



Centro Universitário do Distrito Federal – UDF
Coordenação do Curso de Direito

Sheila Oliveira Pimentel

A ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Brasília

2011



Sheila Oliveira Pimentel

A ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito
Orientadora: Renata Vieira Fonseca.

**Brasília
2011**

Reprodução parcial permitida desde que citada a fonte.

Pimentel, Sheila Oliveira.

A Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso Prévio / Sheila Oliveira
Pimentel – Brasília, 2011.

56 f.

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Renata Vieira Fonseca.

1. Direito do Trabalho. I. A Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso Prévio.

CDU - 349

Sheila Oliveira Pimentel

A Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso Prévio

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientadora: Professora Renata Vieira Fonseca.

Brasília, _____ de _____ de 2011.

Banca Examinadora

Nome do Examinador

Titulação

Centro Universitário do Distrito Federal

Nome do Examinador

Titulação

Centro Universitário do Distrito Federal

Nome do Examinador

Titulação

Centro Universitário do Distrito Federal

Nota: 10.0

Dedico o presente trabalho à minha família, em especial à minha mãe, que sempre me incentivou e sonhou com este momento. Por toda sua dedicação e compreensão.

Ao meu esposo e meu filho inspiração para minha vida.

As minhas irmãs, Lucimar e Natália que sempre confiaram em meu potencial.

Aos meus sogros, por cuidar e educar tão bem, o Davi, meu filho amado, me deixando estudar tranqüila e com a certeza de que ele estava bem.

Aos meus cunhados e cunhadas e enfim a todos que me ajudaram e acreditaram em meu sucesso.

Agradeço a Deus o autor de todas as coisas e o responsável pela realização deste sonho.

“Nascimento, maternidade: poder de gerar, de reproduzir a vida... Maior poder? Impossível! Poderosas como deusas, sábias como a natureza.”

Luiza Etsuko Tomita

RESUMO

Pesquisa sobre as conseqüências jurídicas da descoberta da gravidez no curso do aviso prévio. Constata-se que existe uma grande discussão relacionada ao tema, haja vista o grande número de divergências nas decisões dos tribunais brasileiros. O direito do trabalho brasileiro trata sobre a questão da estabilidade provisória concedida a gestante, garantindo a ela o direito de ser reintegrada ou indenizada caso seja desrespeitado o estado gravídico em que se encontra. Quando ocorre a descoberta da gravidez no curso do aviso prévio surge a referida discussão pelo fato de já ter o empregador manifestado por meio da rescisão, a decisão em encerrar o contrato do trabalho. Ora se já existia a priori a decisão do empregador em dispensar o empregado não gera para a gestante a estabilidade por ter a gravidez se iniciado no aviso prévio, por outro lado sabendo que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos a gestante tem direito a estabilidade. Nesse trabalho serão analisados também outros institutos que estão correlacionados ao tema abordado: contrato de trabalho, aviso prévio, estabilidade provisória e licença maternidade. O tipo de pesquisa utilizado foi o dedutivo, utilizando-se dados de bibliografias pertinentes e a análise das decisões divergentes dos tribunais trabalhistas brasileiros.

Palavras-chave: *Contrato de trabalho. Aviso prévio. Estabilidade. Gravidez., Licença maternidade.*

ABSTRACT

Research on the legal consequences of the discovery of pregnancy on the course of the notice. It appears that there is a lot of discussion related to this issue, given the large number of differences in court decisions in Brazil. The Brazilian labor law deals with the question of stability provisionally granted to the mother, assuring her the right to be reinstated or compensated if the state where you are pregnant. When the discovery of pregnancy occurs in the course of notice, this discussion arises because the employer has already shown through termination, the decision to terminate the contract of work. But now there was a before employer's decision to dismiss the employee does not generate for the pregnant stability to have the pregnancy if started in early warning, on the other hand knowing that the notice is part of the employment contract for all purposes the pregnant woman has the right to work are also analyzed stability. This work analyzes other institutes that are correlated to the chosen them; contract work, notice, provisional tenure and maternity leave. The type of research used deductive reasoning, using data from bibliographies and relevant analysis of the divergent decisions of labor courts in Brazil.

Keywords: *Labor Contract. Notice. Stability. Pregnancy. Maternity leave.*

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

SIGLAS

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas

DJU - Diário da Justiça da União

ED – Embargos Declaratórios

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

OJ – Orientação Jurisprudencial

RO – Recurso Ordinário

RR – Recurso de Revista

SDC – Seção de Dissídios Coletivos

SDI – Seção de Dissídios Individuais

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SÍMBOLO

§ - Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. CONTRATO DE TRABALHO.....	14
1.1 CONCEITO.....	14
1.1.1 Natureza Jurídica do Contrato de Trabalho.....	15
1.1.2 Classificações dos Contratos de Trabalho.....	16
1.1.3 Duração do Contrato de Trabalho.....	17
1.1.4 Término do Contrato de Trabalho.....	19
2. AVISO PRÉVIO.....	21
2.1 CONCEITO.....	21
2.1.1 Cabimento.....	22
2.1.2 Natureza Jurídica do Aviso Prévio.....	23
2.1.3 Efeitos do Aviso Prévio.....	24
2.1.4 Tipos de Aviso Prévio.....	25
3. LICENÇA MATERNIDADE.....	27
3.1 TRABALHO DA MULHER.....	27
3.2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE.....	29
3.3 ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS DA LICENÇA MATERNIDADE.....	30
3.4. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE - LEI Nº 11.770/08.....	32
4. ESTABILIDADE.....	34
4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	34
4.1.1 Noções de Estabilidade.....	35
4.1.2 Classificação da Estabilidade.....	36
4.2 ESTABILIDADE X GARANTIA DE EMPREGO.....	37
4.3 ESTABILIDADE X LICENÇA MATERNIDADE.....	40

4.4 ESTABILIDADE DA GESTANTE	40
4.5 POSICIONAMENTOS DIVERGENTES ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO	43
4.5.1 Posicionamentos Favoráveis à Estabilidade.....	43
4.5.1 Posicionamentos Contrários à Estabilidade	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará os efeitos da gravidez iniciada durante o aviso prévio e a possibilidade da empregada gestante ser beneficiada ou não com a estabilidade provisória.

O tema é de enorme repercussão na realidade dos tribunais brasileiros do trabalho, não existindo ainda posicionamento pacificado no TST, apesar de, nos últimos julgados o referido tribunal ter se voltado a favor da concessão da estabilidade provisória no aviso prévio, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção ao nascituro.

O artigo 487, da CLT trata do aviso prévio e traz de forma expressa em seu § 6º, que o período do referido aviso integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais. Desta forma surgem inúmeras indagações a respeito da ocorrência da gravidez no curso deste.

Surge o problema que traz a seguinte questão: a descoberta da gravidez iniciada no curso do aviso prévio impede o fim do contrato de trabalho conforme pretendera o empregador quando pré avisou a empregada?

Não raros são os posicionamentos divergentes sobre esta matéria, motivo que vem ocasionando a “morosidade” da justiça e contribuindo para insegurança jurídica, haja vista, existirem decisões que ora beneficiam a empregada impedindo o fim do contrato de trabalho, e ora, beneficiam o empregador extinguindo o contrato sem mais indagações.

Importa falar, que a discussão traz como um dos principais pontos o conhecimento do empregador do estado gravídico da empregada, no entanto, o presente trabalho traz como ponto crucial à aplicação da Súmula 244 do TST, que estabelece que o desconhecimento do empregador do estado gravídico da empregada não afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade.

No presente trabalho, serão abordadas as seguintes hipóteses em que as análises destas poderão apresentar respostas ao problema apresentado: 1ª - A gravidez sendo fator de existência de estabilidade, tendo a empregada engravidado no curso do aviso prévio, o empregador terá suspenso seu direito potestativo de despedi-la; 2ª - Sendo a estabilidade adquirida na vigência do contrato de trabalho, poderá o empregado adquiri-la quando cessado o contrato laboral; 3ª Não tendo o

aviso prévio o condão de fazer cessar o contrato de trabalho, mas simplesmente de estipular data futura para a ruptura, então, o mero aviso não impede o direito à estabilidade, podendo esta ser adquirida até o dia anterior a ruptura?

O trabalho foi dividido em quatro capítulos com o objetivo de abordar os institutos principais que corroboram com o tema.

O primeiro capítulo abordará o conceito de contrato de trabalho, natureza jurídica, início, duração e extinção.

O segundo capítulo abordará o instituto do aviso prévio, conceito, natureza jurídica, classificação, prazo e seus efeitos.

O terceiro capítulo abordará a licença maternidade e a proteção ao trabalho da mulher instituída pela Constituição Federal. Por fim no último capítulo será abordada a estabilidade empregatícia no curso do aviso prévio. Também será realizada a diferenciação dos institutos da garantia de emprego, licença maternidade e estabilidade, onde também serão analisadas as decisões divergentes dos tribunais trabalhistas brasileiros no que se refere ao direito à estabilidade quando a gravidez ocorre no curso do aviso prévio.

Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, utilizando-se para seu devido desenvolvimento pesquisas bibliográficas, conceitos e pensamentos de renomados autores, além da análise das decisões divergentes nos Tribunais Regionais do Trabalho e no Tribunal Superior do Trabalho.

1 CONTRATO DE TRABALHO

O contrato de trabalho será estudado como instituto base para análise do problema trazido pela descoberta da gravidez no curso do aviso prévio, por esse criar uma relação jurídica entre empregado e empregador, gerando para estes direitos e obrigações.

1.1 CONCEITO

O contrato de trabalho é vulgarmente conceituado pela sociedade como um acordo entre empregado e patrão. No entanto a doutrina nos traz o conceito deste instituto.

Sérgio Pinto Martins registra que, “o contrato de trabalho era anteriormente denominado de locação de serviços, sendo que eram utilizados os arts. 1.216 a 1236 do Código Civil de 1916”¹. No entanto essa denominação já era de conhecimento de outros doutrinadores.

Em 1935, surge com a advento da Lei nº 62, de 5 de junho de 1936 a denominação de contrato de trabalho. Posteriormente o art. 442 da CLT define o contrato individual de trabalho como acordo, tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

No entendimento de Mauricio Godinho Delgado:

O contrato de trabalho também pode ser definido como o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços à disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.²

Segundo Gustavo Filipe Barbosa:

O contrato de trabalho pode ser conceituado como o negócio jurídico em que o empregado, pessoa natural, presta serviços de forma pessoal, subordinada e não eventual ao empregador, recebendo como contraprestação a remuneração.³

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.78

² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2009, p.461

³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p.101.

Segundo Alice Monteiro de Barros:

O contrato de trabalho é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador) por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica.⁴

Saraiva traz o seguinte entendimento como conceito do contrato de trabalho:

Contrato de trabalho é o acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física, denominada empregado, compromete-se, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial, a prestar trabalho não eventual e subordinado em proveito de outra pessoa, física ou jurídica, denominada empregador.⁵

Dentre as definições trazidas pelos autores já citados e pela própria CLT em seu artigo 442, podemos extrair que o contrato de trabalho é um acordo pactuado entre as partes em que o objeto é a prestação de serviço por parte do empregado e a remuneração como contraprestação por parte do empregador. Sendo o contrato de trabalho um acordo entre as partes, empregado e empregador pactuam a forma do labor, tais como carga horária, remuneração e função, no entanto a relação deverá ser pautada conforme a lei.

1.1.1 Natureza Jurídica do Contrato de Trabalho

A discussão sobre a natureza jurídica do contrato de trabalho é de grande repercussão na doutrina trabalhista.

Existem várias teorias que tentam explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho, no entanto, predominam as discussões em torno das teorias anticontratalista e contratualista.

A teoria anticontratalista desdobra-se em teoria da instituição e teoria da relação de emprego. Na primeira considera-se que existe uma relação hierárquica, estatutária em que o empregado está inserido em uma organização empresarial que tem por último fim o interesse comum a todos os membros.

Já a teoria da relação de emprego afirma ser estatutária a natureza jurídica do contrato de trabalho, negando a existência de vontades na constituição e

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2010, p.237.

⁵ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**: Versão Universitária. São Paulo: Método, 2008, p.89.

desenvolvimento da relação de emprego, sendo necessário tão somente que exista a prestação de serviço para incidir as regras jurídicas, o que a caracterizará como uma relação de natureza estatutária não contratual, podendo ser um acordo verbal.

A teoria contratualista considera a relação jurídica entre empregado e empregador um contrato. Tendo, portanto natureza contratual, haja vista poder ser identificado como um contrato de compra e venda, locação, sociedade ou mandato.⁶

Sendo a relação de emprego um contrato, a manifestação de vontade das partes dá origem ao vínculo de trabalho, e todos os ajustes deste contrato decorrem das vontades de empregado e empregador.

Para os contratualistas o contrato poderá se apresentar de forma expressa ou tácita.

O artigo 442 da CLT mostra que no Brasil foi adotada a teoria mista podendo ser o contrato de trabalho escrito ou verbal.

1.1.2 Classificações do Contrato de Trabalho

O art. 443 da CLT classifica os contratos de trabalho como: tácito ou expresso, verbal ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

O contrato de trabalho expresso existe na modalidade escrita e verbal. Será expresso escrito quando houver manifestação de vontade das partes em um contrato escrito, no entanto não é necessário documento solene para que ele produza efeitos jurídicos. O contrato expresso verbal é aquele que ocorre quando não existe contrato por escrito, mas somente troca de palavras, que por ser acordo de vontade obriga empregado e empregador.

Sabemos que o contrato em si não possui uma forma que deve ser seguida e o contrato de trabalho não é exceção a regra, por existir previsão legal na CLT em que diz que o contrato de trabalho pode ser escrito ou verbal, necessitando apenas que exista um ajuste entre as partes.

Sérgio Pinto Martins registra que existe em alguns casos a obrigatoriedade do contrato escrito.

[...] algumas normas estabelecem que o contrato de trabalho tem que ser necessariamente escrito, como o do atleta profissional de futebol (art. 3º da

⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p.100.

Lei nº 6.354/76), o de artistas (art. 9º da Lei nº 6.533/78), de aprendizagem (art. 428 da CLT) e o contrato de trabalho temporário (art. 11 da Lei 6.019/74). O Contrato entre a tomadora de serviços e a empresa de trabalho temporário também tem de ser feito necessariamente, por escrito.⁷

A modalidade tácita é descrita claramente por Gleibe Pretti em sua obra, que traz o seguinte conceito de contrato de trabalho tácito:

[...] será tácito quando a manifestação de vontade decorrer de um comportamento que indique a relação de emprego, caracterizada pela existência de emprego. Será tácito quando não houver palavras escritas ou verbais.⁸

Neste tipo de contrato o empregado presta serviço continuamente sem oposição do empregador, e com ausência de um pacto laboral. A vontade é revelada através deste comportamento das partes que caracteriza a existência do contrato de trabalho na modalidade tácita.

Repisa-se falar, que os contratos de trabalho quanto o prazo de duração são classificados em determinados e indeterminados, sendo este último a regra, em decorrência do princípio da continuidade da relação de emprego. Esta classificação é objeto do próximo tópico do trabalho, que tratará do contrato determinado e indeterminado separadamente.

1.1.3 Duração do Contrato de Trabalho

Com o evento da contratação (tácita ou expressa), está configurada a relação de emprego entre as partes nascendo assim, a obrigação da prestação de serviço para o empregado e a contraprestação do pagamento da remuneração como obrigação do empregador.

Os contratos quanto a duração são classificados em determinados ou indeterminados, classificação que será determinada pela vontade das partes. O contrato de trabalho por tempo determinado é aquele em que as partes desde o início já conhecem a data de sua extinção. Esta modalidade de contrato de trabalho está prevista no §1º do art. 443 da CLT. Em seguida o § 2º do art. 443 da CLT traz

⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 102.

⁸ PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. Florianópolis: Conceitual Editorial, 2010, p.61.

as hipóteses em que a legislação permite o contrato de trabalho por tempo determinado, vejamos a seguir:

§ 1º - 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.⁹

§ 2º. O contrato de trabalho por tempo determinado só será válido em se tratando de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo de atividades empresariais de caráter transitório, de contrato de experiência.¹⁰

De acordo com o artigo 443, § 2º da CLT, o contrato de trabalho por tempo determinado só será válido nas seguintes hipóteses:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.¹¹

As partes não poderão celebrar contrato de trabalho por tempo determinado por período superior a 2 (dois) anos, haja vista existir vedação no artigo 445 da CLT.

Se na modalidade de contrato de trabalho por tempo determinado não superior a dois anos ocorrer mais de uma prorrogação, o referido contrato será convertido em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

É importante destacar que o contrato de experiência não poderá exceder 90 (noventa) dias. Caso o referido contrato ultrapasse esse lapso temporal também será convertido automaticamente em contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Cabe salientar, que a sucessão e a rescisão antecipada também são causas de conversão do contrato, passando nestes casos a vigorar não mais o contrato por tempo determinado e sim o contrato sem determinação de prazo.

No contrato de trabalho por tempo determinado como as partes já sabem a data de seu término não existe a figura do aviso prévio. O artigo 487 da CLT

⁹ BRASIL, **Decreto- Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art.443 § 1º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jan.2011.

¹⁰ BRASIL, **Decreto- Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 443 § 2º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jan.2011.

¹¹ BRASIL, **Decreto- Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art.443. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jan.2011.

estipula que o aviso prévio será cabível quando o contrato for por tempo indeterminado e uma das partes quiser rescindir o contrato. Por este motivo, não será o contrato de trabalho por tempo determinado objeto deste trabalho.

Já o contrato de trabalho por tempo indeterminado é a regra geral do direito do trabalho, tendo em vista o respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego, que busca preservar o contrato de trabalho não permitindo que o empregador pactue sucessivos contratos por tempo determinado e prejudique os interesses do empregado.

“A importância desse princípio revela-se não apenas ao conferir segurança ao empregado durante a vigência de seu contrato de trabalho, mas também na sua integração à empresa favorecendo a qualidade do serviço prestado”.

¹²

O princípio da continuidade da relação de emprego está previsto de forma expressa na súmula 212 do TST.

SUM-212 DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Histórico: Redação original - Res. 14/1985, DJ 19.09.1985 e 24, 25 e 26.09.1985.¹³

Portanto, o contrato de trabalho por tempo indeterminado é aquele em que as partes não pré fixam a data para seu término, desconhecendo assim o dia de sua extinção. Nesta modalidade prevalece a ausência de declaração de vontade em limitar a sua vigência, pois espera-se que o contrato não tenha fim.

1.1.4 Término do Contrato de Trabalho

O término do contrato de trabalho resulta na extinção da relação de emprego entre as partes, sendo assim também extintas as obrigações para os contratantes.

¹² GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.p. 79 apud CF. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. Op. Cit., p. 300.

¹³ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 212. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em 11/04/2011.

A Constituição Federal proíbe de forma expressa a dispensa arbitrária quando dispõe no inciso I, do artigo 7º que haverá “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que, preverá indenização compensatória dentre outros direitos.”¹⁴

O artigo 165 da CLT explica que dispensa arbitrária é aquela que não tiver como fundamento motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Por ter a Carta Magna proibido de forma expressa esta dispensa não significa que o empregador será obrigado a ter com o empregado um contrato de caráter perpétuo, acontece que a proteção serve para inibir o empregador para que este não dispense o empregado por qualquer motivo.

O empregador também encontra respaldo na lei quando a ele é permitido dispensar o empregado sem justa causa desde que pague a devida indenização. Sendo assim a extinção dos contratos de trabalho por tempo indeterminado terá iniciativa de uma ou de ambas as partes. Quando se der pelo empregador poderá ser sem justa causa ou com justa causa e pelo empregado será a pedido ou por rescisão indireta.

A extinção do contrato de trabalho tem como resultado algumas repercussões rescisórias, de forma que quando ocorre dispensa arbitrária serão devidos ao empregado as seguintes verbas: aviso prévio, 13º salário proporcional, férias vencidas e proporcionais acrescidas de 1/3 e liberação do FGTS do período contratual com acréscimo de 40%.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art.7º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acesso em 11/04/2011.

2 AVISO PRÉVIO

Neste capítulo iremos falar sobre o aviso prévio, ponto de fundamental importância para que possamos chegar a resposta das perguntas realizadas na introdução do presente trabalho.

A grande problemática deste trabalho está no fato de existir previsão legal expressa no artigo 487, § 6º da CLT, dispondo que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais. Desta forma cria-se a grande discussão quando a empregada engravida no curso do aviso prévio, a gestante tem ou não direito a estabilidade provisória.

2.1 CONCEITO

O aviso prévio é garantia constitucional prevista no artigo 7º inciso XXI, da Constituição Federal que garante ao trabalhador aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 (trinta) dias, nos termos da lei. Cabe ressaltar que este prazo poderá ser superior a 30 dias, se houver sido estipulado por convenção coletiva.

É, portanto, uma indenização ao qual o empregado faz jus quando ocorre a rescisão do trabalho sem justa causa e sem que ele tenha sido previamente avisado da mesma.

Sérgio Pinto Martins define aviso prévio como sendo “a comunicação que uma das partes do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa de acordo com o prazo previsto sob pena de pagar indenização”.¹⁵

No entendimento de Maurício Godinho Delgado:

Aviso prévio, no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso.
¹⁶

¹⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.386.

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 1080.

Corroborar com o conceito de aviso prévio o autor Renato Saraiva que entende ser o aviso prévio “a comunicação antecipada de uma parte a outra, do desejo de romper o contrato, estabelecendo um termo final à relação jurídica existente entre os contratantes.”¹⁷

Das definições ora apresentadas bem como pesquisas em outras doutrinas afere-se que o aviso prévio é a comunicação que a parte que deseja rescindir o contrato sem justa causa, deverá fazer à outra parte do contrato do trabalho, avisando-a de sua pretensão.

Aquele que vier a rescindir o contrato deverá fazer a referida comunicação no prazo mínimo de 30 dias, conforme previsto na Constituição Federal e na CLT.

2.1.1 Cabimento

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.”¹⁸ De forma implícita o referido artigo traz no caput que o aviso prévio é cabível nos contratos de trabalho por prazo indeterminado.

No que se refere aos contratos de trabalho por tempo determinado não há de se falar em aviso prévio, pois as partes já conhecem a data do seu término desde o seu início.

O contrato de experiência por ser um contrato por prazo determinado, em regra não teria cabimento o aviso prévio, no entanto a matéria é sumulada no TST, e diz ser cabível o referido instituto, quando na referida modalidade de contrato de trabalho existir a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada.

163. Aviso prévio. Contrato de experiência
Cabe aviso prévio nas rescisões antecipadas dos contratos de experiência, na forma do artigo 481 da CLT. Ex – prejudgado n.42.¹⁹

¹⁷ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Versão Universitária**. São Paulo: Método, 2008, p.313

¹⁸ BRASIL. **Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 487. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm acesso em 12/04/2011.

¹⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 163. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Index_Enunciados.html. Acesso em 12/04/2011.

A cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão garante, nos contratos por prazo determinado, o direito a ambas as partes de rescindirem o contrato antes de terminar o prazo. Nesse caso, incidirá sobre a rescisão contratual todas as disposições relativas aos contratos por prazo indeterminado, não sendo devida a indenização do art. 479 da CLT, ou seja, a metade da remuneração que a parte teria direito até a data aprezada do término do contrato.

O cabimento do aviso prévio na despedida indireta antigamente era motivo de grande discussão, por não existir dispositivo de lei tratando sobre o tema. No entendimento do TST não era cabível o aviso prévio, sendo este entendimento sumulado no enunciado 31 desse tribunal. A Lei nº 7.108/83 acabou com a incontroversa, quando acrescentou o parágrafo 4º no artigo 487 da CLT, dispondo ser devido o aviso prévio na despedida indireta. Dispositivo que desencadeou no cancelamento da súmula 31 do TST.

2.1.2 Natureza Jurídica

Discute-se na doutrina a natureza jurídica do aviso prévio, no entanto predomina de forma pacífica entre os doutrinadores que a natureza jurídica deste instituto é tríplice.

Sérgio Pinto Martins registra em sua obra que:

Tem o aviso prévio tríplice natureza ou é tridimensional. A primeira é de comunicar à outra parte do contrato de trabalho que não há mais interesse na continuação do pacto. Num segundo plano, o aviso prévio também pode ser analisado como o período mínimo que a lei determina para que seja avisada a parte contrária de que vai ser rescindido o contrato de trabalho, de modo que empregador possa conseguir novo empregado para a função ou o empregado possa procurar novo emprego. Em terceiro lugar, diz respeito ao pagamento que vai ser efetuado pelo empregador ao empregado pela prestação de serviços durante o restante do contrato de trabalho, ou à indenização substitutiva pelo não cumprimento do aviso prévio por qualquer das partes. Há assim a combinação dos elementos comunicação, prazo e pagamento.²⁰

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 386.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia registra:

[...] nota-se no aviso prévio natureza tríplice: direito (potestativo, trabalhista), o qual corresponde a um dever; declaração unilateral (comunicação); período que deve anteceder a efetiva terminação do contrato de trabalho.²¹

A natureza tríplice se dá pelo fato de que em um primeiro momento a parte interessada em rescindir o contrato, formaliza a intenção. Depois o aviso é analisado como período mínimo de modo que empregado ou empregador não sejam prejudicados pela parte que deu ensejo a extinção do contrato de trabalho e por fim o direito a indenização que nasce com o descumprimento do aviso prévio. Desta forma o caráter tríplice se desdobra em comunicação, prazo e pagamento.

2.1.3 Efeitos do Aviso Prévio

A falta de aviso prévio gera efeitos negativos tanto ao empregador quanto ao empregado que deverá indenizar a outra parte quando uma delas não pré avisar a parte contrária.

O artigo 487 da CLT dispõe sobre a falta de aviso prévio não concedido pelas partes da relação de emprego, *in verbis*:

Art. 487 § 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso. Garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.
§ 2º A falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo.²²

As partes da relação de emprego que celebraram contrato de trabalho não estão obrigadas a cumprir o aviso prévio, no entanto, afere-se do artigo citado que a não concessão do aviso prévio para ambas as partes enseja o direito a indenização àquela que não foi pré avisada.

Não bastasse o parágrafo 1º do artigo citado acima trazer garantia da integração do período do aviso prévio para tempo de serviço, a mesma garantia também é acentuada por meio da Orientação Jurisprudencial 82 da SDI – 1/TST

²¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 427.

²² BRASIL. **Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 487. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm acesso em 12/04/2011.

dispondo que a data da saída a ser anotada na CTPS deve corresponder a do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Desta feita, resta claro que o período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais conforme disposição expressa no artigo 487, §6º da CLT. O referido artigo também faz referência à súmula 305 do TST, que trata da incidência do FGTS sobre o aviso prévio seja indenizado ou trabalhado.

2.1.4 Tipos de Aviso Prévio

A CLT prevê dois tipos de aviso prévio: trabalhado e indenizado, esta classificação dar-se-á segundo a modalidade de cumprimento de seu prazo.

O aviso prévio trabalhado é aquele em que o empregado labora durante os 30 dias seguintes a data do aviso e percebe o salário referente aqueles dias, que segundo a CLT poderá ser cumprido das seguintes formas: Se o aviso for dado pelo empregador, o empregado terá direito a redução da jornada de trabalho em 2 (duas) horas diárias, sem prejuízo do salário integral. A redução destas horas serve para proporcionar ao empregado a oportunidade de procurar novo emprego.

A súmula 230 do TST trata da ilegalidade em substituir a redução das horas pelo recebimento de extras. Caso ocorra esta substituição o empregador deverá pagar novo valor pelo aviso parcialmente frustrado.

Poderá também o empregado optar pela não redução das 2 (duas) horas diárias podendo faltar o serviço por 7 (sete) dias consecutivos, sem prejuízo do salário, faltas estas que terão o mesmo objetivo da redução das horas diárias, qual seja, a procura de um novo emprego.²³

Segue entendimento de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, quanto à opção de cumprimento do aviso prévio:

A opção entre a redução de 2 horas diárias ou a falta ao serviço durante 7 dias corridos, sem prejuízo da remuneração normal, pertence ao empregado, que deverá manifestá-la ao empregador por ocasião do recebimento do aviso prévio. É direito potestativo do empregado, que independe de aceitação por parte do empregador. O empregador não poderá se opor à escolha feita pelo empregado.²⁴

²³ BRASIL. **Decreto – Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Art. 488. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm acesso em 12/04/2011.

²⁴ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, p. 391.

O aviso prévio indenizado é caracterizado pelo não labor do empregado, sendo este pago em espécie pelo empregador. Nesta modalidade para evitar desgastes o empregador prefere pagar a indenização prevista no art. 487, §1º. CLT a prestação de serviços do empregado.

O aviso prévio poderá ser dispensado existindo comprovação de obtenção de novo emprego, sendo a empresa exonerada do pagamento dos dias não trabalhados, como consta da Súmula 276 do TST.

É importante ressaltar que a modalidade do aviso prévio influencia no prazo para pagamento das verbas rescisórias, pois sendo o aviso trabalhado as verbas deverão ser pagas até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato e nos casos de ausência de aviso prévio, indenização ou dispensa do mesmo, o empregador terá até o décimo dia, contado da notificação da demissão, para pagamento das verbas devidas (art. 477§ 6º CLT). Em caso de não pagamento das verbas no prazo fixado pela CLT, o empregado receberá do empregador a título de multa, o valor correspondente ao seu salário.

3 LICENÇA MATERNIDADE

A licença maternidade é o período de 120 dias que a empregada ficará afastada do trabalho e terá início com a notificação que a mesma fará ao empregador mediante atestado médico, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência deste. É, portanto, garantia constitucional prevista no art. 7º, inciso XVIII da Carta da República.

Ademais a licença maternidade representa um direito indisponível assegurado às trabalhadoras gestantes, após estas terem se submetido a situações degradantes de desrespeito e humilhações, fazendo-se necessário assim conhecer a história do trabalho da mulher.

3.1 TRABALHO DA MULHER

Somente a partir da revolução industrial foi que o trabalho da mulher passou a ter importância e espaço no âmbito social.

Segundo Sérgio Pinto Martins “no decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas.”²⁵ A grande utilização do trabalho da mulher naquela época se dava pelo fato da preferência dos empregadores em contratar a mão de obra feminina, pois as mulheres se sujeitavam a jornadas de trabalho de 14 a 16 horas diárias, além de baixos salários, sujeitando-se ainda ao trabalho em condições precárias de saúde somente para não perder o emprego. As mulheres realizavam atividades semelhantes as dos homens e recebiam salários muito inferiores. Naquela época a mão de obra feminina era explorada indevidamente, até mesmo porque além das mulheres trabalharem jornadas abusivas e ainda tinham que zelar pela posição de dona de casa e mãe que ocupavam, cuidando dos afazeres da casa e dos filhos.

Neste sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino entendem que:

[...] a proteção específica conferida ao trabalho da mulher decorre não apenas de condições biológicas a ela peculiares – menor força física, gravidez e amamentação- mas, historicamente, possui suas origens nos

²⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 589.

ominosos abusos contra as empregadas cometidos nos primeiros anos após a Revolução Industrial.²⁶

Nesse sentido a proteção conferida ao trabalho da mulher surgiu principalmente por causa dos problemas por elas enfrentados. Cabe salientar que as condições precárias de trabalho em que as mulheres eram expostas traziam péssimas conseqüências para a família e a sociedade, o que também influenciou para a o surgimento da legislação protecionista ao trabalho da mulher.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia traz de forma cronológica o surgimento das legislações protecionistas ao trabalho da mulher no Brasil:

Na evolução legislativa brasileira sobre o tema o Decreto 21.417-A de 17 de maio de 1932, foi a primeira norma a versar sobre o trabalho da mulher, proibindo – o à noite, entre outras restrições.

A Constituição de 1934 proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto aos salários (art.121, § 1º, a), vedava o seu trabalho em locais insalubres (art.121, § 1º, d), garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurando a instituição de previdência em favor da maternidade (art. 121, § 1º, h) e previa serviços de amparo à maternidade (art.121, § 3º).

A Constituição de 1937 vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art.137, k) e assegurava assistência médica higiênica à gestante, com previsão de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

A Emenda Constitucional n. 1 de 1969 estabeleceu a impossibilidade de diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 165, inciso III), proibia o trabalho das mulheres em indústrias insalubres (art.165, X), garantia o descanso remunerado à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art.165, inciso XI), previa a previdência social, visando à proteção da maternidade (art.164, XVI).²⁷

Além das legislações citadas existiram outras que versaram sobre o trabalho da mulher, tais como a constituição de 1946 e de 1967.

A Constituição Federal de 1988, não fez vedação ao trabalho insalubre da mulher, indicando sua permissão, elencando em diversos dispositivos a proteção ao trabalho da mulher. O artigo 7º assegura o direito à licença gestante, sem prejuízo do salário, com duração de 120 dias, período até então não mencionado, pois nas constituições anteriores era garantido o repouso antes e após o parto, mas sem nenhum lapso temporal.

²⁶ PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010, p. 321.

²⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 656.

Por força dos incisos XX e XXX do mesmo artigo, é garantida a proteção do mercado de trabalho da mulher e proibido todo e qualquer tipo de discriminação na atividade trabalhista. Respeitando assim a especificação constitucional prevista no artigo 5º da CF, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

3.2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Anteriormente o empregador era responsável pelo pagamento do período em que a gestante gozava da licença maternidade o que ocasionava rejeição para contratação de mulheres, haja vista, o empregador não querer assumir tamanha responsabilidade.

Conforme explanação de Sérgio Pinto Martins:

O Decreto nº 51.627/62 promulgou a Convenção nº 3 da OIT, de 1919, que prevê o pagamento das prestações para manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro. O Brasil ratificou também a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.020, de 14/06/66, que reviu a Convenção nº 3, dispondo que “em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega” (art.IV, 8). As prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.²⁸

Com a edição da Lei nº 6.136/74, o salário maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, o que acabou com o ônus do empregador de arcar com o pagamento do salário da empregada durante a licença gestante. Fator de grande relevância para a proteção do trabalho da mulher, pois caso o empregador tivesse que pagar os salários da empregada na licença maternidade, indiretamente ocorreria uma queda na contratação das mulheres.

A Constituição Federal no Capítulo II dispõe sobre os direitos sociais, e a licença maternidade está inserida no artigo 7º do mesmo capítulo elencando no inciso XVIII a licença maternidade como um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais que visam à melhoria de sua condição social.

José Afonso da Silva traz o seguinte conceito de direitos sociais.

²⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 596.

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.²⁹

Ainda, na Constituição Federal, o legislador trata da proteção à maternidade no âmbito previdenciário quando dispõe *in verbis*:

Art.201 A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei:
II – proteção à maternidade, especialmente à gestante.³⁰

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) no Capítulo III trata da proteção da maternidade nos dispositivos de 391 a 400. Neste capítulo estão previstos benefícios em que conseguimos visualizar esta proteção, são eles: proibição de dispensa arbitrária, garantia de remuneração durante a licença maternidade, transferência de função quando a saúde exigir, dispensa para a realização de consultas periódicas, repouso remunerado por 2 (duas) semanas em caso de aborto não criminoso, além de intervalos especiais de meia hora cada um, destinado para amamentação durante os seis meses de vida do filho.

É também assegurado à mãe adotiva o direito a licença maternidade, nos termos do artigo 393-A da CLT.

3.3 ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS

Conforme já discutido nas seções do trabalho da mulher e da proteção à maternidade, repisa-se falar que a licença maternidade é uma garantia constitucional prevista no art. 7º inciso XVIII da Constituição Federal e que esse benefício desde sua criação sofreu significativas alterações no país.

Sobre a evolução da licença maternidade no Brasil, Maurício Godinho em sua obra demonstra que houve duas fases importantes na evolução legal desta. As fases tratadas por este autor são pré e pós a Convenção Internacional 103 OIT, que estipulou o prazo da licença maternidade em 12 semanas e dispôs em seu artigo 8º,

²⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 286.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Art.201. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20/04/2011.

inciso IV que em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

Acontece que àquela época o empregador é que suportava o pagamento de todas as parcelas durante o afastamento da empregada.

A Lei nº 6.136/74 assegurou a licença maternidade por 12 semanas, no entanto estipulou que as verbas do período do afastamento seriam de responsabilidade da Previdência Social, tendo assim natureza jurídica previdenciária.

A Constituição Federal alterou o prazo da licença para 120 dias e a Lei nº 8.213/91 é que dispõe que os encargos cabem à Previdência Social *in verbis*:

Art. 71. O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.³¹

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsas consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral. (Redação dada pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.³²

É importante ressaltar que a licença maternidade e o salário maternidade são institutos diferentes.

A licença maternidade é o período de 120 dias que a empregada ficará afastada do trabalho e terá início com a notificação que a mesma fará ao empregador mediante atestado médico, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a ocorrência deste. (Art. 392, § 1º CLT). Já o salário maternidade é a renda mensal paga à segurada no valor integral da sua remuneração, que será paga pelo empregador e o mesmo terá compensado o valor

³¹ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Art. 71. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 13/04/2011.

³² BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Art. 72. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 13/04/2011.

pago quando ocorrer o recolhimento das contribuições previdenciárias da folha de pagamento.

Conforme consta no artigo 73, inciso I da Lei nº 8.213/91 o salário maternidade da empregada doméstica será pago diretamente pela Previdência Social e terá o valor correspondente ao seu último salário de contribuição.

Maurício Godinho Delgado discorre sobre o duplo mecanismo de pagamento do salário maternidade:

Há duplo mecanismo de pagamento desta parcela: ou se faz diretamente pelo INSS à segurada ou se faz por meio do próprio empregador, que, em consequência, realiza compensação contábil frente ao conjunto de recolhimentos previdenciários a serem efetivados no respectivo período. A primeira sistemática sempre se aplicou à empregada doméstica, desde sua inserção no sistema previdenciário; por curto período (de novembro de 1999 até agosto de 2003, em face da mudança trazida à Lei 8.213/91 pela Lei 9.976, de 26.11.99), esta mesma sistemática também se aplicou a todas as demais obreiras beneficiárias do salário maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas). No entanto, a contar de setembro de 2003 (Lei 10.710, de 05.08.03, alterando mais uma vez, a Lei 8.213/91), o pagamento direto pelo INSS atinge apenas às seguintes parturientes vinculadas ao Direito do Trabalho: doméstica, avulsa e empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção. Já a segunda sistemática de pagamento (feita diretamente pelo empregador, que procede à compensação contábil pertinente) tem favorecido, tradicionalmente, às seguradas empregadas comuns (Lei 8.213/91: art.71 e seguintes). Embora este critério tenha sido susgado entre fins de 1999 até agosto de 2003, em face da Lei nº 9.976/99, ele retornou à prática previdenciário-trabalhista desde setembro (Lei 10.710/03), aplicando-se, pois, à ampla maioria das seguradas empregadas.³³

Verifica-se então que a licença maternidade, o salário maternidade e seus aspectos previdenciários são meios que visam assegurar a proteção à maternidade, especialmente à gestante, tutelada pelo artigo 201, II da Constituição Federal.

3.4 PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE

Embora não seja objeto deste trabalho cabe ressaltar a existência do Projeto de Lei 2.513/07 que criou o Programa Empresa Cidadã e que este foi convertido na Lei de nº 11.770/08. Este programa é tido como incentivo fiscal às empresas privadas que aderirem e prorrogarem a licença maternidade por mais 60 dias, passando a ter a licença maternidade duração de 180 dias.

³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª Ed. São Paulo: LTr, 2008, p.1074.

A referida lei dispõe no artigo 1º que “é instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por mais 60 dias a duração da licença maternidade prevista no inciso XVIII do art. 7º da Constituição.”³⁴

No entanto na realidade brasileira, as gestantes não têm sido contempladas com o referido benefício, pois é pouco o número de empresas que aderem a este programa.

³⁴ BRASIL. **Lei Nº 11.170, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm Acesso em 22/04/2011.

4 ESTABILIDADE

A estabilidade é o ápice desta monografia haja vista, o presente trabalho ter como questão principal a existência ou não da estabilidade quando ocorre a gestação no curso do aviso prévio.

Neste capítulo, será realizada uma correlação dos posicionamentos a favor e contra a estabilidade da gestante no curso do aviso prévio.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Durante toda a história do direito do trabalho a estabilidade passou por algumas alterações legais. Anteriormente existia apenas a estabilidade decenal, que trataremos adiante, hoje na legislação brasileira a referida estabilidade praticamente não existe, por força das alterações legais referente ao instituto ora estudado.

É pacífico na doutrina o aspecto histórico referente à estabilidade. Segundo Alice de Barros Monteiro:

A estabilidade no emprego surgiu no Brasil em 1923, com a Lei Elói Chaves, que instituiu para os trabalhadores ferroviários que completasse 10 anos de serviço junto ao mesmo empregador. A CLT disciplina essa matéria do art.492 a 500. No plano constitucional, a primeira Carta que tratou do assunto foi a de 1937; a de 1946 assegurou-a na “empresa ou exploração rural”. Com a Constituição de 1967, a estabilidade passou a coexistir com o Regime do Fundo de garantia e, finalmente, a partir da Constituição de 1988, este regime tornou-se obrigatório, eliminando-se do cenário jurídico a estabilidade no emprego, ressalvando o direito adquirido dos que já eram contemplados com ela. Porque já contavam com os 10^a nos de serviço junto ao mesmo empregador, sem terem manifestado a opção pelo FGTS.³⁵

A Lei Chaves foi a primeira norma a tratar da estabilidade no setor privado, dispondo também sobre a aposentadoria dos ferroviários.

Segundo Sérgio Pinto Martins “os servidores públicos passaram a ter direito a estabilidade com a Lei nº 2.924/1915, que proibia a despedida, desde que o empregado tivesse 10 anos de serviço”.³⁶

A proteção a dispensa arbitrária é disciplinada pela Constituição Federal, no entanto existem decretos e leis complementares que dispõe e dispuseram sobre o referido assunto. Apesar da Carta Magna no artigo 7º, inciso I dispor que a relação

³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 973.

³⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 415.

de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa será nos termos de lei complementar, não existe proibição de que lei ordinária disponha também sobre estabilidade quando ocorrer a despedida supracitada.

4.1.1 Noções de Estabilidade

A CLT disciplina a estabilidade nos arts. 492 a 500, não dispondo sobre o seu conceito. O artigo 492 traz apenas o conceito de estabilidade decenal, no entanto, este dispositivo encontra-se prejudicado pelo disposto no art. 7º, incisos I e III da Constituição Federal que traz como direito do trabalhador a proteção da relação de emprego e o FGTS.

Gleibe Pretti conceitua a estabilidade como sendo “o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante expressa em lei [...]”.³⁷

Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia a estabilidade é conceituada como:

[...] o direito do empregado de permanecer no emprego, restringindo o direito do empregador de dispensá-lo sem justa causa ou de forma arbitrária, só se autorizando a cessão em caso de falta grave, força maior, força maior que determine a extinção da empresa, ou cessão das atividades da empresa.³⁸

Corroborando com a definição de estabilidade segue entendimento de Sérgio Pinto Martins:

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexistam causas objetivas a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em contrário.³⁹

Maurício Godinho Delgado também define este instituto:

Estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de

³⁷ PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 273.

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 439.

³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 417.

modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.⁴⁰

Afere-se dos conceitos ora citados que os autores diferem apenas na forma de expressarem seus conceitos de estabilidade, predominando a idéia de que a estabilidade é o direito do empregado de permanecer no emprego, não podendo o mesmo ser despedido salvo determinação legal ou nos casos que permitem a dispensa por falta grave ou força maior.

4.1.2 Classificações da Estabilidade

Conforme já tratado, o primeiro tipo de estabilidade existente foi a decenal, também chamada de estabilidade absoluta, disposta no artigo 492 da CLT, que diz que o empregado que trabalhar mais de 10 anos na mesma empresa não poderá ser despedido sem que exista falta grave, apurada por meio de inquérito ou força maior devidamente comprovada.

A Carta Magna acabou com a referida estabilidade quando assegurou ao trabalhador a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, autorizando lei complementar dispor sobre a indenização compensatória, momento também em que instituiu o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), como direito do empregado.

Com o advento da Constituição de 1988, o FGTS tornou-se obrigatório, no entanto, os empregados que já contavam com mais de 10 anos de serviço e não haviam optado pelo FGTS, tiveram assegurado a estabilidade sendo considerada como direito adquirido.

Além da estabilidade absoluta existe a estabilidade chamada de provisória ou relativa que são àquelas que versam sobre os trabalhadores que são protegidos de forma provisória contra despedida arbitrária até que cesse o estado que garante a estabilidade ou o período de estabilidade garantido por lei quanto à condição que existira. Tem direito a estabilidade provisória: os acidentados, a gestante entre outros.

⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1159.

Cabe ressaltar, que a estabilidade pode advir de previsão legal ou também por convenção ou acordo coletivo, caso em que serão respectivamente legal ou convencional.

Quando o empregado for estável e ocorrer a sua dispensa poderá o mesmo ser reintegrado ou indenizado. A Súmula 396 do TST dispõe sobre os salários devidos quando existir a figura da estabilidade provisória.

SUM-396 ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)
II - Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997).⁴¹

Do Enunciado supracitado do TST, afere-se que em caso de estabilidades provisórias cessando o período destas, o empregado faz jus apenas aos salários do período que tem direito à estabilidade, não podendo mais ser reintegrado.

4.2 ESTABILIDADE X GARANTIA DE EMPREGO

Apesar da estabilidade e garantia de emprego estarem bem próximas por restringirem as alternativas de extinção do contrato de trabalho, se faz necessário diferenciar estabilidade de garantia de emprego.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia fala da diferenciação que alguns autores fazem entre as referidas figuras:

[...] a estabilidade é aplicável quando a dispensa do empregado depende do prévio reconhecimento, em juízo, da prática de falta grave; na garantia de emprego, o empregador pode dispensar o empregado por justa causa independentemente do seu prévio reconhecimento judicial e somente se o trabalhador, não concordando com a dispensa, ajuizar ação, é que o empregador, posteriormente, terá o ônus de provar a justa causa.⁴²

⁴¹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 396. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em 18/04/2011.

⁴² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p. 438.

Para o autor supracitado a principal diferença está em necessitar ou não da discussão da dispensa ser levada a juízo, haja vista o empregado que possui estabilidade poder ser dispensado somente mediante comprovação da falta e o que possui garantia poder ser dispensado sem a devida comprovação, sendo facultado a este o ajuizamento de uma ação para rever os direitos ligados à garantia de emprego que possua.

A garantia de emprego é gênero que está relacionado à política de emprego, compreendendo medidas que tendem a conquista do primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, também a colocação do trabalhador em novo emprego.

Pinto Martins em sua obra também traz a diferenciação das duas figuras estudadas.

A garantia de emprego restringe o direito potestativo do empregado de dispensar o empregado sem que haja motivo relevante ou causa justificada durante certo período. A estabilidade envolve o direito que tem o empregado de não ser despedido unilateralmente salvo exceções legais (justa causa, encerramento da atividade). A estabilidade proíbe o direito potestativo de dispensa por parte do empregador, ainda que este queira pagar indenizações.⁴³

Neste contexto pode-se verificar que, caso o empregado seja possuidor de garantia de emprego, o empregador terá seu direito potestativo de dispensar o empregado apenas restringido, podendo o despedir existindo motivo relevante ou causa justificada, caso em que será assegurada ao empregado a indenização compensatória assegurada pelo sistema de garantia de emprego previsto no artigo 7º, inciso I da Carta da República.

Em se tratando da estabilidade é proibido o exercício do direito potestativo de dispensa que o empregador possui, ainda que ele assegure o pagamento de indenizações. Desta forma caso seja o empregado detentor de estabilidade o empregador deverá mantê-lo em sua empresa até que cesse o estado garantidor da estabilidade.

Maurício Godinho Delgado de forma minuciosa detalha em sua obra as diferenças entre estabilidade e garantia de emprego, conforme explanação abaixo:

Garantia de emprego, por sua vez, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 419.

circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando). As figuras da estabilidade no emprego e das estabilidades provisórias são extremamente próximas, como se percebe, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual por sua vontade meramente arbitrária, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito.

Não obstante a forte proximidade entre as duas figuras, elas não se confundem. A estabilidade é, sem rodeios, permanente, criando uma quase-propriedade do emprego pelo trabalhador. Este preserva seu contrato de duração indeterminada de modo indefinido no tempo, até que fato excepcional e tipificado em lei surja, com força bastante para extinguir o pacto empregatício: por exemplo, a morte, o pedido de demissão pelo próprio obreiro, a extinção efetiva da empresa, ou, ainda, a resolução culposa do contrato, por justa causa operária.

Em contrapartida, a estabilidade provisória, como a própria expressão indica, é de extensão apenas temporária, durando o restrito período de sua vigência estipulado pela ordem jurídica.⁴⁴

A Magna Carta inseriu dispositivos que estabelece a estabilidade provisória de alguns empregados, dentre eles: O dirigente sindical (art.8, VIII), empregado eleito membro da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), ADCT, art. 10, II, a e a empregada gestante, ADCT art. 10, II, “b”.

Importa ressaltar que, o artigo 494 da CLT traz a necessidade de instauração de inquérito para apuração de falta grave dos empregados estáveis, no entanto, este artigo refere-se a estabilidade decenal, já extinta pela instituição do FGTS. Por construção jurisprudencial, atualmente o único empregado estável que necessita de instauração de inquérito para que a dispensa ocorra, é o sindicalista, isto porque este defende interesse da coletividade e não particular. Os demais detentores de estabilidade em caso de dispensa arbitrária e tendo sido reconhecida o direito à estabilidade judicialmente, poderão ser reintegrados ou indenizados.

Estas são as classes de empregados que possuem a estabilidade provisória, no entanto a ênfase do presente trabalho se dará quanto à estabilidade da gestante, assunto que será discorrido mais adiante.

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1165-1166.

4.3 ESTABILIDADE X LICENÇA MATERNIDADE

Apesar de serem próximos os institutos da estabilidade e licença maternidade não devem ser confundidos.

Como já estudado, a licença maternidade é um direito da gestante que está previsto na Constituição Federal no artigo 7º, inciso XVIII e artigo 392 da CLT.

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

A licença maternidade pode ter início a partir do 28º dia antes do parto, e deverá ser certificada através de atestado médico.

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

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

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

4.4 ESTABILIDADE DA GESTANTE

A estabilidade da gestante tem previsão legal no artigo 10 inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada lei complementar que preveja indenizações compensatórias entre outros direitos conforme disposto no art. 7º, inciso I da Constituição Federal.

O referido artigo do ADCT da Constituição Federal traz o seguinte texto *in verbis*:

- Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art.7º, I da Constituição:
- II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
- b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.⁴⁵

⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. ADCT. Art.10. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct. Acesso em 25/04/2011.

A estabilidade da gestante é a garantia que a mesma possui de não ser dispensada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, estando assim protegida da despedida arbitrária.

Gleibe Pretti afirma que “a base de início da estabilidade é a confirmação da gravidez e não sua comprovação”.⁴⁶

A garantia de emprego assegura a gestante o direito a reintegração se a dispensa se der durante o período da estabilidade, no entanto se o reconhecimento da dispensa arbitrária se der após o período da estabilidade a gestante fará jus apenas à indenização do período referente a essa.

A Súmula 244 do TST dispõe sobre a estabilidade provisória da gestante versando sobre a reintegração e indenização além de dispor sobre a desnecessidade de conhecimento do estado gravídico da gestante pelo empregador. A mesma súmula versa ainda sobre a não existência de estabilidade provisória, nos contratos de experiência haja vista este ser um contrato por tempo determinado e as partes já terem ciência da data de extinção do contrato de trabalho.

Para maiores esclarecimentos segue a Súmula 244 do TST:

SUM-244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

III - 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. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).⁴⁷

Renato Saraiva trata da aplicação da Súmula 244 do TST:

[...] a garantia de emprego à gestante só autoriza sua reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direito correspondentes ao período de estabilidade.⁴⁸

⁴⁶ PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.274.

⁴⁷ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 244. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em 25/04/2011.

⁴⁸ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Versão Universitária**. São Paulo: Método, 2008, p.398.

Importa ressaltar que a doutrina e a jurisprudência de forma pacífica adotam a teoria da responsabilidade objetiva que vê como irrelevante a confirmação da gravidez pela gestante não sendo relevante o conhecimento do empregador, entendimento já sumulado conforme súmula citada.

Cabe destacar que a Lei 11.324/2006 trouxe importante inovação no que se refere à estabilidade da gestante, pois acrescentou à Lei 5.859/72 o art. 4º- A, que veda a dispensa arbitrária e sem justa causa também à empregada doméstica que até então não era tutelada pela estabilidade provisória.

Sérgio Pinto Martins traz em sua obra diferentes interpretações da estabilidade quando do momento da descoberta da gestação.

O mesmo autor expõe que “a comprovação da gravidez deve ser feita durante a vigência do contrato de trabalho ou do aviso prévio indenizado, pois do contrário o empregador não tem ciência da gravidez da empregada quando da dispensa.”⁴⁹

Pinto Martins traz ainda que:

Provando a empregada gestante que, durante aviso prévio, se encontrava grávida, mesmo recebendo aviso prévio indenizado, fará jus a garantia de emprego, em razão de que o contrato só termina no último dia do aviso prévio indenizado.⁵⁰

Alice Monteiro de Barros diverge do autor supracitado e sustenta que “a reparação proveniente da dispensa imotivada de empregada gestante se impõe, independentemente do conhecimento, pelo empregador, do estado de gravidez da trabalhadora”.⁵¹

Conforme se pôde verificar nas pesquisas realizadas a divergência na doutrina é grande quando se trata da estabilidade da gestante. Parte das divergências encontram-se sanadas com a edição da Súmula 244 do TST, que trouxe a desnecessidade do conhecimento da gravidez por parte do empregador.

⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 426.

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 426.

⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1111.

4.5 POSICIONAMENTOS DIVERGENTES SOBRE A ESTABILIDADE DA GESTANTE ADQUIRIDA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Nos tribunais trabalhistas as divergências também são inúmeras quando a ocorrência da gravidez no curso do aviso prévio. Os posicionamentos da doutrina e dos tribunais são divididos entre os favoráveis e os contrários à possibilidade da gestante adquirir estabilidade quando engravidada no curso do aviso prévio, situações que poderemos verificar a seguir.

4.5.1 Posicionamentos Favoráveis à Estabilidade

Os posicionamentos das Jurisprudências no Tribunal Superior do Trabalho bem como nos TRT's é de suma importância neste trabalho, haja vista, estas decisões serem o ponto crucial para novas decisões nas ações intentadas nestes órgãos.

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. INDENIZAÇÃO. Nos termos do art. 10, II, - b-, do ADCT, para a garantia de estabilidade provisória da empregada é exigido somente que ela esteja grávida e que a dispensa não tenha dado por justa causa. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho, já que tal garantia visa à proteção objetiva da mãe e das condições de gestação do nascituro. Incidência da Súmula 244, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. MULTA DO ART. 477 DA CLT. PARCELAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. De acordo com o art. 477, § 6º, da CLT, o pagamento das verbas rescisórias do empregado deverá ser efetuado até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato, ou até o décimo dia, contado da data da notificação da despedida, quando da ausência do aviso prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento. Nestes termos, deve ser considerado extemporâneo o pagamento realizado de forma parcelada, por se tratar de norma imperativa, e de direito indisponível do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 164700-95.2006.5.12.0010, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 06/04/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011).⁵²

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CIÊNCIA DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. RECLAMAÇÃO AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DA GARANTIA DE EMPREGO. Nos termos da Súmula

⁵² BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante (RR - 220900-61.2004.5.02.0046. Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011). Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 26/04/2011.

244, I, do TST, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, porquanto o elemento ensejador da estabilidade é o fato objetivo consistente na dispensa sem justa causa de empregada que engravidou no curso do contrato de trabalho, visando o instituto à proteção da maternidade e do nascituro. Por outro lado, o fato de a empregada ter ajuizado a reclamação após o decurso do período de estabilidade não lhe retira o direito aos salários e vantagens do período, visto que, nos termos da Orientação Jurisprudencial 399 da SBDI-1 do TST, -o ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. Recurso de Revista conhecido e provido.

(RR - 220900-61.2004.5.02.0046 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011).⁵³

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO. O período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins (art. 487, §1º, da CLT), razão pela qual a gravidez havida no seu curso enseja a incidência da norma do art. 10, II, "b", do ADCT, que garante à empregada gestante estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, direito fundamental que visa à proteção da maternidade, no seu aspecto social. Recurso da reclamante provido, no item.⁵⁴

RECURSO ORDINÁRIO. 1. PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO. O período do aviso prévio é considerado tempo de serviço para todos os efeitos legais. O parágrafo 1º do art. 487 da CLT garante a integração do período correspondente ao aviso prévio indenizado no tempo de serviço do trabalhador para todos os efeitos legais e o art. 489 do mesmo Diploma Legal dispõe que a rescisão contratual torna-se efetiva somente depois de expirado o prazo do aviso prévio. Portanto, sendo o aviso prévio indenizado computado como tempo de serviço, a rescisão torna-se efetivada somente depois de expirado o respectivo prazo, não fazendo distinção alguma tanto quanto aos efeitos desta integração, nem quanto ao fato de o aviso ser trabalhado ou indenizado. Destarte, a anotação na CTPS do reclamante (data de saída) deve ser efetuada com a inclusão do prazo do pré-aviso. Tal entendimento encontra-se consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-I do C. TST. **2. ESTABILIDADE GESTANTE.** O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não implica na isenção do mesmo quanto à estabilidade da gestante, uma vez que, neste caso, sua responsabilidade é objetiva. Não bastando isso, convém acrescentar que o artigo 10, inciso II, letra "b" do ADCT da CF de 1988 não fala em comunicação da gravidez perante o empregador, mas tão somente em confirmação do estado gravídico. O Colendo TST já pacificou entendimento a respeito do assunto, nos termos da Súmula 244, em sua

⁵³ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho.** Estabilidade da Gestante (RR - 220900-61.2004.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011). Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 26/04/11.

⁵⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região).** Estabilidade da Gestante. (RO – 0052200-24.2009.5.04.0004). Relator: Denis Marcelo de Lima Molarinho. Porto Alegre. Data de Julgamento: 02/09/2010. Disponível em: <http://gsa3.trt4.jus.br>. Acesso em 28/04/2011.

nova redação. De acordo com o inciso II da Súmula 244 do C. TST a garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Como no caso em análise o período estável esgotou-se, faz jus a recorrente aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.⁵⁵

GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO TRABALHADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR. IRRELEVÂNCIA. Na Súmula n. 244, item I, do Col. TST, está disposto, in verbis: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT). Dessa feita, a gravidez, por si só, é suficiente para gerar o direito, se não ao reatamento do liame laboral, pelo menos à indenização substitutiva, uma vez que, mais do que regular a relação entre as partes diretamente obrigadas pelo contrato, o dispositivo constitucional, nesta hipótese, destina-se à proteção do nascituro, donde o desconhecimento da empresa do estado gravídico da mãe não teria o condão de afastar a aplicação da legislação em comento, nem mesmo em se tratando de cumprimento de aviso prévio. Isso porque a gravidez que ocorre no curso do aviso prévio trabalhado denota acontecimento em meio ao regular cumprimento do contrato de trabalho. E não havendo sequer a suspeita de que a gestante teria se comportado de maneira a fraudar a proteção trabalhista, imperioso é reconhecer que o direito de resilir o contrato de emprego por parte da empregadora sucumbe à garantia constitucional em favor da gestante e do nascituro.⁵⁶

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELA EMPREGADA NO MOMENTO DA DISPENSA. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 244/TST. A estabilidade da gestante encontra-se prevista no art. 10, II, letra "b", do ADCT, da Constituição, que exige, para sua plena configuração, que a empregada esteja grávida na data da imotivada dispensa do emprego, ou seja, a estabilidade decorre do fato da própria gravidez. O TST firmou jurisprudência no sentido de que a garantia constitucional tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro. Mesmo que da sua gravidez a empregada não tivesse conhecimento à época de sua dispensa, tampouco tivesse conhecimento a empresa, nasce para a gestante o direito à estabilidade provisória. Precedentes do STF. Recurso de Revista conhecido e provido.

(RR - 223700-16.2008.5.02.0016 , Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 13/04/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 29/04/2011)⁵⁷

⁵⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 01348-2005-003-02-00-5). Recorrente: Cássia Alves Moreira. Recorridos: Unioncobra Assessoria Cobrança S/C LTDA e Ccoop- Cooperativa dos Profissionais. Relator: Marcelo Freire Gonçalves. São Paulo. 12ª turma. Data de Julgamento: 12/08/2010. Data da Publicação: 20/08/2010. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020100739436.html> Acesso em 28/04/2011.

⁵⁶ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região)**. Estabilidade Provisória da Gestante. (RO – 0001071-68.2010.5.03.0037). Turma Recursal de Juiz de Fora. Relator: José Miguel de Campos. Data de Julgamento: 10/02/2011. Disponível em: <http://gsa.trt3.jus.br/>. Acesso em 28/04/2011.

⁵⁷ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR - 223700-16.2008.5.02.0016), Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 13/04/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 29/04/2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 02/05/2011.

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CIÊNCIA DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. RECLAMAÇÃO AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DA GARANTIA DE EMPREGO. Nos termos da Súmula 244, I, do TST, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, porquanto o elemento ensejador da estabilidade é o fato objetivo consistente na dispensa sem justa causa de empregada que engravidou no curso do contrato de trabalho, visando o instituto à proteção da maternidade e do nascituro. Por outro lado, o fato de a empregada ter ajuizado a reclamação após o decurso do período de estabilidade não lhe retira o direito aos salários e vantagens do período, visto que, nos termos da Orientação Jurisprudencial 399 da SBDI-1 do TST, -o ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. Recurso de Revista conhecido e provido.

(RR - 220900-61.2004.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011)⁵⁸

Verifica-se dos julgados citados que a parte da jurisprudência que tem entendimento favorável à garantia da estabilidade quando ocorre a gravidez no curso do aviso prévio, fundamentam suas decisões na garantia constitucional da proteção do direito à vida e à maternidade, protegendo o nascituro desde a concepção.

O Colendo TST bem como os TRT's vem aplicando a Súmula 244 do Superior Tribunal Trabalho e o art. 10 da ADCT que trata do direito a estabilidade que a gestante possui desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Os referidos órgãos entendem que apesar do empregador já ter exercido seu direito potestativo de dispensa, o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais, conforme previsão legal no art. 487 da CLT.

Esta parte da jurisprudência favorável a estabilidade também firmou o entendimento constante da súmula do TST supracitada no sentido da desnecessidade do conhecimento da gestação por parte do empregador.

É importante ressaltar que o problema deste trabalho é o direito à estabilidade que a gestante possui quando a ocorrência da gravidez durante o aviso prévio, no entanto, percebe-se que apesar das divergências já existentes, as últimas

⁵⁸ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR - 220900-61.2004.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma. Data de Publicação: 19/04/2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 02/05/2011.

decisões do Colendo TST têm firmando posicionamento favorável à estabilidade da gestante no curso deste.

4.5.2 Posicionamentos Contrários a Estabilidade

Apesar da existência do então posicionamento do TST, os TRT's continuam divergindo em suas decisões quanto à ocorrência da gravidez no curso do aviso prévio. Por este motivo segue as decisões de parte da jurisprudência que já decidiu e que ainda decide contra a estabilidade da gestante na situação supracitada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONCEPÇÃO DURANTE O PERÍODO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO . Agravo de instrumento a que se dá provimento para processamento do recurso de revista, por violação do art. 10, II, b, do ADCT. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONCEPÇÃO DURANTE O PERÍODO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO . Nos termos do art. 10, II, b, do ADCT, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante. Na hipótese em exame, no momento da dispensa, a reclamante não estava grávida. A concepção ocorreu quando o contrato de trabalho estava sob prorrogação em decorrência do aviso-prévio indenizado. Tal prorrogação tem seus efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, assim entendidas: salários, reflexos e verbas rescisórias (Súmula nº 317, primeira parte, do TST). Acórdão em que se reconheceu a estabilidade provisória atenta contra a literalidade da norma constitucional. Recurso de revista conhecido e provido.⁵⁹

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. 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 n.º 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 não conhecido.⁶⁰

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A Súmula nº 371 do C. TST dispõe 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, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias". A concepção no curso do aviso prévio não gera o direito à estabilidade

⁵⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR – 709/2005-531-04-40), Ministro Relator: Walmir Oliveira da Costa. Data de Julgamento: 13/05/2009, 1ª Turma. Disponível em <http://brs02.tst.jus.br>. Acesso em 28/04/2011.

⁶⁰ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR – 569/2006-065-15-00.2), Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Data de Julgamento: 25/03/2009, 2ª Turma. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 28/04/2011.

provisória prevista no art. 10 do ADCT, principalmente porque não se pode considerar arbitrária ou obstativa de direitos a dispensa que é comunicada à trabalhadora antes da própria concepção.⁶¹

"Da estabilidade gestante. Aviso prévio. A proteção contida no art. 10, II, "b", do ADCT da CF/88, tem como objetivo primordial amparar o nascituro, e visa a garantia de emprego contra despedida injusta ou arbitrária, e, não socorre a empregada que teve o contrato de trabalho extinto. Assim, não se admite a estabilidade, pois o contrato de trabalho foi rescindido e na data da extinção não havia óbice legal. Nem se argumente que a projeção do aviso prévio socorre a reclamante, pois, o aviso prévio coloca termo ao contrato por prazo indeterminado, transformando-o em contrato com prazo já definido, sendo certo ainda, que nos termos da Súmula nº 371, do C. TST, "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, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias." Nego provimento."⁶²

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. Se a concepção ocorreu no período do aviso prévio indenizado, não há que se falar em estabilidade provisória da gestante. Isto porque se aplicam, analogicamente, os termos da Súmula nº 371 do TST, pela qual 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.⁶³

ESTABILIDADE GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. INDEVIDA. Nos termos da primeira parte da atual súmula 371 do TST, antiga OJ 40 da sua SDI-1, "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, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias."⁶⁴

TRT-PR-30-05-2006 ESTABILIDADE GESTANTE-AVISO PRÉVIO INDENIZADO-INDEVIDA. Comprovado que a reclamante iniciou o período gestacional no período de aviso prévio indenizado, não faz jus à indenização da estabilidade provisória, na esteira no pensamento jurisprudencial cristalizado na Súmula 371, primeira parte e Súmula 244, ambas do C. TST.⁶⁵

⁶¹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RO – 00684-2008-086-02-00-0). Recorrente: Carina Mota da Silva. Recorrido: Styllu Próprio Comércio de Vestuário Fem. Relator: Mércia Tomazinho. Data de Julgamento: 19/10/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/10/2010. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020101080985.html>. Acesso em 28/04/2011.

⁶² BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 00615-2010-431-02-00-6). Recorrente: Aline Andreza do Amaral. Recorrido: Sinalize Produções Serigráficas IMp Exp. Relator: Marta Casadei Momezzo. Data de Julgamento: 05/07/2010, 10ª Turma. Data de Publicação: 16/07/2010. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020100647779.html>. Acesso em 28/04/2011.

⁶³ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região)**. Estabilidade Provisória da Gestante. (RO – 0158100-68-2009-5.03.0086). Relator: Vitor Salino de Moura Eça. 3ª Turma. Data de Publicação: 14/06/2010. Disponível em: <http://gsa.trt3.jus.br/>. Acesso em 28/04/2011.

⁶⁴ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 00256-005-05-00-4). Recorrente: Bianca Silva do Sacramento. Recorrido: Posto 4 Comércio de Combustíveis Ltda. Relator: Desembargadora Débora Machado. Data de Julgamento: 27/09/2005, 4ª Turma. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/>. Acesso em 28/04/2011.

⁶⁵ BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (9ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 08961-003-09-00-SCO-15853-2006). 4ª Turma. Data da Publicação: 30/05/2006. Disponível em:

A parte da jurisprudência contrária a estabilidade provisória da gestante no curso do aviso prévio fundamentam suas decisões e aplicam o entendimento da Súmula 371 do TST que traz a limitação da projeção do aviso prévio apenas as vantagens econômicas obtidas no período do aviso prévio, tais como salários, reflexos e verbas rescisórias não alcançando a estabilidade.

Esta parte da jurisprudência entende que o contrato de trabalho foi extinto no momento que o empregador pré avisou a empregada não considerando arbitrária a despedida que ocorreu antes da concepção, não devendo assim ser aplicado o direito a estabilidade prevista no art. 10 do ADCT.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi realizado com o intuito de verificar se a ocorrência da gravidez no curso do aviso prévio, concede a gestante direito a estabilidade. Buscou-se responder se a gravidez no curso deste impede o fim do contrato de trabalho, que é o objetivo pretendido pelo empregador quando pré avisa a empregada.

Neste trabalho foram analisados alguns institutos necessários para a sua elaboração, tais como o contrato de trabalho, aviso prévio, licença a maternidade e estabilidade.

A relação existente entre empregado e empregador nasce com o contrato de trabalho, que é conceituado na CLT, e na doutrina como sendo um acordo de vontade entre as partes, no qual uma das partes se compromete a executar um serviço mediante o pagamento de um salário suportado pela outra.

O princípio da continuidade da relação de emprego é aplicado nos contratos de trabalho e tem como regra a existência do contrato de trabalho por tempo indeterminado; sendo assim, as relações de emprego são protegidas contra a despedida arbitrária, garantindo ao trabalhador na extinção do contrato de trabalho o direito de receber aviso sobre sua dispensa ao menos 30 dias antes desta ocorrer.

O artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que: “fica vedada a dispensa arbitrária com ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, neste sentido, sua alteração dependerá de lei complementar que versará sobre a proteção à relação de emprego, conforme disposição do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal. Desta feita, mostra-se verdadeira a primeira hipótese quanto à suspensão do direito potestativo de dispensa do empregador.

Sendo assim, em respeito à previsão do ADCT, da CF e da CLT, que prevê em seu artigo 487 § 6º, que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais, e, diante dos posicionamentos citados, conclui-se que tendo o empregador exercido seu direito potestativo de dispensa e durante o aviso prévio a empregada engravidar, aquele deverá retratar-se da sua decisão, haja vista o direito à vida ter prioridade ao direito de dispensa. O legislador, na Constituição Federal, como também na edição das súmulas, quis garantir a proteção ao nascituro bem como à maternidade, inclusive nas relações de emprego.

Da segunda hipótese trazida na introdução, conclui-se que o empregado não adquire a estabilidade após o contrato de trabalho, haja vista o mesmo se extinguir somente após o aviso prévio; portanto, a estabilidade é adquirida no curso do contrato de trabalho, uma vez que o aviso prévio apenas estipula uma data futura para a sua ruptura. .

É importante ressaltar que a aplicação do art. 10 do ADCT e da Súmula 244 do TST tem garantido a estabilidade à gestante quando ocorre a gravidez no curso do aviso prévio, conforme se verifica das jurisprudências trazidas no presente trabalho. A contrário senso, a Súmula 371 do TST tem sido a fundamentação das decisões que se posicionam contra a estabilidade provisória da gestante, quando a gestação ocorre no curso do aviso prévio, prevendo a concessão deste para gerar efeitos restritos apenas às vantagens econômicas, como salários, reflexos e verbas rescisórias, não alcançando nenhuma forma de estabilidade.

Pode-se concluir que a estabilidade é um direito irrenunciável da gestante, mas como nenhum trabalho possui caráter perpétuo, ela poderá pedir demissão desde que, o pedido seja homologado no sindicato ou na superintendência regional do trabalho, requisito que validará o pedido de demissão. Esta exigência se dá também, como uma forma de resguardar o empregador do ajuizamento de uma futura ação requerendo o reconhecimento da estabilidade.

Conclui-se também, que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos legais, garantindo estabilidade à gestante mesmo quando este for indenizado, isto por existir a OJ 82 do TST, dispondo que a data de saída a ser anotada na CTPS, deve corresponder a do término do aviso prévio, ainda que indenizado. Nesse sentido, a empregada não adquire a estabilidade após o término do contrato de trabalho, pois o aviso apenas estipula uma data para a sua ruptura.

Verifica-se ainda que, se reconhecida a estabilidade da gestante no período de estabilidade, esta terá direito a reintegração, se somente após este, receberá apenas a indenização referente ao período supracitado. Que o ajuizamento da ação de reconhecimento de estabilidade, após o período estável não enseja em má fé, pois neste caso o prazo prescricional aplicado é de 2 anos, prazo previsto na Constituição Federal, para ajuizamento de ações referentes a relação de emprego.

Apesar de ainda existirem decisões que negam provimento ao direito à estabilidade provisória concedido à gestante, a tendência é de que em breve o

entendimento que lhe é favorável prevaleça também nos regionais, que ainda têm entendimento divergente.

Como visto no Capítulo IV, nas decisões colacionadas do Colendo TST, verifica-se a inclinação ao entendimento pacificado em garantir a estabilidade à gestante quando a gestação ocorrer no curso do aviso prévio, tendo por base o respeito às garantias constitucionais, entre elas, a dignidade da pessoa humana, bem como o direito à vida e a proteção à maternidade, tidos como direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Ao cabo, verifica-se que a edição de uma súmula ou uma OJ, garantindo a estabilidade da gestante no curso do aviso prévio, colocaria fim nas divergências ainda existentes nos regionais e asseguraria as garantias constitucionais da proteção da maternidade e do nascituro.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª. Ed. São Paulo: Ltr, 2010.

BRASIL, Decreto- **Lei 5452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de jan.2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acesso em 11/04/2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. ADCT. Art.10. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct. Acesso em 25/04/2011.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Art. 71. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8213cons.htm>. Acesso em 13/04/2011.

BRASIL. **Lei Nº 11.170, de 9 de setembro de 2008**. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm Acesso em 22/04/2011.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 01348-2005-003-02-00-5). Recorrente: Cássia Alves Moreira. Recorridos: Unioncobra Assessoria Cobrança S/C LTDA e Ccoop- Cooperativa dos Profissionais. Relator: Marcelo Freire Gonçalves. São Paulo. 12ª turma. Data de Julgamento: 12/08/2010. Data da Publicação: 20/08/2010. Disponível em <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020100739436.html> Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região)**. Estabilidade da Gestante. (RO – 00615-2010-431-02-00-6). Recorrente: Aline Andreza do Amaral. Recorrido: Sinalize Produções Serigráficas Imp Exp. Relator: Marta Casadei Momezzo. Data de Julgamento: 05/07/2010, 10ª Turma. Data de Publicação: 16/07/2010. Disponível em:

<http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020100647779.html>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Estabilidade Provisória da Gestante. (RO – 0001071-68.2010.5.03.0037). Turma Recursal de Juiz de Fora. Relator: José Miguel de Campos. Data de Julgamento: 10/02/2011. Disponível em: <http://gsa.trt3.jus.br/>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Estabilidade Provisória da Gestante. (RO – 0158100-68-2009-5.03.0086). Relator: Vitor Salino de Moura Eça. 3ª Turma. Data de Publicação: 14/06/2010. Disponível em: <http://gsa.trt3.jus.br/>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). Estabilidade da Gestante. (RO – 0052200-24.2009.5.04.0004). Relator: Denis Marcelo de Lima Molarinho. Porto Alegre. Data de Julgamento: 02/09/2010. Disponível em: http://gsa3.trt4.jus.br. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (5ª Região). Estabilidade da Gestante. (RO – 00256-005-05-00-4). Recorrente: Bianca Silva do Sacramento. Recorrido: Posto 4 Comércio de Combustíveis Ltda. Relator: Desembargadora Débora Machado. Data de Julgamento: 27/09/2005, 4ª Turma. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/jurisprudencia/modelo/>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9ª Região). Estabilidade da Gestante. (RO – 08961-003-09-00-SCO-15853-2006). 4ª Turma. Data da Publicação: 30/05/2006. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/>.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade da Gestante (RR - 220900-61.2004.5.02.0046. Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011). Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 26/04/2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade da Gestante (RR - 220900-61.2004.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/04/2011). Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 26/04/11.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Estabilidade da Gestante. (RR - 223700-16.2008.5.02.0016), Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires. Data de Julgamento: 13/04/2011, 3ª Turma, Data de Publicação: 29/04/2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 02/05/2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR - 220900-61.2004.5.02.0046, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro. Data de Julgamento: 13/04/2011, 8ª Turma. Data de Publicação: 19/04/2011. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 02/05/2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR – 709/2005-531-04-40), Ministro Relator: Walmir Oliveira da Costa. Data de Julgamento: 13/05/2009, 1ª Turma. Disponível em <http://brs02.tst.jus.br>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RR – 569/2006-065-15-00.2), Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Data de Julgamento: 25/03/2009, 2ª Turma. Disponível em <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor>. Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Estabilidade da Gestante. (RO – 00684-2008-086-02-00-0). Recorrente: Carina Mota da Silva. Recorrido: Styllu Próprio Comércio de Vestuário Fem. Relator: Mércia Tomazinho. Data de Julgamento: 19/10/2010, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/10/2010. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/Geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020101080985.html> Acesso em 28/04/2011.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmulas. Disponível em: http://www.tst.jus.br/jurisprudencia/Livro_Jurisprud/livro_pdf_atual.pdf. Acesso em 18/04/2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1159.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007, p.101.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.p. 79 apud CF. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. Op. Cit., p. 300.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PAULO, Vicente e ALEXANDRINO, Marcelo. **Manual de Direito do Trabalho**. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

PRETTI, Gleibe. **Manual de Direito do Trabalho**. Florianópolis: Conceitual Editorial, 2010.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Versão Universitária**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.