

A ESTABILIDADE DECORRENTE DA GRAVIDEZ OCORRIDA DURANTE O AVISO PRÉVIO: uma nova realidade com a Lei nº 12.812/2013

*Emílio Elias Melo de Britto
Milena Guimarães Andrade Tanure
Renata Guimarães Andrade Tanure*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO. 2.1. NORMAS DE PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E À MATERNIDADE. 3 O INSTITUTO JURÍDICO DA ESTABILIDADE. 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS. 3.2 CONCEITO E FUNDAMENTO 3.3. A ESTABILIDADE GESTACIONAL. 4 A ESTABILIDADE GESTACIONAL DURANTE O AVISO PRÉVIO. 4.1 A ESTABILIDADE GESTACIONAL NO CONTRATO FIRMADO POR TEMPO DETERMINADO E DURANTE O AVISO PRÉVIO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA. 4.2 A RELEVÂNCIA DA LEI 12.812/2013: PROTEÇÃO A GESTAÇÃO E AO NASCITURO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: Trabalho destinado a fazer uma análise da Lei 12.812/13 que estabelece a estabilidade provisória à mulher que teve confirmado o seu estado gravídico no curso do aviso prévio. Verificação das normas já existentes no ordenamento jurídico que visa proteger a gravidez e a maternidade. Proteção do nascituro e da maternidade com a previsão da lei em comento.

Palavras-chave: Aviso prévio; estabilidade provisória; mulher; gestante.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se a lançar um primeiro olhar sobre a Lei 12.812/2013 que se coaduna com o entendimento esposado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre a estabilidade decorrente da gravidez ocorrida durante o aviso prévio.

Não há como se tornar alheio ao fato de que, apesar de fruto dos princípios e anseios basilares do Direito do Trabalho, este posicionamento gerou opiniões diversas e questionamentos no seio da sociedade. Este artigo, uma vez produzido por graduandos de Direito, apresenta-se como um primeiro olhar sobre a referida Lei.

A princípio, o estudo se volta para a mulher no mercado de trabalho e, em especial, às normas de proteção à gravidez e à maternidade, uma vez que a Lei 12.812/2013 tutela o nascituro e a mulher que se encontra em situação de aviso prévio. Posteriormente, a análise centra no instituto da estabilidade no direito do trabalho, evidenciando, em apertada síntese, uma abordagem histórica, conceitos que o definem e fundamentos que o sustentam. Ademais, são apresentadas informações referentes à

estabilidade gestacional. Por fim, a análise volta-se para o escopo desta pesquisa, qual seja, a estabilidade gestacional durante o aviso prévio. Para tanto, apresenta-se, sobretudo, os entendimentos jurisprudenciais que deram ensejo à nova realidade apresentada pela Lei 12.812/2013.

Como é possível prever, esta pesquisa tem o anseio primeiro de evidenciar o percurso histórico e posicionamentos jurídicos que deram forma à Lei em cena. Note-se, entretanto, que, apesar de se adotar posicionamento a favor da criação deste texto normativo, não há como se perceber, ainda, os efeitos que serão gerados nas relações trabalhistas em que a mulher figurar no polo do empregado em razão do novo dispositivo. Deste modo, este artigo se coloca como uma primeira leitura do texto legal, mas, sobretudo em razão da atualidade do tema, não se propõe a uma abordagem que se queira exaustiva da questão.

2 AS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO

É possível definir como marco histórico do período de inserção da mulher no mercado de trabalho a I e II grandes guerras mundiais. Anteriormente, a função de provedor da família era exercida exclusivamente por homens e as mulheres eram destinadas a cuidar da família e da casa. Entretanto, com o início das grandes guerras, os homens, que antes trabalhavam e sustentavam suas casas, tiveram que defender os seus países (ARAÚJO, 2004).

É exatamente neste processo de saída dos homens das residências que as mulheres se veem obrigadas a, daquele momento em diante, garantir o sustento de sua família. Ainda após a guerra, este cenário permanece, tendo em vista que muitos dos que foram não voltaram e boa parte dos que regressaram estavam impossibilitados de exercer qualquer tipo de força produtiva. É desse modo que se apresenta, historicamente, a introdução da mulher no mercado de trabalho.

Contudo, devemos ter em mente que antes mesmo do advento do século XX e com ele o nascimento de uma sociedade de consumo, com excedentes de produção e avidez por riquezas, a evolução social, desde os primórdios da humanidade, deu-se concomitantemente com a divisão do trabalho entre os sexos, em que o homem caçava e a mulher plantava e cuidava dos filhos. Ou seja, a divisão social do trabalho se deu com a necessidade da sobrevivência (ARAÚJO, 2004).

Observando o histórico da mulher no mercado de trabalho, verifica-se que o impulso de admissão da mulher na economia, e conseqüentemente um começo para a sua evolução social, ocorreu paulatinamente.

Desde a Grécia antiga existia o processo de discriminação das mulheres, sendo estas comparadas aos escravos e estrangeiros. Neste período, o paradigma era de exclusão dessas mulheres não só da classe trabalhadora, mas também da educação, sendo, portanto, oprimidas e impossibilitadas de evoluir socialmente.

Na Grécia, em Roma, na Idade Média e mesmo após a Revolução Industrial, as mulheres faziam atividades domésticas e exerciam profissões que, apesar de importantes, tinham pouca ou nenhuma influência na sociedade, como a tecelagem. Há que se destacar, ainda, que muitas foram exploradas durante a Revolução Industrial e escravizadas em vários períodos da história (CARVALHO, 1991).

É certo que, a partir da década de 1920, essas transformações sociais das mulheres, e por que não dizer evolutivas, começaram a acontecer. Contudo, é somente com o aparecimento dos movimentos sociais e políticos nas décadas de 1960 e 1970 que há o rompimento do antigo estigma opressor, o que, inegavelmente, veio a proporcionar o surgimento de outros padrões culturais que levaram as mulheres definitivamente às salas de aula e ao trabalho (MARTINS, 2008).

Outros fatores, além do aumento do nível de escolaridade, também podem ser apontados, como a queda da fecundidade que proporcionou uma maior disponibilidade para a atividade laboral, a estagnação econômica dos países e a sua conseqüente alta inflacionária, também levaram à inserção das mulheres no mercado.

Cumprido destacar, ainda, que durante muito tempo a mulher vivia afastada da vida social e política, pois era criada para o casamento devendo ser uma boa esposa e mãe, entendendo-se assim, subordinadas aos homens não só economicamente como também no âmbito jurídico. Os sistemas jurídicos não garantiam igualdade entre os gêneros e, por isso, homem e mulher, também nesta seara, estavam em pé de desigualdade. Pode-se destacar o artigo 233 do Código Civil de 1916, que deixavam somente a cargo do homem a representação familiar e, por isso, a autorização ou não da profissão/trabalho da mulher.

A primeira lei que protegeu o trabalho feminino somente foi editada em 19 de agosto de 1842, que proibiu as mulheres de trabalharem em subterrâneos, era a Lei de Minas na Inglaterra. Depois desta, na França em 1848, proibiu-se o trabalho noturno das

mulheres. Em 1890, na Alemanha, recomendações sobre o trabalho da mulher em fabricas.

Somente com as novas ordens sociais, com as mudanças de comportamento e com a modernidade, rompendo-se, assim, as antigas instituições moralizadoras e costumes é que, nas primeiras décadas do século XX, as mulheres passam a ser valorizadas.

No Brasil, as primeiras Constituições (1824 e 1891), baseadas em um ideal liberal e, portanto nas revoluções burguesas, como era de se esperar, relegavam a mulher ao segundo plano. Apenas com a Constituição de 1934 há uma significativa ampliação dos direitos sociais destinados às mulheres, pois trazia as seguintes previsões:

Proibia a discriminação do trabalho da mulher quanto a salários (art.121, § 1º, *a*). Vedava o trabalho em locais insalubres (art. 121, =1º, I, *d*). Garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurando instituição de previdência a favor da maternidade (art. 121, § 1º, I, *h*). Previa os serviços de amparo à maternidade (art. 121, §3º). (MARTINS, 2008, p.575)

Com o Estatuto da Mulher Casada, editado em 1962, a mulher perdeu a sua incapacidade e pôde passar a escolher a sua própria profissão. Em 1967, a Carta Magna proibiu estabelecer critérios de seleção em razão de sexo, permitindo a sua livre entrada no mercado (MARTINS, 2008).

Por fim, em 1988, a igualdade substancial da mulher entrou em destaque, possibilitando a sua plena liberdade. É a partir do novo ordenamento jurídico que a mulher deixa a sua subordinação ao homem e passar a gerir os seus próprios bens e a colaborar com a responsabilidade da família, passando a existir, assim, uma igualdade entre os cônjuges, normas estas estabelecidas tanto na Constituição de 1988 como no Código Civil de 2002.

Os diplomas supracitados refletem, exatamente, a quebra de paradigma que surgiu dentre outros motivos com a consolidação do capitalismo e desenvolvimento tecnológico que possibilitaram a organização da força laboral feminina e a sua efetiva participação na economia.

Entrementes, apesar de toda evolução e desenvolvimento, as mulheres continuam a serem discriminadas, já que os homens permanecem nos postos mais altos e ganhando os maiores salários. Contudo, a sociedade continua evoluindo e mulheres como Coco Chanel, Lady Diana, Indira Gandhi, Joana D'Arc, Nísia Floresta Brasileira Augusta, Rita Lobato Velho Lopes, Isabel de Souza Matos e Josefina Álvares de

Azevedo e outras que ainda virão, para citar alguns exemplos, deixam a sua marca rumo a uma sociedade mais igualitária.

2.1 NORMAS DE PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E À MATERNIDADE

A Constituição de 1988 traz para o Brasil uma nova concepção de igualdade entre homens e mulheres. Com uma mudança que vem sendo promovida, como alhures destacado, há décadas, esta mais nova carta política carrega consigo uma alteração de paradigma através da adoção de valores culturais mais aprimorados e evoluídos. O homem deixa de chefiar a família e a mulher passa a participar ativamente na construção social.

O direito que antes era concebido como protetor, passa a ser compreendido como promocional, além disso, a proteção significava discriminação, na medida em que impedia o desenvolvimento da mulher em suas atividades da melhor forma possível, como, por exemplo, quando eram impedidas de fazer horas extras no período da noite, sob o argumento de que deveriam exercer melhor a maternidade ou, de forma oculta, não desvalorizar o trabalho do homem, já que salários inferiores eram pagos a elas. Assim justificativas biológicas, históricas e econômicas eram utilizadas para proteger as mulheres, contudo as discriminavam, vez que eram colocadas em posição de desigualdade com os homens (NASCIMENTO, 1996).

No entanto, com a promulgação da mais recente constituição brasileira, o direito do trabalho, inspirado nas normas constitucionais de vedação a discriminação por sexo (art. 3º, IV e art. 5º, I, ambos da CF) e da abolição a sociedade conjugal que passou a ser exercido de forma igualitária entre o homem e a mulher (art. 226, §5º, CF), revelou-se promocional dos direito femininos.

Deste modo, o direito do trabalho como em seu novo viés, deve buscar a efetivação de políticas publicas que promovam a conciliação entre o trabalho e a família. Assim, as normas que versam sobre a maternidade devem levar em consideração tanto a saúde da mãe, quanto a saúde da criança. A maternidade tem uma função social relevante, que é a renovação das gerações e por isso a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) tutela, em seus artigos 391 a 401, direitos que protegerem a mulher em seu estado gravídico (NASCIMENTO, 1996).

A Constituição Federal, no artigo 7º, XVIII, prevê a licença maternidade de cento e vinte dias. Esta medida tem como fundamento a proteção da saúde da mãe e do

filho e a CLT, em seu artigo 392, §1º ainda complementa dizendo que poderá a gestante pedir afastamento, desde que comprovado por médico, a partir do 28º dia antes do parto e ocorrência deste. Além do mais, o Ato de Disposições Transitórias (ADCT) no artigo 10, II, “b”, prevê a estabilidade da mulher desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A CLT assegura, também, a licença maternidade às mães adotivas, que, a depender da idade com que a criança foi recebida na nova família, o período de licença pode se estender até em 120 dias (art. 392-A). A mãe deverá também receber remuneração integral, a cargo da previdência social (Lei 8213\91, art. 71), direito que também se estende às mães adotivas conforme a lei 10710\2003.

Ademais, em outubro de 2008, foi publicada lei que instituiu o Programa da Empresa Cidadã que faculta a prorrogação em sessenta dias do período da licença maternidade. Esse alargamento da licença que antes era somente aplicável às empresas privadas, hoje pode ser adotado pelos entes da federação caso seja regulamentada através de lei. Com ressaltava de que a gravidez múltipla não acarreta na multiplicação nem do salário, nem do período da licença.

Cumprir observar que o aborto não criminoso, constatado por um médico, também gera o direito ao afastamento em um período de duas semanas, tudo a cargo da Previdência Social (art. 392, §2º, CLT).

O segundo direito que abordaremos é o do instituto jurídico do aleitamento materno, que é assegurado após o retorno da mulher às suas atividades laborais. Criado com a finalidade de proporcionar a criança um melhor desenvolvimento, já que inúmeros estudos e pesquisas demonstram a importância da amamentação.

O artigo 396 da CLT prevê que a mãe terá dois períodos de descanso, cada um com trinta minutos, durante a jornada de trabalho, para amamentar a criança até que ela complete seis meses de vida, período este que poderá ser ampliado por autoridade competente a depender das necessidades do bebê. Pode-se destacar, ainda, que o art. 389, §1º obriga as empresas com mais de trinta empregadas em idade superior a dezesseis anos, a manter em suas instalações dependências que possibilitem o aleitamento.

Esta pausa concedida às empregadas possui a natureza de descanso especial e, por isso, é contado como tempo de serviço, a sua não concessão, além de implicar em sanções administrativas pode levar ao pagamento de horas extras.

Outra proteção à mulher durante a gravidez é a possibilidade de mudança de função caso a anterior afete o desenvolvimento do feto, tendo o empregador a obrigação de modificar as suas atividades (art. 392, §4º, inc. I, CLT).

Tem-se, por fim, mas não menos importante, a tutela da proteção do emprego e da não discriminação, que é de fundamental importância para a preservação da maternidade, e consiste no direito a não perda do emprego, em decorrência do estado de gravidez, assegurando, após o retorno às atividades, permanência nas mesmas funções ou uma que lhe seja equivalente.

Contudo, no caso de demissão durante a gravidez, ou durante a licença-maternidade, ou ainda, após um determinado período do retorno ao trabalho, o empregador deve deixar claro que as razões não são em consequência do estado em que a mulher se encontra, o que evidencia a estabilidade que o sistema jurídico quer imputar a mulher que carrega em seu ventre um novo ser.

A Consolidação das Leis do Trabalho revela:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir;

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher.

Assim, as normas de proteção destinadas à mulher grávida consubstanciam com a erradicação da sua discriminação, possibilitando a igualdade e a efetividade de direitos fundamentais.

O artigo 377 da CLT concede a estas normas caráter de ordem pública o que impossibilita a redução de salários e a demissão em função do seu estado, aliado a este temos o art. 391 estabelecendo que não se configura como justa causa o estado gravídico da mulher. Logo estas e outras normas garantem a estabilidade durante o período gestacional.

3 O INSTITUTO JURÍDICO DA ESTABILIDADE

O estudo da Lei 12. 812/2013, cujo objetivo precípuo é assegurar direito trabalhista às gestantes, pressupõe, invariavelmente, a necessidade de um breve estudo de importante instituto do ordenamento jurídico brasileiro, a estabilidade.

Desse modo, faz-se necessário analisar a construção histórica deste instituto, assim como o seu conceito e fundamento a fim de analisar a extensão dos benefícios advindos da nova lei para a empregada gestante em aviso prévio.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A estabilidade foi pela primeira vez prevista em 1923, através do Decreto nº 4.682 e decorreu de grande esforço do então deputado federal, Eloy Chaves, de ver assegurado tal direito aos ferroviários. Com este decreto, tais empregados adquiriam a estabilidade após 10 anos de serviços efetivos, só podendo ser demitidos em caso de falta grave constatada em inquérito administrativo. É em decorrência dessa luta política que o referido decreto ficou conhecido como Lei Eloy Chaves (MARTINS, 2008).

Martins (2008) afirma que, após a inauguração desse instituto pela Lei Eloy Chaves, as leis que foram sendo criadas passaram a assegurar a estabilidade para diversas categorias profissionais. Martins (2008) apresenta, por exemplo, a Lei nº 5.109/26, o Decreto nº 17.940, o Decreto nº 17.940/27 e o Decreto nº 20.465/30 que asseguram a estabilidade as empresas de navegação marítima ou fluvial, aos portuários e aos empregados em empresas de transporte urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, água e esgoto.

Na época da institucionalização do Direito do Trabalho, década de 1930, o “sistema estabilitário ampliou-se e sofisticou-se”, deixando de ligar-se à previdência para integrar diploma legal referente ao contrato de trabalho. (GODINHO, 2009, p.1137). Passou-se a ter uma generalização da estabilidade no cenário urbano que, posteriormente, alcançou, também, os trabalhadores rurais.

Há que se perceber, contudo, que, nos dizeres de Godinho (2009), com o advento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a figura da estabilidade se enfraqueceu. O Ilustre Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) afirma que restaram apenas três importantes exemplos no Brasil: a dos antigos contratos regidos pela CLT, a dos contratos de servidor público celetista com cinco anos no emprego ao tempo da Constituição e a estabilidade do servidor público celetista concursado.

Godinho (2009) apresenta, ainda, uma categoria de estabilidade denominada “estabilidade provisória”, que se configura em uma modalidade de garantia de empregos, a qual consiste em:

[...] vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias [...] (GODINHO, 2009, p. 1150).

Entre as estabilidades provisórias previstas pelo texto constitucional, tem-se a imunidade sindical, de dirigente da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), e da mulher gestante. Há que se perceber, ainda, a existência de estabilidades provisórias de origem legal (GODINHO, 2009). Posteriormente, iremos nos ater à estabilidade provisória, prevista na Constituição Federal, da mulher gestante.

3.2 CONCEITO E FUNDAMENTO

Todo instituto jurídico deve ser pensado tendo como base um conceito próximo de sua definição e que, em si, apresente a finalidade a que se propõe. Há que se perceber, contudo, que a construção de uma definição nem sempre é pacífica. Desse modo, é possível perceber, no âmbito jurídico, diferenças conceituais que, em muitos casos, caracterizam o próprio instituto.

No que tange à estabilidade, percebe-se a existência de entendimentos próximos entre os doutrinadores.

Nos dizeres de Martins (2008, p. 391), “a estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida”. Para ele, a estabilidade representaria o direito garantido ao empregado de não ser despedido, salvo se, em contrário, houver determinação legal.

No mesmo sentido, Godinho (2009, p. 1144) entende que a estabilidade consiste em “vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador”.

O fundamento do instituto, por sua vez, como apresentam ambos os doutrinadores, sustenta-se na valorização da permanência do vínculo empregatício. Há que se perceber que, em verdade, não representa um óbice ao direito de dispensa do empregador, mas à dispensa do empregado sem justa causa. Ademais, salienta-se que tal instituto permite que o empregado integre, efetivamente, a empresa e trabalhe em seu desenvolvimento. A estabilidade permite, desta forma, a efetivação da função social da empresa pela criação e manutenção de empregos (MARTINS, 2008).

3.3. A ESTABILIDADE GESTACIONAL

A estabilidade da mulher grávida é uma das estabilidades provisórias de origem constitucional e está assegurada na alínea b, inciso II, do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Em tal dispositivo encontra-se consubstanciado o imperativo de que, até a promulgação de lei complementar, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Quanto ao aspecto da confirmação, destaca Martins (2008) a existência de duas teorias, a da responsabilidade objetiva e a da responsabilidade subjetiva. Pela teoria da responsabilidade objetiva, o importante seria a confirmação da gravidez para a empregada, e não para o empregador. Pela teoria subjetiva, por sua vez, entende-se que a gravidez deve ser comprovada perante o empregador.

Sérgio Pinto Martins (2008, p.408), ao falar da estabilidade da mulher grávida, aborda a questão da situação de aviso prévio e antecipa entendimento atual ao afirmar que “provando a empregada gestante que, durante o aviso prévio, está grávida, mesmo recebendo aviso prévio indenizado, fará jus à garantia de emprego, em razão de que o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso prévio indenizado”. Como se percebe, já havia entendimento que consubstanciava o posicionamento da nova lei e sobre isso abordaremos na próxima seção do trabalho.

4 A ESTABILIDADE GESTACIONAL DURANTE O AVISO PRÉVIO.

No dia 17/05/2013 foi publicada a Lei 12.812 que prevê um novo direito a mulher inserida no mercado de trabalho, a estabilidade provisória quando a gestação for confirmada durante o aviso prévio.

Assim, com esta lei a empregada que comprovar que engravidou no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o aviso prévio dado pelo empregador sem justa causa, seja trabalhado ou indenizado, terá garantida a estabilidade provisória até cinco (5) meses após o parto.

Embora muito tenha se dito sobre essa nova lei, adjetivando-a muitas vezes como inovadora e revolucionária, é certo que ela só veio a ratificar o que já vinha sendo adotado pela jurisprudência pátria. Para que melhor se compreenda a razão da edição desta lei, torna-se necessário compreender as mudanças de paradigmas que se sucederam ao longo do tempo, no que tange a estabilidade gestacional.

4.1 A ESTABILIDADE GESTACIONAL NO CONTRATO FIRMADO POR TEMPO DETERMINADO E DURANTE O AVISO PRÉVIO: UMA MUDANÇA DE PARADIGMA

A estabilidade gestacional não é novidade no nosso ordenamento jurídico, sendo prevista no art. 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal/88. Como já foi dito, tal dispositivo veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco (5) meses após o parto.

Cumprе frisar, todavia, que o supramencionado ADCT existe no nosso ordenamento jurídico em decorrência da ausência de norma que discipline relações de emprego protegidas contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa, como estabelece o art.7º, I, da CF/88.

Conquanto tal dispositivo legal não traga nenhuma restrição quanto a se entender por esta estabilidade provisória no curso do aviso prévio ou em um contrato por prazo determinado, os tribunais passaram a adotar o posicionamento pela impossibilidade. Diante das inúmeras decisões, corroborando tal entendimento, foi editada a Súmula 244, do TST, que previa no seu inciso III:

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)

Os argumentos lançados por aqueles que compreendiam não ser possível assegurar a estabilidade das gestantes durante o aviso prévio e em contrato firmado por prazo determinado era o de que essas empregadas possuíam conhecimento de que o contrato acordado iria se findar, tão logo fosse adimplido o termo.

Ademais, no que diz respeito à gestação confirmada no curso do aviso prévio, existiam os que suscitavam não ser possível admitir esta estabilidade por analogia à primeira parte da Súmula 371, do TST, que assim fixava:

Súmula nº 371 do TST AVISO PRÉVIO INDENIZADO. FEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTES (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 40 e 135 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 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. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio, todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário. (ex-OJs nºs 40 e 135 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 28.11.1995 e 27.11.1998). (grifo nosso).

Desta forma, o entendimento dos tribunais era de que a projeção do aviso prévio indenizado tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas nesse período, não alcançando a estabilidade provisória decorrente de gravidez ocorrida durante o seu curso, tendo em vista que houve a ruptura contratual.

Assim, sob o argumento de que se estava diante de um contrato com duração pré-fixada, somada com a antiga redação da Súmula 244, inciso III ou por analogia a Súmula 371, ambas do TST, eram proferidas sentenças contrárias à estabilidade provisória nessas situações, como se verifica:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE - AQUISIÇÃO - AVISO PRÉVIO INDENIZADO - IMPOSSIBILIDADE. A jurisprudência desta Corte Superior encontra-se cristalizada no sentido de que não faz jus à estabilidade da gestante, a empregada que fica grávida durante o lapso de tempo do aviso prévio indenizado. Neste sentido a primeira parte da Súmula 371/TST, que dispõe: - 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. - Recurso de revista conhecido e provido. (532009520065120051 53200-95.2006.5.12.0051, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 05/03/2008, 6ª Turma., Data de Publicação: DJ 28/03/2008.)

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Nos termos do item III da Súmula n.º 344/TST, não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. Recurso de Revista conhecido e provido. (1273002720055040003 127300-27.2005.5.04.0003, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 19/11/2008, 4ª Turma., Data de Publicação: DJ 28/11/2008.)

Ocorre, todavia, que o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho foi, com o passar dos anos, mudando o seu posicionamento e aderindo ao novo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) segundo o qual o direito da gestante à estabilidade independe do regime jurídico (administrativo, contratual, a prazo certo ou a prazo indeterminado), como se vislumbra:

SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (ADCT/88, ART. 10, II, 'b') – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação

objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, 'b'), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. – Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- -administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes (RE nº 634.093/DF-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 7/12/11).

Destarte, diante da referida concepção, o TST passou a julgar de modo contrário ao que estabelecido na redação da sua Súmula 244, compreendendo que o art.10, I, “b”, do ADCT não estabelece distinções entre contratos por prazo determinado e indeterminado. Com isso, firmou-se novo entendimento de que a estabilidade provisória conferida as gestantes não têm sua eficácia limitada aos contratos por prazo indeterminado:

"RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, 'b', do ADCT/88. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-1601-

11.2010.5.09.0068, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, in DJ 9.3.2012).

Desta forma, fez-se necessária a alteração da redação da Súmula 244, inciso III, a fim de coaduná-la com o novo entendimento consolidado, como se observa:

SUM-244 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.

Tendo em vista as decisões trazidas a baila, constata-se que, um dos novos argumentos lançados pelo respeitável Tribunal é o de que a estabilidade provisória concedida visa assegurar a proteção e o pleno desenvolvimento do nascituro. É desta forma que, até a edição da lei em comento, foi defendida que a estabilidade gestacional deve ser assegurada a empregada que tomar conhecimento do seu estado gravídico no curso do aviso prévio.

Por aqueles que defendiam a estabilidade gestacional no curso do aviso prévio era sustentado que este período não correspondia ao fim da relação empregatícia e, desta forma, o contrato de trabalho continuava a emanar seus efeitos legais. Corroborando o que foi dito se trazia a baila a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1 do TST, que estabelece que a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado, se interpretado, portanto, que integra o contrato de trabalho. Nesse sentido, temos decisões do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. 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 ocorrido por justo motivo. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o aviso-prévio trabalhado ou indenizado. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante, mas, sobretudo, à tutela do nascituro. Ademais, consoante preconiza a Orientação Jurisprudencial 82 da SBDI-1 do TST, não há dúvida de que o período relativo ao aviso-prévio integra o contrato de trabalho. A diretriz da Súmula 371 do TST não constitui fundamento pertinente para obstar essa garantia. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

(RR - 205800-71.2009.5.02.0311, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, 6ª Turma, DEJT de 23.11.2012).

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DIREITO À ESTABILIDADE. ART. 10, II, -B-, DO ADCT .10IIA empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do ADCT). O dispositivo constitucional tem por finalidade tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto relativamente aos direitos do nascituro. Portanto, a rescisão do contrato de trabalho da obreira gestante, durante o período de gestação, ainda que desconhecida a gravidez pelo empregador ou até mesmo pela empregada, quando do ato da dispensa, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade não usufruída, conforme entendimento das Súmulas 244, I e 396, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido. (4907720105020038 490-77.2010.5.02.0038, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013)

Diante do que foi elucidado, demonstrou-se que a publicação da Lei 12.812/2013 veio para ratificar o entendimento que já vinha sendo adotado pelo TST. Constatou-se que, desde a reedição do inciso III da Súmula 244, o TST já demonstrava assegurar a estabilidade provisória à mulher que confirmasse o estado gravídico no curso do aviso prévio, com o propósito de proteger a formação da criança.

4.2 A RELEVÂNCIA DA LEI 12.812/2013: PROTEÇÃO A GESTAÇÃO E AO NASCITURO

Como restou evidenciando em tópico anterior, o entendimento trazido na Lei 12.813/2013 decorreu de uma construção de pensamento jurisprudencial e possui como escopo a proteção da maternidade e do nascituro. A lei em análise corresponde a um grande avanço legislativo para as mulheres não só por garantir o seu emprego, mas por proteger as condições básicas de sustento ao nascituro.

A lei foi sensível e justa ao prever tal estabilidade a estas mulheres, tendo em vista que os cinco (5) meses de estabilidade após o parto irá garantir as condições básicas de sustento desta criança. Como se sabe, o nascimento de uma criança, invariavelmente, atinge física e psicologicamente uma mulher. Ademais, nos primeiros meses de vida, a criança é completamente dependente dos cuidados específicos de sua

mãe. Desta forma, não se pode imaginar que a mulher que acabou de conceber uma criança terá a capacidade e o tempo de buscar um novo emprego.

Nesse sentido, temos o entendimento de Sérgio Pinto Martins (2008, p.406):

A gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente ou como incapaz. Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo. A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.

Outrossim, a mencionada lei vem para salvaguardar o que já se encontra previsto no art. 6º, *caput*, da CF/88, que enumera como direitos sociais, entre outros, a proteção à maternidade e à infância.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o condão de lançar um primeiro olhar sobre um novo tema no âmbito do Direito do Trabalho: a estabilidade da mulher grávida em aviso prévio. Como foi proposto, este artigo não teve o objetivo de findar a discussão sobre o tema, mas iniciar debates que, inegavelmente, irão surgir a partir da Lei 12.812/2013.

Como se foi possível constatar, a inserção da mulher no mercado de trabalho foi marcada pela luta por subsistência, a princípio, e reconhecimento, posteriormente. Desse modo, não há como se tornar alheio ao fato de que, sendo o Direito do Trabalho um dos ramos do Direito que mais se atém à necessidade de se proteger as relações jurídicas que envolvem hipossuficientes, não haveria como se pensar a falta de atenção à situação da mulher. Sendo assim, tal lei volta-se, eminentemente, para o resguardo do trabalhador, mas, sobretudo, da mulher grávida em situação de aviso prévio.

A análise do instituto da estabilidade permitiu que percebêssemos a conquista que ele representou para o trabalhador e a sua relevância para a manutenção de uma ordem jurídica justa. Ademais, restou comprovada que a mulher gestante há muito é constitucionalmente protegida pela estabilidade provisória. No entanto, a mulher gestante em cumprimento de aviso prévio representava tema controverso. Apesar de negativas de estabilidade nesta situação, foi possível encontrar entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de assegurar a tutela do interesse da mulher e, em especial, do nascituro.

Percebeu-se, desse modo, que apesar de ser apontada por alguns, sobretudo pelo senso comum, como novo óbice à inserção da mulher no mercado de trabalho e tratamento equiparado ao dos homens, a lei 12.812/2013 consubstancia os princípios basilares do Direito do Trabalho. Destarte, reforçando o que já foi dito, a estabilidade provisória conferida a gestante que se encontra no curso do aviso prévio possui como propósito a proteção constitucional da vida e do sustento da criança, tendo em vista seu estado de sujeito de direito em desenvolvimento e que, portanto, não pode promover o seu próprio sustento.

Cumprido frisar, que a edição da Lei 12.813/2013 representa mais uma conquista na luta pela equidade entre gêneros no mercado de trabalho. O que prevê a lei ora em análise não tem como função estabelecer vantagens às mulheres inseridas no mercado de trabalho em detrimento dos homens. O que ocorre, na realidade, é que se estabelece uma segurança a quem é obrigada a se ver afastada do mercado de trabalho em decorrência de uma condição biológica que lhe é única, poder gerar uma criança.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luis César G. de. As mulheres no controle do mundo – elas têm influência em todas as esferas, da política à comunicação. Forbes Brasil, São Paulo, set. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei nº 11.770, 9 de setembro de 2008. Cria o programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar licença maternidade mediante inserção de incentivo fiscal, e altera a lei nº 8212 de 24 de julho de 1991. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das leis do trabalho. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, J. Antero de. Direitos Trabalhistas da Mulher. 27 ed. São Paulo: LTr, 1991.

DELGADO, Maurício Godinho Delgado. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 24 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa. O trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional. São Paulo: LTr, 1996.

ROCHA, Silvia Regina. O Trabalho da Mulher à Luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SOUZA, Sergio Alberto. Gestante e Direito. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1996.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE Nº 634.093/DF-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 7/12/11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1609454>> Acessado em: 29 maio.2013

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Recurso de Revista Nº 53200-95.2006.5.12.0051, 6ª Turma, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 05/03/2008, Data de Publicação: DJ 28/03/2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2053200-95.2006.5.12.0051&base=acordao&numProcInt=66889&anoProcInt=2007&dataPublicacao=28/03/2008%2000:00:00&query=>>. Acesso em: 27 maio. 2013

_____. Recurso de Revista. Nº 127300-27.2005.5.04.0003, 4ª Turma, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 19/11/2008, Data de Publicação: DJ 28/11/2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20127300-27.2005.5.04.0003&base=acordao&numProcInt=291942&anoProcInt=2008&dataPublicacao=28/11/2008%2007:00:00&query=>>. Acesso em: 27 maio. 2013.

_____. Recurso de Revista. Nº 1601-11.2010.5.09.0068, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, in DJ 9.3.2012. Disponível em: <www.tst.jus.br/home> Acessado em: 29 maio. 2013

_____. 2ª Semana do TST – Alterações, cancelamentos e novas Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/2b196ee1-5d44-43ea-b197-51ba0e30da21>> Acesso em: 29 maio. 2013.

_____. Recurso de Revista. Nº 205800-71.2009.5.02.0311, 6ª Turma, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 23.11.2012. Disponível em: <www.tst.jus.br/home> Acessado em: 29 maio. 2013

_____. Recurso de Revista Nº 490-77.2010.5.02.0038, 3ª Turma, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, Data de Publicação: DEJT 15/02/2013. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=184845&anoInt=2012>> Acessado em: 29 maio.2013