

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DAS EMPREGADAS
GESTANTES NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

CURITIBA
2009

EVELIN FIGUEREDO

**A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DAS EMPREGADAS GESTANTES
NAS RELAÇÕES DE EMPREGO**

Monografia de conclusão de curso apresentada como requisito parcial à obtenção do bacharelado no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Aldacy Rachid Coutinho.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

EVELIN FIGUEREDO

A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DAS EMPREGADAS GESTANTES NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade Federal do Paraná pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADORA:

Prof^a. Aldacy Rachid Coutinho

EXAMINADOR 1:

Prof. Fábio de Almeida Rego Campinho

EXAMINADOR 2:

Prof. Rodrigo Abagge Santiago

Curitiba, 13 de novembro de 2009.

Dedico este trabalho àqueles que estiveram ao meu lado com incondicional amor e apoio: aos meus pais, Alexandre e Ema, às minhas irmãs Caroline e Emanuele e ao Fernando, pelo companheirismo e incentivo no decorrer desses cinco anos de estudo.

“O homem tem a supremacia.
A mulher, a preferência.
A supremacia significa a força.
A preferência representa o direito”.

Victor Hugo

RESUMO

O presente trabalho objetiva abordar o tema da estabilidade provisória das empregadas gestantes nas relações de emprego, com apontamentos sobre a origem e evolução do trabalho da mulher, seu tratamento frente ao ordenamento jurídico vigente, em especial a proteção constitucional a elas garantida. Através de pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias, bem como do breve panorama do mercado da mulher na atualidade, busca demonstrar a importância e o impacto das novas regras protetivas para a inserção da mulher no mercado de trabalho, com o objetivo de evitar a discriminação em virtude de seu estado gravídico. Pretende, ainda, esclarecer que a finalidade maior do instituto é garantir à mulher e aos seus filhos a proteção necessária durante o período de gravidez e após o parto, para que haja compatibilidade entre mulher e trabalho, sem que ela seja prejudicada profissionalmente pelo fato de tornar-se mãe, uma vez que essa proteção visa atender à função promocional do direito, que almeja uma sociedade justa e solidária, fundamentada na dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Estabilidade provisória. Empregadas gestantes. Garantia de emprego. Trabalho da mulher.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

1. GRÁFICO 1 – MULHERES: ESTIMATIVAS DA POPULAÇÃO.....	69
2. TABELA 1 – ESTIMATIVAS DA POPULAÇÃO – EM MILARES.....	69
3. GRÁFICO 2 – EVOLUÇÃO DA TAXA DE DESOCUPAÇÃO (%).....	70
4. GRÁFICO 3 – PERCENTUAL DE RENDIMENTO DA MULHER EM COMPARAÇÃO COM O DO HOMEM EM JANEIRO DE 2008	72
5. TABELA 2 – RENDIMENTO MÉDIO HABITUAL DE HOMENS E MULHERES	72
6. GRÁFICO 4 – RENDIMENTO MÉDIO HABITUAL DA POPULAÇÃO OCUPADA COM NÍVEL SUPERIOR – EM JANEIRO DE 2008	73

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O TRABALHO DA MULHER	11
1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO TRABALHO DA MULHER	11
1.2 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS.....	14
2. A MULHER FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE	18
2.1 PROTEÇÃO À MATERNIDADE	18
2.2 ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	23
2.2.1 Marco Inicial da Estabilidade.....	24
2.2.2 Marco Final da Estabilidade.....	26
3. OBRIGATORIEDADE DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR DO ESTADO GRAVÍDICO DA GESTANTE POR OCASIÃO DA DISPENSA IMOTIVADA	28
3.1 DISPENSA INJUSTA E O NÃO-CONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELA PRÓPRIA EMPREGADA	31
3.2 POSSIBILIDADE DE O EMPREGADOR REQUERER EXAME DE GRAVIDEZ QUANDO DA DISPENSA DA EMPREGADA.....	34
4. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E O CONTRATO DE TRABALHO.....	37
4.1 CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E A EMPREGADA GESTANTE	37
4.2 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA E O AVISO PRÉVIO.....	42
5. DIREITO À REINTEGRAÇÃO OU INDENIZAÇÃO?.....	48
5.1 REINTEGRAÇÃO.....	48
5.2 INDENIZAÇÃO	49
6. RENÚNCIA AO DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA	54
7. JUSTA CAUSA E A PERDA DA ESTABILIDADE	57
8. AVANÇOS E RECUOS NA ESTABILIDADE.....	59
8.1 EMPREGADA DOMÉSTICA	59
8.2 SERVIDORA PÚBLICA – CARGO PROVIDO EM COMISSÃO	63

8.3 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA E O CONTRATO PARA FOMENTO DA LEI n. 9.601/1998	65
9. BREVE PANORAMA DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER NA ATUALIDADE	68
CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Com as transformações no Direito do Trabalho da Mulher em busca da adequação da promoção da igualdade entre homens e mulheres, inaugurada pela Constituição Federal de 1988, e tendo em vista sua condição especial de mãe e gestante, é importante tratar de situações que envolvam questões controvertidas e a adoção de medidas de proteção e promoção da empregada gestante.

O escopo do presente trabalho é abordar o tema da estabilidade provisória das gestantes, expondo a origem e evolução do trabalho da mulher, o tratamento normativo brasileiro e, em especial, a proteção constitucional especial a elas garantida, identificando avanços e recuos.

O assunto em foco ganha importância cotidianamente, devido ao fato de o número de mulheres no mercado de trabalho aumentar substancialmente, merecendo especial atenção quando tais empregadas se tornam mães.

Não se busca nesse estudo, de nenhuma forma, esgotar o assunto, mas simplesmente traçar os marcos mais importantes sobre a matéria, fornecendo uma visão global e atual sobre a questão.

Pretende-se, assim, mostrar que há, ainda, posicionamentos doutrinário e jurisprudencial divergentes quando se trata do tema da estabilidade provisória da gestante, principalmente no que tange os polêmicos assuntos da estabilidade durante o aviso prévio, a possibilidade ou não da renúncia a esse direito, a estabilidade provisória em contratos com prazo determinados, além de situações especiais envolvendo as empregadas domésticas gestantes e servidoras públicas providas por cargo em comissão.

Para tanto, inicialmente, será feita rápida abordagem sobre a origem e evolução do trabalho da mulher bem como sobre as primeiras manifestações legislativas a esse respeito.

Em seguida, serão analisadas as principais questões do presente estudo, que se referem à proteção à maternidade e a estabilidade das gestantes com o advento da Constituição Federal de 1988, focando, no desenvolvimento desse ponto, nas matérias controvertidas na jurisprudência e na doutrina, como a necessidade do conhecimento

do estado gravídico pelo empregador, a existência ou não do direito à reintegração da empregada gestante após a dispensa injusta, os efeitos da dispensa com justa causa, entre outros pontos polêmicos.

Nesse ínterim, o que se quer enfatizar é que antes de ser uma proteção à mulher, a estabilidade provisória da gestante visa proteger o nascituro, lhe dando condições iniciais de sobrevivência e desenvolvimento saudáveis, o que é possível através da garantia de emprego proporcionada pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 5 (cinco) meses após o parto, o qual garante à gestante os salários para auxiliar o filho nos primeiros meses de vida.

Ao final, serão abordados os avanços e recuos na estabilidade das gestantes, bem como serão feitas breves considerações sobre a mulher no mercado de trabalho contemporâneo, com a análise de estatísticas a respeito da inserção da mulher no trabalho, com apontamentos sobre a persistência da discriminação contra as mulheres, as quais recebem menores remunerações e possuem diferentes colocações em postos de trabalhos específicos.

1. O TRABALHO DA MULHER

1.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Nas sociedades primitivas, a primeira divisão do trabalho é de origem sexual: aos homens eram destinadas a caça e a pesca, e às mulheres a coleta dos frutos, evoluindo posteriormente para o cultivo da terra.

Não raro, como no Império Romano, *v.g.*, a mulher era considerada um ser despolitizado, reclusa a uma vida doméstica, com a finalidade principal de procriar e cuidar dos filhos, devendo total obediência aos homens. Apesar disso, a mulher sempre contribuiu para a economia familiar assumindo papéis diversos de acordo com a época.

Sobretudo no Egito, há registros de que a tecelagem era ocupação destinada às mulheres, competindo-lhes, ainda, certa participação na ceifa do trigo, na preparação de farinha e massa para pães. A história registra, ainda, que as mulheres mais pobres trabalhavam em grandes obras de construção¹. Possuíam, portanto, posição de relativa igualdade com os homens.

Afirma-se que, na sociedade cretense, a mulher ocupava lugar destacado e desfrutava de certas liberdades, as quais nos são reveladas através de representações figuradas de mulheres em praças públicas, no teatro e na arena cretense, cabendo-lhes papel relevante como sacerdotisas nas cerimônias religiosas. Já a sociedade grega do período clássico não permitiu o acesso das mulheres ao saber, tendo elas se dedicado ao trabalho doméstico, sendo desprezadas quando praticassem função diversa. Na civilização helenística, contudo, as mulheres eram mais livres, pois lhes era permitido o acesso às escolas e à educação, fazendo com que a literatura, a filosofia e as artes não fossem privilégio exclusivo de algumas poucas cortesãs².

Na Idade Média, caracterizada pela passagem dos serviços escravos ao feudalismo, a posição da mulher não teve grandes modificações: quando admitida para

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 27.

² Idem, p. 28.

trabalhar, jamais chegava a uma posição de destaque, sendo considerada a vida inteira como aprendiz, quer nas oficinas de corporação, quer no lar pelo marido.

Nessas lutas sociais, com a formação de novas classes, a mulher assume um papel mais evidente. Mesmo consideradas como um ser mais fraco e frágil, as mulheres começaram a realizar funções que eram reservadas a elas exclusivamente, que embora não lhes trouxessem muita cultura, vez que artesanais, as tornavam socialmente produtivas, como o trabalho com a seda, com materiais preciosos e com velas³.

Na Idade Moderna, com a revolução do sistema econômico, a mulher começa a receber algumas oportunidades de trabalho, com ocupações novas, passando a colaborar na fabricação de objetos e tecidos que, posteriormente, serviriam como instrumento de troca por outras utilidades. Paulatinamente, essas atividades se industrializavam, dando causa ao trabalho assalariado. Tal desenvolvimento proporcionou a introdução em larga escala de trabalho feminino, em prejuízo até mesmo da mão-de-obra masculina, esta, por sua vez, já abalada pelo aperfeiçoamento da máquina a vapor⁴.

A partir da segunda metade do século XVIII, com a Revolução Industrial, iniciou-se o processo de mecanização industrial, o que gerou a definitiva implantação do modo de produção capitalista. O estímulo à produção com técnicas e aos instrumentos inovadores provocou o êxodo rural, fazendo surgir um grande contingente de mão-de-obra disponível nas cidades.

Os homens, dada a miséria que enfrentavam no campo, passam a trabalhar nas fábricas, exercendo funções que eram antes exclusivas das mulheres, causando uma disputa entre sexos pelo trabalho. Assim, mulheres e menores são solicitados nas indústrias têxteis, em razão da mão-de-obra barata, recebendo remunerações inferiores às masculinas, sujeitando-se a condições de trabalho insalubres, com jornadas de trabalhos excessivas.

³ BOSSA, Sônia. *Direito do trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 2.

⁴ Idem, p. 3

A mulher, na realidade, sempre foi vista como uma segunda categoria, cuja capacidade reprodutiva e responsabilidade social tornavam-na incapaz para um trabalho que lhe traria reconhecimento social e econômico.

No Brasil, o direito do trabalho tem início no século XIX. O Brasil era um jovem Império e o escravismo era a fonte de mão-de-obra. A Constituição de 1824 praticamente ignorava a existência das mulheres às quais não eram conferidos os direitos ao voto e à educação, razão pela qual a maioria delas era analfabeta. Cabia a elas o espaço doméstico, sendo o espaço público exclusivo dos homens.

Algumas medidas começam a ser tomadas, efetivamente, na segunda metade do século XIX, como a Lei do Ventre Livre em 1871, a Lei do Sexagenário em 1885 e a Lei Áurea em 1888. Embora existissem assalariados na época da escravatura, é com o fim desta que são reguladas as relações de serviços, com milhares de postos de trabalhos criados, principalmente na agricultura⁵.

Com o esboço da tardia Revolução Industrial é que se mostra necessária a regulamentação das relações de trabalho como resposta aos conflitos existentes entre empregados e empregadores.

Após a proclamação da República em 1889, o primeiro modelo de legislação trabalhista teve inspiração liberal, baseado na idéia de um Estado Mínimo, em que não se deveria interferir no equilíbrio do mercado e em que qualquer lei de cunho protecionista ao trabalho significaria uma intervenção indesejável à liberdade do homem. Esse pensamento afastava a possibilidade de se ter legislações de cunho social e de proteção aos trabalhadores, deixando-os vulneráveis em relação aos empregadores.

Nesse momento, de início de industrialização no Brasil, os salários eram extremamente baixos, as jornadas de trabalho de até 18 horas diárias, além de inexistir assistência aos operários acidentados ou qualquer plano que se assemelhasse ao de aposentadoria. A necessidade de força na execução de serviços limitava o trabalho nas fábricas aos homens que, com o surgimento de máquinas e tecnologias modernas e conseqüente desnecessidade daquele requisito, passaram a serem substituídos por

⁵ CALIL, Lea Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000, p.21.

mulheres e menores, cujos salários eram inferiores aos percebidos pelos homens adultos⁶, a exemplo do que ocorreu com os demais países no período de industrialização.

A Constituição de 1891 nada trouxe a respeito do trabalho feminino. A menção feita à igualdade referia-se tão somente à retirada de privilégios da nobreza, sem qualquer medida protetiva ao trabalho da mulher. Essa situação de ausência de proteção aos trabalhadores por parte do Poder Público perdurou até o final do século XX, quando normas específicas de tutela do trabalho de mulheres e menores começam a ser editadas.

1.2 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS

O surgimento das primeiras legislações de proteção ao trabalho da mulher se dá pela preocupação com a isonomia em relação ao trabalho masculino, igualdade de oportunidades, não discriminação de gênero e igualdade de remuneração.

As primeiras manifestações legislativas surgiram na Inglaterra com o *Coal Mining Act*, de 1842, proibindo o trabalho feminino subterrâneo; com o *Factory Act*, de 1844, em que a jornada de trabalho da mulher foi reduzida para doze horas, vedando-lhe o trabalho noturno; e com o *Factory and Workshop Act*, de 1878, que proibiu o trabalho da mulher em ofícios perigosos e insalubres, além de não permitir o trabalho noturno, salvo exceções.

A França, em 1874, proibiu o trabalho feminino em pedreiras e minas e, em 1892, limitou a sua jornada de trabalho em onze horas, generalizando a restrição de trabalho noturno a todas as mulheres, até então aplicável às menores de 21 anos.

O Protocolo de Berlim, de 1890, regulou as condições de trabalho das mulheres, proibindo-lhes o trabalho noturno, em minas, em locais insalubres e perigosos, além de assegurar às empregadas gestantes um descanso mínimo de quatro semanas. Igualmente, na Itália, em 1902, com a Lei Carcano, foi proibido o trabalho

⁶ CALIL, Lea Elisa Silingowschi. *Op. cit.* p. 24.

noturno e instituída a licença-maternidade de quatro semanas após o parto⁷. A Convenção de Berna, por sua vez, em 1906, com o primeiro projeto de Convenção Internacional do Trabalho, proibiu o trabalho noturno.

Em 1919 ocorreu a Conferência da Paz que originou o Tratado de Versalhes, o qual criou a Organização Internacional do Trabalho que iria incumbir-se de proteger as relações entre empregados e empregadores o âmbito internacional, expedindo convenções e recomendações nesse sentido. O trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias de regulamentação específica por esse organismo internacional.

Tais normas protetoras da maternidade visam garantir melhores condições à mulher ao cuidar da gravidez, do parto e da primeira infância. Nesse sentido, várias convenções e recomendações foram adotadas. Dentre elas, a Convenção n. 3, de 1919, umas das principais normas protetoras da maternidade, referente ao emprego da mulher antes e depois do parto.

A Convenção n. 3, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 51.627 de 1962, assegurava à mulher empregada uma licença remunerada compulsória de seis semanas antes e seis semanas após o parto, além de dois intervalos de trinta minutos para o aleitamento. Esta Convenção foi revista pela Convenção de n. 103, de 1952, a qual assegura a licença-maternidade de doze semanas, com apresentação de atestado médico, sem prejuízo do salário e do emprego, com direito à assistência médica. Ainda, reza o art. 4º, n. 8, que em nenhum caso, deverá o empregador ser responsável pelo custeio do salário-maternidade.

A Convenção n. 4, do mesmo ano, proibiu o trabalho noturno às mulheres, revista pela n. 41 e posteriormente pela n. 89, esta ratificada pelo Brasil em 1965 e promulgada pelo Decreto n. 66.875, de 1970⁸. Por fim, a Convenção n. 171, da OIT, aprovada em 1990 e promulgada recentemente pelo Decreto n. 5.005 de 2004, dispôs sobre o trabalho noturno dos homens e mulheres, com proteção especial a elas somente em relação à maternidade.

⁷ Contudo, “a lei do Carcano omitiu-se a respeito da restituição da licença e também sobre a garantia de emprego após o seu retorno”. (BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 31).

⁸ O protocolo de 1990 da OIT previu a Convenção n. 89 que vetou o trabalho noturno da mulher durante o período de licença-maternidade, salvo se for afastada tal proibição e desde que não cause prejuízo a sua saúde e a do seu filho.

É de importância à gestante a Recomendação n. 95, de 1952, que prevê a prorrogação da licença-maternidade até um período de a quatorze semanas, recomendando-se, ainda, a fixação do salário-maternidade em 100% dos ganhos da mulher.

Outros Instrumentos Internacionais da OIT também visaram à proteção da mulher, como a Recomendação n. 4 de 1919 e as Convenções n. 13 e n. 127 (de 1921 e 1967), contra as condições insalubres e circunstâncias penosas.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 também pregam a igualdade de direito e liberdades, igualdade de oportunidades de remuneração, além da proteção à maternidade.

No Brasil, a efetiva tutela do trabalho da mulher se deu com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, que compilou as normas já existentes que cuidavam do trabalho da mulher, especialmente o Decreto n. 21.417-A de 1932⁹, abordando os aspectos da duração e condições do trabalho, trabalho noturno, períodos de descanso, métodos e locais de trabalho e proteção à maternidade.

Quanto à maternidade, as normas de proteção fundadas na diferença biológica entre homens e mulheres configuram-se, acima de tudo, em proteção à existência da própria espécie.

A Constituição de 1946, promulgada no período em que o Brasil passava por grandes mudanças em sua infra-estrutura sócio-econômica, assegurou garantias como isonomia salarial, repouso semanal, remuneração superior ao trabalho noturno e salário-maternidade.

Destacam-se, ainda, no âmbito internacional, as Recomendações n. 116 e 128 (de 1962 e 1967), a Convenção n. 136 e o Protocolo de 1990 que visaram garantir a proteção à mulher grávida e à criança de riscos físicos, mecânicos e tóxicos.

De 1950 a 1980 o Brasil passou por um período de grande industrialização e crescimento urbano, o que motivou o aumento de postos de trabalho. O fato de cada vez mais mulheres ocuparem postos de trabalho nas mais diversas profissões de

⁹ A primeira lei que cuidou da mulher trabalhadora, regulamentando suas condições de trabalho nos estabelecimentos industriais e comerciais.

diferentes remunerações gerou uma demanda por investimentos em escolaridade, o que provocou certa mudança no *status* das mulheres. Com o decorrer da industrialização, o trabalho doméstico passa a ser desvalorizado, tendo em vista o grande número de utensílios domésticos que facilitaram o trabalho dentro de casa.

Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada modifica a condição de relativamente incapaz da mulher casada, repercutindo também na CLT, retirando do marido o poder de autorizar o trabalho feminino.

A partir da década de 80, ocorre no Brasil uma total reformulação das relações familiares e do trabalho em que a mulher estava inserida, com um remodelamento da imagem social da mulher. Concomitantemente a isso, ocorreram os movimentos sindicais, feministas e sociais em busca da redemocratização do país. Buscava-se, principalmente, a igualdade entre os sexos.

Após a Constituinte em 1985 foi proclamada a nova Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, vigente até os dias de hoje.

No âmbito internacional, em 1993, realizou-se a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, de onde surgiu a Declaração de Viena, tendo esta um capítulo reservado à Igualdade de Condições e Direitos Humanos das Mulheres.

Há uma tendência da legislação contemporânea no sentido de dar tratamento igual aos trabalhadores de ambos os sexos, visando evitar a discriminação, respeitando, contudo, as diferenças biológicas, no caso da proteção à maternidade, que protege, na verdade, não a mulher, e sim a espécie, assegurando o surgimento das próximas gerações.

2. A MULHER FRENTE AO ORDEAMENTO JURÍDICO VIGENTE

2.1 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

As normas sobre proteção à maternidade que versam a respeito do trabalho da mulher no estado gravídico são de grande importância, vez que dizem respeito a uma função biológica, de perpetuação e conservação da espécie, tornando-se uma função social, cujas medidas protetivas devem evitar riscos que possam ameaçar a saúde da mulher e o desenvolvimento da gravidez e da criança.

A finalidade maior do instituto é garantir à mulher e aos seus filhos a proteção necessária durante a gestação, o parto e no período de amamentação. A proteção à maternidade tem ainda o objetivo de fazer compatíveis a maternidade e o trabalho, sem que a mulher seja prejudicada ou penalizada em seu desenvolvimento profissional pelo fato de tornar-se mãe¹⁰.

Sobre proteção à maternidade, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) contém uma seção com dez artigos, disposta no Capítulo III do Título III. De acordo com Alice Monteiro de Barros¹¹ “as medidas de tutela à maternidade previstas nos arts. 391 a 401 da CLT estendem-se às *empregadas*, inclusive, *a domicílio*, a que se aludem os arts. 3º e 6º desse diploma legal”. Em seguida, no que tange à empregada rural, destaca a autora que o Decreto n. 73.626 de 12 de fevereiro de 1984, que regulamentou a Lei n. 5.889, de 1973, determinou, no seu art. 4º, fossem aplicadas às relações de trabalho rural os dispositivos legais que se referem à proteção à maternidade, ou seja, os arts. 391 a 401 da CLT, entre outros.

A Lei n. 8.213, de 1991, por sua vez, assegurou o salário maternidade não só a empregada urbana, como também à trabalhadora avulsa, à empregada doméstica e à segurada especial (produtoras rurais, meeiras, arrendatárias)¹².

O primeiro artigo da CLT referente à proteção à maternidade é o art. 391 e seu parágrafo único, o qual estabelece que não constitui justo motivo para a rescisão do

¹⁰ GOSDAL. Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003, p. 208.

¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 424.

¹² TORRES. Anita Maria Meinberg Percin. *A saúde da mulher e o meio-ambiente*. São Paulo: LTr, 2007, p. 105.

contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez, não permitindo que regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos (convenções ou acordos coletivos) ou individuais de trabalho, façam restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou gravidez. Tem-se, portanto, que esse regramento é de caráter não supletivo pelas partes, coibindo-se qualquer alteração contrária ao direito da mulher ao seu emprego.

Garantiu-se, também, com o art. 392, o direito à licença-maternidade de 120 dias, sem o prejuízo do emprego e do salário. Seu afastamento poderá ocorrer, mediante apresentação de atestado médico, com a notificação do seu empregador, entre o vigésimo oitavo dia antes do parto e a ocorrência deste; o outro, após o parto, pelo período restante, até completar a garantia constitucional de 120 dias.

Anteriormente, o período em que a empregada ficava afastada em gozo do salário-maternidade era 84 dias, ou seja, 28 dias antes – quatro semanas – e 56 dias depois do parto – oito semanas, totalizando 12 semanas. Esse período, contudo, com a Lei n. 8.861, de 1994, foi aumentado de acordo com o período disposto na Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu o afastamento por 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII).

Em casos excepcionais, o médico poderá determinar, mediante atestado, que sejam aumentados os períodos de repouso em duas semanas antes e duas semanas após o parto, de acordo com o § 2º, do art. 392 da CLT. Ainda, conforme o § 3º, em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 dias previstos neste artigo. Hoje, portanto, a CLT se encontra em consonância com a norma internacional que garante à gestante a licença-maternidade, sem distinção de parto normal ou prematuro, exatamente porque a criança prematura exige cuidados especiais¹³.

Importante frisar que o direito à licença-maternidade não fica condicionado ao nascimento do filho com vida, já que visa à recuperação da segurada, para que seu corpo volte às condições originais, sendo necessários, para tanto, os 120 dias de dispensa¹⁴.

¹³ BARROS. Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 431.

¹⁴ *Idem*, p. 323.

Enfim, o § 4º do citado artigo dispõe que a empregada, em razão das suas condições de saúde, terá direito de ser transferida para outra função e, quando retornar ao trabalho, terá direito à sua função de origem, sem prejuízo de salário e demais direitos. Trata-se, portanto de alteração de condição de trabalho autorizada por lei, como, por exemplo, a gravidez de risco. O objetivo que se extrai da norma é que o serviço não venha a prejudicar a gestação da empregada, como no caso de desenvolvimento de trabalhos que exijam força muscular.

O inciso II desse artigo prevê, ainda, a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário à realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. Tais consultas visam assegurar a saúde da mulher e da criança, permitindo o afastamento da mulher nesse período com o pagamento da remuneração devida. Se a empregada provar que necessita de outros exames complementares, superiores a seis, será dispensada do horário de trabalho e fará jus aos salários do período correspondente.

Durante o período da licença-maternidade, a mulher terá direito a seu salário integral que, quando variável, será calculado de acordo com a média dos últimos seis meses de trabalho, bem como aos direitos adquiridos, sendo-lhe facultado reverter à função que anteriormente ocupava (art. 393).

Inicialmente, o empregador era responsável pelo pagamento do período em que a gestante se afastava do emprego por conta da gravidez. Com isso, a contratação da mulher era mais escassa, vez que o empregador não tinha interesse nesse encargo, sendo uma barreira à contratação das mulheres¹⁵. Contudo, com a Convenção n. 3 da OIT¹⁶ e após a Lei n. 6.136 de 7 de novembro de 1974, regulamentada pelo Decreto n. 75.207, de 10 de janeiro de 1975, o ônus das medidas sociais de proteção à mulher, como o salário-maternidade, passou a ser de responsabilidade da Previdência Social. Assim, o empregador adianta o salário à empregada e compensa com o recolhimento de contribuições sobre as folhas de salário junto ao INSS.

¹⁵ TORRES, Anita Maria Meinberg Percin. *Op. cit.* p. 105.

¹⁶ Ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 58.821 de 14.07.1966.

Em 1998, a Emenda Constitucional n. 20 limitou o valor do benefício previdenciário em R\$ 1.200,00. Todavia, de acordo o entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, tal restrição não se aplica ao salário-maternidade, devendo o INSS pagar o benefício integralmente, conforme se verifica a seguir:

DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

(...)

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença.

Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. (Plenário. Decisão unânime – ADI 1.946, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 3-4-03, DJ de 16-5-03).

À mulher grávida é facultado, ainda, romper compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que prejudicial à gestação, mediante apresentação de atestado médico, de acordo com a exegese do art. 394 da CLT. Nesse caso, como a empregada é quem dá causa a cessação do contrato de trabalho, não serão devidos aviso prévio nem indenização.

Nos casos de aborto não-criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá repouso remunerado de até duas semanas, estando assegurado o direito de retornar à função ocupada anteriormente ao seu afastamento (art. 395 da CLT). O período de afastamento da empregada é pago sob a forma de salário-maternidade pelo empregador, de acordo com o art. 93 do Regulamento da Previdência Social.

O escopo da proteção à maternidade, como anteriormente explicado, atende à função promocional do direito, pois almeja uma sociedade justa e solidária, fundamentada na dignidade da pessoa humana, ainda que expressa por uma proibição. É nesse sentido, visando proteger a maternidade e a infância, que o art. 396 prevê à mulher dois descansos especiais, de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho, para amamentação de seu filho, até que este complete seis meses de idade. Tal período poderá ser dilatado, caso a saúde do filho exija, a critério da autoridade competente¹⁷.

Por fim, o art. 400 regulamenta os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação, os quais “deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária”, sob pena de multa prevista no art. seguinte da CLT.

É importante salientar, como lembra Alice Monteiro de Barros¹⁸, que

as normas de proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade, logo, não poderá, nem mesmo com assentimento da empregada gestante, exigir-lhe trabalho durante a licença, sob pena de arcar o empregador com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o art. 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do art. 393 da CLT.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, foram ampliadas e alteradas as normas de proteção à maternidade, garantindo a igualdade entre os sexos, o que impulsionou a entrada da mulher no mercado de trabalho.

¹⁷ Quanto à autoridade competente, “entendemos que, preferencialmente, deve ser médico de instituição oficial ou serviço social mantidos pelos empregadores e, na falta destes, de qualquer médico, facultando, entretanto, ao empregador mandar submeter a criança a exame por médico de sua confiança”. (SUSSEKIND, Arnaldo *et al Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. v.2. São Paulo, LTr, 2005, p. 1000).

¹⁸ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 430.

2.2 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 teve como premissa maior assegurar a igualdade entre homes e mulheres, diferenciando-os apenas quando a desigualdade for patente, como é o caso da maternidade.

De acordo com Léa Calil¹⁹:

a preocupação do constituinte com a maternidade não demonstra mera preocupação com a mulher trabalhadora, mas também reflete uma preocupação com a família e com a sociedade, fim último do Estado, pois, através da maternidade, assegura-se o surgimento das próximas gerações.

Ainda, segundo a autora, a licença-paternidade²⁰, é prova cabal de que a intenção do constituinte foi proteger a família, já que a concessão desse período visa possibilitar que o pai auxilie a mãe nos primeiros dias da maternidade.

Conforme Amauri Mascaro Nascimento²¹, a maternidade é protegida na legislação através, entre outros, de dois princípios básicos: a estabilidade da gestante e a licença-maternidade.

A estabilidade da gestante, de acordo com o autor, refere-se à proibição da sua dispensa sem justa causa, em determinado período, que antes era prevista pelas convenções coletivas de trabalho – caso em que beneficiava apenas a categoria profissional – a qual foi generalizada para toda mulher com a Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que: “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”. Tanto a dispensa arbitrária quanto a sem justa causa possuem em

¹⁹ CALIL, Lea Elisa Silingowschi. *Op. cit.* p.59.

²⁰ Garantida pelo art. 7º, XIX, da CF, cuja duração é de 5 dias, de acordo com o art. 10, § 1º da ADCT.

²¹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 953.

comum o cerceamento da liberdade patronal de rescindir o contrato de trabalho pela simples manifestação de vontade do empregador²².

A dispensa em desacordo com esse princípio é nula e tem como consequência a reintegração no emprego, continuando a proteção até o final da estabilidade.

Quanto à licença à gestante, a legislação brasileira, inspirada em convenções internacionais, proibia o trabalho da empregada grávida durante quatro semanas antes e oito semanas depois do parto, sendo-lhe assegurada, nesse período, uma licença compulsória, de acordo com os arts. 392 e 393 da CLT, antes do advento da Constituição de 1988.

Com a Constituição de 1988, conforme o art. 7º, XVIII, essa licença foi ampliada, e por ser norma mais favorável, revogou os referidos artigos da CLT:

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

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

A adaptação do art. 392 da CLT ao art. 7º, XVIII, da Constituição Federal ocorreu com a Lei n. 10.421, de 2002, de onde se extrai que a licença à gestante deve ocorrer em dois períodos: um entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste, e o outro, pelo período restante, até completar a garantia constitucional de 120 dias²³.

Vê-se, portanto, que os dois institutos se complementam e, que confirmada a gravidez, inicia-se a proibição da dispensa sem justa causa, no período adjacente ao parto.

2.2.1 Marco Inicial da Estabilidade

Como já se mencionou, a gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção à criança, para que possa se recuperar do parto e para cuidar do nascituro nos primeiros meses de vida.

²² O Brasil ratificou a Convenção n. 103 da OIT que proíbe a dispensa da empregada durante a licença-maternidade ou no seu prolongamento.

²³ SUSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.* p. 995.

Dispõe a alínea *b* do inciso II do art. 10 do ADCT, nesse sentido, que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Assim, a partir da confirmação da gravidez, a empregada tem garantia de emprego, não podendo ser dispensada pelo simples fato de encontrar-se no estado gravídico.

Amauri Mascaro Nascimento observa que

pela Constituição de 1998, o início da garantia se dá com a confirmação da gravidez. Porém, a Constituição não indica a forma da confirmação, normalmente a apresentação de atestado médico ao empregador. Caso pela convenção coletiva da categoria o início da estabilidade ocorrer a partir da concepção, é o que prevalecerá, por ser mais favorável do que a Constituição.

Entre aqueles que defendem o início da estabilidade com a confirmação da gravidez²⁴ – entendendo-se por “confirmação” um ato jurídico a ser praticado, cabendo à interessada demonstrar a gravidez – há divergências em se determinar se a confirmação é para a gestante ou para o empregador, contudo, tal controvérsia será adiante estudada, não merecendo, aqui, maior estudo.

Há também o entendimento de que o início da estabilidade se dá com a concepção, e não confirmação da gravidez pela gestante. Nesse sentido, o termo “confirmar” significa dar certeza, mostrar a verdade, sendo que a garantia de emprego e a licença-maternidade independem da comunicação da gravidez ao empregador.

Nessa vertente, Alice Monteiro de Barros²⁵ assevera que o termo confirmação, no dispositivo constitucional, não tem sentido de aviso ao empregador, e sim, marca o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego, sendo a ciência do estado gravídico, um critério subjetivo que, portanto, não interfere na proteção legal dada ao emprego da gestante.

A gravidez é o fato jurídico a que a Constituição Federal se refere necessitar ser confirmado. Essa confirmação se dá normalmente pelo ato jurídico de entrega de atestado médico ou exame confirmatório de gravidez, contudo, não foi esta a intenção do legislador.

²⁴ Como, por exemplo, as autoras Sonia Bossa e Sílvia Regina da Rocha.

²⁵ BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo; LTr, 2006, p. 1066.

A confirmação da gravidez deve ser vista levando em conta uma perspectiva teleológica, de onde se extrai que o termo inicial da estabilidade provisória à gestante se dá a partir da concepção. Assim, a gravidez confirmada, ou seja, a gravidez existente, enquanto íntegra a relação de emprego, é causa eficiente de garantia constitucional. O constituinte, atento às dificuldades da gestante em obter novo emprego, garantiu a gestante a estabilidade desde a concepção, ante a necessidade maior de preservação da vida e da maternidade.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entende que a estabilidade se dá a partir da concepção, com o fim de proteger a mulher contra dispensas arbitrárias e assegurar ao recém-nascido os cuidados ao seu bem-estar nos primeiros meses de vida, nesse sentido:

Revista não-conhecida nos temas. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. MOMENTO DA CIÊNCIA. A -confirmação- da gravidez, que o art. 10, II, alínea b, do ADCT, interpretado de uma perspectiva teleológica, erige como termo inicial da estabilidade provisória à gestante, diz com sua efetiva ocorrência, a partir da concepção, e não com o momento em que atestada formalmente por médico ou constatada por exame clínico ou teste, pena de afronta até mesmo ao princípio isonômico, também com assento constitucional, e em detrimento das trabalhadoras menos esclarecidas, com poucos recursos econômicos e dificuldade de acesso à rede pública de saúde. (...).(TST, DECISÃO: 04.02.2009, PROC: RR - 708028/2000.2, ANO: 2000, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 3ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 13.03.2009, RELATORA: MINISTRA ROSA MARIA WEBER CANIOTA DA ROSA).

2.2.2 Marco final da estabilidade

No que se refere ao término da estabilidade provisória da gestante, o art. 10, II, *b*, do ADCT, dispõe que este será (desde a confirmação da gravidez) “até cinco meses após o parto”.

Após o período de gestação, o termo se dará através do parto e, segundo a idade gestacional, resultará em recém nascido a termo ou prematuro.

Como já se explicou anteriormente, mesmo na hipótese de parto prematuro, é assegurada à empregada gestante a licença-maternidade (art. 392, §3º da CLT). Assim,

em consonância com as normas internacionais, é garantida a licença-maternidade à gestante, sem distinção entre parto normal ou prematuro.

Observe-se, ainda, que a licença-maternidade não está condicionada ao nascimento com vida do filho, vez que o dispositivo constitucional consolidado no art. 395 não exige tal condição²⁶. Assim, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Na hipótese de falecimento do filho após o nascimento, tal superveniência não findará a estabilidade provisória da empregada. Isso porque “a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como se disse, ocasiona transtornos físicos e psíquicos na mulher”²⁷. O que se defende, portanto, é o descanso, independente do nascimento com vida, salvo na hipótese de aborto, dada a previsão específica (art. 392, §2º da CLT).

Entende-se por aborto “a interrupção da prenhez antes que o feto seja viável, isto é, antes que o feto possa viver fora do útero materno, o que ocorre dos sete meses de gestação em diante. [...] A morte do feto é requisito indispensável”²⁸.

Assim, nos casos de aborto não-criminoso, ou seja, aquele decorrente de ato espontâneo ou admitido pela lei penal²⁹, será concedido à empregada um repouso de duas semanas, garantido seu retorno ao emprego após esse período (art. 395 da CLT).

Excluem-se da proteção legal, pois, os casos em que a gestação se finda por aborto, bem como os casos em que a trabalhadora não consegue confirmar, por qualquer meio, a ocorrência da gestação.

²⁶ De acordo com o art. 2º da Convenção n. 103 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1966.

²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 431.

²⁸ GOMES, Hélio *apud* BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 437.

²⁹ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

3. OBRIGATORIEDADE DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR DO ESTADO GRAVÍDICO DA EMPREGADA GESTANTE POR OCASIÃO DA DISPENSA IMOTIVADA

Segundo a Lei n. 8.213, de 1991, é devido o salário-maternidade, pela Previdência Social, enquanto persistir em vigor o contrato de trabalho. Assim, se ocorrer dispensa injusta da empregada gestante, o empregador deverá arcar com o período correspondente, mesmo que desconheça o estado de gestação da empregada.

São diversas as teorias que informam a garantia de estabilidade da gestante, uma vez que a norma constitucional (art. 10, II, *b*, do ADCT) apenas dispõe sobre a confirmação da gravidez e, com isso, fez surgir divergências, se essa confirmação é própria da gestante ou desta junto ao empregador. Dentre elas, destacam-se as teorias da responsabilidade subjetiva e objetiva.

Os seguidores da teoria da responsabilidade subjetiva entendem que a confirmação da gravidez refere-se à comprovação da gravidez da empregada perante o empregador.

Considera-se necessário “o conhecimento real ou presumido, do estado de gestação da empregada pelo empregador, quando da dispensa imotivada, para que se lhe possa atribuir malícia o ato resilitório”³⁰ e assim, conseqüente, responsabilidade ao pagamento referente à licença obstada. Tal raciocínio é embasado no art. 9º da CLT e no art. 129 do Código Civil de 2002, o qual considera realizada a condição quando seu implemento for maliciosamente dificultado pela parte.

A trabalhadora, portanto, precisa dar ciência ao trabalhador de que está grávida, mediante apresentação de atestado médico ou laboratorial, ou seja, por ato formal, podendo fazê-lo por escrito, ou, ainda, pelo seu estado físico externo demonstrado pela gravidez. Sem o ato formal, o empregador não tem como saber se a empregada está grávida³¹. Interpretação diversa levaria a transformar um direito inerente a todas as mulheres férteis em obstáculo à sua contratação.

³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *Op cit.* p. 451.

³¹ No mesmo sentido é o posicionamento dos autores Mozart Victor Russomano e Silvana Souza Netto Mandalozzo.

De acordo com a Décio Sebastião Daidone³²,

a partir da confirmação da gravidez junto ao empregador, para que esse possa ter ciência do impedimento legal ao seu direito potestativo natural ou legal de dispensar empregada, em razão de seu poder de direção, diante do risco da atividade que assume. Portanto, é condição *sine qua non* o empregador de alguma forma ter conhecimento do estado gravídico da sua empregada, que pode ser através da entrega de comprovante médico ou laboratorial respectivo, com a devida identificação, ou qualquer outro meio de prova, desde que satisfatória e cabal.

Segundo esse pensamento, somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida³³.

Por outro lado, a teoria da responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada, e não para o empregador. Não se fala em comprovação, apenas em confirmação.

Nessa vertente, Alice Monteiro de Barros³⁴ se filia a essa doutrina, segundo a qual “a gravidez da empregada se vincula à teoria do risco objetivo, do risco social, porquanto o Direito do Trabalho não protege, simplesmente, o conhecimento da gravidez pelo empregador, mas a gestação, na sua grandeza biológica”.

Assim, a garantia de emprego e a licença-maternidade independem de comunicação ao empregador. A gravidez, sempre que constatada, é bastante para atribuir à gestante todos os direitos.

Caso convenção coletiva da categoria estabeleça a estabilidade a partir da concepção, esta deverá prevalecer por ser norma mais favorável do que a Constituição. Tem-se, portanto, a defesa da maternidade em si.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) aponta que nem mesmo por norma coletiva pode se alterar os termos da Constituição Federal e condicionar o direito à estabilidade provisória da gestante à comunicação prévia ao empregador. A Súmula n. 244, inciso I, do TST preceitua que “o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”.

³² DAIDONE, Décio Sebastião *apud* TORRES, Anita Maria Meinberg Percin. *Op. cit.* p. 106.

³³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 404

³⁴ BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo; LTr, 2006, p. 1066.

Nesse contexto, os julgados do Tribunal Superior do Trabalho pacificam esse entendimento:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE ESTABILIDADE. CONFIRMAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO. DESNECESSIDADE DA COMUNICAÇÃO. O direito à estabilidade assegurado à gestante cumpre dupla finalidade: primeiro, proteger a trabalhadora contra possível ato discriminatório do empregador e, segundo, garantir o bem-estar do nascituro. **Este Tribunal firmou entendimento pacífico no sentido de que -o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (Art. 10, II, 'b-', ADCT)" (Orientação Jurisprudencial nº 88 da colenda SBDI-1). Essa também é a orientação conferida à matéria pelo excelso STF.** Recurso de revista parcialmente provido. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 04.08.2004, PROC: RR – 36132/2002-900-02-00.2, ANO: 2002, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 1ª TURMA, FONTE: DJ DATA: 28.10.2004, RELATOR: MINISTRO LELIO BENTES CORRÊA).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ POSTERIORMENTE À RESILIÇÃO CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA "B", DO ADCT. POSSIBILIDADE. (...) RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ POSTERIORMENTE À RESILIÇÃO CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA "B", DO ADCT. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 244, ITEM I, DO C. TST. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. **A estabilidade, como proteção à gestante, prescinde da comunicação ao Empregador ou do conhecimento deste para produzir efeitos por ocasião da dispensa, ou seja, é desnecessário que a confirmação da gravidez pela Empregada se dê no curso da relação de emprego, eis que a proteção contida no art. 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, ocorre desde o início da gestação.** O momento em que se obtém essa certeza (confirmação da gravidez) não é referido na norma constitucional, sendo inaceitável que o intérprete da norma lhe dê inteligência prejudicial à parte a quem ela visa acudir, este é o entendimento consubstanciado no item I, da Súmula 244, do C. TST, que adotou a teoria da responsabilidade objetiva do Empregador. (...) Grifou-se. (TST, DECISÃO: 28.06.2006, PROC: RR - 2625/2004-039-12-40.6, ANO: 2004, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 2ª TURMA, FONTE: DJ DATA: 25.08.2006, RELATOR: JUIZ CONVOCADO JOSENILDO DOS SANTOS CARVALHO).

Desta maneira, a proibição de dispensa da gestante opera em conexão com o estado de gravidez e puerpério, e não com a sua comunicação ao empregador, exceção feita apenas quando já se encontrar à época do afastamento³⁵.

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1066.

3.1 DISPENSA INJUSTA E O NÃO CONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELA PRÓPRIA EMPREGADA

Outra situação é se na época da dispensa sequer a empregada sabia da sua gestação. Se a empregada desconhece que se encontra no estado gravídico, menos ainda terá condições de saber o empregador. Nesse caso, a trabalhadora não assiste razão à estabilidade provisória, salvo norma coletiva mais favorável. Concordam com esse posicionamento Alice Monteiro de Barros e Sérgio Pinto Martins.

O empregador não tem como ser responsabilizado nesta hipótese. Se o empregador dispensou a empregada, mesmo que sem justa causa, exercendo o seu direito potestativo, e se não havia à época qualquer óbice à sua dispensa, pois naquela ocasião não estava confirmada a gravidez ou era impossível a sua constatação, o ato jurídico da rescisão se tornou perfeito e acabado.

Isso porque, como já se explicou anteriormente, a garantia de emprego da empregada gestante surge com a confirmação da gravidez, esta entendida como a ratificação junto à própria empregada, o que no caso, não ocorreu antes de ela ser dispensada.

Assim, de acordo com a norma constitucional, a gestante só fará jus à estabilidade provisória a partir da confirmação da gravidez que deve ocorrer no curso do contrato de trabalho.

Por exemplo, se a gravidez da empregada só foi confirmada três meses após a dispensa, ela não será detentora da estabilidade de acordo com o enfoque constitucional, uma vez que nem mesmo a própria gestante tinha ciência de seu estado gravídico.

Há, todavia, entendimento contrário, que parece ser o mais acolhido pelos tribunais, segundo o qual nem mesmo a empregada precisa estar ciente do seu estado gravídico para fazer jus à estabilidade, conforme se observa no caso abaixo colecionado:

Revista não-conhecida nos temas. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. MOMENTO DA CIÊNCIA. (...) Assim, o que importa é o fato objetivo da gravidez antes

de extinto o contrato de trabalho, independentemente da ciência da empregada ou do empregador a respeito. Em síntese, a gravidez confirmada, assim entendida a existente – e não a mera suspeita de estado gravídico –, enquanto íntegra a relação de emprego, é a causa eficiente da garantia constitucional, notória a dificuldade de obtenção de novo emprego pela gestante a que sensível o legislador constituinte, ante a necessidade maior de preservação da vida e da maternidade. Recurso de revista conhecido e provido no tópico. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 04.02.2009, PROC: RR – 708028/2000.2, ANO: 2000, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 3ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 13.03.2009. RELATORA: MINISTRA ROSA MARIA WEBER CANDIOTA DA ROSA).

Situação diversa se observa no caso em que existe norma coletiva mais favorável à trabalhadora. As normas que emanam do *caput* do art. 7º da Constituição Federal atuam como um mínimo aos empregados, sendo facultada às partes a estipulação de melhores condições de trabalho.

Logo, se a norma coletiva protege o emprego da gestante contra a rescisão unilateral pelo empregador durante todo o período de gravidez, isto é, desde o seu início sem nenhuma restrição quanto a sua confirmação, a empregada fará jus, nesse caso, à estabilidade provisória.

De outro lado, há normas coletivas segundo as quais a empregada deve comunicar ao empregador sobre a gravidez dentro de determinado prazo após o término do contrato de trabalho para que faça jus à garantia de emprego. Decorrido o prazo estipulado, há perda do direito respectivo.

Sérgio Pinto Martins³⁶, em posição minoritária, entende que

(...) essa determinação da norma coletiva não viola a Constituição, que não é clara sobre o significado da palavra “confirmação”, que pode, portanto, ser interpretada e complementada pela via negocial. Pode-se entender que as partes são livres na estipulação de regras trabalhistas, conforme o artigo 444 da CLT, desde que não contrariem as normas de proteção ao trabalho. No caso, não se está contrariando qualquer norma de proteção ao trabalho, pois há controvérsia sobre a palavra “confirmação” contida no ADCT, além do que traz maior segurança à relação jurídica entre empregado e empregador.

Contudo, de acordo com o entendimento jurisprudencial pacífico do TST, tem-se que os acordos e convenções coletivas de trabalho não podem restringir direitos irrenunciáveis dos trabalhadores. A garantia constitucional do art. 10, II, *b*, do ADCT,

³⁶MARTINS, Sérgio Pinto. *Op.cit.* p. 406.

cujo escopo não é somente a proteção à gestante mas também o bem-estar do nascituro, é uma norma de caráter cogente, não admitindo que normas coletivas disponham sobre o lapso para reclamar o direito à reintegração ou à indenização correspondente:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. DIREITO À ESTABILIDADE. ARTIGO 10, INCISO II, -b-, DO ADCT. COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR. CONVENÇÃO COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 10, inciso II, -b-, do ADCT assegura à empregada gestante o direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Referido dispositivo tem por escopo tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto à tutela do nascituro. 2. Ressalte-se que sendo o direito à estabilidade da gestante norma de caráter cogente, a atual jurisprudência não admite que convenção coletiva disponha sobre o lapso para reclamar o direito à reintegração ou a indenização correspondente. 3. Decisão regional, em sentido contrário, deve ser modificada a fim de se amoldar ao posicionamento adotado por esta Corte. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, DECISÃO: 18/03.2009, PROC: RR – 746/2002-018-01-00.6, ANO: 2002, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 4ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 27.03.2009. RELATORA: MINISTRA MARIA DE ASSIS CALSING).

Não há como se admitir interpretação restritiva ao comando constitucional, que permitiria a fomentação do entendimento no sentido de que o não-cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória.

Desta maneira, a interpretação teleológica da norma constitucional conduz à conclusão de que, confirmada a gravidez durante o vínculo de emprego, nasce o direito da empregada à estabilidade provisória, com conseqüente restrição do direito de o empregador dispensá-la, salvo por justa causa.

Assim, qualquer cláusula ajustada em acordo coletivo que condicione a estabilidade da gestante no emprego à prévia comunicação do estado de gravidez ao empregador, ou estabeleça algum prazo para que isso ocorra, não será provida de eficácia jurídica. Isto porque as normas coletivas não podem dispor de forma contrária às garantias mínimas de proteção ao trabalhador, asseguradas pela legislação e pela Constituição Federal. O art. 391 da CLT corrobora esse entendimento.

Incide, nesses casos, o princípio da harmonização das normas constitucionais, segundo o qual “exige-se a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de alguns em relação aos outros”³⁷. Assim, a aplicação da norma constitucional do art. 7º, XXVI, que reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, deve ser harmônica e compatível com os demais princípios e normas da Constituição Federal, entre eles os que asseguram a licença à gestante (art. 10, II, *b*, do ADCT e art. 7º, XVIII, da CF), além dos que protegem à família e à criança (art. 226 a 230 da CF).

Trata-se, portanto, de harmonizar a norma que privilegia os acordos e convenções coletivos com os demais bens jurídicos assegurados pela Carta Magna.

Destaque-se que a Orientação Jurisprudencial n. 88 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (SDI-1), em sua redação original, informava o entendimento de que a ausência da obrigação de comunicar ao empregador o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

Em 2004, contudo, a matéria foi pacificada pela Colenda Corte, no sentido de que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, de acordo com o item I da Súmula 244, não podendo a norma coletiva restringir os direitos das gestantes.

3.2 POSSIBILIDADE DE O EMPREGADOR REQUERER EXAME DE GRAVIDEZ QUANDO DA DISPENSA DA EMPREGADA

Objetivando reduzir a proteção da mulher apenas às questões de gravidez e maternidade, há vários dispositivos legais que proíbem a discriminação da mulher na relação de trabalho.

Em 1995, o legislador editou a Lei n. 9.029 a qual estabeleceu um significativo avanço contra o preconceito e a discriminação no acesso ao trabalho.

³⁷ De acordo com o acórdão relatado pelo min. João Batista Brito Pereira. E-RR-790/2001-084-15-00.4 data de publicação 17/03/2006. Consultado em 23 de julho de 2009.

Essa lei resguarda a manutenção e viabiliza a readmissão no caso de rompimento da relação de emprego por ato discriminatório.

O art. 2º da referida lei veda a prática de ato discriminatório e limitativo para efeito de ingresso ou manutenção da relação de emprego. De acordo com esse artigo, fica vedada qualquer prática de ato discriminatório contra mulheres, como por exemplo, a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro tipo de procedimento relativo à esterilização ou gravidez. Proíbe, ainda, a promoção de controle de natalidade, salvo as realizadas por instituições públicas ou privada, submetidas às normas do SUS.

Nesse sentido, o art. 373-A da CLT, acrescido pela Lei n. 9.799, de 1999, no seu inciso IV, dispõe que é vedado exigir atestado ou exame de qualquer natureza, para a comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência do emprego.

Destaque-se que a CLT faz referência apenas ao exame e ao atestado. Sendo a Lei n. 9.029 mais ampla, e em se tratando de limitação a atos discriminatórios, esta deve ser aplicada, uma vez que a intenção do legislador era proteger a mulher contra qualquer tipo de preconceito e discriminação.

Nessa esteira, há quem diga que “exigir” tem sentido de obrigar, ordenar, impor como obrigação. Envolve, portanto, procedimento discriminatório. Outro significado teria a palavra “solicitar”, a qual implicaria convidar, pedir, requerer.

Nada impede à empresa, portanto, de solicitar exame médico na dispensa da empregada visando verificar se ela está grávida ou não. Trata-se apenas de averiguação com o objetivo de manter a relação de emprego em caso positivo. A solicitação não tem qualquer característica de exigência, pois é mero pedido.

Assim, não há qualquer ato de discriminação, vez que o empregador está apenas tentando verificar se pode ou não dispensar a empregada. Concorda com esse posicionamento Sônia Bossa³⁸, lembrando que, nesse caso, deve-se interpretar a palavra “exigir” como “solicitar”:

³⁸ BOSSA, Sonia. *Op. cit.* p. 17.

a exigência pela empresa do exame médico da empregada no ato da dispensa não gera qualquer discriminação, tendo a única finalidade de verificar se a empregada encontra-se grávida ou não. Trata-se de um ato de garantia para as próprias partes, para efeito da manutenção da relação de emprego ou não.

O art. 3º da mencionada lei determina que a caracterização das práticas discriminatórias, sujeita o empregador a:

- a) multa administrativa correspondente a dez vezes o maior salário pago pelo empregador com acréscimo de 50%, no caso de reincidência; e
- b) proibição de obtenção de empréstimos ou financiamentos junto a instituições financeiras oficiais.

De outro lado, a empresa não poderá exigir teste para efeito da constatação de que a empregada está ou não esterilizada, pois, nesse caso, será nítida prática de discriminação.

Inexistirá qualquer procedimento incorreto se a empregada, espontaneamente, fizer o teste de gravidez, para provar perante o empregador a sua condição, vez que, nessa situação, não se verificará nenhuma exigência.

O art. 4º, no caso de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, faculta à empregada rescindir o contrato com pagamento em dobro da remuneração do período do afastamento ou ser readmitida com o pagamento da remuneração devida entre a data do afastamento e do retorno. Essa faculdade é uma opção da empregada e não do empregador, que é exercida como ela desejar. O prazo de estabilidade será o prazo do art. 10, II, *b*, do ADCT, isto é, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Depois disso, o empregador não será obrigado a manter a empregada na empresa, devendo apenas pagar as verbas rescisórias devidas, exercendo, assim, seu poder potestativo.

4. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE O E CONTRATO DE TRABALHO

4.1 CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E A EMPREGADA GESTANTE

A regra geral incidente aos contratos de trabalho é a indeterminação da duração contratual. Os contratos por prazo determinado são, portanto, exceções à regra justrabalhista, vez que se submetem às hipóteses legais tipificadas e estritas de pactuação.

Segundo a exegese do §1º do art. 443 da CLT, considera-se como de prazo determinado “o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

O §2º do mencionado artigo, elenca as três hipóteses de pactuação por contrato a termo:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório; e
- c) de contrato de experiência.

As outras duas hipóteses, extravagantes à CLT, referem-se a contratos típicos especiais – constituídos em favor de certas profissões ou categorias, como os de artistas, atletas profissionais, entre outros – e contrato provisório de trabalho, instituído pela Lei n. 9.601, de 1998³⁹.

O contrato mais recorrente hoje, na prática trabalhista, é o contrato de experiência, em razão de a CLT não ter especificado quais as hipóteses delimitadas para a sua incidência nas relações de emprego, sendo utilizado na maioria das pactuações.

O contrato de experiência, também denominado contrato de prova, ou de tirocínio, de acordo com Thereza Cristina Gosdal⁴⁰ é “destinado à avaliação, pelas

³⁹ As peculiaridades deste contrato serão estudadas em seção específica.

⁴⁰ GOSDAL. Thereza Cristina. *Op. cit.* p.215.

partes, da conveniência da contratação por prazo indeterminado, período em que em especial as habilidades e as qualificações do empregado são testadas”.

É considerado, portanto, um pacto de avaliação mútua, em que o empregador testa se o empregado pode exercer a atividade que lhe é determinada. O contrato de experiência pode ser desenvolvido em relação a qualquer pessoa, visando verificar a sua aptidão e a sua adaptabilidade ao meio ambiente de trabalho. Conforme Amauri Mascaro Nascimento⁴¹, esse contrato

Permite que durante um certo tempo, evidentemente limitado, tenham as partes da relação de emprego a oportunidade de um conhecimento mútuo mostrado concretamente em pleno exercício da função e não depende apenas de frias informações curriculares ou outras destinadas a esse mesmo fim nem sempre suficientes para que se saiba sobre quem está sendo admitido e onde o trabalhador vai trabalhar.

Esse tipo de contrato não poderá exceder de 90 (noventa) dias (parágrafo único do art. 445, da CLT), podendo, contudo, ser prorrogado, respeitado o limite máximo de 90 (noventa) dias, de acordo com a Súmula 188 do TST. Ainda, tem-se que se o contrato por prazo determinado for, tácita ou expressamente, prorrogado por mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação (art. 451 da CLT).

No que concerne à estabilidade provisória da gestante, a Súmula 244, inciso III, do TST, pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Como se vê, a extinção do contrato de experiência se dá por meio de seu termo final prefixado, não caracterizando dispensa arbitrária ou sem justa causa, situações previstas pelo art. 10, II, *b*, do ADCT, para que se faça jus à garantia de emprego. Nesse sentido, assevera Amauri Mascaro Nascimento⁴²:

Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

⁴¹ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 660.

⁴² *Idem*, p. 957.

Na mesma vertente, Maurício Godinho Delgado⁴³ ensina sobre a inviabilidade de se conferir incidência às garantias de emprego o âmbito dos contratos a prazo:

A prefixação de um termo final ao contrato, em hipóteses legalmente já registradas, torna incompatível o posterior acoplamento de uma consequência legal típica de contratos de duração incerta – e que teria o condão de indeterminar o contrato, alargando o lapso contratual por período múltiplas vezes mais amplo do que o curto período lícitamente pactuado.

Todavia, há divergência no posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao direito da gestante à estabilidade provisória no tocante à extinção contratual face à dispensa antecipada pelo empregador.

O TST, por meio da Súmula 244, inciso III, com a nova redação dada em 2005, se limitou a afastar a estabilidade provisória no caso de extinção do contrato de experiência, nada dispondo a respeito da dispensa antecipada pelo empregador, gerando, desta forma, dissensão entre os entendimentos nesse ponto.

É importante destacar o art. 481 da CLT dispõe que aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminados.

Sobre o assunto, Alice Monteiro de Barros⁴⁴ entende que se não a houver cláusula do art. 481 da CLT, a empregada não faz jus ao salário-maternidade, vez que “milita em favor do empregador, em princípio, por força da própria estrutura do aludido contrato, a certeza de seu término, consequência lógica do acordo de vontades pactuado entre as partes”.

Nessa esteira, há quem assevere, ainda, que se inexistir essa cláusula, não se aplica a regra em comento, aplicando-se as regras dos contratos de prazo indeterminado, e, se for o caso, o art. 479 da CLT.

Outra é a discussão se o contrato de experiência contiver a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, e esse direito for exercido

⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 537.

⁴⁴ BARROS. Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1074.

pelo empregador, existindo nesse viés divergência no posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao direito da gestante à estabilidade provisória.

Por um lado, parte da doutrina e jurisprudência entende que o rompimento do contrato de experiência antes do seu termo, ou antes que termine o seu prazo de prorrogação, dá à empregada gestante direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *b*, do ADCT.

Com efeito, no entendimento de Thereza Cristina Gosdal⁴⁵, nos casos em que houver cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, e esse direito for exercido pelo empregador, “o ajuste passa a ser tido como de prazo indeterminado, por força do disposto no art. 481 da CLT, inclusive para o efeito da estabilidade gestante”.

Compartilha dessa opinião Alice Monteiro de Barros⁴⁶, segundo a qual “nesta hipótese, o ajuste passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado e a empregada gestante fará jus ao salário-maternidade e à estabilidade provisória”.

Veja-se, ainda, o julgado do TST que corrobora o exposto acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA RESCINDIDO ANTECIPADAMENTE. CLAÚSULA ASSECURATÓRIA DE RESCISÃO ANTECIPADA. Dos elementos consignados pela Corte Regional, não é possível se constatar que a reintegração tenha sido deferida e efetivada após o transcurso do prazo assegurado no art. 10, II, -b-, do ADCT, principalmente porque tal questão não foi apresentada nas razões do recurso ordinário. Logo, não é possível se reconhecer a violação indicada e tampouco a contrariedade ao item II da Súmula nº 244 do TST. No que diz respeito à alegação de contrariedade ao item III da referida Súmula, também não há como se reformar a decisão agravada, pois **o Verbete Sumular tem redação específica para a hipótese em que o contrato de experiência se extingue em face do término normal do prazo, aspecto fático em que não se enquadra a situação em exame, em que houve rescisão antecipada do contrato de experiência, com base em cláusula contratual assecuratória de rescisão antecipada, e em que tal fato foi considerado na tese expendida pela Corte Regional, para fins de aplicação da regra inerente aos contratos por prazo indeterminado, nos termos do art. 481 da CLT.** Decisão agravada que se mantém. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 17.06.2009, PROC: AIRR NUM 232/2005-024-04-40.3, ANO: 2005, AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 1ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 26.06.2009, RELATOR: MINISTRO WALMIR OLIVEIRA DA COSTA).

⁴⁵ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.* p. 214.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1074.

De outro lado, há quem afirme que a dispensa antecipada do empregador, quando da hipótese do art. 481 da CLT, não tem o condão de proporcionar à empregada gestante a estabilidade provisória.

Essa vertente ensina que é poder potestativo do empregador dispensar a empregada no curso ou após o término do prazo do contrato de experiência, já que o esse tipo de contrato possui caráter de avaliação recíproca das partes, podendo o empregador optar pela contratação ou não, após o decurso do contrato de prova.

Os precedentes do TST abaixo colecionados esclarecem esse entendimento:

1. AUSÊNCIA DE ANOTAÇÃO DA BAIXA DA CARTEIRA DE TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 29 DA CLT. NÃO-CONHECIMENTO. (...) 2. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. DIAS ANTES DO TÉRMINO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO NÃO ASSEGURADO. (...)

No caso especificado nos autos, **o fato de a empregada encontrar-se grávida quando fora despedida imotivadamente antes do término do período de prorrogação do contrato de experiência não tem o condão de transmutar tal contrato para o de prazo indeterminado, porque o empregador, por motivo técnico ou não, utilizou-se de seu direito potestativo de rescisão do contrato, pagando os direitos oriundos da rescisão. O fato superveniente alusivo à gravidez da empregada, portanto, não provoca a sobreposição do limite do contrato, de modo a assegurar a manutenção do emprego.** Tal fato é fácil de ser constatado, levando-se em conta o período curto de duração do contrato de experiência e o período da garantia da estabilidade provisória da gestante (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto). Se, de um lado o artigo 10, II, -b-, do ADCT assegura a proteção à garantia de emprego à gestante, também, não se há de olvidar, de outro lado, a boa-fé do empregador, que ajustou contrato experimental, por prazo certo, e se viu surpreendido com um fato superveniente a que não deu causa. (...) Grifou-se. (TST, DECISÃO: 16.03.2005, PROC: RR - 355/2002-044-02-00.2, ANO: 2002, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 1ª TURMA, FONTE: DJ DATA: 15.04.2005, RELATOR: MINISTRO EMMANOEL PEREIRA).

ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - DISPENSA NO CURSO DA PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. (...)

Na espécie, em razão da validade da cláusula de prorrogação automática do contrato de experiência e da observância do prazo fixado no Enunciado, conclui-se que **a Reclamante, despedida 8 (oito) dias antes do termo do contrato de experiência, não tem jus à estabilidade provisória conferida à gestante no art. 10, II, -b-, do ADCT da Constituição da República, mas apenas à indenização prevista no art. 479 da CLT, como foi paga. A dispensa da empregada, no curso ou após o término do prazo do contrato de experiência, não configura dispensa arbitrária, pois decorre do direito de o empregador, que celebra essa modalidade de contrato por prazo determinado, optar pela manutenção, ou não, do vínculo.**

Recurso conhecido e provido. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 14.05.2003, PROC: RR - 598420/1999.7, ANO: 1999, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 3ª TURMA, FONTE: DJ DATA: 06.06.2003, RELATORA: MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI).

No mesmo sentido, Maurício Godinho Delgado⁴⁷ afirma que os princípios que regem a rescisão dos contratos indeterminados (art. 481) não devem conduzir à conclusão de que até mesmo as garantias de emprego e indenizações especiais pela ruptura desmotivada causada pelo empregador incidem nessas situações. Segundo ele, “o contrato continua a ser a termo, com as regras e restrições que lhe são próprias; apenas o conjunto de *verbas rescisórias* é que se amplia, em face da cláusula autorizadora da rescisão antecipada”⁴⁸.

Numa terceira situação, caso extrapole o período de prorrogação máximo de 90 (noventa) dias referente ao contrato de experiência, e com a manutenção do vínculo pelas partes sem extinção do contrato por prazo determinado, configura-se a hipótese do art. 451 da CLT, passando a vigorar sem determinação. Nesse caso, se a empregada engravidar após esse período, a ela incidem as normas referentes aos contratos por prazo indeterminado, fazendo jus, portanto, à estabilidade provisória.

4.2 A ESTABILIDADE PROVISÓRIA E O AVISO PRÉVIO

O aviso prévio é um mecanismo atenuador do impacto da rescisão contratual e confere ao contratante prazo para que se ajuste ao término do vínculo de emprego.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁴⁹, o aviso prévio tem natureza tríplice: de comunicação, tempo e pagamento, ou seja,

é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação até o decurso do prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura do contrato.

O artigo 487 da CLT dispõe que não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra de sua resolução.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 536.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 240.

Nesse sentido, o art. 7º, XXI, da Constituição Federal regula como direito dos cidadãos urbanos e rurais o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Ademais, extrai-se do §1º do referido art. 487 que é garantido ao empregado a integração do período do aviso prévio no seu tempo de serviço.

A doutrina diferencia o aviso prévio trabalhado do aviso prévio indenizado. O aviso prévio trabalhado está previsto no art. 488 da CLT em que se verifica uma redução de duas horas diárias na jornada de trabalho do empregado urbano⁵⁰ ou, de acordo com a sua escolha, a redução de sete dias corridos do período de aviso, sem prejuízo do salário integral em ambos os casos. Já o aviso prévio indenizado corresponde àquele que não é cumprido mediante entrega de trabalho pelo empregado, e por isso é indenizado em espécie pelo empregador (§ 1º do art. 487 da CLT). Assim, a rescisão contratual torna-se efetiva depois de expirado o prazo do aviso prévio, conforme a exegese do art. 489 da CLT.

Quanto à estabilidade provisória, há grande divergência doutrinária em conceder ou não à empregada gestante a estabilidade provisória quando a concepção se dá no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado.

Sérgio Pinto Martins⁵¹, em vertente minoritária, assevera que se a gestação ocorrer durante o aviso prévio, mesmo que indenizado, e a empregada a comprova perante o empregador, terá direito à garantia de emprego. No entanto, se a empregada não a comprova durante o período do aviso não fará jus à estabilidade, uma vez que o empregador desconhecia a gravidez da empregada quando da dispensa.

Nesse sentido, Anita Maria Meinberg Percin Torres⁵² ensina que a comprovação da gravidez deverá se dar durante o contrato de trabalho, isto é, com o contrato em vigor, incluindo-se o período do aviso prévio trabalhado. Todavia, quanto ao aviso prévio indenizado, dispõe que para essa finalidade tal período não se

⁵⁰ Observe-se que, diferentemente dos empregados urbanos, o trabalhador rural é regido por legislação própria – Lei 5.889/1973 – a qual diferencia o modo de cumprimento do aviso prévio assegurado no art. 7º, XXI, da CF. De acordo com o art. 15 da mencionada lei, durante o aviso prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho.

⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 404.

⁵² TORRES, Anita Maria Meinberg Percin. *Op. cit.* p. 106.

computa, pois o empregador exerceu seu legítimo direito de dispensar o empregado, não fazendo jus a trabalhadora, portanto, à estabilidade nesse caso.

Esses entendimentos são decorrentes da teoria da responsabilidade subjetiva da ciência do empregador a respeito da gravidez da empregada, já superada pelos tribunais, em que se defende o conhecimento pelo empregador do estado gravídico para que se conceda a estabilidade provisória à gestante, conforme já se explicou no item 3. Contudo, o entendimento majoritário dos tribunais de acordo com a Súmula 244, I do TST, é de que a empregada não precisa comprovar a sua gravidez perante o empregador, bastando haver a sua confirmação para que lhe seja concedida a estabilidade provisória.

Outra parte da doutrina, com entendimento derivado da teoria objetiva, defendida de maneira pacífica pelos tribunais, assegura a estabilidade da gestante desde a concepção.

Nessa vertente, Alice Monteiro de Barros⁵³ defende a estabilidade no curso do aviso prévio e assevera que, de acordo com o art. 487, §1º, da CLT, é garantida ao trabalhador a integração do período alusivo ao aviso prévio no seu tempo de serviço. Logo, a despedida concretizar-se-ia quando do término do aviso prévio, quer seja ele trabalhado, quer ele indenizado.

Segundo a autora, “o aviso é da intenção de dispensar e não da própria dispensa, que só se verifica ao término do prazo do aviso”⁵⁴. A gestante faz jus à estabilidade, portanto, tanto se a concepção se der durante o aviso prévio trabalhado quanto no indenizado, pois o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso prévio. Compartilha esse pensamento a autora Thereza Cristina Gosdal.

Somando-se à divergência doutrinária a respeito do tema, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é majoritária no entendimento de que em se tratando de ocorrência da gravidez no curso do aviso prévio indenizado, a gestante não tem direito à estabilidade provisória, porém, não é uníssona.

Os que negam a estabilidade da gestante no curso do aviso prévio indenizado argumentam que, conforme a inteligência da Súmula 371 do TST, a projeção do

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 959.

⁵⁴ *Idem*, *ibidem*.

contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias.

Segundo essa corrente, um dos efeitos do aviso prévio é transmudar o contrato de trabalho por prazo indeterminado em contrato por prazo determinado, e nesse caso, a extinção do contrato se dá em decorrência do transcurso natural do lapso preestabelecido quando da concessão do pré-aviso, sendo incompatível com a garantia de emprego.

Com efeito, é o que se verifica nos precedentes a seguir colecionados:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. CONCEPÇÃO DURANTE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. No caso em tela, como a Autora engravidou no curso do aviso prévio indenizado não tem direito à estabilidade provisória prevista na Súmula 244 do TST, devendo ser considerado o entendimento da Súmula 371 do TST, o qual limita os efeitos do aviso-prévio às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST, DECISÃO: 24/06/2009, PROC: RR – 615/2001-302-02-00.1, ANO: 2001, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 2ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 07.08.2009. RELATOR: MINISTRO OSÉ SIMPLICIANO FOTES DE F. FERNANDES).

EMBARGOS SUJEITOS À SISTEMÁTICA DA LEI Nº 11.496/07 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE GESTANTE - CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO - SÚMULA Nº 371 DO TST A concepção ocorrida no prazo do aviso prévio não confere à trabalhadora a estabilidade provisória. No caso, verifica-se a incidência da Súmula nº 371 do TST, na qual se estabelece que a projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso. Precedentes. Embargos não conhecidos. (TST, DECISÃO: 30/04/3009, PROC: RR – 381/2005-318-02-00.1, ANO: 2005, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – SDI-1, FONTE: DEJT DATA: 08/05/2009. RELATORA: MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI).

Em contrapartida, embora seja uma corrente minoritária, há julgados que entendem pela estabilidade da gestante, mesmo que seja no curso do aviso prévio indenizado, com o argumento de que o este tem as mesmas conseqüências do aviso prévio trabalhado, integrando o contrato de trabalho para todos os fins, conforme o §1º do art. 487 da CLT. Argumenta-se que inclusive, permanecem inalteradas algumas

obrigações entre as partes, como a lealdade contratual, podendo até ocorrer dispensa por justa causa ou demissão em ruptura por justa causa de uma das partes.

O aviso prévio, nessa vertente, não extingue o contrato de trabalho, mas apenas firma o prazo para sua terminação. Assim, a Súmula 371 do TST tem caráter manifestamente restritivo, não podendo receber interpretação extensiva, ainda mais quando se trata de restrição de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, como a proteção à maternidade, à família e ao nascituro.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. (...) Entende-se que o aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho, para todos os efeitos, inclusive para incidência da estabilidade no emprego. (...) Inaplicável, portanto, ao caso dos autos, a Súmula 371/TST, de caráter restrito, que não pode ser estendida, por interpretação, com o fito de macular ou frustrar direito fundamental estabelecido na Carta Magna. A garantia de emprego, assim fixada, encontra amparo não só no citado art. 10, II, b, do ADCT, mas também em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art. 226), da criança e do adolescente (227) e todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública. Recurso de revista conhecido e de s provido. (TST, DECISÃO: 25/03/2009, PROC: RR – 772/2002-301-04-00.0, ANO: 2002, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 6ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 26/06.2009. RELATOR: MINISTRO ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA).

De outro lado, ao tratar da estabilidade da gestante quando da concepção durante o aviso prévio trabalhado, há decisões em ambos os sentidos.

O ministro do TST João Batista Brito Pereira⁵⁵, ao exarar seu voto no Recurso de Revista n. 816180/2001.6, em que se discute se a concepção ocorrida no curso do aviso prévio enseja o direito à estabilidade provisória para a gestante, ressalta que “tanto na hipótese de se tratar do aviso prévio indenizado, quanto naquele em que houve prestação de trabalho, os efeitos são os mesmos, na medida em que o instituto do aviso prévio importa em determinação do prazo final do contrato de trabalho”.

Em sentido contrário, encontram-se julgados com o entendimento de que o aviso prévio trabalhado integra o contrato de trabalho, havendo continuidade do pacto laboral até o integral cumprimento do pré-aviso. Nessa esteira:

⁵⁵ Recurso de Revista n. 816180/2001.6, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, 5ª Turma do TST, publicado no DJ em 10/12/2004.

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. AVISO PRÉVIO TRABALHADO. CONCEPÇÃO OCORRIDA ANTES DO TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. (...) Assim, diante dos fatos disponibilizados no v. acórdão recorrido, verifica-se que **a concepção ocorreu antes do término do contrato de trabalho, durante o mês do aviso prévio, cumprido e não indenizado, havendo efetiva continuidade do pacto laboral até o integral cumprimento do pré-aviso. Faz jus, portanto, a reclamante, à estabilidade pleiteada.** Recurso de revista conhecido e provido. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 27/03/2009, PROC: RR – 1140/2007-020-10-00.0, ANO: 2007, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 6ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 03/10/2008. RELATOR: MINISTRO HORÁCIO RAYMUNDO DE SENNA PIRES).

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE - CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A Súmula nº 371/TST (conversão da OJ nº 40 da SDI-I, DJ-20/04/2005), refere-se aos efeitos do aviso prévio indenizado. O item I da nova redação da Súmula nº 244/TST (DJ-20.05.2005), ao consagrar a responsabilidade objetiva do empregador, considerando irrelevante seu desconhecimento a respeito do estado de gravidez, parte da premissa de que o importante é que a concepção, fato gerador do direito à estabilidade, haja ocorrido na vigência do contrato de trabalho. O aviso prévio trabalhado integra o contrato e, ao contrário do aviso prévio indenizado, que é a hipótese dos autos, não tem efeitos apenas financeiros. **Logo, deve ser reconhecido o direito à estabilidade gestante se a concepção houver ocorrido no curso do aviso prévio trabalhado e não no indenizado**, que é o caso dos autos. Recurso de Revista não conhecido. Grifou-se. (TST, DECISÃO: 27/03/2007, PROC: RR – 1178/2004-029-15-00, ANO: 2004, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 3ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 11/10/2007. RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA).

Diante dessa realidade, pelo viés empresarial torna-se mais seguro a dispensa da empregada com aviso prévio indenizado, uma vez que, como assevera a maioria da jurisprudência do TST, dessa forma, o empregador não precisará suportar o possível ônus decorrente da gravidez, como, por exemplo, possíveis faltas da gestante.

5. DIREITO À REINTEGRAÇÃO OU À INDENIZAÇÃO?

Em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, há divergência doutrinária ao analisar se a estabilidade provisória assegura a reintegração ao emprego ou apenas a indenização correspondente.

5.1 REINTEGRAÇÃO

Como já se esclareceu, o objetivo da Constituição Federal é resguardar o emprego contra a rescisão unilateral do contrato laboral pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher cause discriminação e impeça o exercício de seu direito ao trabalho.

Desta maneira, caso a empregada seja dispensada injustamente, deve-se impor a reintegração no emprego, de acordo com o fim perseguido pela norma constitucional.

Contudo, deve haver reintegração quando esta ainda for possível, ou seja, se esta se der durante o período de estabilidade. Caso tenha expirado o prazo da estabilidade, lhe é assegurada indenização correspondente aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Foi esse o entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho. Segundo a Súmula 244, II, do TST “a garantia de emprego da 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”.

Ainda, quanto ao pedido de reintegração, quando exaurido o pedido de estabilidade, não é assegurada à gestante a reintegração no emprego, conforme o enunciado 396 do TST.

396. Estabilidade Provisória. Pedido de reintegração. Concessão do salário relativo ao período de estabilidade já exaurido. Inexistência de julgamento *extra petita*.

I. Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da dispensa e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração o emprego.

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.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado⁵⁶ existem três situações em que a reintegração não prevalece:

a) quando a reintegração for desaconselhável em virtude da incompatibilidade entre as partes, cabendo, portanto, sua conversão em indenização, de acordo com o art. 496 da CLT;

b) quando o período de estabilidade já estiver exaurido na data da sentença, cabendo o pagamento das verbas contratuais a título indenizatório, de acordo com a súmula 396 do TST;

c) quando a reintegração for inviável em virtude da extinção do estabelecimento ou da empresa.

Nesse último ponto, o autor não tem dúvidas de que a extinção do estabelecimento provoca a incidência da indenização simples pelo período remanescente da garantia de emprego, ou seja, cinco meses após o parto, o que corresponde ao exato período da frustração da vantagem trabalhista pelo ato unilateral do empregador.

Tem-se, portanto, que o escopo imediato do art. 10, II, *b*, do ADCT é a manutenção da gestante no emprego, o que deve ser buscado sempre que possível.

5.2 INDENIZAÇÃO

A discussão maior está em torno da indenização correspondente quando o ajuizamento da ação ocorreu após ter transcorrido total ou parcialmente o período da estabilidade provisória.

De acordo com Alice Monteiro de Barros⁵⁷, ajuizada a ação pela empregada após transcorrido apenas parte da garantia provisória, a melhor solução seria autorizar a reintegração e seus corolários a partir do ajuizamento da ação. No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins⁵⁸ entende que deve ser desconsiderado o período entre a dispensa e a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada gestante, já que tem direito ao emprego e não a receber sem trabalhar.

⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op. cit.* p. 1259.

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1071.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 405.

De outro lado, se a empregada deixa passar todo período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo só posteriormente, inviabilizando a reintegração, entendem os citados autores que não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes. Sérgio Pinto Martins⁵⁹ assegura que a empregada gestante, nesse caso, “não faz jus nem a reintegração, muito menos à indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa”. Concorda com tal posicionamento Valentin Carrion⁶⁰.

Alice Monteiro de Barros⁶¹ entende que a empregada pretende, agindo dessa forma, não o retorno ao emprego, “mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória, privando o empregador da prestação de serviços correspondente”. Tal comportamento seria considerado exercício abusivo de direito de ação, uma vez que desvinculado de sua finalidade.

Entretanto, é diverso o entendimento pacificado pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, segundo o qual em nenhum momento o legislador constituinte reportou-se à data do ajuizamento da ação trabalhista como fator impeditivo do reconhecimento da estabilidade, ou seus efeitos.

Assim, a propositura da ação trabalhista depois de expirado o prazo da estabilidade provisória da gestante não obsta a reparação do direito dela decorrente enquanto não esgotado o prazo prescricional fixado pela Constituição Federal, que de acordo com o art. 7º, XXIX, é direito do trabalhador a ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção o contrato de trabalho.

Desta maneira, ainda que exaurido o período estabilitário, desde que a ação trabalhista tenha sido ajuizada dentro do biênio prescricional, reputa-se devida a indenização decorrente da estabilidade provisória da gestante, em todo o período de estabilidade e não apenas a partir da data do ajuizamento da ação.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 405.

⁶⁰ CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 401.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1070.

Nem se argumente que a demora do ajuizamento da ação trabalhista consiste em exercício abusivo de direito de ação de modo a afastar o direito à indenização decorrente da estabilidade. Isso porque a inércia somente se verificaria caso a empregada gestante não tivesse vindicado seus direitos durante o prazo prescricional previsto pela Constituição. Portanto, é direito da empregada gestante injustamente despedida deliberar sobre a oportunidade e conveniência do ajuizamento da ação trabalhista visando reclamar os efeitos pecuniários referentes à estabilidade, assegurado o pagamento da indenização em todo o período estabilitário (súmula 396 do TST). O precedente a seguir corrobora o entendimento pacífico do tribunal:

RECURSO DE EMBARGOS. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Nos termos da Súmula n.º 396, I, do TST, 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. **A demora no ajuizamento da ação trabalhista não retira a garantia constitucional de o Reclamante, dentro do biênio prescricional, buscar direito que entende afrontado.** No presente caso não mais faz jus à reintegração no emprego, mas sim à indenização substitutiva. Recurso de embargos conhecido e provido. Grifou-se. (TST, PROC: RR – 788.063/2001.8, ANO: 2001, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – SDI-1, FONTE: DEJT DATA: 14/12/2007. RELATOR: MINISTRO HORÁCIO SENNA PIRES).

Outro ponto de dissenso entre doutrina e jurisprudência é quanto a não postulação na petição inicial da reintegração, mas apenas o pagamento dos direitos inerentes ao período abrangido pela estabilidade do ciclo gravídico.

Para Alice Monteiro de Barros⁶², se a empregada reivindica apenas a indenização, ela inviabiliza a finalidade do instituto que é a preservação do emprego. Por essa razão, tem preferência à reintegração, admitindo a indenização apenas nas hipóteses em que aquela se tornar inviável, seja pelo decurso do período de estabilidade, seja pela incompatibilidade entre as partes.

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins⁶³ ensina que se a empregada pedir apenas a indenização demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego, sendo improcedente seu pedido.

⁶² BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1072

⁶³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Op. cit.* p. 404.

Contudo, diverge desse posicionamento a jurisprudência pacífica do TST, em que se observa que o fato de a reclamante não ter pleiteado na inicial a reintegração no emprego não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

Isso porque o art. 10, II, *b*, do ADCT, além do escopo imediato de manter a gestante no emprego, destina-se também ao empregador, na medida em que objetiva inibir temporariamente o exercício de seu poder potestativo de rescisão unilateral. Assim, agindo o empregador diferentemente do preconizado em lei, atrai contra si a tutela jurisdicional do Estado, devendo suportar o ônus da dispensa ilegal. Diante disso, o tribunal vem admitindo a limitação do pleito às verbas de natureza indenizatória, como se observa nos julgados adiante colecionados:

ESTABILIDADE GESTANTE. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO DESNECESSIDADE. Esta Corte superior vem firmando entendimento no sentido de assegurar à empregada o direito à indenização decorrente da estabilidade-gestante, ainda que não tenha formulado na inicial pedido de reintegração. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST, PROC: RR – 569/2004-002-10-00, ANO: 2004, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 5ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 28.03.2008. RELATOR: MINISTRO EMMANOEL PEREIRA).

RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE GESTANTE - AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO PRETENSÃO MERAMENTE INDENIZATÓRIA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Esta Corte Superior tem entendido que **o fato de a empregada portadora de estabilidade provisória de gestante postular, na reclamação trabalhista, apenas o pagamento de indenização correspondente e não a sua reintegração no emprego não afasta o direito da reclamante.** Tal entendimento se coaduna, inclusive, com a orientação constante da Súmula nº 244 do TST, que admite o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade quando exaurido o período da garantia de emprego, não restringindo o direito da gestante apenas ao retorno ao trabalho (...). Grifou-se. (TST, PROC: RR – 15890/2002-900-02-00.7, ANO: 2002, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 1ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 26.10.2007. RELATOR: MINISTRO VIEIRA DE MELLO FILHO).

Insta salientar que o direito ao pagamento da indenização substitutiva está intrinsecamente ligado a princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, o qual tem como finalidade fortalecer as conquistas conferidas pelo ordenamento jurídico diante da fragilidade do trabalhador, realçando, desta maneira, a indisponibilidade de tais direitos.

Ante o exposto, há de se considerar nulo de pleno direito o ato praticado com o objetivo de desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação dos preceitos contidos na CLT, conforme preconiza seu art. 9º, confirmando, assim, a garantia à indenização do período correspondente, com o escopo maior de proteção ao nascituro, assunto este que será discutido no próximo ponto.

6. RENÚNCIA AO DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA

A renúncia é um ato jurídico unilateral exercido pelo titular de um direito, que dele abre mão. Discute-se, portanto, se o direito da empregada gestante à reintegração no emprego é um direito renunciável ou não.

De acordo com Alice Monteiro de Barros⁶⁴, se é reconhecida a estabilidade provisória da gestante e determinada a sua reintegração no emprego, porque nula a despedida, eventual recusa da empregada implicará renúncia à estabilidade. Na mesma vertente seguem os autores que entendem indevida a indenização no caso de não postulação de reintegração ao emprego, citados no item anterior.

Nesse sentido, parcela da jurisprudência ensina que, quando a empregada gestante não aceita o emprego que lhe é colocado a disposição, renuncia também à estabilidade, perdendo, dessa forma, os respectivos direitos pecuniários. Isso porque, a legislação visa prioritariamente à manutenção do emprego. Significa dizer que não se pode impor um ônus injustificado à empregadora relativo ao pagamento de muitos meses de salário, ante a recusa da empregada em retornar⁶⁵. Nessa vertente, Silvana Souza Netto Mandalozzo⁶⁶ ensina que

se o empregador, verificando a sua falha (a de despedir a empregada em estado gravídico), coloca o empregado à disposição da obreira e ela o recusa, evidentemente estará renunciando a sua estabilidade e ao pagamento de demais consectários legais.

Posicionamento contrário é o da jurisprudência mais atual do Tribunal Superior do Trabalho que defende ser a estabilidade provisória da gestante um direito irrenunciável.

Assim, a simples recusa da empregada gestante em retornar ao emprego não é suficiente para se entender pela renúncia à estabilidade provisória, tendo em vista tratar-se de um direito fundamental em face da proteção à maternidade. Deve-se levar em conta que, em se tratando de empregada gestante, é maior o compromisso da sociedade em relação a ela, à sua integridade e à sua dignidade.

⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1069.

⁶⁵ Nesse diapasão é o Recurso de Revista n. 490.024/98.3 da 2ª Turma, cujo relator é o Min. Luciano de Castilho Pereira, DJ 29/11/2002.

⁶⁶ MANDALOZZO, Silvana Souza Netto. *A Maternidade no direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996, p.85.

Como já se mencionou, a garantia constitucional tem a finalidade imediata de proteger a gestante contra possível ato discriminatório não somente pelo empregador, mas pelo mercado de trabalho, haja vista a dificuldade de inserção da gestante em novo emprego, sendo a finalidade mediata da norma constitucional, a proteção ao nascituro.

Desta maneira, ainda que o empregador haja com boa-fé, rescindindo o contrato sem a ciência da gravidez, ou mesmo após a rescisão, quando reconsidera a dispensa e coloca à disposição o emprego à gestante, mesmo que ela não o aceite, não elide a ilegalidade da denúncia unilateral desmotivada do contrato de trabalho, fato gerador da garantia prevista o art. 10, II, *b*, do ADCT.

Não há, portanto, que se falar em renúncia tácita do direito ao emprego quando da recusa da gestante em retornar ao trabalho, nem em incompatibilidade do respectivo direito à indenização, haja vista a irrenunciabilidade dos direitos do nascituro, como se analisa no julgado a seguir:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RECUSA DE RETORNO AO TRABALHO. AUSÊNCIA DE RENÚNCIA À ESTABILIDADE. A simples recusa de retorno ao trabalho pela empregada gestante não é suficiente para se entender pela renúncia à estabilidade, visto tratar-se de direito fundamental a garantia ao emprego, em face da proteção à maternidade. Quando delimitado no julgado que o retorno ao trabalho não é recomendável, diante da forma como rompido o vínculo, a matéria deve ser apreciada levando em consideração também a proteção à dignidade da pessoa humana. (...) Deve ser protegida a maternidade e a saúde da empregada como bem maior (art. 10, II, do ADCT). Recurso de revista conhecido e provido. (TST, DECISÃO: 12/08/2008, PROC: RR – 208/2008-006-12-00.7, ANO: 2008, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 6ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 21/08/2009. RELATOR: MINISTROALOYSIO CORRÊA DE VEIGA).

No mesmo sentido, a Orientação Jurisprudencial n. 30 da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do TST, nos moldes do art. 9º da CLT, dispõe que é nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação pela gestante das garantias referentes à manutenção do emprego e do salário.

Esclarece-se, por oportuno, que a garantia constitucional é de emprego, ou seja, não cabe uma não aceitação da gestante ao emprego posto a sua disposição, a não ser que o seu retorno seja desaconselhado por incompatibilidade das partes, colocando

em risco a saúde da mulher e do nascituro, uma vez que deve prevalecer, nesses casos, o princípio da proteção à maternidade bem como o da dignidade da pessoa humana, não podendo se entender a não aceitação como uma renúncia tácita.

Contudo, se o empregador, logo após ter conhecimento do estado gravídico da empregada, coloca o emprego à sua disposição, em não comparecendo para o trabalho e não o recusando, e estando o empregador munido de documentos que demonstrem a ciência da gestante a respeito da disponibilidade da vaga de emprego, comprovando robusta e inequivocadamente a sua culpa, será possível a dispensa da empregada gestante por justa causa em razão do abandono de emprego, o que será melhor explicitado no tópico a seguir.

7. JUSTA CAUSA E A PERDA DA ESTABILIDADE

De acordo com Valentin Carrion⁶⁷, a justa causa é “efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus”, ou seja, sem ser obrigado ao pagamento de indenizações ou percentual sobre os depósitos do FGTS, 13º salário e férias proporcionais. Amauri Mascaro Nascimento⁶⁸, por sua vez, a define como “justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou se ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico”.

Embora a CLT não seja muito precisa na utilização dos termos *falta grave* e *justa causa*, na prática, tais expressões vem sendo empregadas como sinônimos. Assim, o empregador poderá dispensar o empregado que cometer falta grave, isto é, justa causa. A justa causa deverá estar prevista em lei, como, por exemplo, as hipóteses previstas no art. 482 da CLT, bem como em outros dispositivos consolidados, como o art. 508.

O inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda, efetivamente, a dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, porém somente de forma arbitrária ou sem justa causa. Destaca-se, portanto, que a garantia da gestante não é absoluta.

Desta forma, caracterizada a dispensa da empregada por justa causa, rompe-se o contrato de trabalho por culpa da gestante, não gerando qualquer direito à reintegração ou à indenização. Assim, não há que se falar, neste caso, em desrespeito ao comando do art. 10, II, *b*, do ADCT.

A justa causa é considerada a pena de maior gravidade face às conseqüências que gera na vida profissional, social e familiar da trabalhadora e, para sua caracterização, deve-se ter provas robustas e inequívocas de sua culpa. Quando o empregador alega justa causa para a dispensa de um empregado, assume o ônus de provar que de fato houve a falta atribuída à gestante.

⁶⁷ CARRION, Valentin. *Op. cit.* p. 378.

⁶⁸ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 772.

A doutrina é majoritária em afirmar que a despedida por justa causa da empregada gestante não está sujeita à exigência de instauração de inquérito judicial para a apuração de falta grave, preconizada no art. 853 da CLT, uma vez que o inquérito incide apenas nas hipóteses de estabilidade permanente ou provisória, quando a lei expressamente o exigir, como no caso do art. 8º, VIII, da Constituição Federal. Acompanham esse entendimento Valentin Carrion, Maurício Godinho Delgado e Alice Monteiro de Barros.

Nesse mesmo sentido, a jurisprudência majoritária:

INQUÉRITO JUDICIAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE – INTERESSE DE AGIR – EMPREGADA GESTANTE. (...) 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 da garantia provisória de emprego. 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 (...). (TST, DECISÃO: 11/06/2008, PROC: AIRR – 1577/2005-001-15-40.0, ANO: 2005, AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 7ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 13/06/2008. RELATOR: MINISTRO IVES GADRA MARTINS FILHO).

Há, contudo, quem considere o inquérito judicial uma formalidade indispensável para a avaliação da falta grave, em razão de ser um procedimento legal expressamente previsto na CLT para propiciar a ampla defesa da empregada.

No entanto, o entendimento que prevalece é de que se a ruptura do contrato de trabalho ocorrer por motivo justificado, ou seja, aquele previsto em lei, não faz jus a empregada gestante à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *b*, do ADCT, conforme se extrai da jurisprudência abaixo colecionada:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. Ocorrendo a ruptura do vínculo empregatício por motivo justificado, ante o abandono de emprego, não faz jus a gestante à estabilidade prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT. Recurso não conhecido. (TST, DECISÃO: 07/05/2003, PROC: RR – 488950/1998.5, ANO: 1998, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 5ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 23.05.2003. RELATOR: JUIZ CONVOCADO LUÍS MORAES DE OLIVEIRA).

8. AVANÇOS E RECUOS NA ESTABILIDADE

8.1 EMPREGADA DOMÉSTICA

Quanto à empregada doméstica, há interpretações diversas a respeito da aplicação do direito à garantia de emprego da gestante.

No que concerne à garantia provisória no emprego antes da Lei n. 11.324 de 2006, parecia ser o entendimento majoritário da jurisprudência e doutrina pela sua inconstitucionalidade.

Importante transcrever os artigos que serão comentados a seguir para melhor esclarecimento, quais sejam o art. 7º, I e parágrafo único, da Constituição Federal; o art. 10, II, *b*, do ADCT e art. 4º-A da Lei n. 11.324/06, respectivamente:

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

I- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. (Constituição Federal).

(...)

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

I - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...]

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

(...)

Art. 4º. A Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão do empregado doméstico, passa a vigorar com a seguinte redação: [...]

Art. 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. (Lei n. 11.324/2006).

Discute-se a extensão da garantia de emprego assegurada no art. 10, II, *b*, do ADCT à empregada doméstica. Os que são contrários à extensão argumentam que a

Constituição Federal, no parágrafo único do art. 7º, arrola os direitos sociais atribuídos à doméstica, não contemplando a proteção contra a dispensa arbitrária.

Para Alice Monteiro de Barros⁶⁹ “andou bem a norma constitucional ao excluir a doméstica da referida garantia, pois é sabido que seu trabalho, na maioria das vezes, constitui, além de uma simples relação jurídica, uma ‘complexa relação humana’”.

Para essa corrente, o constituinte não estendeu aos domésticos a proteção do art. 7º, I, da Carta Magna, garantindo somente a concessão da licença gestante, não contemplando a doméstica com a pretendida estabilidade provisória prevista no art. 10, II, *b*, do ADCT. Igual entendimento se verificou no TST, como se observa nos julgados a seguir:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA DOMÉSTICA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 10, II, -b-, DO ADCT. A proteção concedida à empregada gestante contra despedida arbitrária e sem justa causa, instituída no art. 10, II, -b-, do ADCT, não se aplica à empregada doméstica, haja vista não ter sido prevista no art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal e tampouco na lei em que se regulamenta o trabalho doméstico. Recurso de Revista conhecido e desprovido. (TST, DECISÃO: 29/09/2004, PROC: RR – 663322/2000.0, ANO: 2000, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 2ª TURMA, FONTE: DJ DATA: 22/10/2004. RELATOR: MINISTRO JOSÉ LUCIANO CASTILHO PEREIRA).

DOMÉSTICA-ESTABILIDADE PROVISÓRIA-GESTANTE. O legislador constituinte garantiu às empregadas domésticas o benefício previsto no artigo 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal (licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias). No entanto, não lhes deferiu a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, disposta no inciso I do mesmo artigo, uma vez que não prevista tal garantia no rol do parágrafo único do artigo 7º da Carta Magna. Assim, a estabilidade provisória decorrente da gravidez, assegurada no art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição da República, não se estende à trabalhadora doméstica. (TRT-PR, DECISÃO: 18/03.2009, PROC: ACO – 52480-2005-010-09-00-5, ANO: 2005, ÓRGÃO JULGADOR – 4ª TURMA, FONTE: DJPR 18/11/2005. RELATOR: DESEMBARGADOR FABRÍCIO NICOLAU DOS SANTOS NOGUEIRA).

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 1064.

O advento da Lei n. 11.324/06, a qual assegurou à empregada doméstica a garantia de emprego, em seu art. 4º-A, tornou a discussão ainda mais interessante.

De acordo com a vertente que definia como inconstitucional a garantia ao emprego, mesmo com a nova lei, continuam a pregar a não aplicação de tal direito, devendo a lei ser considerada inconstitucional.

A doutrina e a jurisprudência que assim entendem pautam-se basicamente em dois argumentos principais:

a) o primeiro deles é que nem o art. 7º, I, da Constituição nem o art. 10, II, *b*, do ADCT se referiram à doméstica no rol de direitos sociais, o que impossibilita o legislador infraconstitucional de regular a questão, tornando a lei, nesta parte, inconstitucional;

b) o segundo pauta-se no vínculo peculiar inerente à doméstica, uma vez que tal garantia afrontaria à inviolabilidade da vida privada, à intimidade ao domicílio do empregador, direitos fundamentais assegurados que devem prevalecer em face àquele direito.

No contraponto, há quem considere aplicável à empregada doméstica gestante a garantia ao emprego, mesmo antes de editada a Lei n. 11.324/06.

Nessa vertente, esclarecem que o rol previsto no art. 7º, não se trata de um rol taxativo, e sim meramente exemplificativo. Argumentam que a Constituição possui um catálogo materialmente aberto de direitos fundamentais, sendo os direitos sociais também direitos fundamentais, razão pela qual poderiam ser ampliados⁷⁰.

Dessa maneira, esses dispositivos corresponderiam a direitos mínimos assegurados, o que não impede a criação de outros preceitos para a melhora das condições de trabalho por normas infraconstitucionais⁷¹.

Há quem argumente, ademais, que o art. 10, II, *b*, do ADCT não fez distinção em sua redação entre as trabalhadoras urbanas e rurais e as domésticas, razão pela qual a empregada doméstica faria jus à garantia de emprego, uma vez que tal diferenciação

⁷⁰ Nesse sentido são as lições do constitucionalista Ingo Sarlet, o qual qualifica os artigos 6º e 7º da Constituição como “cláusulas abertas especiais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.88)

⁷¹ Nessa linha, Otávio Amaral Calvet assevera que “o rol de direitos contidos n art. 7º da Constituição da República constitui um rol mínimo de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais e, ainda, dos domésticos na forma do seu parágrafo único (...)”. (CALVET, Otavio Amaral. *Estabilidade da doméstica gestante reintegração forçada?* Revista Suplemento Trabalhista. São Paulo: LTr, v.42, n.106, p. 451-456, 2006, p.452).

feriria frontalmente o preceito constitucional previsto no art. 5º da Constituição Federal.

Ressaltam ainda que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma sistemática e finalística, em consonância com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proteção à maternidade e à infância. Assim, a idéia existente no art. 7º, I, de proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa na Constituição, deve ser aplicada também às domésticas, na busca pela concretização do direito fundamental do trabalho e da proteção à maternidade e ao nascituro⁷². Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. GESTANTE . EMPREGADA DOMÉSTICA. Considerando o princípio constitucional da isonomia que norteia as relações trabalhistas, não há fundamento para estabelecer uma relação de desigualdade entre os trabalhadores domésticos e os demais. Principalmente pelo fato de que a gravidez é um evento biológico, ligado ao sexo feminino de qualquer categoria profissional, seja ela doméstica, servidora pública ou executiva de empresa multinacional. Também não há como se afastar da intenção do legislador constituinte que, ao instituir o direito, pretendeu defender a subsistência da criança mantendo, por conseguinte, o emprego da mãe. Esse entendimento se reforça com o advento da Lei nº 11.324/2006, a qual sepultou todas as controvérsias sobre a matéria ao disciplinar para a empregada doméstica gestante a estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, prevendo que, em caso de demissão, ela fará jus ao pagamento do salário até o quinto mês após o parto, inclusive os reflexos nas férias e 13º salário. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST, DECISÃO: 17/12/2008, PROC: RR – 20228/2005-009-09-00.7, ANO: 2005, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 5ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 06/03/2009. RELATORA: MINISTRA KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA).

Por ser uma lei relativamente recente, não há manifestações dos tribunais superiores a respeito da aplicação da nova lei, contudo, os tribunais regionais têm concedido a estabilidade provisória às domésticas gestantes, haja vista sua expressa previsão na lei nº 11.324/2006, como se observa a seguir:

“DOU PROVIMENTO ao recurso ordinário da autora para reconhecer o direito da autora à estabilidade prevista no art. 4º da Lei 11.324/2006, condenando o réu pagar os salários do período de estabilidade, além dos valores correspondentes a décimos terceiros salários e remuneração de férias com acréscimo de um terço, e deferir diferenças salariais, observado o

⁷² Também a Organização Internacional do Trabalho optou na Convenção 158, art. 4º, da parte II, seção A, pela defesa da garantia no emprego contra dispensa imotivada, a qual pode ser entendida como uma tendência internacional de ampliar a proteção à permanência no emprego.

salário mínimo estadual aplicado aos domésticos, bem como seus reflexos nas verbas rescisórias”⁷³.

“Assim decidiu o Juízo ‘a quo’: ante o exposto, e considerando a comprovação de sua gravidez, conforme documento de fls. 10 dos autos, datado de 14/11/05 (período da projeção do aviso prévio), é devido o pedido da autora, considerando o disposto no artigo 4º-A da Lei 5859/1972, com redação dada pela Lei 11324/2006. (destaque não original). A prestação jurisdicional foi adequada e clara, haja vista que o artigo 4º da Lei 11.324/2006 acrescentou o artigo 4º-A à Lei 5.859/72 (que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico), garantindo também a essa categoria a estabilidade gestante: ‘É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto’”⁷⁴.

8.2 SERVIDORA PÚBLICA – CARGO PROVIDO EM COMISSÃO

Também merece menção no presente estudo, se a servidora provida em cargo em comissão faz jus à estabilidade destinada à empregada grávida.

Conforme a exegese da Constituição Federal,

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

(...)

V- as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁵, as funções de natureza permanente, correspondentes à chefia, direção, assessoramento ou outro tipo de atividade para a

⁷³ Trecho extraído do voto do Desembargador Relator Reginaldo Melhado proferido no Recurso Ordinário do TRT-PR n. 12353-2007-029-09-00-0, publicado em 18/01/2008.

⁷⁴ Trecho extraído do voto do Desembargador relator Fabrício Nicolau dos Santos Nogueira proferido no Recurso de Embargos de Declaração em sede de Recurso Ordinário do TRT-PR n. 03420-2006-014-09-00-5, publicado em 07/11/2008.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 494.

qual o legislador não crie o cargo respectivo são, em geral, funções de confiança, de livre provimento e exoneração, referidas no art. 37, V, da Constituição Federal.

Diante disso, tem-se que a servidora nomeada para cargo provido em comissão pode ser demitida no período gravídico, em virtude da natureza precária da relação de trabalho. Conforme Alice Monteiro de Barros⁷⁶, tais servidoras são destituídas de “qualquer garantia quanto à permanência no cargo, pois seus ocupantes são demissíveis *ad nutum*”. Contudo, de acordo com o entendimento predominante nos tribunais, lhes é assegurado o pagamento de indenização quanto ao período de estabilidade das demais trabalhadoras.

Isso porque o art. 10, II, *b*, do ADCT dispõe que até a promulgação da lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição Federal, fica vedada a dispensa arbitrária da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Frise-se que o art. 39, §3º, da Carta Magna, que estende o benefício da licença-gestante às servidoras públicas, não faz qualquer distinção entre as servidoras que ocupam cargos efetivos daquelas nomeadas para cargo em comissão

Assim, embora não se possa falar em reintegração da servidora, por ocupar um cargo de livre nomeação e exoneração, terá ela direito ao pagamento da remuneração a que faria jus da data da rescisão até cinco meses após o parto, gerando, dessa forma, uma estabilidade que se pode chamar de imprópria, uma vez que se não existisse qualquer garantia à trabalhadora, nada seria devido, nem mesmo a título de indenização.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, conforme se analisa o julgado a seguir colecionado:

RECURSO DE REVISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO - CARGO EM COMISSÃO - EXONERAÇÃO DURANTE O ESTADO GRAVÍDICO - GARANTIA DE EMPREGO - INDENIZAÇÃO - Nos termos do artigo 10, inciso II, alínea -b-, do ADCT, até a promulgação da lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição Federal, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Ressalte-se que o benefício da licença-gestante (art. 7º, XVIII, CF) foi expressamente estendido às servidoras públicas pelo art. 39, § 3º, da Magna Carta, o qual não fez qualquer distinção entre servidora ocupante de cargo efetivo e servidora de

⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 551.

cargo em comissão. E não poderia ser diferente, porque a garantia destina-se, em verdade, à proteção do nascituro, e não propriamente à trabalhadora gestante. Não conhecido. (...). (TST, DECISÃO: 06/08/2008, PROC: RR – 293/2001-141-17-00.5, ANO: 2001, RECURSO DE REVISTA, ÓRGÃO JULGADOR – 3ª TURMA, FONTE: DEJT DATA: 05/09/2008. RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO RESI DE PAULA).

Cabe salientar que a Constituição Federal, de natureza principiológica, tutela tanto os interesses individuais quanto os interesses públicos, sendo certo que, em regra, prevalece a supremacia do interesse público. Contudo, quando o interesse individual materializa-se no direito à vida previsto no *caput* do art. 5º, vale dizer, a vida uterina e do nascituro, há que se afastar o interesse genérico da sociedade, paralisando os efeitos dos princípios encartados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Isso porque o direito à vida, materializado na gravidez da empregada, foi alçado pelo constituinte originário como direito humano fundamental⁷⁷.

8.3 A ESTABILIDADE E O CONTRATO PARA FOMENTO DA LEI n. 9.601/1998

Admite-se atualmente a contratação por prazo determinado em condições alheias às previstas pelo art. 443 da CLT, como incentivo a novos empregos. Essa modalidade está prevista na Lei n. 9.601/1998, regulamentada pelo Decreto n. 2.490/1998, e é caracterizada por alguns aspectos específicos que a distinguem do modelo padrão dos contratos a prazos.

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento⁷⁸, a finalidade dessa modalidade de contrato a prazo é “a absorção de pessoal desempregado pela empresa que represente acréscimo no número de empregados, acima dos seus quadros permanentes”. Já a sua natureza é “a de um tipo de contrato fixo, de que trata o art. 443 da CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, vale dizer, as determinadas na lei para os contratos a prazo geral são dispensáveis”.

Na prática, tais contratos têm sido chamados de contrato de trabalho “temporário” ou “provisório”. Todavia, deve-se lembrar que os contratos de trabalho

⁷⁷ Nesse sentido, o voto do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, no Recurso de Revista 206/2006-018-02-00.0, de 05/06/2009.

⁷⁸ NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 691.

temporários são aqueles regulados pela Lei n. 6.019/74, e não se confundem com o contrato para fomento, o qual se discute nesse trabalho.

Para melhor compreensão da matéria, faz-se importante a análise do dispositivo legal em comento:

Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu §2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

(...)

§4º São garantidas as estabilidade provisória da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidente; do empregado acidentado, nos termos do artigo 118 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.

A figura da garantia provisória de manutenção do contrato de trabalho está presente, de forma relativa, nessa modalidade contratual, dispondo o parágrafo 4º do art. 1º da Lei n. 9601/1998 que, entre outras, é garantida a estabilidade provisória da gestante, não podendo, nesse caso, ser extinto o contrato antes do prazo estipulado pelas partes para o seu término.

Segundo Alice Monteiro de Barros⁷⁹, essa é a “única hipótese de contrato de trabalho por prazo determinado que comporta estabilidade provisória”. Afirma a autora que “a estabilidade provisória assegurada está em consonância com a finalidade da Lei n. 9.601, de 1998, cujo objetivo é fomentar novas admissões na empresa”.

Apesar disso, de acordo com Maurício Godinho Delgado⁸⁰, tem-se apelidado o referido diploma legal de “Lei do Contrato Precário”, ou seja,

Lei que amplia as hipóteses de incidência de um contrato instaurador de relações empregatícias precárias no tempo (contrato a termo), com previsão de direitos laborais mais restritos do que o padrão na época prevalecente, tudo isso situado num quadro mais amplo que advoga por um ideário de desestabilização e contingenciamento do valor atribuído ao trabalho na sociedade contemporânea.

⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 961.

⁸⁰ DELGADO. Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 580.

Não obstante a flexibilização dos direitos trabalhistas trazida pela lei que instituiu o contrato para fomento e a sua baixa aceitação social, a estabilidade provisória da gestante foi garantida, mesmo que de forma relativa, até o prazo final do contrato. Esse dispositivo está em conformidade com o contido na Súmula 244, III, do TST, a qual retira os efeitos da estabilidade provisória quando o contrato chegar ao termo. Vale lembrar que a Lei n. 9.601/1998 não se aplica ao empregador doméstico, que não é empresa nem tem estabelecimento, conforme exigido no seu art. 1º.

9. BREVE PANORAMA DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER NA ATUALIDADE

Como bem se mencionou no início deste estudo, a discriminação da mulher pode ser tratada como uma discriminação de gênero, o que implica o reconhecimento de que as diferenças entre homens e mulheres vão além das determinações biológicas que distinguem os sexos, sendo, portanto, cultural e socialmente definidas e sujeitas a variações. Assim, torna-se possível perceber que as diferenças entre homens e mulheres encontram-se fora das diferenças anatômicas entre eles, ou seja, se situam na esfera do simbólico, isto é, na produção social de cada sociedade, em determinada época e espaço geográfico. Dessa maneira, as mulheres desempenham funções e assumem papéis de acordo com as regras que regem a sociedade a que pertencem, como se observa, igualmente, no caso dos homens⁸¹.

O estudo da mulher no mercado de trabalho faz-se importante para que se perceba que as desigualdades são construções sociais, forjadas a partir de diferenças biológicas em um processo de naturalização, ou seja, são produtos da sociedade e da cultura, e como tais, podem ser alterados.

Diante disso, tem-se como escopo no presente estudo mostrar a inserção da mulher no mercado de trabalho comparando os meses de janeiro dos anos de 2003 e 2008. A pesquisa, realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –, buscou enfatizar os indicadores que apresentaram as mudanças mais significativas nos últimos cinco anos⁸², independentemente de qualquer mudança legislativa.

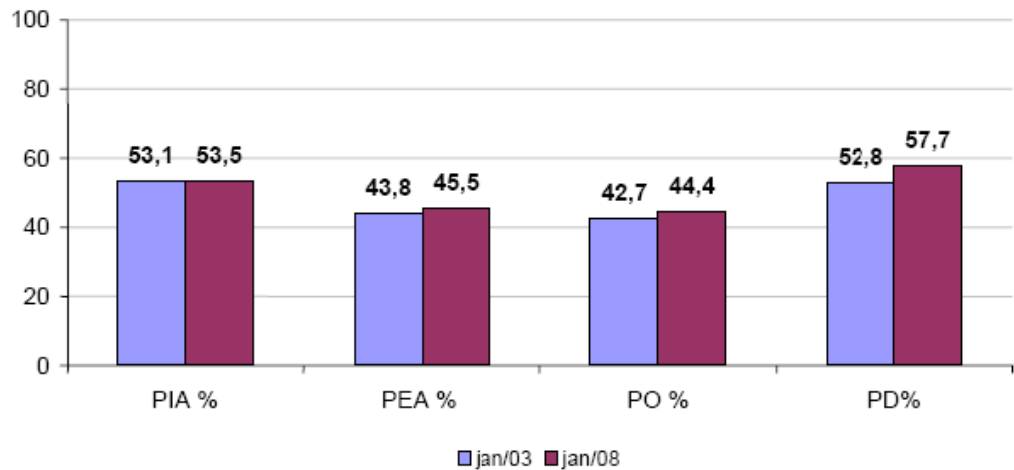
De acordo com as estatísticas, a mulher ampliou, no decorrer das últimas décadas, a sua presença no mercado de trabalho, dando maior importância e impacto às novas regras protetivas. Em janeiro de 2008 havia 21,2 milhões de pessoas ocupadas (PO) no total das seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego (PME), quais sejam, Belo Horizonte, Distrito Federal, Porto Alegre, Recife, Salvador e São Paulo, sendo que as mulheres representavam 44,4%

⁸¹ NOVAIS. Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005, p. 44.

⁸² Pesquisa realizada pelo IBGE, de onde foram extraídos os gráficos e dados utilizados neste estudo. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf>. Acesso em 15 de agosto, 2009.

desse contingente, isto é, 9,4 milhões. Em relação à População em Idade Ativa (PIA), elas eram 53,5%; à População Economicamente Ativa (PEA), 45,5% e à População Desocupada (PD), 57,7%. O gráfico e a tabela abaixo mostram essa evolução para o total das seis regiões abrangidas pela pesquisa:

Mulheres – Estimativas da População



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

Estimativas da População – em milhares

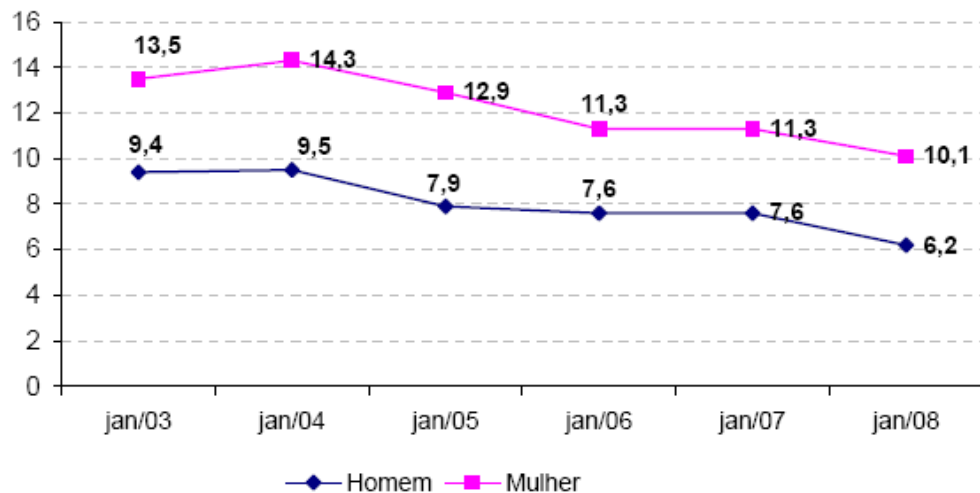
	Mulher		Total	
	jan/03	jan/08	jan/03	jan/08
População em Idade ativa	19.641	21.919	36.985	40.961
População Economicamente Ativa	9.093	10.508	20.758	23.104
População Ocupada	7.868	9.445	18.441	21.261
População Desocupada	1.224	1.063	2.317	1.842

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

A proporção de mulheres ocupadas em relação à População em Idade Ativa feminina (nível de ocupação das mulheres) cresceu em janeiro de 2008, atingindo 43,1% ante a 40,1% em janeiro de 2003 – crescimento de 3 pontos percentuais. Entre os homens, o nível de ocupação foi de 61,0% e 62,1%, respectivamente em janeiro de 2003 e janeiro de 2008 – crescimento de 1,1 ponto percentual, ou seja, o número de mulheres ocupadas entre 2003 e 2008 foi maior do que o número de homens ocupados, o que demonstra o crescimento na inserção da mulher no mercado de trabalho.

Nesse mesmo sentido é o gráfico abaixo, que mostra que em janeiro de 2008 a taxa de desocupação entre as mulheres foi de 10,1%, e de 6,2% entre os homens. Em relação a janeiro de 2003, observou-se queda na taxa de desocupação entre homens e mulheres. A queda da taxa de desocupação entre as mulheres foi de 3,4 pontos percentuais, enquanto que entre os homens essa redução foi de 3,2 pontos percentuais:

Evolução da taxa de Desocupação (%)



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

Como bem ressalta Denise Pasello Valente Novais⁸³, apesar da crescente importância da mulher na força de trabalho no Brasil, sua inserção no mercado de trabalho continua sendo de forma diferenciada. No que se refere às formas de inserção, de acordo com a pesquisa do IBGE, em janeiro de 2008, das mulheres ocupadas, 37,8% tinham trabalho com Carteira Assinada no Setor Privado, enquanto que entre os homens esse percentual foi de 48,6%. Já na forma de Trabalhador Doméstico a participação foi de 16,5% e de 0,7%, respectivamente, para mulheres e homens.

Dessa maneira, observa-se que o mercado de trabalho, mesmo que aparentemente, define determinadas funções como mais femininas, ou seja, homens e mulheres não ocupam necessariamente os mesmos postos de trabalho. Isso porque, como já se mencionou, a separação entre os sexos é uma questão cultural que, no Brasil, apresenta grandes variações, seja pela diversidade cultural existente dentro do

⁸³ NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Op. cit.* p. 47.

país pela sua grande extensão, seja pela diversidade geográfico-ambiental existente entre as regiões.

Nas demais formas de inserção, as mulheres ocupadas estavam assim distribuídas: Empregadas sem Carteira Assinada, 12,1%; Conta Própria, 16,9% e Empregador, 3,0%. Em termos regionais, a maior concentração de mulheres ocupadas com carteira assinada foi na região metropolitana de Porto Alegre (42,4%); e na região metropolitana de Salvador, o maior percentual das mulheres ocupadas em trabalhos domésticos (18,9%) em janeiro de 2008. Esse fenômeno de segmentação do mercado de trabalho, pode ser identificado pela expressão “gueto ocupacional”⁸⁴.

Analisando a distribuição entre as atividades econômicas, em janeiro de 2008, verifica-se que 16,5% das mulheres ocupadas estavam nos Serviços Domésticos; 22,0% na Administração Pública, Educação, Defesa, Segurança, Saúde; 13,3% dos Serviços prestados à Empresa; 13,1% na Indústria; 0,6% na Construção, 17,4% no Comércio e 17,0% em Outros Serviços e Outras Atividades. Já entre os homens ocupados predomina a participação na indústria, 20,0%, e diferentemente das mulheres, eles têm um maior percentual de ocupação na construção, 12,0% e presença reduzida nos Serviços Domésticos, 0,7%.

No que se refere ao nível de escolaridade entre homens e mulheres, tem-se que as mulheres possuem um perfil de escolaridade mais elevado que o dos homens, apontando um predomínio daquelas que possuem 11 anos ou mais de estudo; 59,9 % em janeiro de 2008 contra 51,9% dos homens, no mesmo período.

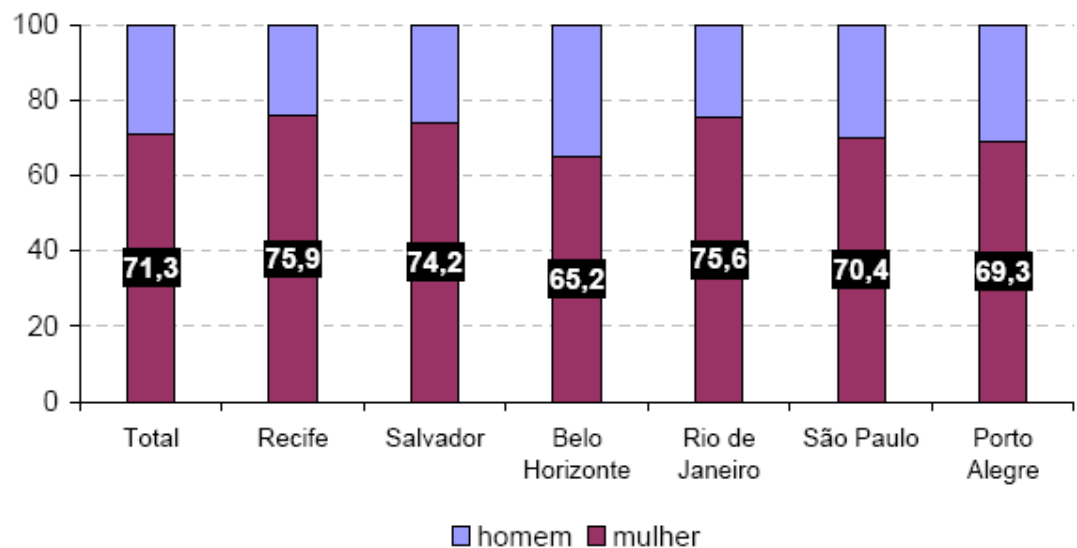
Normalmente, o maior grau de escolaridade aumenta a possibilidade de conseguir uma colocação em um emprego, contudo, o ingresso das mulheres com maior escolaridade não tem implicado em facilidades na obtenção de uma vaga, conforme salienta Denise Pasello Valente Novais⁸⁵ em pesquisa semelhante. Como bem assevera referida autora, se por um lado há esse aumento da escolaridade feminina com ingresso em profissões superiores, de outro lado cresce significativamente o número de trabalhadoras com empregos precários, de tempo parcial ou temporário, geralmente mal remunerados e sem perspectiva de carreira.

⁸⁴ NEVES, Magda de Almeida *apud* NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Op. cit.* p. 47.

⁸⁵ *Idem*, p. 50.

Isso também pode ser observado com relação aos rendimentos percebidos por homens e mulheres que, com o mesmo grau de escolaridade, recebem remunerações distintas, em flagrante processo de discriminação, conforme se extrai do gráfico e da tabela abaixo colacionados:

Percentual do Rendimento da Mulher em comparação com o do Homem em janeiro de 2008



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

Rendimento Médio Habitual de Homens e Mulheres

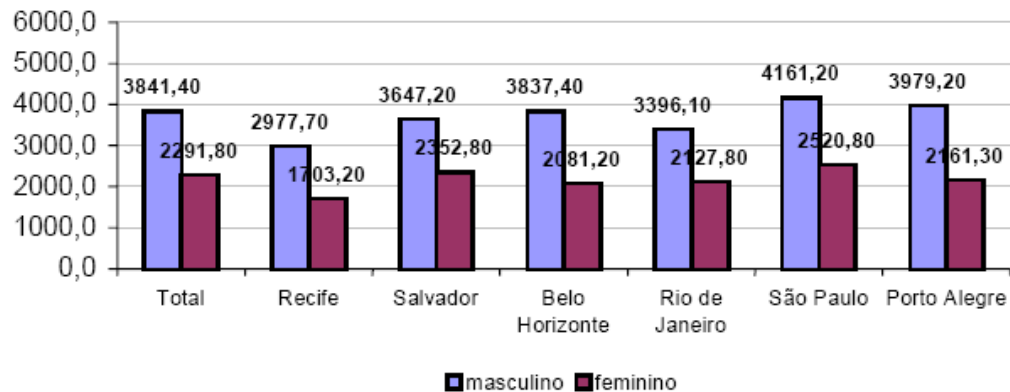
	Rendimento Médio Habitual dos Homens		Rendimento Médio Habitual das Mulheres	
	jan/03	jan/08	jan/03	jan/08
Total	1.302,30	1.342,70	933,53	956,80
Recife	834,91	926,20	647,88	703,00
Salvador	1.199,24	1.070,40	793,54	793,90
Belo Horizonte	1.102,67	1.250,80	705,09	816,10
Rio de Janeiro	1.088,78	1.260,90	817,82	952,90
São Paulo	1.529,24	1.528,80	1.100,86	1.076,40
Porto Alegre	1.100,94	1.295,10	782,73	897,20

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Em

Embora o rendimento médio das mulheres tenha aumentado em comparação com o ano de 2003, ele não se encontra em par de igualdade com o rendimento dos

homens, o que confirma a discriminação anteriormente apontada. Há diversidade, ainda, quando comparadas as regiões em que foram realizadas a presente pesquisa, conforme se vê no gráfico a seguir:

**Rendimento Médio Habitual da População Ocupada com Nível Superior
– em janeiro de 2008**



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

Pode-se dizer que, como a mulher está cada vez mais desempenhando diferentes funções, e seu nível de escolaridade tem-se mostrado superior ao dos homens, a diferenciação dos valores dos rendimentos pode indicar a persistência na discriminação de gênero na fixação dos valores pagos. Assim, de acordo com o conjunto de indicadores mencionados nessa pesquisa, comprova-se que há, ainda, desigualdades entre homens e mulheres no mercado de trabalho, seja na constituição das mulheres como força de trabalho, seja nas dificuldades por elas encontradas para obter um emprego, ou ainda, nas características dos trabalhos por elas exercidos, a par de todas as regras jurídicas protetivas.

Essa discriminação enfrentada pela mulher é objeto de proteção pelas leis trabalhistas, e como se pretendeu mostrar nesse trabalho, uma das proteções conferidas às mulheres é a estabilidade provisória das gestantes com a garantia de emprego. Isso porque, a gravidez é uma condição especial e fisiológica da mulher, devendo ser protegido em primeiro lugar o nascituro, a quem devem ser garantidos o sustento e o desenvolvimento saudáveis.

CONCLUSÃO

A ausência de proteção aos trabalhadores por parte do Poder Público brasileiro perdurou até a metade do século XX, quando normas específicas de tutela do trabalho de mulheres e menores começam a ser editadas. No âmbito internacional, destacou-se a criação da Organização Internacional do Trabalho, incumbida de proteger as relações entre empregadores e empregados, expedindo convenções e recomendações nesse sentido, sendo que o trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias de regulamentação específica por este organismo internacional. No Brasil, a efetiva tutela do trabalho da mulher se deu com a Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, que compilou as normas já existentes que cuidavam do trabalho da mulher, abordando aspectos da duração e condições do trabalho, trabalho noturno, períodos de descanso, métodos e locais de trabalho, além da proteção à maternidade.

Diante disso, procuramos demonstrar que há uma tendência da legislação contemporânea no sentido de dar tratamento igual aos trabalhadores de ambos os sexos, visando evitar a discriminação, respeitando, contudo, as diferenças biológicas, no caso, a proteção à maternidade que protege, na verdade, não a mulher, e sim a espécie, assegurando o surgimento das próximas gerações.

Desta maneira, a finalidade maior do instituto ora estudado é garantir à mulher e aos seus filhos proteção necessária durante a gestação, o parto e no período de amamentação. A proteção à maternidade tem ainda o objetivo de fazer compatíveis a maternidade e o trabalho, sem que a mulher seja prejudicada ou penalizada em seu desenvolvimento profissional pelo fato de tornar-se mãe. Assim, tanto a Consolidação das Leis do Trabalho quanto a Constituição Federal garantiram à mulher a licença-maternidade, ou seja, o seu afastamento por 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

O escopo da proteção à maternidade, como se buscou evidenciar neste trabalho, atende à função promocional do direito, pois almeja uma sociedade justa e solidária, fundada na dignidade da pessoa humana, ainda que expressa por uma proibição.

Com o advento da Constituição Federal de 1998 foram ampliadas e alteradas as normas de proteção à maternidade, garantindo igualdade entre os sexos, o que impulsionou a entrada da mulher no mercado de trabalho.

Nesse sentido, o art. 10, II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A dispensa em desacordo com esse princípio é nula e tem como consequência a reintegração no emprego da gestante, continuando a proteção até o final da estabilidade provisória.

Viu-se, portanto, que os dois institutos se complementam e, que confirmada a gravidez, inicia-se a proibição da dispensa sem justa causa e ou arbitrária no período adjacente ao parto.

Buscou-se, através desta pesquisa, compilar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais mais importantes e atuais a respeito da estabilidade provisória das gestantes, de forma a obter uma visão contemporânea e prática do que se vem entendendo e aplicando aos casos concretos nos tribunais brasileiros.

De acordo com o estudo realizado, ficou evidenciado que a estabilidade provisória da gestante se inicia com a confirmação da gravidez, momento este entendido como a concepção, ou seja, a gravidez existente. O marco final da estabilidade, por sua vez, será cinco meses após o parto, sem distinção entre o parto normal ou o prematuro. Exclui-se da proteção legal, contudo, os casos em que a gestação finda por aborto, tendo em vista que a estabilidade está diretamente ligada à proteção do nascituro. Nesse sentido, a interpretação teleológica da norma constitucional conduz à conclusão de que, confirmada a gravidez durante o vínculo de emprego, nasce o direito da empregada à estabilidade provisória, com consequente restrição do direito de o empregador dispensá-la, salvo por justa causa.

Diante disso, constatou-se que qualquer cláusula ajustada em acordo coletivo que condicione a estabilidade da gestante no emprego à prévia comunicação do estado de gravidez ao empregador, ou estabeleça algum prazo para que isso ocorra, não será provida de eficácia jurídica.

Quanto aos contratos por prazo determinado, concluiu-se que, tendo em vista a extinção de tal contrato por meio do termo final prefixado, não se caracteriza a

dispensa arbitrária ou se justa causa, não fazendo jus a gestante à estabilidade. Se houver, por outro lado, rescisão do contrato antes do seu termo, parece mais adequado que não se conceda a estabilidade à gestante, uma vez que, nessa modalidade de contrato, a dispensa decorre do direito de o empregador optar pela manutenção, ou não, do vínculo de emprego.

Já em se tratando de gravidez no curso do aviso prévio, de acordo com a pesquisa jurisprudencial e doutrinária realizada, pôde-se observar que o entendimento majoritário do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que em ocorrendo a gravidez no curso do aviso prévio indenizado, a gestante não terá direito à estabilidade provisória, uma vez que o aviso prévio transmuda o contrato de trabalho por prazo indeterminado em determinado, sendo a extinção uma decorrência do lapso temporal pré-estabelecido. Apesar disso, há entendimento de que se o aviso prévio for trabalhado, integra o contrato de trabalho sendo, portanto, cabível a estabilidade à gestante.

Restou esclarecido, ainda, que a reintegração só ocorrerá se houver dispensa injusta e se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a gestante só terá direito à indenização referente aos salários e demais direitos correspondentes ao período estável. Por outro lado, se a dispensa for por justa causa, rompe-se o contrato de trabalho por culpa da gestante, não gerando qualquer direito à reintegração ou à indenização, não sendo necessária a instauração de inquérito judicial para apurar eventual falta grave.

De grande importância foram os avanços envolvendo a estabilidade provisória, como no caso das empregadas gestantes, cujo direito foi garantido pela Lei n. 11.324/2006. Destacou-se, ainda, a estabilidade provisória das empregadas de cargos providos em comissão, uma vez que, apesar de não realizarem concurso público, não sofreram nenhuma restrição constitucional, sendo a garantia de emprego a elas estendida. Não menos importante, a estabilidade provisória foi garantida à trabalhadora com contrato por prazo determinado regido pela Lei n. 9.601/1998, não podendo ser extinto o contrato antes do término pré-ajustado.

Por fim, buscando contextualizar o tema abordado neste trabalho, procurou-se fazer um breve panorama do mercado de trabalho da mulher na atualidade, de onde se

concluiu que as desigualdades são construções sociais decorrentes das diferenças biológicas entre homens e mulheres, sendo socialmente definidas e sujeitas a variações.

Conforme as estatísticas, a mulher ampliou nas últimas décadas a sua presença no mercado de trabalho, demonstrando a importância e impacto das novas regras protetivas. Apesar disso, a sua inserção no mercado de trabalho é de forma diferenciada e, mesmo tendo um nível de escolaridade superior a dos homens, recebe remuneração inferior, evidenciando a discriminação enfrentada pela mulher, a par de todas as regras jurídicas protetivas.

Tendo em vista tal discriminação e levando em consideração que a separação entre os sexos é uma questão cultural que apresenta grandes variações, é que se ressalta a importância de regras protetivas como a da estabilidade provisória às gestantes, uma vez que a gravidez é uma condição especial e fisiológica da mulher, sendo necessária a utilização de instrumentos normativos para igualar as mulheres e aumentar a sua inserção no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. *CLT comentada: legislação, doutrina, jurisprudência*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BOSSA, Sônia. *Direito do trabalho da mulher: no contexto social brasileiro e medidas antidiscriminatórias*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- CALIL, Lea Elisa Silingowschi. *História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do Início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000.
- CALVET, Otavio Amaral. Estabilidade da doméstica gestante reintegração forçada? *Revista Suplemento Trabalhista*. São Paulo: LTr, v.42, n.106, p. 451-456, 2006.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- GOSDAL, Thereza Cristina. *Discriminação da mulher no emprego: relações de gênero no direito do trabalho*. Curitiba: Genesis, 2003.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf>. Acesso em 15 de agosto, 2009.

MANDALOZZO. Silvana Souza Netto. *A Maternidade no direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 1996.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Comentários à CLT*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NOVAIS. Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.

OLIVEIRA. Aristeu de. *Manual de prática trabalhista*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do trabalho doméstico*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2001.

PASSOS, Edésio. *Relações de trabalho & Transformação Social: o direito (do) excluído em uma época de crise*. Curitiba: Decisório Trabalhista, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo *et al Instituições de Direito do Trabalho*. 22. ed. v.2. São Paulo, LTr, 2005.

TORRES. Anita Maria Meinberg Percin. *A saúde da mulher e o meio-ambiente*. São Paulo: LTr, 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (TST). Disponível em: <<https://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2>>. Último acesso em 18 de agosto, 2009.