

# BREVES COMENTÁRIOS À LEI 12.812/2013, QUE INCLUIU O ART. 391-A À CLT: ESTABILIDADE GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

João Alves de Almeida Neto<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução; 2. Garantia de emprego e Estabilidade; 2.1 Classificações das Estabilidades; 2.2 Estabilidade Gestante; 2.3 estabilidade gestante nos contratos por prazo determinado e período do aviso prévio; 3. Conclusões; 4. Referências Bibliográficas;

## 1. Introdução

O presente texto tem como objetivo comentar a Lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-A à CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Buscaremos apresentar nossas considerações da forma mais didática possível, revisando e revisitando o instituto da estabilidade gestante no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2. Garantia de emprego e estabilidade

O principal fundamento da garantia de emprego (e por consequência da estabilidade) é o princípio da continuidade da relação empregatícia.

Apesar da CF/88 enfraquecer o princípio da continuidade da relação de emprego, adotando o FGTS como sistema obrigatório para todos os trabalhadores (rurais ou urbanos), a mesma impôs mecanismos que dificultaram, tornaram mais onerosa ou mesmo restringiram o direito do empregador de dispensar o empregado, criando o denominado sistema de garantia de emprego.

A garantia de emprego é o gênero que possui entre suas espécies a estabilidade, assim como outras medidas tendentes a manutenção da relação empregatícia.

Enquanto a garantia de emprego inclui todos os atos e normas criadas pelos instrumentos jurídicos vigentes que *impeçam ou dificultem a dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro*, a estabilidade é apenas um dos mecanismos de garantia do emprego. A estabilidade pode ser definida como *um impedimento*, temporário ou definitivo, do empregador dispensar *sem justo motivo* o seu empregado.

Graficamente, poderíamos apresentar o sistema de garantia de emprego<sup>2</sup> da seguinte forma:

Garantia de emprego {  
    Garantia de emprego em sentido estrito: institutos que dificultam ou condicionam a extinção do contrato. Não há de se falar em reintegração, pois a dispensa não é vedada por lei (ex. Multa do FGTS; Aviso prévio).  
    Estabilidade: impede a dispensa do empregado sem justo motivo ou de forma arbitrária. Há direito a reintegração, salvo se o período estabilitário já estiver se esgotado ou esta não for recomendada (art. 467 da CLT).

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho do TRT 11; Professor da UFBA (Universidade Federal da Bahia); Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA; Autor, co-autor, coordenador de diversas obras jurídicas.

<sup>2</sup> Há as figuras assemelhadas (ou equiparadas) a estabilidade: a) cotas para empregados reabilitados e com deficiência (art. 93, § 1 da Lei 8213/91); b) Aprendiz (art. 428 da CLT); c) mulher em situação de violência doméstica e familiar (art. 9, § 2º, II da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha); d) Agentes comunitários de saúde e agentes de combate a endemias (art. 10 da Lei 11.350/06). Essas hipóteses não se confundem com estabilidade, pois elas não impedem a dispensa, mas sim, apresentam requisitos a serem preenchidos, dificultando a extinção do contrato.

Uma boa dica para diferenciar as *garantias de emprego em sentido estrito* das *estabilidades* é associa-las às palavras: entrave e obstáculo.

As garantias em sentido estrito<sup>3</sup> elas são entraves (dificultam) à dispensa sem justa causa do empregado. As estabilidades são obstáculos (impedem) à extinção do contrato sem um justo motivo ou de forma arbitrária.

Passemos a analisar as espécies de estabilidades e suas classificações.

## 2.1 Classificações das Estabilidades

As estabilidades podem ser classificadas em: a) absoluta ou relativa; ou b) definitiva ou provisória.

### a) Estabilidade absoluta e relativa

O empregado estável não pode ser dispensado sem justa causa ou de forma arbitrária, durante o período da sua estabilidade.

Diante dessa afirmativa, podemos classificar as estabilidades em absoluta e relativa.

Na estabilidade absoluta, a dispensa está condicionada única e exclusivamente ao cometimento de falta grave pelo empregado.

As hipóteses de justa causa estão previstas no art. 482 da CLT. Pela sua repetição ou pela sua natureza, os fatos descritos como justa causa podem ser considerados faltas graves (art. 493 da CLT)

Já na estabilidade relativa, a dispensa está condicionada tanto ao cometimento de falta grave (motivo disciplinar, art. 482 da CLT) quanto a ocorrência de motivos de ordem técnica, econômica, financeira, como ocorre no caso da gestante e do membro da CIPA. A dispensa não pode ser arbitrária, ou seja, dispensa que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (art. 165 da CLT)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> São exemplos de garantias em sentido estrito: a) indenização de 40% (ou 20%) sobre o FGTS (art. 10, I do ADCT); b) indenização do art. 31 da Lei 8.880/94; c) indenização do art. 479 da CLT; d) indenização do art. 1º, §1º da Lei 9601/98; e) indenização do art. 28, § 3º da Lei 9615/98; f) indenização do art. 2, IV da Lei 10.220/01; g) indenização do art. 322, § 3 da CLT; h) indenização do art. 476-A, § 5 da CLT; i) aviso prévio.

<sup>4</sup> A teoria da nulidade da despedida arbitrária surgiu como uma alternativa mais flexível à estabilidade absoluta (que possui como único motivo apto a ensejar a extinção do contrato: o cometimento de faltas graves). Teve origem na Alemanha entre 1951 e 1952, cuja legislação apenas autorizava a despedida socialmente justificada. Posteriormente foi adotada pela OIT, quando aprovou a Recomendação 119 [prevendo que "não se deve proceder à terminação da relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou se baseie nas necessidades do funcionamento da empresa, do estabelecimento ou serviço" - (§ 2, n° 1)] e a Convenção 158 da OIT [estabelecendo que a dispensa arbitrária é nula e que o empregado assim despedido deve ser reintegrado. Caso não seja possível ou recomendado a reintegração, ele deve receber indenização que sirva para compensar o desemprego e desestimular o empregador a promover novas dispensas, ou seguro desemprego, ou uma combinação de ambos (art. 12)]. No Brasil, a primeira tentativa de adotar essa teoria foi na década de 70, quando foi alterada a redação do art. 165 da CLT, que estabeleceu a proteção contra a despedida arbitrária para os membros titulares representantes da CIPA. A segunda tentativa de implementação dessa teoria foi com a promulgação da CF/88, com a redação do art. 7, I, ao garantir a todos os trabalhadores o direito a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização, dentre outros direitos. Em resumo, a teoria da nulidade da dispensa arbitrária é aquela que veda a denúncia vazia, ou seja, uma dispensa imotivada. Para extinguir o contrato é necessário apresentar, pelo menos motivos de ordem técnica, econômica, financeira. Assim, essa teoria é aplicada atualmente aos membros da CIPA, às gestantes, e em certa medida ao aprendiz.

## b) Estabilidade definitiva e provisória.

A classificação da estabilidade em absoluta e relativa, não exclui a classificação da estabilidade em definitiva e provisória.

A estabilidade definitiva é a garantia de continuar no emprego de forma *indefinida*, mesmo contra a vontade o empregador, salvo por motivo de falta grave [ex. estabilidade decenal (art. 492 da CLT)].

Já a estabilidade provisória é o direito conferido a certos empregados, em razão de circunstâncias excepcionais em que se colocam em relação ao emprego, de não ser dispensado sem um justo motivo ou de forma arbitrário, por um determinado período (ex. dirigente e representante sindical, representante dos trabalhadores na CIPA, acidentado, gestante).

São chamadas de provisórias (também denominadas de estabilidade especial, temporária ou imprópria) porque o empregado só tem direito a elas enquanto perdurar a situação que lhe deu origem.

Alguns autores usam o termo *garantia de emprego* quando se referem às estabilidades provisórias. Preferimos não utilizar tal denominação, para que as estabilidades provisórias não sejam confundidas com outros institutos que dificultam (mas, não impedem) a extinção do contrato de trabalho sem justa causa (ex. Multa de 40% do FGTS).

As estabilidades provisórias podem estar previstas em lei (constituição ou normas infraconstitucionais), instrumento normativo (convenção ou acordo coletivo), regulamento de empresa, ou até mesmo em contratos individuais de trabalho.

Uma vez dispensado sem justa causa o empregado *dentro do período estável*, ele poderá pleitear uma tutela antecipada (liminar) no intuito de ser reintegrado (aplicação analógica do art. 659, X da CLT c/c art. 461 do CPC c/c art. 769 da CLT).

Art. 659 da CLT - Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidos neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:

X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Quando não for aconselhada a reintegração em face do grau de animosidade existente no ambiente de trabalho, o magistrado pode *de ofício* deferir o pagamento dos salários do período de estabilidade em dobro (art. 496 da CLT).

Art. 496 da CLT - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

No entanto, uma vez *exaurido o período estável*, são devidos os salários do período compreendido entre a despedida e o final do período de estabilidade, não sendo assegurada ao empregado a reintegração no emprego (Súmula 396, I do TST).

SUM 396 DO TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO

DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

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

Apesar da Súmula 396, I do TST (Tribunal Superior do Trabalho) mencionar que são devidos apenas "os salários" do período estável. Há entendimento, com base na OJ (Orientação Jurisprudencial) 24 da SDI-II do TST, que a indenização deve representar os salários e consectários (outras vantagens atreladas) do momento da dispensa até o termo final da estabilidade.

OJ 24 DA SDI-2 DO TST - AÇÃO RESCISÓRIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO EM PERÍODO POSTERIOR. DIREITO LIMITADO AOS SALÁRIOS E CONECTÁRIOS DO PERÍODO DA ESTABILIDADE (inserida em 20.09.2000)

**Rescinde-se o julgado que reconhece estabilidade provisória e determina a reintegração de empregado, quando já exaurido o respectivo período de estabilidade. Em juízo rescisório, restringe-se a condenação quanto aos salários e consectários até o termo final da estabilidade.**

O ajuizamento da ação trabalhista após o período da estabilidade não é caracterizado como abuso do direito de ação, se respeitado o prazo prescricional do art. 7, XXIX da CF/88 (OJ 399 da SDI-1 do TST).

OJ 399 DA SDI-1 DO TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

A estabilidade gestante caracteriza-se como uma espécie de estabilidade provisória e relativa. Por consequência, aplicam-se a ela todos os entendimentos supramencionados.

## 2.2 Estabilidade Gestante

O ordenamento jurídico brasileiro possui um conjunto de mecanismos de proteção ao trabalho feminino. Dentre eles, encontra-se a tutela da maternidade e amamentação.

Como o objetivo de garantir uma gestação tranquila e proteger o mercado de trabalho da mulher, a CF/88 estabeleceu que a empregada gestante não pode ser dispensada de forma arbitrária ou sem

justa causa, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. (art. 10, II, b, ADCT), inclusive a doméstica (art. 4-A da Lei 5.859/72).

A estabilidade gestante é um dos instrumentos que o ordenamento jurídico possui para garantir a proteção à maternidade. A referida tutela da maternidade transcende ao aspecto de proteção à genitora<sup>5</sup>, alcançando a garantia do nascimento do nascituro e seu bem-estar nos primeiros meses de vida.

Apesar de constar na redação do citado artigo que o direito à estabilidade nasce a partir da confirmação da gravidez, a jurisprudência e doutrina, de forma majoritária, já solidificaram o entendimento que o direito nasce a partir do início da gestação.

Para o início do direito à estabilidade, não há necessidade de que o empregador ou a empregada tenham conhecimento do fato quando da extinção contratual. Independe de comunicação prévia, por ser uma garantia de emprego com incidência imediata e objetiva, tornando nula a extinção do contrato caso fique comprovada a gravidez da empregada quando da despedida<sup>6</sup>. Basta a confirmação que a empregada ficou grávida durante a relação de emprego (Súmula 244, I do TST), ou seja, uma análise objetiva do estado gravídico.

SUM 244 DO TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

**I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).**

A dispensa imotivada assegura a reintegração<sup>7</sup>, 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 (Súmula 244, II do TST; Súmula 396, I do TST).

SUM 244 DO TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

**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.**

SUM 396 DO TST - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

---

<sup>5</sup> A empregada que adotar e obtiver a guarda judicial para fins de adoção (art. 392-A da CLT) não possui estabilidade gestante, uma vez que não há gestação nem parto nas referidas hipóteses. Possuem direito a licença gestante e salário maternidade. Da mesma forma, o empregado cuja esposa ou companheira esteja grávida não possui estabilidade. No entanto, há projeto de lei n 3.829/97 que busca atribuir a esses empregados a estabilidade por 12 meses (estabilidade paternidade).

<sup>6</sup> A submissão da empregada a teste de gravidez (desde que autorizado pela examinada), entre os exames demissionais, não viola o disposto art. 373-A da CLT. O referido dispositivo veda apenas a exigência de exame admissional (no acesso) ou periódico (durante a relação de emprego) para constatar a gravidez. Essa providência preveniria litígios e permitia a manutenção de diversas relações de emprego, sem futuras alegações de desconhecimento do estado gravídico da empregada e de abuso do direito.

<sup>7</sup> Reintegração é o retorno do empregado estável ao emprego em razão da dispensa arbitrária ou sem justa causa. Uma vez reconhecida a inexistência de falta grave ou da dispensa arbitrária, o empregado terá direito não só a reintegração, mas também a todas as vantagens e salários que teria direito caso não fosse dispensado. O art. 495 da CLT utiliza de forma atécnica o termo readmissão. O correto seria o uso do termo *reintegração*.

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)

Vale ressaltarmos que a empregada gestante não tem a opção entre pleitear a reintegração ou o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período estabilitário. Deve requerer a reintegração. Só é devida a indenização quando já estiver esgotado o período estabilitário, ou, a critério do magistrado, entender que não há mais ambiente para reintegração (aplicação analógica do art. 496 da CLT c/c Súmula 396, II do C. TST).

O ajuizamento da demanda apenas após o esgotamento do período estabilitário, não é considerado abuso do direito, nos termos da OJ 399 da SDI-1 do TST<sup>8</sup>.

O contrato de trabalho da gestante pode ser extinto, durante o período estabilitário, por motivos de ordem técnica, econômica, financeira e disciplinar (falta grave / art. 482 da CLT – Art. 10, II, “b” do ADCT). No entanto, é considerada nula a cláusula convencional que permitir a empregada renunciar ou transacionar a estabilidade gestante, nos termos da OJ 30 da SDC do TST:

OJ-SDC-30 ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE (INSERIDA EM 19.08.1998)

Nos termos do art. 10, II, “a”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

A gestante, em regra, não pode renunciar a estabilidade, uma vez que esta visa não só a proteção da empregada grávida, mas também a vida do nascituro.

A estabilidade gestante não é uma vantagem exclusivamente pessoal, o que impede que a empregada a renuncie ou transacione previamente por meio de contrato individual de emprego [em todas as suas modalidades: expresso (verbal ou escrito) ou tácito], regulamento de empresa, acordo coletivo ou convenção coletiva.

Todavia, na hipótese de pedido de demissão, é possível que a gestante renuncie a sua estabilidade, desde que homologada pelo sindicato de classe nos termos do art. 500 da CLT<sup>9</sup>, já que, embora a

---

<sup>8</sup> É válido apresentarmos um pouco da nossa experiência prática: não raras as vezes que o empregado estável somente ajuiza reclamação trabalhista após o período de estabilidade com objetivo claro de não ser reintegrado e, sem trabalhar, receber o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período estabilitário. Essa intenção é facilmente constatada quando se questiona à empregada se ele teria interesse de ser reintegrado e a mesma responde negativamente. Da mesma forma, quando se observa que o reclamante, durante o período de estabilidade, celebrou um novo contrato de emprego com outro empregador. Assim, como as súmulas e ojs do TST não são vinculantes, é necessário ter prudência e razoabilidade nesses casos.

<sup>9</sup> Art. 500 da CLT: “O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com assistência do respectivo Sindicato e, se não houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do trabalho”. O art. 500 da CLT estabelece uma sequência entre os entes que podem homologar o pedido de demissão de um empregado estável. Primeiro o sindicato da categoria profissional (dos empregados). Só se não existir sindicato da categoria profissional do empregado na localidade, é que o Ministério do Trabalho ou Justiça do Trabalho poderá homologar o pedido de demissão do trabalhador estável. Outra particularidade do art. 500 da CLT é atribuir à Justiça do Trabalho a função de órgão homologador do pedido de demissão. Neste caso, não há a configuração de uma lide simulada.

estabilidade seja um direito constitucionalmente assegurado à empregada gestante, não se pode obrigá-la a permanecer no emprego durante o período de gestação. A referida estabilidade constitui um direito e não uma imposição legal (obrigação). Entender diferente é, a nosso sentir, inverter a razão da existência da estabilidade. Esta vem sendo a posição adotada pela C. TST em suas decisões<sup>10</sup>.

## 2.3 Estabilidade gestante nos contratos por prazo determinado e período do aviso prévio.

Até recentemente, o TST possuía entendimento firmado no sentido de que a estabilidade provisória e os contratos por prazo determinado eram incompatíveis.

Argumentava-se que a estabilidade provisória apenas vedava a extinção do contrato de forma imotivada, e que o término do contrato em face do esgotamento do prazo não seria um motivo injusto ou arbitrário, uma vez que já estava previamente estabelecido pelas partes desde a celebração do contrato.

Esse entendimento pode ser conferido na antiga redação da Súmula 244, III do TST:

SUM 244 do TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

[...]

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)

O TST mudou o seu entendimento. A mudança começou com relação ao contrato de experiência (art. 443 do CLT).

O contrato de experiência é um contrato por prazo determinado, com duração máxima de 90 (noventa) dias, com 1 (uma) prorrogação. Quem celebra um contrato de experiência, possui a intenção de transformar o contrato a termo em um contrato por prazo indeterminado se, ao término da experiência, o empregado se mostrar apto para a função.

Sendo o contrato de experiência um contrato especial, que traz a expectativa de ser transformado em um contrato por prazo indeterminado, o TST modificou o seu posicionamento, passando a decidir que a concepção no curso do contrato de experiência atribuiria estabilidade a gestante.

---

<sup>10</sup> “[...] RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE. PEDIDO DE DISPENSA SEM ASSISTÊNCIA DO SINDICATO. NULIDADE. À luz do princípio da irrenunciabilidade, que informa o Direito do Trabalho, a renúncia a direitos assegurados pelo ordenamento jurídico ao trabalhador é, como regra, nula. A aplicação do art. 9º da CLT autoriza ao julgador proclamar a invalidade dos atos destinados a reduzir e ou suprimir direitos e vantagens, ainda que com o consentimento formal deste. Nessa linha, a assistência do sindicato ao empregado estável, no momento em que ocorrido o suposto pedido de dispensa e conseqüente renúncia à estabilidade provisória, afigura-se como condição essencial à legitimidade do ato, e sua ausência acarreta presunção relativa de fraude, passível, enquanto tal, de ser elidida por prova em contrário, a cargo do empregador, do qual, na espécie, não se desincumbiu. Revista não-conhecida, no ponto.” [...] (TST-RR-787729-37.2001.5.09.5555, Ac. 3ª Turma, Rel. Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 19.6. 2009)

Assim, no primeiro momento, a estabilidade gestante só era compatível com o contrato de experiência (contrato por prazo determinado *sui generis*). A estabilidade não era garantida aos empregados que tivessem celebrado as demais espécies de contrato por prazo determinado.

Atualmente, o TST possui um entendimento mais amplo sobre o tema. Entende que a estabilidade decorrente do acidente do trabalho e a estabilidade gestante (espécies de estabilidade provisória)<sup>11</sup> são compatíveis com os contratos por prazo determinado. A ocorrência do termo final não é considerada motivo justo para a sua extinção (Súmulas 378, III e 244, III do C.TST).

SUM 378 DO TST (item III inserido na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego, decorrente de acidente de trabalho, prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.

SÚMULA 244 do TST - GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

III. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Informativo TST - nº 22 Período: 20 a 24 de setembro de 2012)

Na hipótese da gestante comprovar estar grávida no período do aviso prévio, terá direito à estabilidade gestante?

Entendemos que constatado o estado gravídico no período do aviso prévio, a gestante terá direito a estabilidade, utilizando o mesmo raciocínio da Súmula 244, III do TST.

O contrato de trabalho, em regra, é por prazo indeterminado. No momento da concessão do aviso prévio (indenizado ou trabalhado), fica estabelecido o momento em que será extinta a relação de emprego. A partir da concessão do aviso prévio, o contrato de trabalho deixa de ser por tempo indeterminado, passando a assemelhar-se ao contrato por tempo determinado.

Assim, ocorrida a concepção no período do aviso prévio, a empregada adquirirá estabilidade, uma vez que deve prevalecer os valores de proteção ao nascituro e à gestante, da mesma forma como ocorre nos contratos por tempo determinado, aplicando-se *o brocardo ubi idem ratio, ibi idem jus* (onde houver a mesma razão, aplica-se o mesmo direito).

Ademais, o aviso prévio é instituto que se caracteriza pela comunicação de uma parte à outra sobre a intenção de ruptura contratual, a ser efetivada em data futura. Assim, ao longo do aviso prévio trabalhado ou indenizado (OJ 82 da SDI-1 do C. TST), há a manutenção do vínculo (art. 487, parágrafo 1º, da CLT), não se aplicando a Súmula 371 do TST<sup>12</sup>.

Portanto, conjugada a diretriz da Súmula nº 244 do TST com a da OJ nº 82 da SBDI-1 do TST, tem-se que, ocorrida a concepção no curso do aviso prévio, indenizado ou não (uma vez que o contrato

---

<sup>11</sup> De acordo com a súmula 369, V do C. TST, o registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade sindical (art. 543, § 3º da CLT). Esse entendimento não pode ser aplicado às demais espécies de estabilidade provisória que possuem como fato gerador um fato involuntário (gravidez e acidente de trabalho) e fundamento em bem jurídicos como a vida e a saúde.

<sup>12</sup> O art. 487, § 1º da CLT estabelece que o aviso indenizado gera os mesmos efeitos que o trabalhado, com seu período respectivo integrando o contrato para todos os fins. Inclusive, a OJ 82 da SDI-1 do C. TST dispõe que "a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado".



encontra-se vigente), há a incidência da garantia de emprego a que se refere o artigo 10, II, letra 'b', do ADCT, a resguardar a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa.<sup>13</sup>

Recentemente, o TST passou a adotar, de forma majoritária, o entendimento acima mencionado. Com alteração da CLT, para incluir o art. 391-A, o legislador colocou uma pá de cal, nos questionamentos relacionados à estabilidade gestante nos contrato por prazo determinado em todas as suas espécies e no período do aviso prévio.

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

Apesar de não expresso no referido dispositivo, não há maiores controvérsias que a empregada que já se encontrava grávida no momento da contratação, também tem direito à estabilidade gestante.

### 3. Conclusões

A pretensão desse escrito é apenas comentar de forma clara e objetiva a posição atual do nosso sistema jurídico em relação ao estado gravídico no período do aviso prévio. Nosso objetivo não foi polemizar apresentando correntes minoritárias ou contrárias à legislação vigente.

Assim, diante do exposto até o presente momento, podemos chegar às seguintes conclusões:

1. A garantia de emprego é o gênero que possui entre suas espécies a estabilidade e a garantia de emprego em sentido estrito.
2. A estabilidade pode ser definida como *um impedimento*, temporário ou definitivo, do empregador dispensar *sem justo motivo* o seu empregado.
3. As estabilidades podem ser classificadas em: a) absoluta ou relativa; ou b) definitiva ou provisória. A estabilidade gestante é classificada como relativa e provisória.
4. A estabilidade gestante é um dos instrumentos de proteção à maternidade. A tutela da maternidade transcende ao aspecto de proteção à genitora, alcançando a garantia do nascimento do nascituro e seu bem-estar nos primeiros meses de vida.
5. O direito à estabilidade gestante nasce a partir da confirmação da gravidez, ou seja, da concepção. Não há necessidade de comunicação prévia ao empregador, por ser uma garantia de emprego com incidência imediata e objetiva.
6. É assegurada a reintegração à gestante se a dispensa imotivada se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. A empregada gestante não tem a opção entre pleitear a reintegração ou o pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período estável. Deve requerer a reintegração. Só é devida a indenização quando já

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, os precedentes: E-RR-134600-10.2009.5.12.0025, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, SBDI-1, DEJT 27/04/2012; E-ED-RR-273400-40.2008.5.02.0022, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, SBDI-1, DEJT 27/04/2012; RR-102-12.2011.5.03.0104, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 26/04/2013; AIRR-1206-11.2011.5.02.0090, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 4ª Turma, DEJT 08/03/2013; RR-1070-11.2010.5.20.0005, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 31/08/2012; RR-67-51.2010.5.15.0137, Relator Juiz Convocado Flavio Portinho Sirangelo, 5ª Turma, DEJT 15/06/2012 e RR-137700-47.2007.5.02.0501, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 01/06/2012. E-RR - 60500-85.2010.5.02.0071, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/10/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 15/10/2012; E-RR - 77200-52.2002.5.04.0301, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 29/03/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 13/04/2012; E-RR - 3656600-96.2002.5.06.0900, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 09/09/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 17/09/2010; E-ED-RR - 249100-26.2007.5.12.0004, Relator Ministro: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 18/03/2010, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 09/04/2010.

estiver esgotado o período estabilitário, ou, a critério do magistrado, entender que não há mais ambiente para reintegração.

7. O ajuizamento da demanda apenas após o esgotamento do período estabilitário, não é considerado abuso do direito.
8. O contrato de trabalho da gestante pode ser extinto, durante o período estabilitário, por motivos de ordem técnica, econômica, financeira e disciplinar. (falta grave / art. 482 da CLT – Art. 10, II, “b” do ADCT). No entanto, é considerada nula a cláusula convencional que permitir a empregada renunciar ou transacionar a estabilidade gestante.
9. Atualmente, o C. TST possui um entendimento no sentido de que a estabilidade gestante é compatível com os contratos por prazo determinado (dentre eles, o contrato de experiência). A ocorrência do termo final não é considerada motivo justo para a sua extinção.
10. O C. TST, a doutrina majoritária, bem como a legislação vigente (art. 391-A da CLT), dispõe que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

#### 4. Referência Bibliográficas

ALMEIDA, Isis de. Manual de Direito Individual do Trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 547.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CATHARINO, José Martins. Compêndio de Direito do Trabalho. v. 1, São Paulo: Saraiva, 1981.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DONATO, Messias Pereira. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1979.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Método, 2008.

MAGANO, Octávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. v. II, 4 ed., São Paulo: LTr, 1993.

MARANHÃO, Délio. Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

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

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do Trabalho. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.