apoiando e me dando forças para que eu continuasse lutando durante toda essa etapa da minha vida.

Meu muito obrigado ao meu professor orientador Prof.. Rui Cesar Publio, por ter me ajudado e guiado na conclusão deste trabalho, me dando o suporte necessário

A todos, meus sinceros agradecimentos, pois nada disso seria possível sem vocês.

O meu muito Obrigado!

“A injustiça que se faz a um, é uma ameaça que se faz a todos”.

Montesquieu

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa monográfico, trata da temática da estabilidade provisória da gestante no direito do trabalho, realizando uma análise da evolução histórica do direito do trabalho e a inclusão da mulher no mercado de trabalho e o instituto da estabilidade gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Palavras-Chave: Trabalho da Mulher; Estabilidade; Estabilidade Provisória da Gestante.

ABSTRACT

The present work of monographic research deals with the subject of the provisional stability of pregnant women in labor law, performing an analysis of the historical evolution of labor law and the inclusion of women in the labor market and the institute of pregnancy stability from the confirmation of pregnancy up to 5 (five) months after giving birth.

Keywords: Women's Work; Stability; Provisional Stability of the Pregnant Woman.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	8
2.	DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER.....	9
	2.1 Da Evolução Histórica Do Trabalho Da Mulher No Brasil.....	18
3.	DA ESTABILIDADE E DA GARANTIA DE EMPREGO.....	24
	3.1 Da Estabilidade X Licença Maternidade.....	29
4.	DA ESTABILIDADE GESTANTE.....	31
	4.1 Da Estabilidade Gestante No Aviso Prévio.....	44
	4.2 Da Estabilidade Gestante No Contrato Por Prazo Determinado.....	50
	4.3 Da Dispensa Sem Justa Causa Ou Arbitraria No Decurso Da Estabilidade Provisória Da Gestante.....	56
5.	CONCLUSÃO.....	60
6.	REFERÊNCIAS.....	62

1. INTRODUÇÃO

Neste trabalho buscamos analisar a inclusão do trabalho da mulher no Direito do Trabalho ocorrida na Revolução Industrial.

Nesta época o trabalho da mulher era explorado e sem nenhuma proteção a maternidade, jornada de trabalho, condições de trabalho, sendo a mulher uma forma de substituição a mão de obra masculina que se tornou dispensada com a industrialização das empresas.

Com a exploração da mão de obra feminina na Revolução industrial, se tornou necessária a elaboração de algumas normas protetivas para as empregadas mulheres.

Diversas foram as normas criadas para a proteção do labor da mulher, visando uma melhor condição de trabalho, higiene e saúde para as colaboradoras femininas.

Após a criação de algumas normas que condicionavam ou criavam vedações para certas atividades, a mão de obra da mulher foi discriminada, ao ponto de os empregadores preferirem a contratação da mão de obra do sexo masculino.

Visando a discriminação foram criadas algumas leis que visava a igualdade de gênero e sexo para igualar a relação trabalhista entre homens e mulheres.

Contudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi criada a estabilidade provisória da gestante, assim garantindo o emprego e salário durante o período desde a confirmação da gravidez até o período de 5 (cinco) meses após o parto.

Com a criação da estabilidade provisória da gestante, iniciou um grande debate jurídico sobre o tema, tendo diversos posicionamentos sobre a estabilidade da gestante no período do aviso prévio, nos contratos por prazo determinado e com a dispensa da empregada gestante no período de estabilidade se deveria ser reintegrada ou se poderia ser indenizado o período da estabilidade provisória da gestante.

Desta forma, vamos abordar as alterações legislativas referente a proteção da mulher e em especial a estabilidade provisória gestante estudando a importância das medidas de proteção para impedir a exploração desenfreada da mão de obra da mulher, mais especificadamente no momento da gestação.

2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER

A evolução humana se dá com o passar dos tempos, e o direito e em especial o direito do trabalho não é diferente, se tornando muito dinâmico de acordo com a evolução da sociedade em sua volta.

A evolução do direito depende exclusivamente da evolução da sociedade, passando assim a regularizar as condutas entres os membros que vivem em um determinado território.

Conforme nos ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), o Direito do Trabalho surgiu como consequência da questão social e o trabalho da mulher não foi diferente, tendo como inicio a Revolução Industrial ocorrida principalmente no século XIX, vejamos.

Durante a Revolução Industrial, principalmente no século XIX, observavam-se péssimas condições de trabalho, com a utilização do trabalho de mulheres, que recebiam salários inferiores. (Garcia, 2017, p.577)

Denota-se que desde a antiguidade a condições de trabalho para a mulher era totalmente inferiores em relação as condições apresentadas aos homens, ao ponto de ser o trabalho da mulher explorado e desvalorizado, com jornadas de trabalho extremamente longas ao ponto de colocar em risco a sua saúde, segurança e a própria vida, recebendo salários inferiores em comparação aos salários pagos aos homens que elaboravam nas mesmas funções.

A inclusão do trabalho da mulher no mercado de trabalho se deu com a Revolução Industrial, época essa em que teve o enfraquecimento dos trabalhadores, diante da industrialização das fábricas, assim tornando mais barato a mão de obra das mulheres e menores que se submetiam a jornadas de trabalho extenuante de 14 a 16 horas por dia e salários mais baixo do que os que eram pagos aos homens, conforme ensinamento do Prof. Sergio Pinto

Martins (2012) *“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 lhe eram possíveis, só para não perder o emprego”* (Martins, 2012, p. 615)

Diante deste cenário, os empregadores visaram a oportunidade de obter mais lucro, com a inclusão do trabalho da mulher deixando para segundo plano a mão de obra masculina, fato esse pelo qual com a introdução das máquinas o esforço físico despendido para a produção foi reduzida, assim podendo ser realizado por mulheres e menores.

O Professor Sergio Pinto Martins (2012) nos ensina conforme acima citado que as mulheres eram se sujeitavam a jornadas de 14 a 16 horas por dia, a realizar trabalho em condições muito prejudiciais a saúde, a receber salários baixos e se submetendo a realizar obrigações além das que lhe eram possíveis, submissão essa pelo medo da perda do emprego.

Não é outro o entendimento do Prof. Amauri Mascaro Nascimento (2014), nos ensinando que no processo industrial foi criado um problema que na época não era conhecido, tendo em vista que a mulher em época anterior ao da revolução industrial se dedicava aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstico e com a industrialização, foi retirado a mulher do seu lar para laborar por até 16 horas diárias, trabalho esse que sem nenhuma proteção poderia ser realizado em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muito além de suas possibilidades físicas, vejamos:

“O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalho de natureza familiar e de índole doméstica. A industria tirou a mulher do lar por 14,15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas” (NASCIMENTO, 2014, p. 908/909)

O trabalho da mulher foi tratado como inferior em comparação ao trabalho do homem, assim, em seus primórdios as mulheres aceitavam jornadas de trabalho extenuante, com salários muito abaixo do que os homens recebiam, o que era visto pelos empregadores como forma de ter o enfraquecimento das reivindicações contra as condições de trabalho.

As mulheres apesar de trabalhar nas empresas, se submetendo a longas jornadas de trabalho, ao baixo salário, a condições de trabalho prejudicial a saúde, ainda tinha a obrigação de cuidar de sua família, assim mantendo um jornada dupla de trabalho, sendo uma na empresa e outra em seu lar.

Diante da mão de obra mais barata e com condições de trabalho degradantes sem sofrer qualquer tipo de reivindicação, o trabalho da mulher se tornou quase que absoluto, ao ponto de que a mão de obra masculina tenha sido descartada pelos empregadores.

Todavia, apesar da proporção da mão de obra feminina as empresas, os cargos de gestão e chefia, sempre eram destinadas a homens, e pelos cargos e funções desenvolvidas os homens sempre foram melhores remunerados, sendo claro que a questão de ser do sexo feminino sempre foi um obstáculo para o ascensão da mulher no mercado do trabalho.

Diante de tamanha diferença existente entre as condições e jornada de trabalho desempenhado pela mulher e comparação com a mão de obra desenvolvida pelo homem, bem como a notória desproporção do salário pago para a mulher frente ao salário pago para os homens, as obrigações mantidas pela mulher de cuidar de seu lar e de educar os filhos, o enorme desinteresse dos empregadores nos trabalhadores do sexo masculino, sendo que nesta época não se cogitava nenhuma forma de proteção a gestação ou ao período de amamentação para mulheres trabalhadores nas indústrias, assim surgindo a preocupação de regular a proteção do trabalho da mulher com meios de proteção.

Diante desses problemas, teve o surgimento das legislações protecionistas a favor das mulheres, diante dos ensinamentos do Prof. Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017) a primeira lei de proteção foi criada na Inglaterra o que por certo foi tendência que se expandiu para a França e outros países da Europa. Vejamos:

Tendo em vista as terríveis consequências, para as famílias e para a sociedade, decorrentes da situações acima narrada, teve início o surgimento de legislação de proteção ao trabalho das mulheres, primeiramente na Inglaterra, tendência que se seguiu na França e outros países da Europa. (Garcia, 2017, p. 577)

No mesmo sentido vai o Prof. Amauri Mascaro Nascimento (2014) ao nos ensinar que as primeiras leis trabalhistas visavam a proteção da mulher e do menor e que em 19 de agosto de 1842 a Inglaterra proibiu o trabalho subterrâneos das mulheres e que na França surgiram leis de proteção ao trabalho da mulher no ano de 1848 e que a Alemanha seguiu a tendência criando o Código Industrial de 1891. Vejamos:

As primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e do menor.

Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Na França, em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versailles, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas constituições, entre as quais a do Brasil, e destinado a impedir a exploração salarial da mulher. (Nascimento, 2014. p. 909)

E não é outro o entendimento do nobre Prof. Sergio Pinto Martins (2012), senão vejamos:

Com base nesses problemas é que começou a surgir uma legislação protecionista em favor da mulher.

Na Inglaterra, surge o “Coal Mining Act”, de 19-8-1842, proibindo o trabalho da mulher em subterrâneos. O “Factory Act”, de 1844, limitou a jornada de trabalho da mulher a 12 horas de trabalho, proibindo-a no período noturno. O Factory and Workshop Act, de 1878, vedou o emprego da mulher em trabalho perigosos e insalubres.

Na França, houve uma lei de 19-5-1874 que proibiu o trabalho da mulher em minas e pedreiras, assim como o trabalho noturno para menores de 21 anos. A lei de 2-11-1892 limitou a jornada de trabalho das mulheres em 11 horas. A lei de 28-12-1909 outorgou o direito às mulheres grávidas do repouso não remunerado de oito semanas, vedando o carregamento de objetos pesados.

Na Alemanha, o Código Industrial de 1891 fixou algumas normas mínimas quanto ao trabalho da mulher.

O Tratado de Versalhes estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, que foi albergado por muitos países, entre os quais o Brasil. (Martins, 2012, p. 615)

Certo é que, com as formações das legislações que visava a proteção ao trabalho das mulheres, iniciou a onda de discriminação ao trabalho da mulher, tendo em vista que os empregadores deixavam de contratar o trabalho feminino pela existência de leis restritivas e até mesmo proibitivas, assim tornando a preferência dos empregadores na contratação da mão de obra masculina.

Desta forma, conforme nos ensina o Prof. Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2017), que a legislação que de início teve a ideia de proteção das mulheres, tornou-se a ser uma fonte de discriminação ao qual prejudicou de

forma direta a mulher “Assim, de certo modo contraditório, a legislação que tinha o objetivo de proteger as mulheres passou a ser fonte de discriminação, prejudicando o seu trabalho” (Garcia, 2017, p. 577)

Assim sendo, como medida para combater a discriminação de gênero foi iniciada a legislação para promover o trabalho da mulher e assim por um fim nas desigualdades até então existentes e verificadas.

Neste diapasão deixaram de ser previstas as restrições do trabalho da mulher, que por certo não se justificavam mais diante da igualdade de direitos, apenas observando as especificidades inerentes às condições da pessoa.

Com isso, a discriminação nas relações de trabalho passou a ser combatida especialmente quanto ao gênero e sexo, sendo combatidas por medidas jurídicas, destacando-se para a promoção do trabalho da mulher.

A legislação de proteção da mulher centralizou os seus aspectos que realmente merecem atenção da sociedade, em especial o estado de gestação e a maternidade, mas com todo o cuidado para que esses fatores não sejam alvos de obstáculo para a contratação do trabalho feminino, diferenciação salarial e tão pouco as demais condições de trabalho.

Desta forma, conforme nos ensina o Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), desde a constituição da OIT já se tratava da necessidade de proteção ao trabalho da mulher “ *Na Organização Internacional do trabalho, a sua Constituição destaca a necessidade de proteção ao trabalho da mulher.*” (GARCIA, 2017, p.577).

E não é outro o entendimento do Professor Sergio Pinto Martins (2012), vejamos;

No âmbito da OIT, a própria Constituição dessa entidade já realça a necessidade de proteção ao trabalho da mulher.

Começam posteriormente a ser editadas convenções e recomendações sobre o tema. (MARTINS, 2012. p. 615)

Existe varias convenções da OIT sobre o trabalho da mulher, iniciando com a Convenção nº 3, de 1919, que tratava da vedação do trabalho da mulher antes e depois do parto, seguindo para a Convenção nº 4, também do ano de 1919 que proibia o trabalho da mulher em indústrias, tanto públicas quanto indústria privada, exceto se o trabalho for feito em oficinas de família.

Já no ano de 1934 veio a Convenção nº 41, que estabelecia a restrições do trabalho da mulher em jornada noturna, exceto para mulheres que ocupavam cargos diretivos de responsabilidade, porem não poderiam executar serviços manuais. Logo após a Convenção nº 45, de 1935, proíbe o labor das mulheres em minas e em trabalhos subterrâneos.

A Convenção nº 89, de 1948, apresenta novas restrições ao trabalho em jornada noturna das mulheres com acentuação as trabalhadoras nas indústrias que ocupavam postos com caráter técnico e cargos diretivos, com responsabilidades acentuadas ou trabalho feitos na área da saúde e bem estar, porem sem executar atividades manuais, trazendo ainda a exceção do trabalho noturno da mulher em casos de interesse nacional, assim não aplicando as proibições quando fosse o caso de força maior, segundo o Professor Sergio Pinto Martins (2012) a Convenção nº 89, de 1948 foi revista pelo protocolo de 1990, o que através da revisão permitiu o trabalho das mulheres empregadas nas indústrias, vejamos:

foi referida norma revista pelo Protocolo de 1990, que autoriza o trabalho noturno das mulheres empregadas nas indústria, de modo a compatibilizar os critérios de igualdade, oportunidade e competitividade; permite a legislação nacional prever exceções ao trabalho noturno após consulta às entidades sindicais mais representativas. (MARTINS, 2012, p. 616/617)

No ano de 1951 a OIT aprovou a Convenção nº 100, que dispõem sobre a igualdade de remuneração para a mão de obra do homem e da mulher para trabalho igual.

No ano de 1952 a Convenção nº 103 que foi ratificada pelo Brasil, e a Recomendação nº 95, trazem normas sobre a proteção a maternidade.

A Convenção nº 111, de 1958 aborda a discriminação em matéria profissão e emprego.

A Convenção nº 127, de 1967 que foi ratificada pelo Brasil, estabelece o limite máximo de levantamento de pesos.

Na Convenção nº 156, de 1981, trata de igualdade de tratamentos e oportunidades para homens e mulheres a título de responsabilidade familiares.

Por sua vez, a Convenção nº 171, de 1990, trata do labor noturno, porem prevê apenas uma proteção especial ao trabalho das mulheres nesta jornada na fase da maternidade. Outrossim, algumas Recomendações da OIT também tratam do tema conforme a Recomendação nº 12, de 1921, que trata da proteção antes e depois do parto, Recomendação nº 13, de 1921 que dispõem sobre o labor noturno das mulheres na agricultura, a Recomendação nº 26, de 1927 e fala sobre a proteção das mulheres imigrantes a bordo de embarcações, a Recomendação nº 67, de 1944, sobre auxílio maternidade, Recomendação nº 90, de 1951, que traz a igualdade de remuneração entre ambos os sexos, Recomendação nº 91, de 1952, que prevê a proteção da maternidade, Recomendação nº 111, de 1958 de trata da discriminação na ocupação e emprego, Recomendação nº 123, de 1965, que dispõem sobre o emprego da mulher com responsabilidade familiares, Recomendação nº 165, de 1981 que traz o tema de igualdade de oportunidade e tratamento para os trabalhadores.

A Convenção nº 183, de 2000 revisa a Convenção nº 103 de 1952, e assim passa a prever a duração da licença a gestação de 14 semanas, sendo

possível a prorrogação em caso de complicações e enfermidades decorrentes do parto.

Em 1948 foi realizado a “Declaração Universal dos Direitos do Homem” que apresenta regras de não discriminação pelo sexo.

Ademais, o “Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” no ano de 1966, também apresenta determinação quanto a igualdade de direitos entre homens e mulheres.

O Professor Sergio Pinto Martins (2012) nos ensina que a Organização das Nações Unidas (ONU) possui Convenção que trata sobre a eliminação de todas as formas e modalidades de discriminação contra a mulher, vejamos:

A Convenção da ONU sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14-11-1983. O Decreto nº 89.460, de 20-3-1984, promulgou a norma internacional. O Decreto Legislativo nº 26, de 22-6-1994, revogou o Decreto Legislativo nº 93 e aprovou a referida convenção. O Decreto nº 4.377, de 13-9-2002, revogou o Decreto nº 89.460 e promulgou a convenção internacional. O art. 11 da Convenção trata da não discriminação da mulher nas questões de emprego e profissão. O item 2 do art. 11 pretende impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade. O Decreto Legislativo nº 107, de 6-6-2002, aprova o Protocolo Facultativo a Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. O referido protocolo foi promulgado pelo Decreto nº 4.316, de 30-7-2002.

A Convenção da ONU, de 1979, ratificada pelo Brasil, proíbe discriminação no emprego e profissão, conferindo igualdade de remuneração entre homem e mulher para trabalho de igual valor. (MARTINS, 2012, p. 617/618)

Outrossim, no anos de 1979 em Portugal, o Decreto Lei nº 392, estabelece garantias as mulheres igualdade de tratamento no ambiente de trabalho, assim sendo, visando impedir discriminação em relação aos homens.

2.1 Da Evolução Histórica Do Trabalho Da Mulher No Brasil

O trabalho da mulher no Brasil tem muita semelhança com o resto do mundo, sendo que o início não existia nenhuma proteção ou norma especial quanto ao labor da mulher.

Com a exploração da mão de obra feminina, viu a necessidade de tratar de forma diferenciada através de meios de proteção a relação trabalhista com as mulheres.

Por certo, iniciou a discriminação contra o labor da mulher, assim passaram a ser elaboradas normas que proibem a discriminação quanto ao sexo, estabelecendo igualdade nas relações de trabalho e promovendo a mão de obra da mulher.

Na evolução legislativa no Brasil sobre o tema, a primeira norma que tratou o trabalho da mulher foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, ao qual veta o trabalho da mulher no período noturno, compreendido a jornada noturna das 22h às 05h, vedando a remoção de pesos.

O Professor Sergio Pinto Martins (2012) nos ensina que já se notava a restrição da mulher em trabalho subterrâneos, insalubres, perigosos, no período de 4 (quatro) semanas antes do parto e 4 (quatro) semanas depois do parto, 2 (dois) período de 30 minutos por dias para a amamentação do filho nos primeiros seis meses de vida do filho, vejamos:

Já se nota a proibição do trabalho da mulher em subterrâneos, em locais insalubres e perigosos, no período de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto. Concedia a mulher dois descansos diários de meia hora cada um para

amamentação dos filhos, durante os primeiros seis meses de vida daqueles. (MARTINS, 2012. p. 617)

No mesmo sentido o Professor Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2017) nos ensina que a primeira legislação que trata do trabalho da mulher foi o Decreto 21.417-A, de 1932, *“Na evolução legislativa brasileira sobre o tema, o Decreto 21.417-A, de 17 de maio de 1932, foi a primeira norma a versar sobre o trabalho da mulher, proibindo-o à noite, entre outras restrições.”*(GARCIA, 2017, p. 578)

A primeira Constituição Federal brasileira que abordou o tema foi a Constituição de 1934 no art. 121, § 1º, *a*, que proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto aos salários, o art. 121, § 1º, *d*, que vedava o labor das mulheres em locais insalubres, o art. 121, § 1º, *h*, que garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurando a instituição de previdência em favor da maternidade e o art. 121, § 3º, que previa os serviços de amparo à maternidade.

Com a promulgação da Constituição de 1937, foi tratado no art. 137, *k*, a proibição do trabalho da mulher em indústrias insalubres, bem como, no art. 137, *l*, assegurava o direito a assistência médica e higiênica a gestante, dispondo de previsão de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do recebimento de salário.

Com a edição da CLT em 01º de maio de 1943 ao qual consolida a matéria existente na época, assim sendo a primeira alteração foi dada pelo Decreto Lei nº 6.353, de 20 de março de 1944, ao qual admite o trabalho noturno executado pela mulher para as que tivesse no mínimo 18 anos em algumas atividades.

A Constituição de 1946, em seu art. 157, inciso II, proibia a diferença de salário em relação ao sexo do colaborador, tratando o art. 157, inciso IX, vedava o labor das mulheres em indústrias insalubres, outrossim, no art. 157, inciso X, garantia o direito da gestante no período antes e depois do parto o

descanso, sem prejuízo aos salário e do emprego, o art. 157, inciso XIV, tratava da assistência sanitária, hospitalar e médica para a gestante e no art. 157, inciso XVI, previa a previdência em favor da maternidade.

A Constituição de 1967 em seu art. 158, inciso III, proibia aplicação de critérios de admissão por motivos de sexo e diferença de salários, no art. 158, inciso X, proibia o trabalho da mulher em indústria insalubres, bem como o art. 158, inciso XI, garantia o descanso remunerado a gestante, antes e depois do parto, prejuízo de salário e ao seu emprego, já no seu art. 158, inciso XVI tratava da previdência social, visando a proteção da mulher na maternidade e no seu art. 158, inciso XX, garantia a mulher o direito a aposentadoria aos 30 anos de trabalho com o salário integral.

Em 28 de fevereiro de 1967 o Decreto Lei nº 229, fez varias alterações na CLT, modificando os arts. 389 e 392 da CLT proporcionando a guarda de filhos das mulheres na empresa, descanso no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto, bem como, mudou o art. 374 do mesmo diploma legal, permitindo o regime de compensação apenas por acordo coletivo.

Outrossim O Decreto Lei nº 546, de 18 de abril de 1969, permitiu o trabalho da mulher na compensação bancária noturna, e o Decreto Lei nº 744, de 06 de agosto de 1969, autorizou o labor das mulheres em postos de direção e cargos técnicos, de confiança ou de gerência, na industrialização de produtos perecíveis.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu no art. 165, inciso III, a impossibilidade de diferença de salário e de aplicação de critérios de admissão pó motivo de sexo, o art. 165, inciso X, vedava o labor da mulher me indústrias insalubres, no art. 165, inciso XI, assegurava o descanso remunerado a gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo ao salário e ao emprego, previa no art. 165, inciso XVI, regras de previdência social, visando a proteção a maternidade, e o art. 165, inciso XIX, garantia a mulher a aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com o recebimento do salário integral.

A Lei nº 5.673, de 06 de julho de 1971, incluiu no art. 379 o inciso IX, que possibilitou o trabalho noturno da mulher em serviços de processamento de dados, e incluiu o inciso X no art. 379 da CLT com a possibilidade do trabalho noturno em indústrias de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes.

Em 07 de novembro de 1974 a Lei nº 6.136, transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus da Licença Maternidade.

A Lei nº 7.189, de 04 de junho de 1984, reformou o art. 379 da CLT dando nova redação que permitia o trabalho da mulher com mais de 18 anos.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 não proibiu o trabalho da mulher nas atividades insalubres, sendo assim, tornando o labor da mulher em atividades insalubres permitida.

O art. 7º, inciso XVIII da CF/88, assegurou o direito de licença a gestação com duração de 120 dias, sem prejuízo ao salário e ao emprego.

No inciso XX do Art. 7º da CF/88, traz previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei.

O inciso XXX do art. 7º da CF/88, proibi a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Referidas citações do art. 7º da CF/88, vem dos que dispõem no inciso I do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, assim sendo, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos o sexo.

O art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, assim prevê a garantia de emprego a mulher gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, fato esse que jamais havia sido previsto em âmbito constitucional ou legal, garantia essa anterior a Constituição Federal de 1988 apenas nas normas coletivas dispostas a algumas categorias profissionais.

Em 24 de outubro de 1989, foi promulgada a Lei 7.855, que revogou os arts. 379 e 380 da CLT, artigos esses que proibiam o trabalho noturno da mulher e especificavam certas condições; revogando os arts. 374 e 375 da CLT, que restringiam as possibilidades da prorrogação e compensação do trabalho da mulher; o art. 387 da CLT, que tratava da proibição do labor da mulher nas minerações em subsolo, nas pedreiras, trabalhos subterrâneos, obras de construção civil, pública ou particular e nas atividades insalubres e perigosas.

Outrossim, a Lei 10.244/2001, revoga o art. 376 da CLT, que trazia restrições a prorrogação de jornada de trabalho pela mulher.

A Lei 11.340/2006 designa ferramentas para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

...

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A Lei Complementar 146/2014 dispõe que o direito previsto no art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias deve ser assegurado, nos casos em que ocorrer o falecimento da trabalhadora gestante, a quem detiver a guarda do seu filho.

Com a chamada reforma trabalhista Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 trouxe algumas mudanças legais para a redução da desigualdade de gênero no mercado de trabalho, tal qual o intervalo intrajornada de 15 (quinze) minutos entre o término da jornada e o início da jornada extraordinária, o tratou do trabalho da gestante no local insalubre.

3. DA ESTABILIDADE E DA GARANTIA DE EMPREGO

O presente trabalho tem como o ponto principal o tema da estabilidade sendo tratado neste capítulo, porém iremos fazer uma distinção entre o instituto de estabilidade e garantia de emprego.

Neste trabalho iremos analisar apenas a estabilidade jurídica.

A garantia de emprego é um gênero que por certo abrange todos atos ou normas que dificulte, condicione ou impeça a extinção do contrato de trabalho, conforme entendimento do Professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2017).

Preferimos fazer distinção entre os institutos da estabilidade e da garantia no emprego que são espécies do gênero garantia de emprego.

Vale dizer, garantia de emprego concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art.1º, IV) e o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. J.-70, VIII). (LEITE, 2017, p. 570)

A estabilidade é uma espécie da garantia de emprego, visando a estabilidade a manutenção da relação empregatícia, contra a vontade do empregador em dispensar o empregado sem justa causa ou de forma arbitrária, apenas autorizando a ruptura contratual em casos de falta grave, força maior, ou cessação das atividades da empresa, conforme palavras do Professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2017)

Já a estabilidade no emprego também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo

empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada. (LEITE, 2017, p. 570)

A estabilidade é dividida em duas modalidades de estabilidade sendo elas a “estabilidade definitiva” e a “estabilidade provisória”, é o que nos ensina o Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), *“Logo, no enfoque acima, podem ser destacadas duas modalidades de estabilidade: a estabilidade definitiva e a estabilidade provisória.”* (GARCIA, 2017. P. 411)

Para o Professor, Mauricio Godinho Delgado (2017), trata do tema como, estabilidade, diferenciando como estabilidade e estabilidade provisória ou temporária.

Não é outro o tratamento do Professor Sergio Pinto Martins (2012) ao aplicar a denominação de estabilidade, afirmando que a estabilidade é uma espécie.

Ha que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego e o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, ate mesmo, de maneira ampla, a colocação do trabalhador em novo serviço. (MARTINS, 2012, p. 429)

Já para o Professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2017) difere as espécies em duas modalidades, sendo elas a “estabilidade” e a outra como “garantia no emprego”, vejamos;

...

Vale dizer, *garantia de emprego* concerne aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art.1º, IV) e o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. J.-70, VIII).

A *garantia no emprego* é um direito fundamental conferido ao empregado, que protege a sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado: A garantia no emprego pode ser permanente ou provisória, como veremos mais adiante.

Já a *estabilidade no emprego* também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, salvo nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada. (LEITE, 2017, p. 570)

Desta forma, diante da supremacia doutrinária vamos tratar deste tema como estabilidade, diferenciando em estabilidade e estabilidade provisória. conforme tratado pelo Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017): *“O nome do instituto, já consagrado na doutrina e na jurisprudência, é estabilidade, oferecendo a ideia de permanência, no caso, do trabalhador em seu emprego.”* (GARCIA, 2017, p. 422)

Assim sendo, podemos conceituar que a estabilidade é o direito do empregado em manter-se no emprego, restringindo o empregador de dispensar o trabalhador sem justa causa ou de forma arbitrária, conforme a lição do Professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2017):

Pode-se dizer que estabilidade, para os fins trabalhistas, consiste no direito que o empregado tem de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, salvo quando existir grave motivo que justifique a sua dispensa que torne incompatível a sua permanência na empresa ou no caso de força maior devidamente comprovada. (LEITE, 2017, p. 571)

No primórdio da estabilidade no campo privado a primeira a surgir no Brasil foi a Lei Elói Chaves no ano de 1923 que instituiu para os trabalhadores

ferroviários que atingisse o período de 10 anos de trabalho para o mesmo empregador a garantia do emprego, assim dificultando a dispensa dos empregados ferroviários, assim nos ensina a Professora Alice Monteiro de Barros (2016).

A estabilidade no emprego surgiu no Brasil em 1923, com a Lei Elói Chaves, que instituiu para os trabalhadores ferroviários que completasse 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador. A CLT disciplina essa matéria do art.492 a 500. No plano constitucional, a primeira Carta que tratou do assunto foi a de 1937; a de 1946 assegurou-a na “empresa ou exploração rural”. Com a Constituição de 1967, a estabilidade passou a coexistir com o Regime do Fundo de garantia e, finalmente, a partir da Constituição de 1988, este regime tornou-se obrigatório, eliminando-se do cenário jurídico a estabilidade no emprego, ressaltando o direito adquirido dos que já eram contemplados com ela. Porque já contavam com os 10ª nos de serviço junto ao mesmo empregador, sem terem manifestado a opção pelo FGTS.(BARROS, 2016, p. 631/632)

Ademais, a Lei Elói Chaves, foi a primeira a tratar da aposentadoria dos ferroviários, conforme nos ensina o Professor Amauri Mascaro Nascimento (2014), senão vejamos:

“Duas normas significativas surgem em 1923, a Lei n. 4.682, de 29 de janeiro, denominada Lei Elói Chaves, que cria a caixa de aposentadoria e pensões para ferroviários, bem como estabilidade para os mesmos trabalhadores ao completarem 10 anos de emprego, salvo falta grave ou força maior, sendo a rescisão contratual, nos casos permitidos, precedida de inquérito, para apuração da falta, submetido ao engenheiro de fiscalização das ferrovias; (NASCIMENTO, 2014, p. 75)

E não é outro o entendimento do Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017), ao afirmar que “No plano histórico, cabe destacar o Decreto 4.682,

de 24 de janeiro de 1923, a chamada Lei Eloy Chaves, por ter sido a primeira norma a tratar efetivamente da estabilidade, no entanto, de forma específica aos ferroviários.” (GARCIA, 2017, p. 411)

Contudo, nos ensina o Professor Sergio Pinto Martins (2014) que a ideia de estabilidade nasceu no serviço público com a Lei nº 2.924, de 1915, ao qual proibia a despedida de servidores públicos que tivessem 10 anos de serviço, assim aplicando o instituto da estabilidade. *“Os servidores públicos passaram a ter direito a estabilidade com a Lei na 2.924, de 1915, que proibia a despedida, desde que tivessem 10 anos de serviço.”* (MARTINS, 2014. p. 427)

A estabilidade jurídica, cria proibições para a dispensa do empregado sem justo motivo ou de forma arbitrária.

Não existe estabilidade absoluta, podendo ser o empregado dispensado em casos de justa causa, força maior ou cessação da atividade da empregadora.

A natureza jurídica da estabilidade no termo genérico, pode ser decorrente de previsão constitucional, por lei, em contrato individual de trabalho ou em normas coletivas.

De acordo com a Professora Alice Monteiro de Barros (2016), podemos denominar a natureza jurídica da estabilidade em extracontratuais e contratuais, ao afirmar que *“As teorias que procuram explicar a natureza jurídica da estabilidade dividem-se em **contratuais e extracontratuais.**”* (BARROS, 2016, p. 633)

Desta forma, podemos concluir que temos como natureza jurídica da estabilidade as existentes decorrentes da constituição, leis, normas coletivas que podemos classificar como as extracontratuais e as disciplinadas no contrato individual de trabalho classificadas como as contratuais.

A estabilidade constitucional esta prevista no inciso VIII, do art. 8º

da Constituição Federal de 1988 e no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Outrossim, as estabilidades legal estão previstas nos arts. 492 a 500 da CLT.

A estabilidade normas coletivas estão dispostas nas Convenções Coletivas de Trabalho decorrentes das negociações entre os sindicatos dos empregados e empresas e/ou nos Acordos Coletivos de Trabalho, decorrentes das negociações entre sindicato dos empregados com uma determinada empresa.

Bem como, temos a estabilidade contratual que esta esculpida no contrato de trabalho e/ou esculpidos pelo regulamentos internos da empresa.

Sendo assim, a estabilidade esta diretamente ligada a garantida de emprego, tendo em vista que a estabilidade é uma espécie da garantia de emprego.

Podemos dizer que o Direito do Trabalho é um direito social, pois além das obrigações contratuais entre as partes, reflete nas relações da sociedade, assim, protegendo a parte hipossuficiente do contrato de trabalho.

Portanto, diante deste motivo, a estabilidade se fundamenta na proteção do trabalhador que é a parte hipossuficiente na relação trabalhista, evitando assim que o empregador utilize do seu poder diretivo de forma desproporcional e desarrazoada.

3.1 Estabilidade X Licença Maternidade

Não se pode confundir os institutos da estabilidade provisória da gestante com a licença maternidade, apesar de serem muito próximo.

A licença maternidade é uma causa de interrupção do contrato de

trabalho e está prevista na Constituição Federal no artigo 7º, inciso XVIII e artigo 392 da CLT alterada pela Lei 10.421/2002.

Conforme consta dos referidos diplomas legais a licença maternidade é o direito que a empregada gestante possui de afastar-se do trabalho por 120 dias sem prejuízo do emprego e do salário.

O afastamento do trabalho para a licença maternidade pode ter início a partir do 28º dia antes do parto, e deverá ser certificada através de atestado médico com a data prevista do parto.

Já a estabilidade provisória é um direito que a empregada gestante possui de não poder ser demitida desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O período da licença maternidade é alcançado pela estabilidade, no entanto a gestante só terá direito a licença maternidade por 120 dias. No período restante da estabilidade terá direito apenas ao salário habitual.

Passaremos a seguir, ao estudo detalhado da estabilidade da gestante.

4. DA ESTABILIDADE GESTANTE.

A Convenção nº 3, de 1991 da OIT, que foi promulgada pelo Decreto nº 51.627/62, abordou da proteção da mulher e da maternidade, assim prevendo o direito da mulher na licença anterior e posterior ao parto, desde que tenha sido comprovada a gravidez e a data provável da execução do parto, e que tornava facultativo o gozo da licença anterior, porém tornando obrigatório a posterior ao parto, tratou também da garantia de emprego, sendo vedada a dispensa da empregada durante todo o período da gestação e o possível afastamento, também abordou 2 (dois) períodos de meia hora cada um, para o repouso para realização da amamentação, pagamento de salário maternidade que era quitado pelo Poder Público e por fim a assistência médica gratuita.

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição Federal e a estabilidade da gestante alcançou todas as mulheres, tendo em vista antes da CF/88 somente certas categorias profissionais eram protegidas pela estabilidade.

Como forma de proteger a mulher no mercado de trabalho, bem como garantir uma gestação tranquila a gestante empregada em a estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A estabilidade tem previsão legal no artigo 10 inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que veda a dispensa de forma arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, até que seja promulgada lei complementar que preveja indenizações compensatórias entre outros direitos conforme disposto no art. 7º, inciso I da Constituição Federal.

O referido artigo 10, II, “b” da ADCT traz o seguinte texto *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.

Ademais, diante da Lei Complementar nº 150/2015, a estabilidade provisória também foi estendida para as empregadas domésticas, nos termos do art. 25, parágrafo único da referida lei, vejamos:

Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Outrossim, o art. 391 da CLT trata da proteção à maternidade, ao qual afirma que não é motivo para a rescisão do contrato de trabalho o estado de gravidez da mulher, vejamos.

SEÇÃO V

DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Art. 391 - 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.

Desta forma, a gestante empregada não pode ser dispensada sem justo motivo ou de forma arbitrária, tendo em vista que a empregada gestante é detentora de estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez.

A estabilidade da gestante é a garantia desde a “confirmação da gravidez”, e essa expressão é muito discutida nas doutrinas e jurisprudências é o que nos ensina o Professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2017).

A expressão "desde a confirmação da gravidez" ainda tem suscitado discussão doutrinária e jurisprudencial, traduzida na seguinte indagação: Para que a empregada gestante adquira o

direito à garantia provisória no emprego há necessidade de comunicar ao empregador o seu estado gravídico?

Duas correntes doutrinárias apresentam respostas distintas.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

A Constituição dispõe que o início da estabilidade da gestante ocorrerá com a confirmação da gravidez. A confirmação é um ato formal a ser praticado. Caberá à interessada a demonstração da gravidez, porém só depois que o fizer estará protegida. Diverge o critério ora adotado da concepção objetivista sufragada pelos Tribunais do Trabalho segundo a qual a garantia, pela sua finalidade social, independe, para que se efetive, da comunicação da gravidez. Esta, sempre que constatada, é o bastante para atribuir à gestante todos os direitos, desde a concepção¹.

Opondo-se a esse entendimento, leciona Nei Frederico Cano Martins que o "legislador constituinte não utilizou o termo confirmação com o sentido de comunicação, já que, à obriedade, não teve por escopo contrariar um longo caminho já percorrido pelo nosso direito laboral na senda da tese objetivista"².

Estamos com a segunda corrente. (LEITE, 2017. 627/628)

Para o Professor Sergio Pinto Martins (2014) a palavra confirmação deve ser entendida como no ato da empregada demonstrar o estado gravídico para o empregador. Vejamos:

A palavra "confirmação" deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador; deve confirma-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que esta grávida, o que é feito pela apresentação do atestado medico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal, até cientificando por escrito que esta grávida, pois do contrario o empregador não tem como saber se a empregada esta grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar

atestado medico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez.

Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador. O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que esta grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa. Na data da dispensa não havia qualquer óbice a dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constata-la. Logo, não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito a garantia de emprego da gestante. (MARTINS, 2014, p. 445/446)

E esse é o entendimento de vários julgados, vejamos:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NECESSIDADE DE PRÉVIO CONHECIMENTO DO EMPREGADOR. O prévio conhecimento do estado gravídico pelo empregador é imprescindível à configuração da estabilidade provisória da gestante.

(TRT-20 01350005820015200000, Relator: EDUARDO PRADO DE OLIVEIRA, Data de Publicação: 17/10/2001)

ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE – FALTA DE COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. Não há que se falar em estabilidade provisória e consequente indenização correspondente a garantia de emprego à gestante, quando a rescisão contratual ocorre sem que o empregador tenha conhecimento do estado gravídico da empregada.

(TRT-20 01900007720005200000, Relator: JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO, Data de Publicação: 20/11/2000)

PROCESSO nº 1000225-27.2015.5.02.0703 (ROPS)

RECORRENTE: MARLY FERREIRA NUNES

RECORRIDO: MERCEARIA DO BEM ESTAR LTDA - EPP

03ª VARA DO TRABALHO DA ZONA SUL DE SÃO PAULO

RELATOR: VALDIR FLORINDO

GDVF9

EMENTA

ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GESTACIONAL. IRRELEVÂNCIA. *O fato do empregador desconhecer o estado gravídico da empregada não afasta o direito ao reconhecimento da estabilidade gestante, sendo este o atual posicionamento do C. TST, indicado no inciso I, da Súmula nº 244 do TST. Destaca-se ser inócua a discussão acerca do próprio conhecimento da reclamante quanto ao seu estado gravídico, vez que o constituinte consagrou a proteção à gestante e ao nascituro, independentemente de considerações subjetivas sobre o conhecimento ou não da gravidez pelo empregador ou pela própria empregada, sendo certo que a garantia de emprego se inicia com a "confirmação da gravidez" e não com a confirmação por parte da empregada do estado gravídico junto ao empregador. A ciência da gravidez pelo empregador é irrelevante, pois não se configura pressuposto previsto pelo dispositivo da Carta Magna. É um risco biológico, que ambos, empregada e empregador estão sujeitos. Apelo a que dá provimento.*

Porem o próprio Professor Sergio Pinto Martins (2014) já esclarece que esse tema já esta pacificado e que o STF concretizou a responsabilidade objetiva, do empregador, assim sendo considerada que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador, visando o bem do nascituro: “O STF já entendeu que a responsabilidade é objetiva (RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie).” (MARTINS, 2014, p. 445)

Cabe destacar que diante da posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, temos que a responsabilidade da estabilidade gestante é objetiva do empregador, pois visa a proteção do nascituro, assim sendo, tornando desnecessário a demonstração através de exames e/ou atestado médico a gestação para o empregador, neste sentido foi a Súmula 244 do TST:

Súmula nº 244 do TST

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).

Neste compasso, podemos entender que esta garantida a empregada gestante mesmo sem o conhecimento do empregador o direito a estabilidade.

Notório é que, nos termos do inciso IV, do art. 373-A da CLT o pedido de qualquer exame ou teste de gravidez no término do contrato de trabalho pelo empregador é vedado:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

...

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho é ilícito o pedido de atestado para a comprovação de gravidez tanto no ato da contratação, quanto na duração do pacto laboral, bem como no ato da realização da rescisão contratual.

E não é só a CLT que impede a solicitação de qualquer forma para constatar a gestação, neste sentido a Lei nº 9.029/1995 estabelece que a

exigência de qualquer teste relativo à esterilização ou ao estado de gravidez é medida discriminatória e assim sendo, será considerada como crime, vejamos:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

...

Pena: detenção de um a dois anos e multa.

Não é outro o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região ao expedir a Súmula 66, vejamos:

66 - Estabilidade da gestante. Indenização. Marco inicial.

Data da dispensa. *(Res. TP nº 01/2017 - DDEletrônico 19/04/2017)*

O marco inicial da indenização devida à empregada gestante é a data da dispensa, ainda que comprovado o desconhecimento do empregador quanto à gestação.

A empregada perderá o direito a estabilidade caso cometa alguma falta grave que estão prevista no art. 482 da CLT.

Inquérito judicial para apuração de falta grave - Interesse de agir - Em-pregada gestante. 1. Consoante o disposto no art. 853 da CLT, reputado violado pelo Agravante, para a

instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Vara do Trabalho ou Juízo de Direito, dentro de 30 dias, contados da data da suspensão do empregado: 2. No caso, o Regional manteve a sentença que extinguiu o feito sem a resolução de mérito, salientando que afigura-se desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave de empregada gestante, ou seja, portadora de garantia provisória de emprego. 3. O entendimento adotado pelo Regional não viola o art. 853 da CLT invocado no recurso de revista e reiterado no agravo de instrumento, o qual trata do procedimento a ser observado no inquérito a que se refere o art. 494 da CLT, que, por sua vez dispõe apenas sobre a estabilidade decenal. Mesmo se considerarmos que é necessário o ajuizamento de inquérito para a apuração de falta grave cometida por outros empregados estáveis, não há como estender essa exigência para a empregada gestante que apenas detém garantia provisória de emprego. Tampouco resta violado o art. 4º, 1, do CPC, uma vez que o Colegiado de origem interpretou de forma razoável a norma contida nesse dispositivo, incidindo o óbice da Súmula 221, II, do TST. 4. No que tange à violação do art. 5º, XXIN, da CF, o apelo não merece prosperar, na medida em que a ofensa ao referido dispositivo é, em regra, reflexa, não atendendo, portanto, a exigência contida no art. 896, c, da CLT. Agravo de instrumento desprovido. (TST -AIRR: 1157740-06.2005.5.15.0001, Relator: Ives Candra Martins Filho, Data de Julgamento: 11/06/2008)

A gestante nos termos do inciso II, do § 4º, do art. 392 da CLT poderá se ausentar ao mínimo em 6 (seis) vezes para a realização de consulta médica, exames e acompanhamento ao pré-natal, pelo tempo necessário, sem sofrer qualquer prejuízo ao salário e demais direitos.

Por ser a empregada gestante detentora da estabilidade provisória, ela poderá pedir demissão a qualquer momento, tendo em vista que a

estabilidade não exige que ela permaneça laborando para a empregadora obrigatoriamente.

Outrossim, diante do direito potestativo o empregado tem a faculdade de romper o contrato de trabalho a qualquer momento, e não seria diferente com a empregada gestante, sendo que esse direito não depende da vontade do empregador.

Ademais, nos termos do art. 500 o pedido de demissão da gestante quando ainda estiver vigente a estabilidade somente poderá ser realizada com a assistência do Sindicato, ou na ausência deste, no competente Ministério do Trabalho e Previdência Social ou por fim na Justiça do Trabalho, conforme nos ensina o Professor Henrique Correia (2018)

*Cabe destacar que a gestante poderá pedir **demissão** a qualquer momento. A estabilidade não exige que ela permaneça prestando serviços obrigatoriamente. Nesse caso, receberá as verbas trabalhistas decorrentes do pedido de demissão. Lembre-se de que é direito potestativo do(a) empregado(a) pleitear a demissão a qualquer momento. Esse direito, portanto, não depende da vontade do empregador. Contudo, ainda que o pedido de demissão da gestante ocorra em período inferior a 1 ano, será necessária a assistência do sindicato na homologação das verbas rescisórias (art. 500, CLT). (CORREIA, 2018, p.982)*

Ao pedir a demissão, caso as atividades desempenhadas sejam prejudiciais à gestação, nos termos do Art. 394 da CTL, não será necessário o cumprimento do aviso prévio, bem como a empregada perde os direitos da estabilidade provisória com a rescisão do contrato de trabalho.

A faculdade da empregada em romper o contrato, não exime o empregador das obrigações de esgotar todas as possibilidades de manter a empregada gestante, com a alteração das atividades, assim atendendo as

necessidades especiais da gestante.

Frisa-se que é vedado qualquer norma de instrumentos coletivos, sendo eles convenção ou acordo coletivo, impor restrições ou condições qualquer que seja ao direito a estabilidade provisória da gestante, porém, poderá os instrumentos coletivos adotar normas coletivas para estender o instituto da estabilidade gestante, conforme se abstrai da Orientação Jurisprudencial nº 30 da SCD do TST.

Orientação Jurisprudencial nº 30 da SCD do TST: Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário. ***Orientação Jurisprudencial nº 30 da SCD do TST:*** Nos termos do art. 10, II, "a", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Ademais, nos termos do §3º do art. 394-A, quando gestante ou lactante não for possível exercer atividades em locais salubres, ou outra função que a empresa disponibilize, deverá o empregador afastar a empregada gestante, devendo ser considerada gravidez de risco e direcionar a gestante ao INSS para o recebimento de auxílio doença previdenciário até 28 dias antes do salário maternidade.

Esse entendimento foi promulgado pela Lei nº 13.287/2016 que trouxe excelente proteção a todas as gestantes e lactantes, tendo em vista a preocupação com as mulheres gestantes em que laboram nas atividades insalubres, protegendo também possíveis futuras gestações.

Essa norma garante a gestante um ambiente de trabalho adequado para o bom desenvolvimento da gestação, não só cuidando da trabalhadora, mas garantido uma boa saúde do nascituro.

Com essa lei, iniciou um posicionamento ao qual a nova regra criava condições de impedimento na contratação da mão de obra feminina em idade fértil, conforme nos ensina o Professor Henrique Correia (2018):

Há também posicionamento que sustenta que o afastamento da gestante do ambiente insalubre pode gerar o efeito reverso ao previsto com a redução na contratação de mulheres em idade fértil. Em resumo, o afastamento da gestante ou da lactante de locais insalubres sem uma regulamentação mais detalhada e ainda sem um prazo para adequação das empresas, poderia trazer efeitos contrários ao inicialmente desejado pelo legislador. (CORREIA, 2018, p.986)

O tema foi Regulamentado novamente pela Lei nº 13.467/2017 a famosa Reforma Trabalhista que deu a seguinte redação:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento

durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Parágrafo único. (VETADO).

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Assim sendo, com a Lei 13.287/2016 estabelece que as gestante e as lactantes não serão afastadas obrigatoriamente, sendo que para as gestantes o afastamento somente será obrigatório se for exposta em grau máximo e nos graus médio e mínimo, somente com atestado médico de confiança da empregada gestante, garantindo o seu emprego e salário com o adicional de insalubridade, assim sendo uma modalidade de estabilidade. Já para as lactantes nem mesmo o labor em local exposto a grau máximo será obrigatório o seu afastamento, independente de qualquer grau a lactante somente será afastada, garantindo assim o seu salário com o adicional de insalubridade e emprego em caso de afastamento com atestado médico de confiança da empregada gestante.

Outrossim, nos termos do art. 7º, parágrafo único da CF/88, com a redação dada pela Emenda Constitucional 72/2013, a empregada doméstica também tem direito a garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, “b” do ADCT.

A Lei Complementar 150/2015 em seu art. 25, parágrafo único, prevê que a confirmação do estado gravídico durante o contrato de trabalho mesmo no prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante a empregada gestante a estabilidade provisória entabulada no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT.

Destaca-se que a estabilidade provisória se estendeu através do julgado do TST que a aprendiz gestante também esta assegurada a estabilidade provisória, senão vejamos:

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 - 8ª Turma - Data de Publicação: 31/10/2014)

A estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias será assegurada em caso de falecimento da trabalhadora gestante para quem detiver a guarda do seu filho, através da Lei Complementar 146/2014.

A estabilidade provisória da empregada gestante não esta ligada a manutenção da atividade do empregador, caso ocorra o encerramento das atividades da empresa a gestante deve ser indenizada por todo o período de

estabilidade provisória restante, diante do risco do empregador não pode ser passado para seus colaboradores, inclusive a empregada gestante. Senão vejamos:

ESTABILIDADE - ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - INDENIZAÇÃO - O FATOR ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA não é óbice a pleiteada indenização já que, não obstante implicar na rescisão contratual, pois, em tese deixa de existir o fator empresa; porém, o risco do empreendimento em hipótese alguma pode ser imputado a trabalhadora, principalmente na situação na qual estava a obreira (licença maternidade). Portanto, com a extinção da empresa, seus direitos em si, ou seja, a garantia da estabilidade da confirmação da gravidez até 5 meses após o parto se transforma em pecúnia (indenização), pois, não é responsabilidade do empregado à extinção da reclamada e, ainda, o risco do empreendimento não pode ser transferido ou imposto a trabalhadora. (Rel. Ivani Contini Bramante, TRT 2ª Região, 4ª Turma, Acórdão nº 20100108070, Processo nº 01685-2005-433-02-00-7, Data de julgamento: 23/2/2010, Data de Publicação: 5/3/2010).

Caso ocorra a dispensa da gestante e sendo caracterizada como discriminatória, deverá a gestante ser reintegrada ao emprego, tornando os atos praticados pelo empregador totalmente nulo.

4.1 Da Estabilidade Gestante No Aviso Prévio

O Professor Sergio Pinto Martins (2012) assim conceitua o aviso prévio: “Aviso-prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer a outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva.” (MARTINS, 2012, p. 414)

Já para o Professor Mauricio Godinho Delgado (2017), o conceito de

aviso prévio é:

“Aviso-prévio, no Direito do Trabalho, é 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, 2017, p. 1336).

Assim sendo, podemos considerar que o aviso prévio é a comunicação de uma das partes para outra sobre o rompimento sem justa causa do contrato de trabalho.

Segundo o Professor Mauricio Godinho Delgado (2017), “O prazo do aviso-prévio, seja o padrão (30 dias), seja o proporcional (até mais 60 dias), integra-se ao contrato para todos os fins (art. 487, § 1º, in fine, CLT).” (DELGADO, 2017, p. 1341).

O aviso prévio está disciplinado no art. 7º, XXI, da CF/88:

...

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

Ocorre que com a advento da Lei 12.506/2011 passou a estabelecer os parâmetros para o aviso prévio proporcional que até então não era regulamentada.

A lei regulamentou o prazo proporcional, assim sendo, determinando a duração mínima de 30 (trinta) dias e sendo o tempo máximo de 90 (noventa) dias, isso a ser levado em conta o tempo de trabalho para a mesma empresa.

O aviso prévio quando for informado por uma parte, não poderá a outra se opor ou até mesmo renunciar.

O aviso prévio tem por finalidade não deixar a parte que esta sendo comunicada sem amparo, tanto o empregado que recebe a triste notícia do desemprego iminente, quanto ao empregador que poderá dispor de tempo para não ter seu quadro de colaboradores desfalcado.

O cabimento do aviso prévio nas rescisões do contrato de trabalho por prazo indeterminado poderá ser aplicada na forma da rescisão sem justa causa por ambas as partes do contrato, podendo ser o aviso prévio indenizado ou trabalhado.

Outrossim, o aviso prévio está previsto no art. 487 da CLT, que regulamenta dois tipos de prazo para o cumprimento, quais sejam o primeiro para os contratos de trabalho em que o pagamento do salário é realizado por semana ou tempo inferior a este, dando como o aviso prévio de 8 (oito) dias, e o segundo tipo se dá para os contratos que tem como forma de pagamento salarial quinzenal ou mensal, atribuindo a essa modalidade o prazo de 30 (trinta) dias de aviso prévio, porém com a advento da CF/88 não se aplica mais a concessão do aviso de 8 (oito) dias, diante da previsão constitucional de que o aviso prévio será no mínimo de 30 dias.

Pode se afirmar que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os fins de direito, ou seja, o contrato de trabalho somente termina após o último dia do aviso prévio independente se o aviso prévio for trabalhado ou indenizado, é o que nos ensina a Professora Alice Monteiro de Barros (2016): *“Cumpre frisar que o aviso-prévio trabalhado ou indenizado integra **sempre** o tempo de serviço do empregado”* (BARROS, 2016, p. 623)

E não é outro o entendimento do Professor Sergio Pinto Martins (2012): *“Prevê o § 1º do art. 487 da CLT que o aviso-prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os fins.”* (MARTINS, 2012, p.446)

Desta forma, tudo o que ocorrer no curso do cumprimento do aviso prévio trabalhado ou indenizado gera direito ao empregado.

Diante deste fato que o aviso prévio integra em sua totalidade o tempo de serviços, grandes discussões foram feitas quanto a estabilidade provisórias da gestante no curso do aviso prévio.

Para os que entendiam que a aquisição da estabilidade provisória da gestante no curso do aviso prévio não poderia prosperar tinha como argumento que o aviso prévio firmava um tempo final para o contrato de trabalho, desta forma, as partes já teriam ciência de quando terminaria a relação contratual. Outrossim, alegavam que a projeção do aviso prévio se limitava para as vantagens econômicas somente, descabendo a estabilidade quanto a indenizada quanto a reintegração ao trabalho.

No contraponto, aos que entendiam que a gestação ocorrida no decorrer do aviso prévio tanto indenizado como o trabalhado gera a estabilidade se fundava no fato da dignidade da pessoa humana, na proteção ao nascituro e da mãe. Ademais, afirmavam que durante o aviso prévio poderia acontecer varias situações que poderiam mudar o contrato de trabalho, tal como a aplicação da justa causa, a rescisão indireta, e se apegando que com o aviso prévio o contrato de trabalho apenas se extingue em seu último dia.

Neste sentido o Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017) nos ensina que:

Na atualidade, o Tribunal Superior do Trabalho, em relevante decisão da SBDI-I, entendeu que mesmo no caso da concepção ocorrida no período do aviso prévio indenizado, verifica-se o direito à estabilidade provisória da gestante. Em razão da importância do mencionado precedente, transcreve-se a respectiva ementa:

“Embargos em recurso de revista. Acórdão embargado publicado na vigência da Lei n.º 1.496/2007. Gestante. Estabilidade provisória. Concepção no período correspondente ao aviso prévio indenizado. A Turma, superando o fundamento do e. Tribunal Regional, adotou o entendimento de que verificada a concepção no período do aviso prévio indenizado, tal fato impedia o deferimento do pleito de estabilidade por óbice da Súmula 371/ TST. A respeito do aviso prévio, José Augusto Rodrigues Pinto, valendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes e Élon Gottschalk, entende que [...] o aviso prévio é uma declaração receptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito ex nunc, correspondendo à ideia de que o pré-avisante pretende denunciar o contrato sem justa causa, como entende, com muita lucidez, Messias Donato’ (Tratado de Direito Material do Trabalho, LTr, fl. 589). Para o mestre baiano, ‘Há uma tendência impulsiva e inadvertida para se considerar o aviso prévio um efeito da extinção do contrato individual de emprego. A ideia é, evidentemente, enganosa. O aviso prévio, consoante sua própria adjetivação, precede a extinção contratual [...]’. (idem, pág. 581). Tendo o TRT admitido que a reclamante ficou grávida ainda na vigência do pacto laboral, inevitável o reconhecimento da estabilidade prevista no artigo 10, II, ‘b’, ADCT. O entendimento aqui esposado não fere a diretriz da Súmula-TST-371 gerada por precedentes que não incluíam a situação da empregada gestante. Daí a lição da eminente Ministra Rosa Maria Weber, em acórdão da eg. 3.^a Turma: ‘Diante da estatura constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o norte presente na segunda parte da Súmula 371/TST, que incorporou a diretriz da OJ 135 de seguinte teor: ‘os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho’. [...] Tem-se por incabível exegese restritiva de norma constitucional que garante, de forma ampla, às empregadas gestantes a manutenção do emprego e a respectiva licença,

quando o bem tutelado, em última análise, é a própria vida do nascituro. Apesar de a gravidez não ser patologia, trabalhadora grávida ostenta a mesma fragilidade laboral que se evidencia nos empregados acometidos por doença, sendo mínimas as chances de obter novo emprego enquanto perdurar o estado gravídico e o período de amamentação inicial – que, não por acaso, coincide com o tempo da garantia de emprego. [...] Considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a função social da empresa, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, 'b', do ADCT, razoável a interpretação regional no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado. (RR-22110026.2007.5.04.0202. Data de publicação: 27/11/2009). Recurso de embargos conhecido e provido” (TST, SBDI-I, E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.0004, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 09.04.2010).(GARCIA, 2017, p. 422)

Referida discussão teve fim com a promulgação da Lei 12.812 de 16 de maio de 2013, ao incluir o art. 391-A na CLT, regulando o entendimento de que a empregada que ficar gestante no curso do aviso prévio, terá direito a estabilidade provisória, independente se o aviso prévio foi trabalhado ou indenizado, vejamos;

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. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

Desta forma, com a promulgação da Lei 12.812 de 16 de maio de 2013 não resta dúvida, a estabilidade provisória da gestante, assim firmando ainda mais que o aviso prévio estende o contrato de trabalho não apenas para as vantagens econômicas como aumento salarial, mas sim a todos os direitos

trabalhistas até o último dia do contrato de trabalho.

4.2 Da Estabilidade Gestante No Contrato Por Prazo Determinado

O contrato por tempo determinado como o próprio nome já sugere, se inicia com uma data certa para o termino da relação contratual trabalhista.

Por um longo tempo o TST entendia que havia a incompatibilidade entre os contratos determinados e a estabilidade provisória da gestante, afirmando que o rompimento do contrato determinado com o transcorrer do tempo, sem a aplicação do contido no art. 481 da CLT, em que permite a inclusão de clausula assecuratória de direito, não garantia a empregada a estabilidade provisória.

Indos no mesmo pensamento temos o Professor Sergio Pinto Martins (2012). Vejamos:

No contrato de trabalho por tempo determinado as partes sabem desde o inicio quando o pacto ira terminar. Assim, se a empregada ficar grávida no curso do ajuste laboral, será indevida a garantia de emprego, pois não esta havendo dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ha apenas o decurso do prazo do pacto de trabalho celebrado entre as partes. Situações que ocorram no curso do pacto laboral de prazo determinado não podem ser opostas para modificar a sua cessação, salvo se houver ajuste entre as partes. (MARTINS, 2012, p. 447)

O TST antes da modificação ocorrida em 2012, também defendia que a garantia do emprego não poderia ser levada ao extremo, impedindo a prorrogação do contrato a termo estabelecido de boa fé, e que a certeza do termino do contrato pactuado foi de acordo com a vontade das partes, é o que nos ensina a Professora Alice Monteiro de Barros (2016), vejamos:

*No que tange aos **contratos determinados**, a jurisprudência do TST entendia que havia incompatibilidade entre esses contrato e a estabilidade provisória e, mesmo na hipótese de rescisão contratual, pelo empregador, desautorizava-se a concessão do instituto jurídico em exame. (BARROS, 2016, p. 727)*

Porem, nos casos em que os contratos por prazo determinado fosse incluído a cláusula assecuratória, conforme mandamento do art. 481 da CLT, a empregada gestante teria o direito a estabilidade provisória, tornando assim o contrato por prazo determinado as normas do contrato indeterminado.

Notório é a necessidade de proteção da gestante dando segurança para a maternidade e para o nascituro, assim tratando o Professor Sergio Pinto Martins (2012) “A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.” (MARTINS, 2012. p. 445).

Certo é que o Supremo Tribunal Federal mantinha um entendimento diverso, conforme nos ensina o Professor Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017):

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento diverso, no sentido de que a referida estabilidade provisória alcança todas as trabalhadoras, independentemente do regime jurídico e da forma de contratação. Nesse sentido, cabe destacar o seguinte julgado:

“Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão – Estabilidade provisória (ADCT/88, art. 10, II, “b”) – Convenção OIT n.º 103/1952 – Incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto n.º 58.821/66) – Proteção à maternidade e ao nascituro – Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente – Recurso de agravo improvido.

- O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes.

- As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público

subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de (CF, art. 7.º, XVIII, c/c o art. 39, § 3.º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT n.º 103/1952.

- Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assiste-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes” (STF, 2.ª T., Ag.Reg.-RE 634.093/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2011). (GARCIA, 2017, 442/223)

Frente aos posicionamentos da STF ao afirmar que não a lei não distinguia as modalidades de contrato de trabalho eram aplicado a estabilidade

provisória, assim sendo, caberia o direito a estabilidade em qualquer tipo de contrato.

As decisões do STF tinha como fundamentação a proteção do nascituro e da maternidade, aplicando aos empregadores a sua função social.

Aliado as decisões do STF estavam grandes doutrinadores, tais como Mauricio Godinho Delgado (2017) afirmando que:

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando o óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT). (DELGADO, 2017, p. 625)

Diante de tais entendimentos, foi realizada uma sessão pelo Pleno do TST em 2012 que alterou a redação do item III da Súmula 244 do TST que assim passou a ter a seguinte redação:

Súmula nº 244 do TST

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.

Bem como a jurisprudência:

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 - 8ª Turma - Data de Publicação: 31/10/2014)

Título : ESTABILIDADE OU GARANTIA DE EMPREGO

Subtítulo : Provisória. Gestante

Acórdão : 20140575515 Turma: 18 Data Julg.: 16/07/2014

Data Pub.: 21/07/2014

Processo : 20140028055 Relator: RUI CESAR PUBLIO BORGES CORREA

Contrato de experiência. Gestante. Estabilidade provisória.

A previsão

contratual concernente ao termo final da relação assegura apenas a observância,

pelo empregador, do cumprimento integral do prazo estipulado.

Mas na contra mão da afirmação acima, o Professor Sergio Pinto Martins (2012) ensina que mesmo diante da proteção que se deve a empregada gestante, nos contrato com prazo determinados não deverá o empregador observar a estabilidade provisória da gestante. Vejamos:

Nos contratos de trabalho por tempo determinado, o empregador não terá de observar a garantia de emprego, mesmo que, por exemplo, a empregada fique grávida no curso do pacto laboral, pois as partes sabiam desde o início que o contrato de trabalho terminaria no último dia acordado. Nesse dia, o pacto laboral estará encerrado. (MARTINS, 2012, p. 117)

Referido pensamento está firmado no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao editar a Tese Jurídica Prevalente nº 5 do TRT da 2ª Região em 13 de julho de 2015, que tem a seguinte redação:

TESE JURÍDICA PREVALENTE Nº 05

Empregada gestante. Contrato a termo. Garantia provisória de emprego.

A empregada gestante não tem direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do ADCT, na hipótese de admissão por contrato a termo. (Resolução TP nº 05/2015 - DOEletrônico 13/07/2015)

Neste caso, mesmo com a Sumula 244 do TST não temos um posicionamento unânime, tal fato é comprovado pela expedição da Tese Jurídica Prevalente nº 5 do TRT da 2ª Região, que vai de encontro com o TST.

Para os que defendem que o contrato a termo não pode ser aplicado o instituto da estabilidade provisória da gestante, utiliza o fundamento de que antes mesmo do início do contrato de trabalho já se tinha o conhecimento da data em que o pacto contratual iria se findar e que o fim da relação contratual se dá sem justa causa, porém se concretizando com o decorrer do tempo, não existindo expectativa de continuidade da relação trabalhista firmada a prazo determinado.

Por sua via, aos que defendem que a estabilidade provisória da

gestante esta garantida nos contratos a termo, sustentam que, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, não impondo a lei qualquer restrição quanto a modalidade de contrato de trabalho. Fundamentando ainda que a estabilidade via a garantia da proteção da mãe trabalhadora e a tutela do nascituro.

Desta forma, podemos concluir que, quanto a estabilidade provisória nos contrato por prazo determinados a aplicação da Súmula 244, III do TST não é unanime em nosso ordenamento jurídico, frente a edição da Tese Jurídica Prevalente nº 5 do TRT da 2ª Região ao qual vai de encontro com o posicionamento do TST e que os juristas declinados a não aplicação da estabilidade no contrato a termo se fundamentam.

4.3 Da Dispensa Sem Justa Causa Ou Arbitraria No Decurso Da Estabilidade Provisória Da Gestante

Podemos afirmar que a estabilidade provisória da gestante assegura o emprego, conforme esta disposto no art. 7º, XVIII da CF/88.

Conforme nos ensina o Professor Sergio Pinto Martins (2012), nas reclamações ao qual se requer apenas a indenização, não se faz direito a estabilidade provisória da gestante: *“A Constituição assegura o emprego a gestante (art. 79, XVIII) e não indenização como costumam pedir na pratica, nas ações trabalhistas.”* (MARTINS, 2012, p. 446)

Para se ter o direito a reintegração ao trabalho a empregada gestante deverá comunicar ao empregador sobre o seus estado gravídico, neste caso devendo o empregador reintegrar a gestante e pagar o valor dos salários do período em que ficou afastada.

Porem, caso o empregador não reintegre a gestante, deverá ser proposta uma reclamação trabalhista requerendo o reconhecimento da estabilidade provisória da gestante com o pedido de reintegração ao labor.

Costumeiramente, muitas gestantes requerem na justiça somente a indenização, e que conforme nos ensina Sergio Pinto Martins (2012) somente esse pedido não poderá ser procedente a reclamação proposta, vejamos: *“Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra seu interesse em não retomar ao emprego, o que revela que não tem direito a garantia de emprego.”* (MARTINS, 2012, p. 446).

Nos termos da Súmula 244, II do TST, a reintegração somente poderá acontecer se o período da estabilidade estiver vigente, caso contrário, deverá ser indenizado.

Súmula nº 244 do TST

...

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.

Assim podemos entender que a indenização somente pode acontecer em caso de impossibilidade de reintegração da trabalhadora gestante na empregadora, e desde que a empresa tenha ciência do estado gravídico da empregada.

Muito se discutia se o ingresso da reclamação trabalhista quando eram propostas após o período da estabilidade provisória da gestante se a trabalhadora teria direito ao período de forma indenizada.

Nesta discussão o Professor Sergio Pinto Martins (2012) se posiciona para perda da estabilidade, tendo em vista que o empregador foi impedido de reintegrar a gestante no trabalho, vejamos:

No caso de a 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 reintegrar-la no emprego, mostrando

seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição e ao emprego e não a indenização. (MARTINS, 2012, p. 447)

Neste mesmo entendimento esta a Professora Alice Monteiro de Barros (2016):

Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo a estabilidade provisória e ingressa em juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes (87). A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória, privando o empregador de prestação de serviços correspondente. Comportamento dessa natureza vinha sendo considerado, com acerto, exercício abusivo do direito de ação, porque desvinculado da sua finalidade. (BARROS, 2016, p. 725)

Diante destes posicionamentos doutrinários, foi editada a OJ nº 399 da SDI-1 do TST, ao qual entende que, mesmo proposta a ação pela empregada gestante após o período de estabilidade porem respeitando o prazo prescricional de 2 (dois) anos, não se configura abuso do exercício do direito de ação, devendo ser indenizado desde a dispensa até o termino do período da estabilidade provisória da gestante.

OJ 399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. 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.

No mesmo sentido esta a Súmula nº 396 do TST:

Súmula nº 396 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 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 nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)

Desta forma, podemos concluir que a na estabilidade provisória da gestante em uma dispensa sem justa causa ou arbitrária, deverá a empregada em caso de desconhecimento da empregadora informar o seu estado gravídico, e caso a empregadora não reintegre a trabalhadora gestante, essa deverá ingressar com uma reclamação trabalhista requerendo a sua reintegração ao trabalho e indenização dos salários sobre o período em que ficou afastada por conta da dispensa.

Outrossim, em caso de dispensa sem justo motivo ou de forma arbitrária, com o conhecimento do estado gravídico da trabalhadora pela empregadora, e a empregada gestante deixe transcorrer o lapso temporal para só então ingressar com a reclamação trabalhista, a empregadora deverá indenizar todo o período desde a dispensa até o fim da estabilidade nos termos da OJ 399 da SDI-1 do TST.

5. CONCLUSÃO

Ao longo desta pesquisa, buscou-se evidenciar a evolução histórica da mulher no Direito do Trabalho, que teve como marco inicial a Revolução Industrial, sendo nesta época submetida a condições de trabalho degradantes, com jornadas extremamente longas, com salário muito inferior ao salário pago aos homens na mesma função, sem nenhuma proteção a saúde e tão pouco para a gestação.

O trabalho da mulher foi aceito nas indústrias para as empresas obter mais lucros, tendo em vista que com a introdução das máquinas o esforço físico despendido para a produção foi reduzido, desta forma, podendo ser feito por mulheres.

Com o trabalho da mulher totalmente desprotegido de qualquer norma legal, se viu a necessidade de criar lei para proteção da mulher no ambiente de trabalho, sendo a primeira legislação protetiva ao trabalho da mulher foi na Inglaterra em 1842 e após se espalhando pelo mundo.

Podemos concluir que com a criação de legislações para a proteção ao trabalho da mulher, iniciou uma onda de discriminação, assim sendo, as normas que visavam garantir condições de trabalho compatíveis com as necessidades da mulher, teve impacto negativo, frente a preferência na contratação de mão de obra masculina que não havia restrições.

Diante da discriminação das relações de trabalho quanto ao sexo, iniciou o combate para a igualdade de gênero e sexo, concentrando a legislação ao que realmente merece atenção, assim tentando igualar as relações existentes entre empresa e empregados de ambos o sexo.

No Brasil o trabalho da mulher teve muita semelhança com o restante do mundo, no início sem nenhuma proteção a mulher na relação trabalhista.

Apesar da semelhança, no Brasil a primeira norma protetiva ao trabalho da mulher foi em 1932, sendo o tema também abordado na Constituição Federal do mesmo ano.

A estabilidade provisória da gestante esta prevista no art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garantindo a empregada gestante o seu emprego e salário contra a dispensa sem justo motivo ou arbitrária, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

A estabilidade provisória da gestante é uma espécie da garantia de emprego, que garante a trabalhadora no decorrer do contrato de trabalho, no cumprimento do aviso prévio trabalhado ou indenizado e até mesmo no contrato de trabalho por prazo determinado a proteção da dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Caso o empregador dispense a trabalhadora gestante sem justo motivo ou de forma arbitrária, fica o empregador obrigado a reintegrar a empregada se ainda estiver no período de estabilidade, bem como, caso já tiver passado o lapso temporal correspondente a estabilidade o empregador deverá indenizar todo o período da estabilidade ao qual teve direito.

Desta forma, conclui-se que a estabilidade provisória da gestante é um instituto muito importante para a saúde não só da trabalhadora, pois garante o labor para a gestante em um período de vulnerabilidade, bem como, a proteção do nascituro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de, Curso de Direito do Trabalho – 10. Ed. – São Paulo: LTr, 2016.

CASTRO, Rubens Ferreira de. A Terceirização no Direito do Trabalho. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CORREIA, Henrique, Direito do Trabalho, 11. Ed. – Salvador: JusPODIVM, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de Direito do Trabalho – 16. Ed. Ver. e ampl.. – São Paulo : LTR, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa, Curso de Direito do Trabalho. – 11ª Ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp150.htm

http://www.tst.jus.br/web/guest/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/05-secao-de-dissidios-coletivos-sdc?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fquest%2Fois%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_1N7k%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, Curso de Direito do Trabalho – 8. Ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto, Direito do Trabalho. – 28. Ed. – São Paulo : Atlas, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto, Direito do Trabalho. – 30. Ed. – São Paulo : Atlas, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, Curso de Direito do Trabalho.– 26. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.