

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A ESTABILIDADE TRABALHISTA DA EMPREGADA GESTANTE
INDEPENDENTEMENTE DO NASCIMENTO COM VIDA DA CRIANÇA

RUBENS FERRAZ DE ARAUJO

Rio de Janeiro

2017/1

RUBENS FERRAZ DE ARAUJO

**A ESTABILIDADE TRABALHISTA DA EMPREGADA GESTANTE
INDEPENDENTEMENTE DO NASCIMENTO COM VIDA DA CRIANÇA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Fábio de Medina da Silva Gomes**

Rio de Janeiro

2017/1

AA658e Araújo, Rubens Ferraz de
A estabilidade trabalhista da empregada gestante independente do nascimento com vida da criança / Rubens Ferraz de Araújo. -- Rio de Janeiro, 2017. 56 f.

Orientador: Fabio de Medina da Silva Gomes.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direito do Trabalho. 2. Estabilidade provisória empregada gestante. 3. Justa causa. I. Gomes, Fabio de Medina da Silva, orient. II. Título.

RUBENS FERRAZ DE ARAUJO

**A ESTABILIDADE TRABALHISTA DA EMPREGADA GESTANTE INDEPENDEN-
TEMENTE DO NASCIMENTO COM VIDA DA CRIANÇA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da
graduação em Direito da Universidade Federal do Rio
de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau
de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor**
Ms. Fábio de Medina da Silva Gomes

Data de aprovação: ___/___/_____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017/1

Dedico este trabalho, em especial, a minha noiva Pricilla Prazeres, com carinho, pelo apoio incondicional que teve na minha vida acadêmica, profissional e pessoal.

RESUMO

A estabilidade provisória no emprego para a empregada gestante encontra-se prevista no art.10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A referida estabilidade concede à mesma um período que vai desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Todavia, a previsão em tela apresenta-se em aberto, uma vez que o texto constitucional é omissivo quanto à possibilidade dessa estabilidade provisória continuar mesmo na hipótese da mulher empregada ter seu filho nascido sem vida ou se o mesmo morre após o parto, causando insegurança jurídica e social, acarretando muitas vezes decisões divergentes. É justamente esse ponto que o presente trabalho explora, trazendo essa problemática à tona por meio da pesquisa bibliográfica, com o intuito de apresentar argumentos, leis e posicionamentos jurisprudenciais como também doutrinários favoráveis à manutenção dessa estabilidade provisória normalmente. Logo, essa é a questão crucial que se busca explorar com o presente trabalho monográfico.

Palavras-chave: Estabilidade Provisória. Empregada. Mulher Gestante. Justa Causa.

RESUMEN

Se proporciona la estabilidad en el empleo provisional para empleada embarazada en el artículo 10, fracción II, letra b, de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias. Dicha estabilidad le da lo mismo un período que va desde la confirmación del embarazo hasta cinco meses después del parto. Sin embargo, la pantalla presenta en previsión abierta, ya que la Constitución no dice nada sobre la posibilidad de que esta estabilidad provisional continuará incluso en el caso de las mujeres empleadas han nacido muerto su hijo o si muere después del nacimiento, provocando la inseguridad legal y social, lo que lleva a menudo las decisiones divergentes. Es precisamente en este punto que este trabajo explora llevar este problema a la luz a través de la literatura, con el fin de exponer sus observaciones, las leyes y las posiciones jurisprudenciales así como doctrinal favorable al mantenimiento de la estabilidad temporal normalmente. Así que esta es la pregunta crucial que busca explorar con este trabajo monográfico.

Palabras clave: La Estabilidad Provisional. Empleada. Mujer Embarazada. Causa Justa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1. DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: UMA PRÁTICA SOCIAL.....	9
1.1 História do trabalho da mulher.....	10
1.2 História do trabalho da mulher no Brasil.....	13
1.3 A proteção do trabalho da mulher na Constituição de 1988.....	14
1.4 Da proteção do trabalho da mulher prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.....	16
1.5 Os fundamentos da tutela especial referente às mulheres.....	19
1.6 Contexto histórico das estabilidades no Brasil.....	20
2. DENOMINAÇÃO, CONCEITO E FUNDAMENTOS DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO.....	23
2.1 Denominação.....	23
2.2 Conceito.....	24
2.3 Fundamentos.....	26
2.4 Proteção da mulher no âmbito internacional.....	27
2.4.1 Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.....	28
3. DAS VANTAGENS DA ESTABILIDADE.....	29
3.1 A estabilidade da gestante.....	29
3.2 Da dispensa por justa causa.....	30
3.3 A estabilidade em caso de aborto.....	31
3.3.1 Das responsabilidades subjetivas e objetivas.....	32
3.3.2 Súmula 244 do TST.....	34
3.3.3 Estabilidade provisória da gestante no curso do aviso prévio.....	38
3.3.4 Estabilidade da gestante na hipótese de morte do filho após o parto.....	40
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema a estabilidade provisória no emprego da gestante empregada, e como problemática a aplicabilidade desse instituto de proteção no caso de nascimento sem vida da criança ou também na hipótese de morte da mesma após o parto. O silente posicionamento legislativo dessa questão causa insegurança, suscitando diferentes decisões jurisprudenciais.

O método de abordagem utilizado será a pesquisa bibliográfica, incluindo estudos jurisprudenciais e doutrinários que sejam capazes de esclarecer algumas das dificuldades e óbices existentes, bem como, dentro do possível, apresentar soluções para a problemática em tela.

Decidiu-se por estruturar este estudo em três capítulos. O primeiro deles tratou sobre o conceito, denominação e sobre os fundamentos da estabilidade, cuidando ainda de seis princípios do Direito do Trabalho que mais se relacionam com o instituto da estabilidade. Estudaram-se princípio da proteção, do “in dubio pro réu”, da continuidade da relação de emprego, inalterabilidade contratual lesiva, da irrenunciabilidade de direitos e por fim da intangibilidade salarial, apresentando inclusive jurisprudências que relacionam os princípios supracitados com a empregada em estado gestacional.

No segundo capítulo é desenvolvida uma análise acerca dos direitos fundamentais, dentre eles os direitos de segunda geração, e mais especificamente ainda, os direitos sociais. Essa problemática inclui a proteção ao trabalho e à maternidade, sempre, portanto se remetendo a estabilidade provisória no emprego, que se revela um instituto de proteção a mulher em seu trabalho.

Por fim, no terceiro e último capítulo, discorreu-se inicialmente de forma genérica sobre o histórico do trabalho da mulher no Brasil e no mundo, apontando sua trajetória, como também as primeiras normas e leis que tiveram por objetivo tutelar as mulheres frente ao ambiente de trabalho. Em seguida, foi analisada o que nossa Constituição de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho reservaram de mais importante no que tange o amparo da mulher frente ao emprego e ao trabalho.

Além disso, demonstrou-se também as vantagens que a estabilidade mesmo que provisórias no emprego podem trazer ao empregado, como também novas súmulas e leis que tem a

princípio a proteção ainda maior da mulher frente as dificuldades que a mesma passa quando em estado gestacional. Em seguida, foram apresentadas as principais transformações físicas e biológicas que a gravidez por si já traz a mulher, deixando-a muito vulnerável e muitas vezes fragilizada fisicamente como também psicologicamente, por fim, foram também apresentadas as consequências e malefícios provenientes do luto, que se intensifica ainda mais quando quem falece é um filho, uma criança muito esperada. Essa explanação fornece substrato ao direito da estabilidade para a empregada gestante que perde seu filho durante ou após o parto.

1. DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO: UMA PRÁTICA SOCIAL

Embora a discussão a cerca da divisão sexual do trabalho tenha ganhado maior contorno apenas no século XX com o movimento feminista, esta é uma divisão que se encontra no cerne da grande maioria das sociedades do mundo e que atravessa o tempo desde uma antiguidade remota.

De acordo com Kergoat (2009), a divisão sexual do trabalho decorre das relações sociais de sexo e estrutura a sociedade de forma que os homens são destinados prioritariamente à esfera produtiva, enquanto as mulheres se destinam à esfera reprodutiva. Ainda de acordo com a autora, há dois princípios envolvidos nesta forma de dividir o trabalho. O primeiro seria o *princípio de separação*, pois cada sexo é destinado a suas tarefas específicas, o segundo seria o *princípio da hierarquização*, uma vez que há predominância hierárquica de quem realiza o trabalho produtivo sobre os que realizam o trabalho reprodutivo.

Em oposição aos teóricos que afirmam que a divisão sexual encontra sua legitimação na ideologia naturalista, admitindo a existência de atividades típicas de cada sexo, Kergoat (2009) defende, que na verdade, trata-se de uma construção social, uma vez que os aspectos destas atividades variam fortemente de acordo com o tempo e a sociedade que está em tela, excluindo, portanto, a ideia determinista das condutas típicas de cada sexo.

Ainda que assumamos que a divisão sexual do trabalho é uma prática social, somos ensinados desde crianças o contrário, crescemos com a ideia de que cada sexo tem aptidões próprias e acabamos nos encaminhando para atividades pre-direcionadas. Neste sentido, podemos citar o estudo de Stancki (2003), que revela o quanto a própria escola contribui para esta perpetuação da separação do trabalho entre homens e mulheres sob o falso véu da existência de atividades típicas de cada gênero. De acordo com a autora que analisou a distribuição sexual dentro de uma escola técnica, há áreas que são consideradas masculinas, em que a maioria dos estudantes são homens, áreas consideradas femininas, em que a maioria das estudantes são mulheres, esta separação se dá pela dicotomização entre atividades que aparentemente requerem a suposta maior sensibilidade feminina em oposição à força que é supostamente masculina. Além disso, as mulheres têm maior tendência a escolher cursos que adaptem-se à dupla jornada, pois ainda que estejam inseridas no mercado de trabalho, realizando atividades produtivas, a grande maioria não pode abandonar as atividades reprodutivas, como a criação de filhos e cuidados com o lar.

Ainda assim, dentro desse princípio de separação, há áreas que parecem ser mistas, em que o número de mulheres é praticamente igual ao de homens, no entanto, mesmo dentro destes cursos há atividades que são consideradas femininas e atividades que são consideradas masculinas. Isto nos mostra como a divisão sexual do trabalho é uma prática social que permeia nossas vidas desde a infância, tendo a escola como diretor central de nossas vidas, estabelecendo as atividades que podemos ou não praticar por conta de nosso gênero. A escola contribui para perpetuar a hierarquização e a assimetria nas relações entre homens e mulheres, fazendo uso de um discurso naturalista e determinista.

Sendo assim, pensar a divisão sexual do trabalho se torna uma questão de fundamental importância, pois além da querela epistemológica que envolve o debate na busca de entender os arranjos sociais que estabelecem a diferenciação entre o trabalho de cada sexo, hierarquizando-os e promovendo desigualdades, há também uma dimensão política dentro do debate. Esta dimensão política nos faz analisar como as relações sociais foram organizadas dentro das instituições e legislações e como resolver novas tensões que surgem com o passar do tempo.

1.1 História do trabalho da mulher

No que tange a organização das relações sociais nos diplomas legais, podemos dizer que no Brasil, a CLT historicamente, sempre esteve no cerne de uma dicotomia. Por um lado as elites brasileiras puderam tolerar as normas impostas, pois estas nasceram sem a pretensão de serem aplicadas faticamente, por outro lado os trabalhadores a viam com desconfiança, uma vez que não podiam crer tanto nos criadores quanto nos aplicadores da lei. A CLT é fruto da burocracia que produz leis de forma a afogar o sistema, mas que, no entanto, não comunga com a fome de justiça das classes operárias, pode-se afirmar que a CLT nasce como um verdadeiro instrumento populista de contenção das massas. Neste sentido, French (2001, p.10) aponta:

“A ambiguidade subjacente à ambiciosa lei trabalhista do Brasil, argumentamos, só pode ser entendida em termos da cultura política e legal das elites brasileiras, formadas pela herança ideológica de um paternalismo autoritário. A CLT, desde o início, era tão imaginária quanto real tanto para os burocratas governamentais que a redigiram como para os trabalhadores que procuravam usar a lei para fazer avançar os seus interesses. Para os primeiros, as visionárias e mesmo utópicas promessas das leis poderiam ser toleradas precisamente porque elas nunca pretenderam ser “reais “. Já os trabalhadores brasileiros desenvolveram uma complicada e fundamentalmente conflituosa relação com a CLT, pois eles não podiam se permitir ter ilusões tanto sobre a lei e seus criadores como sobre seus executores .”

Embora esta desconfiança em relação a CLT tenha estado sempre presente na história e embora em grande parte das vezes tenha sido difícil fazerem-se cumprir as previsões que protegeriam o trabalhador de forma mais plena, algumas dessas proteções ainda tem eficácia real no âmbito do Direito do Trabalho, como e o caso dos institutos de proteção à mulher.

Precedentemente quanto ao instituto da estabilidade provisória da gestante, válido fazer referência quanto o desenvolvimento do trabalho feminino de forma genérica, incluindo também seu contexto histórico, pois mister se faz observar toda a modificação até se atingir o patamar atual. Como cita Barros (2009, p. 1084):

Nas sociedades primitivas, a divisão do trabalho se processava da seguinte forma: aos homens eram confiadas a caça como também a pesca e à mulher, a coleta dos frutos, evoluindo, mais tarde, para a cultura da terra. Na antiguidade, a história registra que a vestimenta era uma produção totalmente feminina, competindo a mulher tosquiar ovelhas e tecer a lã, trabalhando ainda na ceifa do trigo e no preparo do pão. Entre os gauleses e germânicos sua posição aproximava-se à do homem, chegando a participar das guerras, da construção de residências e a tomar parte nos conselhos que decidiam sobre a guerra e a paz. Na Idade Média, a agricultura continua a pesar sobre os ombros das mulheres, ao lado dos trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumaram, havendo mulheres escritãs, médicas e professoras e os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários pagos aos homens. No renascimento, as mulheres foram perdendo várias atividades que lhe pertenciam, como o trabalho com a seda, com materiais preciosos, com cerveja e com as velas, e se confinaram entre as paredes domésticas, entregues ao trabalho a domicílio, que surge nos primórdios do século XVI, perdendo importância a partir do século XIX, quando o algodão e a lã são retirados das casas para as fábricas. Em seguida, a mão-de-obra da mulher e do menor foi solicitada na indústria têxtil, tanto na Inglaterra, como na França, porque menos dispendiosa e mais 'dócil'. O processo de industrialização vivido pelo mundo europeu, no século XIX, caracterizou-se pela exploração do trabalho dessas chamadas "meias forças". O trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a constituir objeto de regularização pelos organismos internacionais e seu escopo foi uniformizar os custos operacionais, visando a evitar uma concorrência injusta no mercado internacional.

Percebe-se desde logo o quão importante que o trabalho feminino tem sido ao longo dos séculos, contribuindo para a trajetória das sociedades em todo o mundo. Assim, desde os tempos mais remotos até os dias de hoje, a contribuição da mulher tem se apresentado extremamente relevante.

De maneira semelhante, Martins (2013, p. 654), releva o trabalho da mulher, discorrendo também pelo contexto histórico, e expõe que no desenrolar da Revolução Industrial, que vigorou no século XIX, o trabalho feminino foi muito utilizado, principalmente na operação de máquinas. Isso porque os empresários preferiam as mulheres nas indústrias porque as mesmas aceitavam salários mais baixos aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Por isso, na maioria das vezes as mulheres tinham

jornadas de trabalho extremamente altas, salários pífios, laborando em condições extremamente precárias, prejudicando a saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, unicamente para não perder a única fonte de subsistência das quais dispunham.

Oportuna a lição de Nascimento (2009, p. 726), na qual o autor faz também uma abordagem histórica do trabalho feminino:

[...] os menores salários pagos à mulher constituíam uma causa maior que determinava essa preferência pelo feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia com a sua omissão toda sorte de explorações. Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.

Pode-se observar desde já que, não tendo a mulher proteção e cuidados em seu ambiente de trabalho, a tutela em ocasiões especiais, a gravidez, por exemplo, também se mostrava praticamente nula. E assim, fez-se necessário o surgimento de algumas leis que protegessem e beneficiassem as mulheres em seu ambiente de trabalho. E foi o que aconteceu.

Segundo Martins (2013, p. 644), o início de alguns institutos e proteções ao trabalho da mulher se iniciaram em alguns países do mundo, como por exemplo na Inglaterra, onde surge o “Coal Mining Act”, que data de 19 de agosto de 1842 e vedava o trabalho da mulher em subterrâneos. Já o “Factory Act”, também na Inglaterra, de 1844, limitou o trabalho da mulher a 12 horas de trabalho, proibindo-o no período noturno. E o “Factory and Workshop Act”, de 1878, que proibiu o emprego feminino em ambientes insalubres e perigosos.

A alteração também se fez presente em outros países, principalmente os localizados na Europa, onde emergiu a Revolução Industrial. Nascimento (2009, p. 727) cita que também na França, em 1848, surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também tratou da problemática, estabelecendo algumas normas mínimas. E uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versalhes, que preconizava o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, estabelecendo também em outras constituições, inclusive no Brasil, destinando a impedir a exploração salarial da mulher.

Portanto, de maneira sucinta, Nascimento (2009, p.728) afirma que a regulamentação

jurídica da mulher em seu emprego encontrou fundamento em diferentes aspectos, tais como a proteção a maternidade, o que incluía as paralisações e descansos forçados e obrigatórios, a defesa do salário e também com o escopo de evitar qualquer espécie de discriminação à mulher.

Percebe-se, portanto, que foram os países europeus os pioneiros na elaboração de leis que visavam dar proteção ao trabalho feminino, tendo se tornado necessário diante da Revolução Industrial que lá se iniciou, e que sujeitavam as mulheres a jornadas e condições totalmente inaceitáveis.

1.2 História do trabalho da mulher no Brasil

Após citar algumas das primeiras leis em âmbito internacional, que trataram da proteção ao trabalho da mulher, necessário se faz agora discorrer sobre as primeiras normas brasileiras. Segundo Martins (2013, p. 656), a primeira norma que previu e efetivamente protegeu o trabalho da mulher foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, proibindo o trabalho da mulher à noite (22 até-5 horas), e proibindo também a remoção de pesos. Trazia também o direito da trabalhadora o gozo de dois descansos por dia de meia hora cada um, para que amamentasse os filhos, o que se estendia até que os mesmos completassem seis meses de vida.

Sobre o mesmo Decreto, Barros (2009, p. 1086), expõe que:

No Brasil, o Decreto n. 21.417-A, de 1932, regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, assegurando-lhe, no art.7º, um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, independentemente de trabalhar em estabelecimento público ou particular. Esses períodos poderiam ser aumentados de até duas semanas cada um, em casos excepcionais, comprovados por atestados médicos. Durante o afastamento, era assegurado um auxílio correspondente à metade de seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social e, na falta destas, pelo empregador (art. 9º e 14). O retorno ao trabalho nas funções que ocupava estava também garantido à empregada. Comprovado por atestado médico que o trabalho a ser executado era-lhe prejudicial, o art. 8º facultava à mulher grávida romper o compromisso resultante de qualquer contrato. A gestante, com a necessária antecedência, deveria notificar o empregador, à época do início do afastamento, sob pena de perder o auxílio acima mencionado, e caso o empregador impugnasse a notificação, deveria a empregada comprovar a gestação mediante atestado médico.

Mais tarde, já com a Constituição brasileira de 1934, a primeira a tratar do assunto, Martins (2013, p. 656-657) expõe que o texto constitucional vedava a discriminação da mulher quanto aos salários, proibia também o trabalho em locais insalubres. Dava o direito ao

repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego e já previa serviços de proteção relativos à maternidade. A Constituição de 1967 proibia o trabalho feminino em ambientes insalubres (art. 158, X); assegurava também o repouso remunerado à gestante, antes e após o parto, (art. 158, XI); previa a previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 158). E também já tratava da aposentadoria em que previa referido benefício aos 30 anos de trabalho, com um salário integral (art. 158).

Percebe-se que as garantias e os direitos criados com o intuito de proteger a mulher empregada, no Brasil e na maior parte do mundo, ao longo principalmente dos dois últimos séculos, foram progredindo cada vez mais, ganhando assim uma crescente e progressiva importância.

1.3 A proteção do trabalho da mulher na Constituição de 1988

Após fazer um breve relato sobre todo o contexto histórico das normas de proteção à mulher empregada, imprescindível agora apresentar o que a atual Constituição Brasileira e a Consolidação das Leis do Trabalho trazem de mais importante no que tange a proteção do trabalho feminino.

Assim, conforme assevera Martins (2013, p. 657):

A Constituição de 5-10-1988 não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que o tornou permitido. Assegurou a licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º, XVIII), quando anteriormente era de apenas 84 dias. Passou a haver uma previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei (art. 7º XX). Proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX). O Art. 5º, I, da Constituição assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos. O art. 10, II, b, do ADCT prevê a garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que nunca havia sido previsto em âmbito constitucional ou legal, apenas em normas coletivas de certas categorias.

No que tange a Constituição Federal de 1988, esta expressamente trata basicamente da proibição da diferença de salários por motivos de sexo, assegura que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações e além de ter expandido o número de dias quanto à licença maternidade, aumentando-a de 84 para 120 dias. Além disso, concedeu, pela primeira vez a nível constitucional, o direito à estabilidade a mulher gestante, que perdura desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

E vale ainda ressaltar a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que prorroga o

período da licença maternidade. De fato, segundo Nascimento (2009, p. 734), referida lei cria o Programa Empresa Cidadã, que destina à prorrogação da licença-maternidade por mais 60 dias mediante a concessão de incentivo fiscal, com a condição da empregada requerer até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade. Durante esse período de prorrogação, a empregada não poderá exercer nenhuma atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Ainda com relação ao benefício da licença maternidade, vale destacar que a jurisprudência é pacífica em concedê-la também nos casos em que a mulher venha a perder o filho após o parto, ou também nos casos em que o mesmo nasça sem vida:

NATIMORTO. LICENÇA-MATERNIDADE. Não obstante a autora tenha dado à luz uma criança morta (conforme certidão de natimorto constante dos autos), houve o parto e este deve ser considerado o fato gerador para a licença-maternidade e estabilidade provisória da gestante. Não se aplica, no caso, o artigo 395 da CLT, uma vez que referido dispositivo legal refere-se a 'aborto não criminoso'. Aplica-se o artigo 392, § 3º, da CLT, em consonância com o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal e disposições da Convenção n. 103 da OIT, referente à proteção da maternidade, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 58.820 de 14 de Julho de 1966. Ademais, não há na legislação específica qualquer restrição em relação ao benefício salário maternidade ser devido apenas àquela mulher que deu à luz uma criança com vida. Faz jus à autora, portanto, à licença-maternidade e ao correspondente salário maternidade pleiteado. Recurso ordinário da autora a que se dá parcial provimento. (TRT-9 1352010654907 PR 135-2010-654-9-0-7, Relator: RICARDO TADEU MARQUES DA FONSECA, 2A. TURMA, Data de Publicação: 12/07/2011).

De igual posicionamento, Barros (2009, p. 1100) dispõe que:

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Com exceção à hipótese de aborto, o posicionamento majoritário da doutrina e alguns ex-ministros do TST, que abordam o tema especificamente, defendem o descanso, independentemente de a criança nascer sem vida. Assim, se o legislador pretendesse reduzir o benefício, nesta hipótese, deveria tê-lo feito expressamente (BARROS, 2009, p. 1100-1101).

Pode-se assim, fazer uma comparação em relação aos dois institutos de proteção a mulher, quais sejam, o da licença maternidade e o da estabilidade provisório no emprego, pois se para o primeiro a jurisprudência é pacífica no sentido de manter a licença normalmente mesmo se o filho nascer sem vida ou morrer durante o tempo do benefício, nada mais justo e coerente também ter o mesmo entendimento em relação ao instituto da estabilidade provisória, mantendo, portanto, mesmo nos casos citados.

1.4 Da proteção do trabalho da mulher prevista na Consolidação das Leis do Trabalho

Depois de mencionar algumas proteções em relação ao trabalho feminino a nível constitucional, oportuno agora citar alguns dispositivos previstos em normas infraconstitucionais, que visam tutelar e defender o trabalho da mulher.

Portanto, desde já, vale destacar os principais artigos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, em que muitos deles, além de tutelar e preservar o trabalho feminino de forma genérica, em inúmeros aspectos, protegem também a mulher em seu estado gestacional.

Sendo assim, como cita Leite (2013, p. 523), em 1999 foi editada a Lei nº 9.799, que veio a inserir na própria Consolidação das Leis do Trabalho certas regras acerca da proteção da mulher no mercado de trabalho, vedando basicamente e genericamente a discriminação, portanto, ao analisar o art. 373-A, destaca-se principalmente os incisos II, III, IV e V, que dispõem:

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:

[...]

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.

Ao se analisar o artigo 373-A da CLT e seus mencionados incisos, encontram-se no inciso II uma grande ligação e identidade em relação à previsão constitucional anteriormente citada, que veda de maneira genérica toda e qualquer recusa de emprego, promoção, como também a dispensa do trabalho em virtude do sexo, idade, cor, situação familiar e também em relação ao estado de gravidez, tendo como única exceção no caso do trabalho realizado for de atividade notória e publicamente incompatível com o estado gravídico.

O inciso III, por exemplo, veda o sexo como fator determinante para fins de

remuneração, formação profissional e nas situações de ascensão profissional.

O inciso IV, por sua vez, proíbe o empregador de exigir qualquer atestado ou exame para a comprovação da gravidez, na admissão e durante a vigência no emprego.

Por fim, no inciso V, o legislador mais uma vez expressamente veda a adoção de critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos em empresas privadas em razão do sexo e estado de gravidez.

Outro artigo da CLT que merece destaque é o 390, que dispõe:

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. (Consolidação das Leis do Trabalho).

Verifica-se, portanto, outra interessante proteção ao trabalho da mulher no ambiente de trabalho, sendo tempestivo citar Barros (2009, p. 1091-1092), que ao discorrer sobre o referido artigo assevera que estudos realizados sobre fisiologia revelam que o sistema muscular da mulher é menos desenvolvido do que o do homem. E que com 20 anos, em média uma mulher desenvolve uma força muscular que corresponde a 65% da força masculina e, aos 55 anos, decresce para 54%. E complementa, ainda, que a ocorrência de abortos espontâneos e partos prematuros têm sido associados ao trabalho contínuo com levantamento de peso e cargas pesadas.

E por último, talvez o artigo que mais se destaca em relação à proteção do trabalho da mulher gestante é o art. 391 da CLT:

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Sobre o tema, Barros (2009, p. 1122) assegura que:

Ora, admitindo-se que o empregador investigue a gravidez da trabalhadora, por meio de testes ou exames, sobre tudo na fase de seleção de pessoal, o princípio da não-discriminação restaria mutilado, pois o empregador, em face dos inconvenientes que a contratação de uma mulher grávida poderia acarretar, deixaria de admiti-la, sem que ela tivesse oportunidade de insurgir-se contra a medida, com êxito, o que tornaria inútil o preceito constitucional que veda tratamento diferenciado na admissão, por motivo de sexo. Ademais, estar-se-ia permitindo, ainda, violação ao direito à in-

timidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição vigente, ao cidadão brasileiro, em geral. Comprovada a infringência ao direito à intimidade da empregada, cabível indenização por dano moral.

Nota-se assim, que no último artigo supracitado, tratou o legislador de proteger o trabalho feminino especificamente no que diz respeito à gravidez, quando, por exemplo, a descaracteriza como sendo justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho.

1.5 Os fundamentos da tutela especial referente às mulheres

Depois de citar algumas das normas que dão às mulheres proteções e cuidados especiais, mister se faz agora apresentar os fundamentos que norteiam toda essa tutela em relação às mulheres no emprego.

Logo, cabe citar Leite (2013, p. 517), o qual esclarece que toda a proteção à mulher frente ao mercado de trabalho e em relação às condições do mesmo são frutos de uma fundamentação jurídica de ordem fisiológica, pois a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem, e também social, pois é escopo de toda sociedade defender a proteção da família humana.

Na mesma linha, Gomes e Gottschalk (2008, p. 420) expõem que:

A maturidade física e a constituição fisiológica ou anatômica do trabalhador são fatores relevantes, que não podem ser desdenhados do ponto de vista da disciplina jurídica de regulamentação das condições de trabalho no mundo moderno. O Estado preocupa-se de maneira variada, não só com a tutela social, mas também com a integridade biológica do trabalhador. Entre as leis sociais que, de modo geral, tutelam a personalidade psicofísica do trabalhador, encarado este do ponto de vista da coletividade, estão as que regulam o seguro social, as de prevenção contra acidentes (segurança e higiene do trabalho). Outras, encarando o trabalhador individualmente, tutelam-no sob outros aspectos, como as leis sobre acidente do trabalho e moléstia profissional, e de proteção específica ao trabalho da mulher e do menor.

É evidente portanto, o cuidado que o Estado deve proporcionar em relação ao trabalho daquelas pessoas em situação especial, e naturalmente as mulheres em estado gestacional, isso porque, estas se encontram mesmo que temporariamente, numa constituição fisiológica e anatômica, merecedoras de toda a proteção jurídica possível e coerente.

Válido citar também as palavras de Nascimento (2009, p. 727-728), que ao se posicionar frente à necessidade de proteção ao trabalho feminino, discorre que os fundamentos apontados pela maioria da doutrina são, os seguintes: 1) Fundamentos

fisiológicos: dadas as transformações que o corpo da mulher sofre durante a gestação e os cuidados necessários durante o estado puerperal 2) Práticas Sociais: como já apontado neste trabalho, embora as mulheres ocupem importantes papéis na esfera do trabalho produtivo, muitas ainda necessitam cumprir a dupla jornada e ocupar-se do trabalho reprodutivo, muitas vezes vendo-se obrigadas a conciliar a maternidade e cuidados com a família com suas ocupações profissionais. Assim, as leis trabalhistas devem na medida do possível, direcionar os valores principais que devem presidir a regulamentação jurídico social do trabalho feminino.

Conclui-se, portanto, que as tutelas referentes ao trabalho feminino são de extrema importância, movidas principalmente por motivos que refletem práticas sociais e fisiológicas, principalmente quando a mulher se encontra em estado gravídico, momento no qual esta se encontra muito delicada, fazendo com que a proteção e a duração referentes ao contrato de trabalho devem se mostrar cada vez mais consolidadas e valoradas.

1.6 Contexto histórico das estabilidades no Brasil

Antes de se iniciar a respeito das normas referentes à estabilidade provisória da gestante, necessário antes de tudo, apresentar todo o contexto histórico que antecede esta garantia, abrangendo não só a respeito da gestante, mas também em relação as demais situações previstas no nosso ordenamento jurídico.

Desse modo, segundo Gomes e Gottschalk (2008, p. 393), historicamente a estabilidade no Brasil não surgiu como uma conquista de organizações profissionais, mas sim como uma espécie de “dádiva da lei”. Como uma carência técnico-atuarial, posto que, originariamente esteve sempre ligada às leis que regulavam as caixas de pensões e, mais tarde, aos institutos de previdência. Pretendia, portanto o legislador, proteger não diretamente o empregado, mas as instituições de seguro social recém-criadas.

Ainda com Gomes e Gottschalk (2008, p. 393):

Explica-se o fato pela necessidade de suprimento de fundos às instituições de previdência social, visto como a permanência no emprego proporcionava uma base segura para a continuidade das contribuições, numa fase histórica em que eram poucas as categorias profissionais que desfrutavam o benefício previdencial. De fato, dois elementos são de suma importância para o seguro social: o número dos beneficiários e a sua permanência na empresa.

Logo, nota-se que o instituto da estabilidade nasce não como uma conquista de organizações profissionais, mas sim, como uma espécie de presente, um benefício legislativo. Isso porque, estiveram ligadas as leis que regulavam as caixas de pensões ou previdências. Assim, o legislador inicialmente almejou proteger não o empregado, mas sim instituições de seguro sociais recém-criadas.

Dispõe Russomano (2008, p. 236) que a origem da estabilidade do trabalhador brasileiro na empresa prende-se à legislação relacionada ao funcionário público, em que este adquiria estabilidade após dez anos de efetivo exercício no cargo. E que, anos mais tarde tal norma se estenderia para os trabalhadores privados.

Cabe destacar, no que diz respeito à origem da estabilidade no trabalho privado, as palavras de Martins (2013, p. 448):

A primeira norma que efetivamente tratou da estabilidade no setor privado foi o Decreto nº 4.682, de 24-1-1923, a chamada Lei Eloy Chaves, constituindo-se num marco histórico. Eloy Chaves era deputado federal, representante eleito pela categoria dos ferroviários. As ferrovias na época eram poucas, mas poderosas. Tinham grande número de empregados. Os empregados mais velhos ficavam sujeitos a doenças e a dispensas em primeiro lugar que outros empregados. Teriam de estar amparados, assim, pela Previdência Social. Para isso, estabeleceu-se uma forma de dificultar dispensas, isto é a estabilidade. Essa norma foi também a primeira lei que consagrou a aposentadoria aos ferroviários. O art. 42 declarava que ‘depois de 10 anos de serviços ferroviários efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro’.

A abrangência e o crescimento das estabilidades no decorrer dos anos se mostrou intensa e cada vez mais consolidada. Assim, Nascimento (2009, p. 982) diz:

[...] o desenvolvimento foi marcado pela generalização da garantia que a Lei nº 62 de 1935, lhe concedeu, estendendo a industriários e comerciários, o que compreendia uma grande parcela de trabalhadores da época. O art. 10 da Lei em tela confirmou que as causas de sua instituição referem-se aos interesses de recursos para as instituições previdenciárias, como fica evidente pela sua redação, que estabelece que ‘os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem 10 anos de serviço efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos da Lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º’.

Mais tarde, como aponta Martins (2013, p. 449), a Constituição de 1937 esclarecia no seu artigo 137 que nas empresas de trabalho contínuo, a “cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço”

Por fim, Martins (2013, p. 449), discorre acerca da Constituição de 1967 até a atual, de 1988:

A Constituição de 24-1-1967 estabeleceu um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, ou seja, havia um sistema optativo para o obreiro: ‘estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente’ (art. 158, XIII). A Emenda Constitucional n° 1, de 1969, não modificou essa orientação: ‘estabilidade, com indenização ao trabalhador ou fundo de garantia equivalente’ (art. 165, XIII). A Constituição de 1988 alterou o sistema que até então vinha sendo seguido, pois extinguiu a estabilidade e a alternatividade que existiam com o fundo de garantia, eliminando-as ao estabelecer, no inciso I do art. 7º: ‘relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos’. Nada impede, entretanto, o estabelecimento da estabilidade por meio da legislação ordinária ou até mesmo por intermédio da legislação complementar, que tratará da despedida arbitrária ou sem justa causa.

No mesmo sentido, em relação à Carta Magna de 1988, Gomes e Gottschalk (2009, p. 410) observam que a mesma não mais fala em estabilidade geral – definitiva – com a ressalva dos que tem o direito adquirido, vigorando a estabilidade provisória para os dirigentes sindicais, acidentados, gestantes, integrantes de CIPA, do CNPS e os de Comissão de conciliação prévia.

Destarte, pode-se vislumbrar que o instituto da estabilidade no sistema jurídico brasileiro, se desenvolveu, passando por diferentes etapas, abrangendo diferentes categorias de profissões, e que, ao longo dos anos, ganhou cada vez mais importância e notoriedade no dia a dia dos trabalhadores.

2. DENOMINAÇÃO, CONCEITO E FUNDAMENTOS DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO

A exposição teórica sobre a estabilidade da empregada gestante que perde o filho no parto ou depois dele não prescinde de uma breve explanação acerca da denominação, conceito e fundamentos da estabilidade provisória no emprego. Sendo assim, o estudo proposto será a seguir desenvolvido.

2.1 Denominação

Segundo o dicionário, estabilidade tem como significado:

Qualidade de estável, firmeza, solidez, imobilidade, condição do que se mantém constante, invariável, estado de equilíbrio, de impertubabilidade, estado de um sistema físico que se encontra em equilíbrio, ou que mantém as características que o definem por um tempo suficientemente longo em relação à escala de tempo correspondente ao fenômeno estudado, condição adquirida por um funcionário após o tempo do estágio probatório, condição adquirida pelo funcionário após dez anos de serviço em uma empresa, que lhe garante que só será despedido por motivo de falta grave ou força maior, condição que adquire o servidor público habilitado em concurso público, e empossado após dois anos de exercício, que lhe assegura só ser demitido em razão de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, firmeza, imobilidade, estabilidade (HOUAISS; SALLES, 2009, p. 548).

As estabilidades empregatícias representam uma grande limitação ao direito potestativo patronal no que tange à despedida sem justa causa. Há basicamente duas espécies de estabilidades. As definitivas, das quais o empregado somente poderá ser despedido se praticar falta grave, e as provisórias (relativas ou especiais). Estas últimas são as que mais interessam ao presente trabalho, na medida em que o empregado somente poderá ser despedido se praticar uma falta grave, mas que essa proteção somente vigora em um determinado espaço de tempo (PEREIRA, 2012, p. 217).

Como aponta Martins (2013, p. 450), estabilidade vem do latim “stabilitas”, “tatis”, de “stabilire” (fazer firme), tendo como um conceito vago e indeterminado o sentido de solidez, firmeza e segurança.

Segundo Delgado (2009, p.1018), essa estabilidade é a vantagem jurídica de caráter transitório concedida favoravelmente ao empregado em razão de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um determinado tempo definido, independentemente da vontade do empregador.

Cabe ressaltar, assim, as diferenças mais marcantes entre os institutos da Estabilidade no emprego e das Estabilidades provisórias, nesse sentido se posiciona Delgado (2009, p. 1150):

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 sem motivo considerado relevante para o Direito.

Portanto, estabilidade provisória é um direito de extensão temporária, durando apenas o estipulado na ordem jurídica. E a estabilidade permanente se prolonga de maneira indeterminada no tempo, se extinguindo somente na ocorrência de um fato excepcional e tipificado em lei.

De maneira muito semelhante Leite (2013, p. 324) também discorre sobre as diferenças de garantia e estabilidade no emprego, afirmando que a primeira é um direito fundamental concedido ao empregado, resguardando sua relação empregatícia em face de uma dispensa arbitrária ou também na hipótese de sem justa causa, verificada em processo administrativo, ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado. Já em relação à estabilidade, expõe o autor que esta tem como fim a manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra eventual vontade do empregador, salvo nas hipóteses de falta grave apurada em inquérito judicial e também nos casos de força maior.

2.2 Conceito

Ao se conceituar a estabilidade, é necessário novamente diferenciar certas garantias e direitos vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Assim, conforme aponta Martins (2013, p. 451) oportuno se faz distinguir, por exemplo, a estabilidade da vitaliciedade, em que esta é aplicada aos funcionários públicos, que necessitam de garantias para permanecer no cargo. É o que se verifica com os Magistrados e com membros do Ministério Público. Somente haverá dispensa na hipótese de sentença transitada em julgado. Já a estabilidade contida na CLT, aplica-se à relação contratual estabelecida entre empregado e empregador. A vitaliciedade encontra-se prevista na Constituição, enquanto a estabilidade é disciplinada na CLT.

Importante citar também, o entendimento de Gomes e Gottschalk (2008, p. 395), em que dispõe:

Reconhecem os autores que a estabilidade tem natureza jurídica 'sui generis' porque não pode ser analisada senão em relação a cada uma das partes do contrato de trabalho. No que diz respeito à obrigação do empregador, possui os caracteres próprios de um contrato por tempo determinado cujo termo final é a cessação da vida profissional de empregado. Portanto, do ponto de vista do empregador, a estabilidade seria um contrato a termo final, segundo a fórmula: 'certus na incertus quando'. Outros autores (Deveali) retificam parcialmente este conceito, esclarecendo que, nos ordenamentos jurídicos onde existe um limite de idade para a aposentadoria, o termo seria 'certusanetcertus quando'. No que diz respeito às obrigações do empregado, apresenta os caracteres próprios de um contrato de trabalho por tempo indeterminado. O interesse público de proteção à liberdade individual justifica a ruptura, pelo empregado, do vínculo jurídico, pois, do contrário, este o sujeitaria a liames perpétuos. A estabilidade vincula somente o empregador, garantindo o empregado contra as incertezas geradas pela precariedade da relação de emprego por tempo indeterminado.

Conceitua a estabilidade também Manus (2007, p. 179), dizendo que é um sistema jurídico que garante ao empregado a manutenção do seu labor, no momento em que ele cumpre suas obrigações contratuais e deseja a continuidade do vínculo que o une com seu empregador.

Assim, baseando-se nos dois doutrinadores supracitados, pode-se conceituar a estabilidade como uma forma criada para dificultar a despedida por parte do empregador, configurando-se no direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade daquele, salvo determinação de lei em sentido contrário.

E especificamente em relação à estabilidade da gestante, entende-se que referida garantia existe em virtude da proteção consistente em proteger a mãe e o nascituro, para que ela possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida.

2.3 Fundamentos

O principal fundamento para a existência da estabilidade no emprego, mesmo que provisória, como é o caso da gestante, talvez seja a busca por uma segurança social, como expõe Martins (2013, p. 453):

A segurança social é a aspiração de todos, inclusive do Estado, sendo consectária a segurança no emprego. A estabilidade importa a segurança que o trabalhador precisa ter para trabalhar, de não ser dispensado a qualquer momento sem justificativa por parte do empregador, de não implicar a perda de seu meio de sustento de uma hora para outra e de suas necessidades pessoais e familiares. Visa, por conseguinte, evitar dispensas arbitrárias, sem justificativas, por mero capricho do empregador. A estabilidade implica segurança no trabalho, a continuidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado, a manutenção do recebimento de salário, para que o trabalhador possa sobreviver, juntamente com sua família. A segurança no trabalho é a base para o bem-estar do trabalhador e da paz social.

Percebe-se assim, que a continuidade da relação empregatícia, que no caso em tela é corolário da estabilidade, está fortemente ligada a aspiração de uma segurança social. Como consequência disso, outros seguimentos da sociedade se mantêm quase intactos. Exemplo disso é a economia, que em razão da estabilidade, o empregado permanece recebendo salário e continua se subsistindo.

Outra importante consequência da estabilidade, que pode beneficiar o empregado, seria o interesse do mesmo em melhorar seu rendimento no trabalho, e porque não, ficar assim mais motivado a dar melhor e maior produtividade ao seu labor. Nesse rumo:

A estabilidade pode proporcionar a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa. Pode o empregado ser um efetivo colaborador do empresário, passando a ser membro da empresa, objetivando com que esta prospere, tenha lucros. Pode ficar incentivado a produzir mais para que também haja a continuidade na empresa no tempo. A empresa, como instituição, para aqueles que assim a entendem, deve durar no tempo. A continuidade da empresa implica a manutenção do posto de

trabalho. O trabalhador passa a ter maior interesse na empresa, podendo até ter interesse na própria administração da empresa e de que ela tenha lucros. Há a aproximação do contrato de trabalho com o contrato de sociedade. Contribuiria a estabilidade para a democratização da empresa. O trabalhador passaria a ser participante do destino e dos resultados da empresa (MARTINS, 2013, p.454).

Portanto, a continuação do trabalhador no emprego, mediante a estabilidade, mesmo que temporária, dá ao mesmo mais segurança e confiança, ao realizar suas atividades diárias, tendo como consequência a permanência de um bom rendimento em seu trabalho, e também, a constância da qualidade da empresa, ou qualquer outro ambiente de trabalho, em que o trabalhador exerce sua profissão.

Na mesma linha, Barros (2009, p.972) afirma que o fundamento da estabilidade reside no fato de ser o próprio empregado a mais importante fonte de sustento do empregador e também, fator de equilíbrio psicológico.

Assim, a estabilidade provisória da gestante, de maneira semelhante, busca atingir os objetivos que fundamentam a existência e criação do referido instituto, que como supracitados, resumem-se pela busca de uma segurança social, por um melhor rendimento e por uma maior confiança e segurança em seu labor. Pois que, com seu emprego estável, mesmo que temporariamente a gestante exercerá seu trabalho sem a preocupação de ser despedida sem justa causa, trazendo para a mesma um maior amparo para a realização de suas atividades, afastando o receio de perder o sustento e subsistência própria e de seu filho recém-nascido.

2.4 Proteção da mulher no âmbito internacional

Segundo Piovesan (2010, p.264), é necessário que se determinem as especificidades dos variados sujeitos de direitos para que se alcance uma proteção eficaz as possíveis violações. Desta forma, antes de criar normas e leis, que muitas vezes podem não atender a realidade da condição da mulher em sociedade, é necessário enxergá-las como sujeitos de direitos, com destaque no panorama internacional, observando suas reais necessidades para que então se elaborem as medidas legais mais adequadas a sua proteção;

Com o processo de especificação do sujeito de direito, mostra-se insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Torna-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Nessa ótica, determinados sujeitos de direito, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica, diferenciada. Nesse sentido, as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Portanto, antes de se proteger a mulher no âmbito trabalhista, necessário se fez inseri-la como uma verdadeira titular de tutela e amparo internacionais. Para isso, mister se fez desenvolver um verdadeiro processo de especificação dos sujeitos de direito. Logo, oportuno destacar um mecanismo internacional que foi criado para se proteger a mulher internacionalmente, denominado de “Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

2.4.1 Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher

A Convenção em questão foi aprovada em 1979 pelas Nações Unidas e ratificada pelo Brasil em 1984. O que importante se faz agora é destacar seus principais objetivos:

Para a Convenção, a discriminação contra a mulher significa ‘toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo’ (art. 1º). Isto é, a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em desigualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade (PIOVESAN, 2010, p. 264).

Completa ainda Piovesan (2010, p. 250), que a Convenção consagra a urgência em se extinguir por completo todas as maneiras de discriminação e preconceito em face das mulheres para que se chegue ao pleno exercício de seus direitos civis e políticos, igualmente em relação aos seus direitos sociais, econômicos e culturais. Enfim, cabe ainda apontar mais um mecanismo criado pela Convenção, que segundo a autora supracitada:

A exemplo da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, esta também permite a ‘discriminação positiva’, pela qual os Estados podem adotar medidas especiais temporárias, com vistas a acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres. Tais medidas cessarão quando alcançado o seu objetivo. São medidas compensatórias para remediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório (PIOVESAN, 2010, p. 266).

Percebe-se assim o nítido propósito de não somente extinguir a desigualdade e discriminação contra a mulher, mas de igual maneira, incentivar a criação e fomentação de técnicas de promoção de igualdade.

3. DAS VANTAGENS DA ESTABILIDADE

Necessário apresentar agora, as vantagens das estabilidades no emprego, ate mesmo temporárias (provisórias), que trazem para os empregados beneficios que figuram como pilares da criação da referida tutela empregatícia.

Manus (2007, p. 179) apresenta algumas vantagens que a estabilidade traz ao trabalhador:

[...] o trabalho, além de um dever do cidadão, é um direito seu. Para que se garanta tal direito, torna-se essencial que se assegure, do mesmo modo, a manutenção do emprego. É bom lembrar que os contratos de trabalho com vários empregadores não se comunicam. Daí, num regime jurídico em que os empregados não tem garantidos seus empregos, além do fantasma do desemprego, surge o problema da impossibilidade, na prática, de efetiva melhora nas condições de vida de cada trabalhador.

Vale destacar também que há empregados que ficam mais tranquilos com o passar do tempo, em decorrência da estabilidade, fruto da segurança que os garante em seu trabalho, existindo, assim, um incentivo ao trabalho. Podendo inclusive implicar maior produtividade do trabalhador, a partir do momento que tem a segurança de não poder mais ser dispensado (MARTINS, 2013, p. 457).

Por fim, Manus (2007, p. 179):

Pelo regime da estabilidade do emprego dá-se tranquilidade ao trabalhador no que respeita à certeza de ter assegurado seu emprego enquanto assim desejar e desde que cumpra com suas obrigações. Nesse sentido pode o empregado 'fazer carreira', na empresa em que trabalha, por meio de promoções que venha a receber, tanto por merecimento quanto por antiguidade. Ademais, com os reajustes salariais periódicos, a sua remuneração mantém certo poder aquisitivo, o que lhe permite honrar seus compromissos, permitindo-lhe programar a vida de sua família.

3.1 A estabilidade da gestante

Após apresentar de forma genérica todo o desenvolvimento e transformações referentes à proteção e tutela da mulher empregada frente ao mercado e meio ambiente de trabalho, mister agora adentrar especificamente no que tange a sua estabilidade provisória no emprego, quando a mesma se encontra em estado gestacional.

Prescreve Martins (2013, p. 466) que a gravidez não é doença, e que, não se pode considerar a mulher em estado gravídico como uma enferma, ou como uma incapaz. Sendo

que, em relação à garantia de emprego, justifica-se essa diferenciação de tratamento no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto. Isso, por que, a gestante deve ter direito ao emprego em virtude da proteção do nascituro e para que possa se recuperar do parto.

Como dispõe Nascimento (2009, p. 733), a estabilidade da gestante é a proibição da sua dispensa sem a justa causa em determinado período, que foi generalizada para toda mulher pela Constituição Federal de 1988, no art. 10, II, b, das Disposições Constitucionais Transitórias, que dispõe:

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.

Havendo a dispensa em desacordo com esse princípio, esta será nula. E a consequência da declaração da nulidade é a reintegração da mulher no seu emprego, continuando a proteção até o termo final da estabilidade. Além disso, são também assegurados todos os direitos do contrato de trabalho dentro do período em que vigorará a estabilidade, em que, o empregador, imotivadamente, obstou o desenvolvimento do vínculo jurídico (NASCIMENTO, 2009, p. 733).

3.2 Da dispensa por justa causa

Em que pese à estabilidade provisória da gestante estar protegida frente às despedidas sem justa causa, se faz necessário atentar-se, portanto, as hipóteses previstas no art. 482 da CLT, em que traz taxativamente um conjunto de infrações trabalhistas existentes, configurando-se em situações ensejadoras de justas causas, aplicando-se a todas as trabalhadoras submetidas ao sistema celetista, como também as empregadas domésticas.

A estrutura da justa causa, conforme saliente Leite (2013, p. 2013), ao citar Amauri Mascaro Nascimento:

Importa na presença de alguns elementos que a corporificam e que são subjetivos e objetivos. O elemento subjetivo é a culpa do empregado entendida no sentido amplo, já que não será admissível responsabilizá-lo com o ônus que suporta se não agiu com imprevisão ou dolo. Os requisitos objetivos são a gravidade do comportamento do empregado, porque não há justa causa se a ação ou omissão não representam nada; o imediatismo da rescisão, sem o que pode desaparecer a justa causa comprometida pelo perdão tácito com a falta de atualidade da dispensa em relação ao conhecimento do fato pelo empregador; a casualidade que é nexa de causa e efeito entre justa causa e a dispensa, observa com maior rigor nos sistemas jurídicos em que o empregador é obrigado a fornecer por escrito ao empregado o motivo da dispensa

sem possibilidade de alegar outro juízo; e a singularidade, para significar que é vedada a dupla punição pela mesma justa causa ‘non bis in idem’ devendo a justa causa funcionar como ato motivador de uma penalidade, a advertência, ou a suspensão ou a dispensa. Não se confunde este último aspecto com outro. Há a justa causa decorrente de ato instantâneo e de ato habitual. Exemplo deste último é a embriagues habitual. Exemplo daquele é o ato de insubordinação. Havendo uma conduta habitual e se o empregado sofreu suspensão numa das etapas do seu iter, nada impede que na reiteração do comportamento venha a ser despedido sem que se comprometa a justa causa pela dupla punição.

A despedida por justa causa constitui uma punição grave, inclusive com verbas muito menores no seu montante do que as verbas referentes à demissão sem justa causa. Além de não ser devido o pagamento dos 40% de FGTS, o trabalhador perde direito ao 13º daquele ano, ao proporcional de férias e até mesmo fica impossibilitado de receber o auxílio do seguro desemprego, a punição é gravíssima e, a priori, deveria constituir a *última ratio* no Direito do Trabalho.

3.3 A estabilidade em caso de aborto

Oportuno apresentar também como a legislação, doutrina e jurisprudência tratam da estabilidade da gestante da hipótese da ocorrência de aborto não criminoso.

Inicialmente, Barros (2009, p. 1101) faz a seguinte consideração:

Por aborto, entendia-se a interrupção da prenhez antes que o feto fosse viável, isto é, antes que o feto pudesse viver fora do útero materno, o que ocorria dos sete meses da gestação em diante. A morte do feto é requisito indispensável. Em face do avanço científico e tecnológico, o conceito de aborto sofreu alteração no decorrer dos anos. Atualmente, é definido pela doutrina “como a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal. O conceito de viabilidade fetal é discutível. No momento, de acordo com a Organização Mundial da saúde, consideram-se inviáveis fetos com menos de 20 semanas de idade gestacional ou peso inferior a 500 gramas. Excepcionalmente, fetos com essas características sobrevivem”. A vigésima semana é contada a partir do primeiro dia da última menstruação.

Conceituado o aborto, válido agora apontar que conforme Martins (2013, p. 469):

Não há direito a garantia de emprego em caso de aborto, por falta de previsão constitucional ou legal. A proteção do nascituro não existe, a partir do momento em que ele não nasceu com vida. Tem direito a mulher apenas a duas semanas de licença remunerada, prevista no art. 395 da CLT.

Vale ressaltar que a legislação brasileira só assegura a licença em caso de aborto não criminoso. Assim, se a gravidez for interrompida em virtude de aborto não criminoso, à empregada será concedido um repouso remunerado de duas semanas – art. 395 da CLT (BARROS, 2009, p. 1102).

Por fim, interessante apresentar a seguinte jurisprudência:

EMENTA: ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. OCORRÊNCIA DE ABORTO. À gestante garante-se o emprego desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto (ADCT, art. 10, inc. II, alínea b). Todavia, em caso de aborto não criminoso, a empregada faz jus à estabilidade desde a confirmação da gravidez até a data do sinistro, acrescida de 2 (duas) semanas de repouso remunerado, consoante prevê o artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Recurso ordinário do reclamado conhecido e desprovido. (TRT-9 760200923908 PR 760-2009-23-9-0-8, Relator: ALTINO PEDROZO DOS SANTOS, 3A. TURMA, Data de Publicação: 11/02/2011).

3.3.1 Das responsabilidades subjetivas e objetivas

Conforme lembra Leite (2013, p. 522), em relação à expressão “desde a confirmação da gravidez”, o referido doutrinador discorre que:

A expressão ‘desde a confirmação da gravidez’ ainda tem suscitado discussão doutrinária e jurisprudencial, traduzida na seguinte indagação: Para que a empregada gestante adquira o direito à garantia provisória no emprego há necessidade de comunicar ao empregador o seu estado gravídico?

Encontra-se a resposta nas próprias doutrinas e jurisprudências, nas quais se adotam as teorias da responsabilidade objetiva e subjetivas (MARTINS, 2013, p. 466).

Com relação à teoria subjetiva, a corrente majoritária que a defende sustenta que a confirmação da gravidez é um ato formal, em que caberá a própria interessada confirmar a demonstração da gravidez, e assim, somente depois que fizer é que estará protegida (BARROS, 2009, p. 1112).

Na mesma linha, Leite (2013, p. 521), ao citar Amauri Mascaro Nascimento, dispõe que:

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

Mesmo com certos posicionamentos doutrinários adeptos a teoria da responsabilidade subjetiva, insta esclarecer que a jurisprudência tem se voltado para a teoria da responsabilidade objetiva, como se pode extrair da seguinte jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - CONCEPÇÃO NA VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO - DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO PELO EMPREGADOR - IRRELEVÂNCIA - SÚMULA nº 244 DO TST. O fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante, sem prejuízo dos salários, surge com a concepção, na vigência do contrato de trabalho, e se projeta até 5 meses após o parto (artigos 7º, VIII, da CF e 10, II, b, das Disposições Constitucionais Transitórias). Nesse contexto, irrelevante a comunicação ao empregador, no ato da rescisão contratual, do estado gravídico, até mesmo porque a própria empregada pode desconhecer-lo naquele momento. O escopo da garantia constitucional é, não só a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, mas, principalmente, a tutela do nascituro. Nesse sentido a Súmula nº 244 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 1776004120065020026177600-41.2006.5.02.0026, Relator: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 31/08/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/09/2011).

Seguindo o raciocínio, Barros (2009, p. 1112), apresenta que:

Ora, confirmar significa ratificar, tornar uma coisa certa, dar certeza, mostrar a verdade, demonstrar, comprovar, enquanto comunicação pressupõe mensagem, informação que alguém presta a outrem. A primeira não exige a presença de outra pessoa, a segunda sim. Ou seja, pode-se confirmar um fato para si mesmo. Já a comunicação se faz pra outrem. Com esse argumento, conclui-se que o termo confirmação, no dispositivo constitucional em exame, não tem sentido de aviso que deva ser feito pela empregada ao empregador. Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego.

Compartilhando do mesmo entendimento, Manus (2007, p. 185) esclarece que começa a predominar nos tribunais a corrente que afirma ser devida a proteção à maternidade, como fato objetivo, independentemente da comunicação pela empregada, antes da dispensa. Portanto, constatada a gravidez e tendo a categoria a estabilidade terá de ser reintegrada a empregada ao serviço.

Assim, pode-se concluir que a responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez, para a própria empregada e não para o empregador. Assim, a garantia à estabilidade provisória do emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador. O próprio STF entendeu que a responsabilidade é objetiva (MARTINS, 2013, p. 466).

3.3.2 Súmula 244 do TST

Por fim, necessária apresentar a súmula 244 do TST, que apresenta em seu inciso I, em que se verifica a adoção da teoria da responsabilidade objetiva:

Gestante. Estabilidade provisória (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

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

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Em comentário a referente súmula Barros (2009, p. 1113), além de fazer uma breve comparação histórica, se posiciona em conformidade com o inciso I da referida súmula, e ratifica ainda mais a teoria objetiva:

E mais, quando o legislador brasileiro pretendeu que se dessa ciência ao empregador do estado da gestante, o fez expressamente, como consta do Decreto n. 21.417-A, de 17 de maio de 1932, cujo art. 7º, § 1º, estatuiu: 'À época das quatro semanas anteriores ao parto será notificado, com a necessária antecedência, ao empregador, pela empregada, sob pena de perder o direito ao auxílio previsto no art. 9º', que era exatamente o correspondente ao salário-maternidade. Esse Decreto antecedeu-se aos termos da Recomendação da OIT nº 95, que sugere esta notificação, mas a legislação posterior e a atual Constituição atribuíram tratamento diverso à temática, dispondo que a proibição de dispensa da gestante opera em conexão com o estado objetivo de gravidez e puerpério e não com a sua comunicação ao empregador, exceção feita apenas quando já se encontrar à época do afastamento.

Com relação à nova redação do item III da súmula 244, "A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado". É importante destacar que esse novo entendimento do TST passa a superar, pelo menos no que respeita ao contrato de trabalho com determinação de tempo (contrato de experiência), da empregada gestante, tradicional posição doutrinária e jurisprudencial que considera incompatíveis os institutos da estabilidade com os contratos com prazo determinado (LEITE, 2013, p. 482).

Assim, observa-se que Constituição Federal resguarda à empregada gestante estabilidade no emprego desde o momento da confirmação da gravidez.

O temor pela vida da empregada gestante e do nascituro tem sido tema recorrente nos nossos tribunais, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal.

O Tribunal Superior do Trabalho previa através da [súmula 244](#) o que segue transcrito:

Nº 244 Gestante - Garantia de emprego: Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 de 09.12.1985

A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.

Evidencia-se que os Tribunais do Trabalho priorizaram a garantia da dignidade da pessoa humana, tornando necessárias algumas alterações na súmula 244, percebendo nova redação em 2012 nos seguintes termos:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Os tribunais vem aplicando a Súmula 244 do Superior Tribunal Trabalho e o art. 10 da ADCT, os quais versam sobre a estabilidade que a gestante possui da confirmação da gravidez até cinco meses posteriormente ao parto. Ainda que exercido o direito potestativo do empregador em dispensar o empregado, o aviso prévio é parte integrante do contrato de trabalho, de acordo com o art. 487 da CLT.

Desta forma, o entendimento consolidado da súmula do TST não celebra como prerrogativa necessária o conhecimento da gestação por parte do empregador. Nada mais sensato, ao passo que a maioria das mulheres apenas toma conhecimento de sua gravidez após algumas semanas de gestação, não sendo oportuno que tal peso recaia sobre elas em uma eventual falta de informação ao empregador no ato da demissão.

Resta claro que independente de qualquer notificação, comprovada a gravidez durante o contrato de trabalho, ainda que no período do aviso prévio indenizado, a empregada merece garantia provisória de emprego. Dessa forma, preserva-se ainda, conforme o entendimento dos Tribunais a reintegração da empregada, garantindo assim o emprego e não mais apenas a indenização dos direitos trabalhistas, fato pacificado através da alteração da súmula 244 do C. TST.

Em outras palavras, a alteração realizada em 2012 demonstra claramente a intenção do TST em resguardar a garantia do emprego para as mulheres gestantes e consequentes preservação de garantias fundamentais ao nascituro.

Antes da mudança, a súmula 244 previa no inciso III que:

Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa", o que permitia o empregador contratar a título de experiência, por exemplo, e ao final do contrato, dispensar arbitrariamente ou sem justa causa a trabalhadora grávida.

No entanto, visando a proteção das gestantes em contrato por tempo determinado, os Tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, passaram a emitir decisões com entendimento diverso ao que previa o inciso III da súmula 244. Como exemplo, observa-se o alegado no seguinte julgado:

Ementa DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS. GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇA- MATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. ARE 674103 RG / SC - SANTA CATARINA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator (a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 03/05/2012 Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-115 DIVULG 17-06-2013 PUBLIC 18-06-2013

Visando a preservação dos direitos do nascituro, a jurisprudência veio embasar as referidas alterações, apontando com unanimidade que a modalidade de contratação de trabalho não restringe a estabilidade da gestante, conforme se coaduna dos julgados a seguir:

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 dissenteu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, "b", do ADCT/88., 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DJE 09.03.2012/J-29.02.2012 - Decisão unânime.

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Se o contrato de experiência está vocacionado à vigência por tempo indefinido, não lhe afeta a essência a decisão judicial que faz prevalecer a proteção

maior à gestante à circunstância de ele prever um período de prova. Não há previsão na norma de circunstância especial, conforme se extrai do art. 10, II, "b", do ADCT. Logo, não pode ser conferida ao direito fundamental uma interpretação restritiva, sobretudo se às razões humanitárias se agrega a premissa jurídica de ser do empregador o risco da atividade econômica (art. 2º, § 2º, da CLT). Entendimento diverso transferiria o risco do negócio à empregada, enquanto a norma constitucional e o fim social objetivado impõem a proteção da trabalhadora e, dela, a máxima efetividade. Recurso de revista conhecido e provido. RR 62700-90.2009.5.02.0074, 6ªT – Red Min. Augusto César Leite de Carvalho DJE 08.06.2012/J- 09.05.2012 - Decisão por maioria.

Dessa forma, aquelas gestantes que trabalham em contratos de experiência, temporárias e outras modalidades de contrato a termo passaram a contemplar a estabilidade provisória, com todos os direitos trabalhistas preservados.

Assim, é válido apresentar a seguinte jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. A Jurisprudência desta Corte, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, inclinou-se no sentido de reconhecer estabilidade provisória decorrente de gestação no curso dos contratos por prazo determinado, fato que culminou na nova redação do item III da Súmula nº 244 do TST, verbis : -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-. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 2049620115020351 204-96.2011.5.02.0351, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte Data de Julgamento: 04/09/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/09/2013).

De todo o exposto, verifica-se com o passar do tempo as alterações realizadas na súmula 244 do TST sedimentam um olhar humanitário que celebra e garante os direitos sociais, assegurando a efetividade do art. 1º, III da CF.

3.3.3 Estabilidade provisória da gestante no curso do aviso prévio

Sobre o instituto do aviso prévio, necessário apenas discorrer sobre seu conceito, pois o que realmente importa é fazer referência ao artigo 391-A da Consolidação das Leis do Trabalho, pois que em virtude da Lei nº 12.812, de 16 de maio 2013, referido artigo passou a vigorar com nova redação.

Assim, segundo Leite (2013, p. 505), o aviso prévio é uma declaração unilateral de vontade da parte da qual pretende encerrar o contrato de trabalho, que não tenha prazo determinado. Tendo como natureza receptícia, na qual o aviso prévio só se formaliza após a comunicação efetiva, do empregado ou do empregador, e providencial, uma vez que dá

oportunidade de prevenção ao empregado e ao empregador.

Feito um rápido conceito a cerca do aviso prévio, oportuno agora destacar o artigo 391-A da Consolidação das Leis do Trabalho, que de certa forma estendeu a proteção à estabilidade provisória da gestante, abrangendo também nas hipóteses de concessão de aviso prévio. Logo, a Lei nº 12.812, de 16 de maio 2013, acrescenta o art. 391-A na CLT, passando a vigorar com a seguinte redação:

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

Percebe-se então, que este artigo, junto à súmula 244, inciso III, reflete a tendência do direito trabalhista atual, em expandir e tornar ao máximo possível a estabilidade provisória da gestante, isso porque, referidas previsões são muito recentes, 2013 e 2012 respectivamente, que se traduzem portanto, mesmo nos casos de aviso prévio trabalhado ou indenizado, e também, no que tange a concessão da estabilidade provisória nos casos de contrato de trabalho por tempo determinado.

A lei demonstra claramente que o aviso prévio será de no mínimo 30 dias aos empregados com mais de um ano de serviço, acrescentando três dias por ano de serviço, até o máximo de 60, perfazendo um total de 90 dias.

As jurisprudências dos últimos anos se orientaram, no mesmo sentido do novo artigo 391-A, e que de certa forma, influenciaram-na para sua elaboração, cabendo assim, citar algumas decisões:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE ADQUIRIDA NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À ESTABILIDADE. O entendimento desta c. Corte é no sentido de que não há como se afastar a estabilidade provisória da gestante, no caso da concepção ter ocorrido no curso do aviso prévio indenizado, pois o contrato de trabalho ainda se encontra vigente. Tal ilação decorre do entendimento firmado na Orientação Jurisprudencial nº 82 da SBDI-1/TST, que proclama que-a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado-. Precedentes da SBDI-1 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 72989420115120035 7298-94.2011.5.12.0035, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 08/05/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/05/2013).

GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A estabilidade provisória da gestante é direito previsto em norma constitucional (art. 10, inc. II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e a única exigência para sua configuração é que a empregada esteja gestante. No caso, de acordo com o quadro fático descrito na decisão recorrida, a concepção ocorreu na vigência do contrato de trabalho, considerando-se

a projeção do aviso-prévio indenizado. Especificamente sobre a estabilidade provisória adquirida durante o aviso-prévio indenizado, a decisão do Tribunal Regional diverge da jurisprudência desta Corte. Precedentes. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST - RR: 6971420115150092697-14.2011.5.15.0092, Relator: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 11/09/2013, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/09/2013).

A concepção realizada durante o curso do aviso prévio, ainda que indenizado, preserva à trabalhadora a estabilidade provisória no emprego. Assim, resta garantido o direito à indenização, mesmo que o estado gravídico não seja conhecido por parte do empregador ou até mesmo da própria trabalhadora.

Ainda cabe ressaltar a possibilidade que a empregada possui de ingressar com a ação indenizatória dois anos após a rescisão contratual, tendo em vista o referido prazo prescricional, ou seja, permite à empregada intentar com a ação após o parto, dentro do limite de dois anos, ofertando certo grau de tranquilidade à trabalhadora.

Caso não seja possível a reintegração da empregada, seja por infortúnios ou motivos reais que impeçam o retorno ao emprego, observa-se inevitável a indenização compensatória.

Assim, a referida ação trabalhista seria basicamente uma ação indenizatória, na qual o empregador praticamente seria citado para pagar o período de estabilidade da empregada gestante, com todos os reflexos do contrato de trabalho como se houvesse a prestação de serviço normal.

3.3.4 Estabilidade da gestante na hipótese de morte do filho após o parto

A problemática principal enfrentada pelo presente trabalho monográfico é justamente em relação ao direito da estabilidade provisória da gestante no caso de parto com nascimento sem vida e também no caso de morte após o parto, período esse então, compreendido entre o nascimento até os cinco meses subsequentes ao parto.

Embora a jurisprudência majoritária se posicione favoravelmente a permanência da estabilidade provisória nas hipóteses supracitadas, a doutrina por sua vez se mostra omissa, restando pouca abordagem, assim, conforme Martins (2013, p. 467):

Se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto. A Constituição não faz distinção. Tanto a empregada necessita de proteção, visando à recuperação de seu corpo, como seu filho.

Assim, conforme aponta o doutrinador é necessário atentar-se não somente à proteção da criança, mas também à mãe, pois como aquela já não mais existe, resta agora, portanto centrar toda a atenção à mãe, isso porque, as transformações físicas e psicológicas que esta sofre ao longo de sua gestação são imensas, e a perda de sua estabilidade provisória no emprego só vem a majorar ainda mais seu sofrimento. Logo, é necessário sair da esfera jurídica e apresentar algumas dessas transformações enfrentadas pela mulher, como uma forma de fundamentar a permanência de sua estabilidade provisória mesmo sem seu filho.

Deste modo, conforme apresenta Piccinini et al. (2008, p. 67):

O processo de constituição da maternidade inicia-se muito antes da concepção, a partir das primeiras relações e identificações da mulher, passando pela atividade lúdica infantil, a adolescência, o desejo de ter um filho e a gravidez propriamente dita. Contribuem também para este processo aspectos transgeracionais e culturais, associados ao que se espera de uma menina e de uma mulher, tanto dentro da família como numa determinada sociedade.

Percebe-se assim, que o processo da maternidade se inicia não somente no tempo da concepção, mas muito antes disso, verificando-se, desde sua idade infantil, passando por sua adolescência, contribuindo para esse processo aspectos sociais e culturais.

Na sequência, os autores supracitados relacionam todo o desafio da gravidez e da gestação com a problemática social econômica e profissional que a mulher está sujeita a enfrentar:

A gravidez é um momento de importantes reestruturações na vida da mulher e nos papéis que esta exerce. Durante esse período ela tem que passar da condição de só filha para a de também mãe e reviver experiências anteriores, além de ter de reajustar seu relacionamento conjugal, sua situação socioeconômica (Maldonado, 1997) e suas atividades profissionais. Todas estas mudanças são mais impactantes nas gestantes primíparas (PICCININI, 2008, p. 69).

Em seguida, aprofunda ainda mais quanto a problemática das mudanças biológicas, sociais e muitas vezes conflitos psíquicos:

São vividas, neste período, mudanças de diversas ordens - biológicas, somáticas, psicológicas e sociais (Bibring et al., 1961; Bibring & Valenstein, 1976), representando uma experiência única e intensa (Brazelton & Cramer, 1992; Klaus & Kennel, 1992; Raphael-Leff, 1997, 2000; Soifer, 1980), que influencia tanto a dinâmica psíquica individual como as demais relações sociais da mulher (Rubin, 1975). Neste processo, conteúdos inconscientes podem tornar-se conscientes ou aparecer disfarçados sob a forma de sonhos e sintomas. Assim, há possibilidade de que conflitos psíquicos sejam elaborados, e neste caso a identidade da mulher passa por transformações importantes (PICCININI, 2008, p. 70).

Por fim, ainda no que tange ao período gestacional, aponta o autor que:

Diante de todas estas mudanças e revivências psíquicas, a experiência de gestar leva a uma exacerbação da sensibilidade da mulher, o que a torna também suscetível a vários distúrbios emocionais (Raphael-Leff, 2000). Assim, a gravidez pode tanto desencadear uma crise emocional para as gestantes como inaugurar um potencial de adaptação e resolução de conflitos até então desconhecido. A maneira como a mulher lida com todas estas mudanças do período gestacional deverá influenciar fortemente a relação futura com a criança (PICCININI, 2008, p. 72).

Assim, fica claro que mesmo a gravidez em si, já se mostra uma situação merecedora de atenção e cuidados para com a mulher, o que fez surgir, o instituto da estabilidade. Mas, essa tutela não pode ficar esquecida ou diminuída quando a gestante tem seu filho nascido sem vida, ou o perca dentro do período compreendido da estabilidade, em razão disto é necessário levar em consideração também, toda a dor e sofrimento sofridos pela mulher quando esta perde seu filho, a fim de lhe garantir a aplicação do instituto da estabilidade mesmo que o filho nasceu sem vida ou veio a morrer na sequência do nascimento.

Logo, conforme aponta Oliveira e Lopes (2008):

Luto pode ser definido como um conjunto de reações diante de uma perda, portanto algo a não ser desprezado, e sim, devidamente valorizado e acompanhado, como parte da saúde emocional. O luto é ‘afinal o acontecimento vital mais grave que a maior parte de nós pode experienciar’ (Parkes, 1998, p. 44). Sua dor ‘é tanto parte da vida quanto a alegria de viver; é talvez, o preço que pagamos pelo amor, o preço do compromisso’ (Parkes, 1998, p. 22). Não obstante, cumpre considerar que o luto ‘não é um conjunto de sintomas que tem início após uma perda e, depois gradualmente se desvanece. Envolve uma sucessão de quadros clínicos que se mesclam e se substituem’ (Parkes, 1998, p. 23). Podemos tomar como conceito bem adequado o de que ‘o luto é um processo de aperceber-se, de tornar real o fato da perda’.

De início, apresenta-se o luto de forma genérica, indicando suas principais características, sintomas, apontando sua intensa experiência dolorosa, e que não é único e simplesmente uma “sucessão de quadros clínicos que se mesclam e se substituem”.

Outra característica da morte é o repúdio em relação a mesma, em que se demonstra a seguir:

Vê-se, então, que a morte é hoje um tema delicado, mesmo diante daqueles com quem se tem maior intimidade. Evita-se tocar no assunto e qualquer dúvida ou angústia relativa ao morrer é rechaçada e tratada com indiferença, como se o homem fosse imortal. Qualquer reflexão a respeito do morrer é tratada como mera perda de tempo. O homem passou a ver o adoecer como algo natural, enquanto o morrer se constitui como fatalismo, numa atitude clara de negação à morte (BITTENCOURT; QUINTANA; VELHO, 2011).

A seguir, Bittencourt, Quintana e Velho (2011) destacam a morte em relação àqueles que detêm pouca idade, como sendo algo de maior gravidade:

A morte precoce traz também o medo de um mundo injusto, pois se deseja acreditar que só aqueles que têm pecados é que morrem, ou que só os pecadores sofreram nesse processo. O que teria feito uma criança de tão horrível para merecer a morte? A morte do jovem choca por sua prematuridade, pela não realização de sonhos almeçados e ainda pelo sentimento de que ele não teve tempo de alcançar a felicidade. De fato, é difícil a abordagem do tema morte quando o indivíduo se sente ainda cheio de vida ou crê que, devido à incompletude de sua evolução (da forma como concebida habitualmente), ainda tem muito potencial para conquistas e realizações [...].

Portanto, apenas com estes breves relatos acerca das transformações físicas e psicológicas sofridas pela mulher quando esta se apresenta em estado gestacional, e mais ainda, quando esta vem a perder seu filho após o parto, tornando imensurável a sua dor e sofrimento, o que seria assim, incoerente e até mesmo injusto, romper seu benefício da estabilidade provisória no emprego, o que sem sombra de dúvidas acarretaria um sofrimento e angústia ainda maiores, pois além da perda do filho, ela se viria totalmente insegura quanto a sua permanência no emprego, algo totalmente contrário aos princípios trabalhistas.

A doutrina e a jurisprudência já pacíficas, defendem que não há perda da estabilidade da gestante devido ao falecimento de seu filho. Reforça-se que o referido tema não percebe previsão legislativa, tão pouco foi condicionado à estabilidade ao nascimento com vida da criança.

O entendimento no TST tem como argumento principal de sua jurisprudência consolidada o fato de que a estabilidade da gestante tem como objetivo principal proteger a mãe e o nascituro, o filho. Em relação ao menor, visa a assegurar a formação do vínculo afetivo entre o nascituro e a mãe.

Esse foi o entendimento da Ministra Kátia Magalhães Arruda, seguido por unanimidade pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar recurso de revista de uma empregada carioca que teve sua demissão dentro de um período que percebia aproximadamente dois meses de gravidez.

Para a ministra Kátia Arruda, a estabilidade da gestante tem como finalidade a proteção da mãe e do filho, com vistas a assegurar a formação do vínculo afetivo entre o nascituro e a mãe, sendo que esta necessita também de preservação e recuperação física e mental, tanto da gestação quanto do parto em si.

A Ministra Relatora concluiu que:

“Se a estabilidade se estende até o quinto mês após o parto, devido ao trabalho gestacional, e não exclusivamente para a formação do vínculo afetivo entre mãe e filho,

inimaginável que em caso de óbito do nascituro não fosse deferida a estabilidade, como se não houvesse tido todo o esforço da gestação”.

Logo, as jurisprudências atuais se orientam no sentido de garantir a estabilidade provisória da gestante mesmo nos casos em que a mesma venha a perder seu filho após o parto, em que se fundamentam na proteção não somente do filho, do recém nascido, mas em relação também à recuperação da gestante, por que também aquele já não mais existe, assim, as jurisprudências se apresentam:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. EXTINÇÃO DA FILIAL. MORTE DA CRIANÇA APÓS O PARTO. A Súmula nº 244, I, do Tribunal Superior do Trabalho garante o direito à estabilidade provisória da gestante, independente do desconhecimento do empregador. A indenização é devida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O direito não é extirpado em decorrência de extinção da filial. O intento do legislador foi o de proteger a gestante contra despedida arbitrária e preservar o nascituro. O artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, não exclui a garantia de estabilidade ou a indenização respectiva, na hipótese de morte da criança, após o parto. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST - AIRR: 941409520015240002 94140-95.2001.5.24.0002, Relator: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 19/08/2008, 7ª Turma,, Data de Publicação: DJ 12/09/2008).

Oportuno se faz agora mencionar um dos casos mais recentes decididos pela 4ª Turma do TST. O acórdão trouxe resposta a um recurso de revista interposto pela Empresa JBS em face de uma ajudante de produção que teve de retirar seu bebê no quinto mês de gravidez sem vida do útero, por conta de uma má formação congênita.

A empresa se negava a conceder à trabalhadora a estabilidade, alegando que o nascimento com vida excluía seus direitos e garantias, uma vez que estes institutos se destinavam a proteger apenas ao nascituro, não à mãe, devendo-se aplicar ao caso o disposto no art. 395 da CLT, que trata dos casos de aborto espontâneo.

No entanto, a 4ª Turma do TST decidiu negar provimento ao recurso, especificando que este tipo de parto se difere do aborto e que não há nenhuma previsão constitucional que exija o nascimento com vida do bebê para que os direitos sejam concedidos à mãe. A relatora ainda se apegava ao disposto no art. 10, II do ADCT que impede a dispensa arbitrária da gestante desde a concepção até os cinco meses após o parto, afirmando que a única exigência é que a concepção ocorra no curso do contrato de trabalho. Para fundamentar a decisão a relatora traz inúmeras outras jurisprudências do TST das quais destaca-se esta, que prevê no mesmo sentido a moderação no ativismo judicial, ou seja, uma vez que o legislador não previu que era necessário o nascimento com vida da criança, não cabe ao juízo assim determinar:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA GESTANTE - ÓBITO FILIAL. A pretensão à estabilidade postulada pela gestante é um direito de indisponibilidade absoluta, que se qualifica, em face de sua natureza jurídica, como direito social previsto constitucionalmente e que, por isso, não cabe interpretação da Carta Magna a fim de reduzir o alcance dos seus dispositivos, ou seja, é garantida à gestante a estabilidade prevista no art. 10, II, -b-, do ADCT, tanto nos casos em que a gestação se completa quanto nas hipóteses de natimorto. "O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo" (Barros, 2006: 1.055). Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 270500-84.2009.5.12.0050 , Redatora Desembargadora Convocada: Maria das Graças Silvano Dourado Laranjeira, Data de Julgamento: 22/05/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/06/2013)

No mesmo sentido destacamos ainda outro recurso citado pela desembargadora que reafirma a diferença entre o parto do natimorto e do aborto, não cabendo desta forma o disposto no art. 395 da CLT.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NATIMORTO. Inexistiram as supostas violações ao artigo 395 da CLT nem à Súmula 244 do TST, pois a autora já se encontrava grávida antes do término do contrato de trabalho vigente entre as partes, tendo ela direito à garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, 11, b, do ADCT da CR/88, e considerando ainda que o fato de ter havido parto de uma criança morta (natimorto) não exclui o direito pleiteado, pois esse tipo de parto não pode ser confundido com aborto, de modo que não se aplica o disposto no artigo 395 da CLT, nem mesmo analogicamente, inexistindo a violação apontada pela agravante, tampouco contrariedade à Súmula 244 do TST, que garante a estabilidade mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. Arestos trazidos à colação, provenientes de Turma do TST, do STF ou de qualquer órgão não mencionado na alínea "a" do art. 896 da CLT, não se prestam ao confronto de teses, impondo-se o desprovimento do agravo. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (AIRR - 2145-91.2012.5.03.0004, Relator Desembargador Convocado: Ronaldo Medeiros de Souza, Data de Julgamento: 03/12/2014, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/12/2014)

Com esta decisão vemos mais uma vez que o instituto da estabilidade não visa apenas garantir os direitos do nascituro e sua dignidade, além de protegê-lo o dispositivo visa garantir a dignidade da gestante e sua recuperação pós-gestacional. No entanto, até agora, observamos que a maior parte das jurisprudências do TST vêm adotando uma postura legalista, vinculada ao texto legal. Ainda que por fim acabe-se atingindo o objetivo de proteger a gestante, acreditamos que além deste argumento é necessário que se crie uma reflexão sobre qual é o papel do instituto, a quem ele visa proteger.

Ainda que se trate de um dispositivo constitucional, este é passivo de emendas e pode vir a ser alterado com o tempo, ceifando a justificativa de que não cabe ao juiz formular a lei.

Acreditamos que é necessário que a sociedade discuta por um todo e tome consciência de que a mulher não é um corpo instrumentalizado e que não pode ter seus direitos fundamentados apenas no bem estar de seu filho, é necessário que se a trate como indivíduo autônomo que também necessita de cuidados e apoio, não como um mero ventre a mercê das expectativas sociais.

Neste sentido se faz de extrema importância citarmos este oportuno acórdão, que além de partir de uma perspectiva legalista provê os direitos da trabalhadora considerando sua individualidade e a indisponibilidade de seu corpo e direitos:

GESTANTE. MORTE DA CRIANÇA APÓS O PARTO. DIREITO À ESTABILIDADE. O legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. A Lei 8.213 /91 também elegeu o parto como marco para a concessão do salário-maternidade, não excepcionando a hipótese de morte da criança, após o parto, pelo que, esta circunstância não pode ocasionar a cessação da licença-maternidade e tampouco compromete a garantia estabilitária assegurada pelo artigo 10º, II, b, do ADCT. Se o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo. A instituição de benefícios e garantias da gestante em nome da "utilidade social da função materna", no dizer de André Gorz, introduz "a idéia de que a mulher pode tornar-se o equivalente de um ventre de aluguel no interesse da sociedade", o que é de todo intolerável. A maternidade não pode ser dissociada da pessoa da mãe, sob pena de concretização da visão fantasmagórica de futuro referida na literatura e cinema (vide Matrix), em que a função materna, e portanto, a matriz da vida, acabará por ser retirada da mulher e terceirizada por meio de barrigas artificiais. Tampouco se pode aceitar a alocação da garantia constitucional à gestante condicionada à 'maternidade útil', i. é, "bem sucedida", já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança vir a falecer: a uma porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; a duas, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista conferida pelo artigo 10º, II, b, do ADCT da Constituição Federal, sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção (Código Civil, art. 2º). Recurso provido para deferir a reintegração e consequentes (TRT2, 4ª. Turma, Recurso Ordinário nº 01046200336102000, Relator Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros, data de publicação: 01/09/2006)

Assim, constata-se que as jurisprudências supracitadas representam a orientação atual dos julgados, de que, mesmo que o filho nasça sem vida, ou venha a morrer após o parto, a gestante mesmo assim, faz jus a estabilidade provisória no emprego, isso porque referido instituto, como se pode notar pelas jurisprudências, existe não somente para a proteção do recém nascido, mas também para a tutela da mulher.

Portanto, os julgados atuais tem se mostrado em conformidade com os princípios, leis e normas que visam a amparar e proteger a trabalhadora gestante, tendo em vista a sua situação de vulnerabilidade, frente aos desafios que a própria gravidez a traz, e mais ainda, quando esta vem a perder seu filho, acarretando dor e sofrimento, e que se por ventura a estabilidade nessas situações for cessada, a mulher empregada ficará numa situação ainda mais

catastrófica.

CONCLUSÃO

O objetivo geral do presente trabalho foi efetuar uma análise acerca da estabilidade provisória no emprego da empregada gestante, prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que concede uma estabilidade que dura da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Mas o que a referida previsão não tratou, deixando em aberto decisões contraditórias e podendo causar muitas vezes insegurança jurídica e social, é se referida estabilidade permanece mesmo em hipóteses de nascimento sem vida da criança, ou se a mesma vem a morrer após o parto. Deste modo, o presente trabalho teve como fundamento inicial o estudo da origem, do conceito, e dos princípios que norteiam referido problema.

Os meios utilizados para sua elaboração da pesquisa basicamente foram a legislação, artigos publicados, através de um estudo abrangente dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais adotados atualmente.

O método de abordagem utilizado na presente pesquisa foi o dedutivo, no qual se caracteriza inicialmente pela análise de premissas teóricas e jurisprudenciais chegando-se a uma conclusão, ou seja, da aplicação do Direito do Trabalho, e Constitucional, evidenciando-se os seus principais princípios, buscando-se a real efetividade, qual seja, a convergência entre a teoria e a prática aplicadas adequadamente aos casos concretos.

A presente pesquisa monográfica foi dividida em três capítulos, sendo que o primeiro deles abordou o conceito, denominação e os fundamentos que dão base à estabilidade. Mais pra frente, cuidou-se dos princípios trabalhistas que mais se identificam com a estabilidade, ou seja, os que mais se relacionam com a proteção do trabalhador, que neste caso é a mulher em estado gestacional, sendo importante a análise fruto destes tópicos para melhor compreender o porque se protege o trabalhador em relação ao seu empregador, inclusive podendo observar da importância dos princípios do Direito do Trabalho, até mesmo para o instituto da estabilidade.

No segundo capítulo tratou-se basicamente dos direitos constitucionais, quais sejam os direitos denominados de segunda geração ou dimensão, e os direitos sociais, que fazem parte basicamente o direito ao trabalho, e a maternidade, o que também reforça a ideia de aplicação da estabilidade à empregada gestante.

Por fim, no terceiro capítulo, foi abordado o contexto histórico do trabalho da mulher, no Brasil e no mundo, destacando toda sua modificação no sentido de proteger a mulher dos abusos do trabalho excessivo e penoso. Ainda, foi demonstrado o contexto histórico da estabilidade provisória da mulher, destacando suas vantagens, incluindo ainda as mais recentes leis e súmulas que tem por objetivo melhorar ainda mais a qualidade de vida da mulher no trabalho.

Finalizando o terceiro capítulo, e conseqüentemente a pesquisa monográfica, foi apresentado um conjunto de mudanças físicas, biológicas e sociais que a mulher sofre quando se engravida, como também, todo processo do luto, ressaltando toda a dor e sofrimento que este acarreta. Principalmente quando se trata da morte de um filho, que naturalmente torna-se muito mais catastrófico, fatores estes que também respaldam a necessidade de manutenção da estabilidade.

Assim, toda essa apresentação histórica, legislativa, jurisprudencial e doutrinária, relativas com a estabilidade, incluindo uma abordagem não jurídica, mas que analisa as alterações e problemas que uma gravidez acarreta, como também a análise dos malefícios e prejuízos que a morte de um filho pode trazer, isso tudo tem como escopo fundamentar e defender que a estabilidade provisória da gestante permaneça mesmo nos casos tratados no presente trabalho, quais sejam, do nascimento sem vida da criança ou também de morte após o parto.

O que se pode extrair da presente pesquisa é que, felizmente, o Poder Judiciário, em seus julgados mais recentes, tem se orientado justamente nesse sentido, no qual não se interessa se a criança esperada nasceu sem vida ou não, sendo que portanto que se a mulher atender aos requisitos da estabilidade provisória será merecedora desse direito mesmo nos casos supracitados.

Interessante destacar também, ainda com relação ao posicionamento jurisprudencial é que os julgados tem se orientado no sentido de interpretar a estabilidade não apenas no sentido de proteger ao filho, mas também no intuito de proteção da gestante, relevando todo o processo de gestação, suas transformações, expectativas, e conseqüentemente a frustração e a dor que são imensuráveis quando se perde um filho.

Desse modo, mesmo que a lei que cuida da estabilidade da gestante dá margem a

decisões divergentes, pois não prevê se a estabilidade continua mesmo nas hipóteses supracitadas, os julgados felizmente tem se orientado no sentido da aplicação correta e em conformidade com os princípios trabalhistas e constitucionais, que visam proteger o trabalhador em seu emprego ou trabalho. Sendo assim, o instituto da estabilidade provisória deve ser mantido, mesmo que o filho venha a nascer sem vida ou morra após o parto, considerando para tanto toda a modificação em relação à proteção do trabalhador, conforme demonstrado nos três capítulos deste trabalho, que certamente embasa o direito à estabilidade quando do nascimento sem vida ou morte após o parto, situação na qual a gestante evidentemente encontra-se em situação vulnerável e dolorosa.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de, **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BITTENCOURT, Ana Luiza Portela; QUINTANA, Alberto Manuel; VELHO, Maria Teresa Aquino de Campos. A perda do filho: luto e doação de órgãos. **Psicologia em Estudo**. v. 28, n. 4, out/dez 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2011000400004&script=sci_arttext> Acesso em 13 out. 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 set. 2013.

_____. Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 de setembro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 02 out. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

_____. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 de setembro de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 805200831102006. Recorrente: Vanessa Talamo Domingues Prado. Recorrido: Dufry do

Brasil Duty Free Shop Ltda. Relator: Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. São Paulo, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530571/recurso-ordinario-record-805200831102006-sp-00805-2008-311-02-00-6>> Acesso em: 25 set. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário nº 805200831102006. Recorrente: Vanessa Talamo Domingues Prado. Recorrido: Dufry do Brasil Duty Free Shop Ltda. Relator: Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. São Paulo, 20 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530571/recurso-ordinario-record-805200831102006-sp-00805-2008-311-02-00-6>> Acesso em: 25 set. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário nº 1046200336102000. Recorrente: Vivian Martins Martins de Lima. Recorrido: C&A Modas Ltda. Relator: Desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros. São Paulo, 01º de setembro de 2009. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20883346/recurso-ordinario-trabalhista-ro-202620115040371-rs-0000020-2620115040371-trt-4>> Acesso em: 18 set. 2013.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 760200923908. Recorrente: Sindicato dos Empregados no Comércio de Paranavaí. Recorrido: Kalinka Cristina de Menezes. Relator: Desembargador Altino Pedrozo dos Santos. Curitiba, 11 de fevereiro de 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Recurso Ordinário nº 1352010654907. Recorrente: Celina Mota da Silva Bahr. Recorrido: Contreras Empreendimentos e Construções Ltda. Relator: Desembargador Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. Curitiba, 12 de julho de 2011.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Recurso Ordinário nº 754200600910006. Recorrente: Sirlene Borges de Lima Bernardo. Recorrido: Lumitec Comércio de Materiais Elétricos Ltda - ME. Relator: Desembargador Paulo Henrique Blair. Brasília, 23 de março de 2007. Disponível em: <<http://trt-10.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4826307/rops-754200600910006>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 941409520015240002. Relator: Ministro Pedro Paulo Manus. 7ª Turma. Brasília, 19 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2096885/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-941409520015240002-94140-9520015240002>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1776004120065020026. Relator: Ministro Milton de Moura França. Brasília, 31 de agosto de 2011. Disponível

em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20410006/recurso-de-revista-rr-1776004120065020026-177600-4120065020026>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 72989420115120035. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. Brasília, 08 de maio de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23163907/recurso-de-revista-rr-72989420115120035-7298-9420115120035-tst>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 2049620115020351. Relator: Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte. 3ª Turma. Brasília, 04 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24148054/recurso-de-revista-rr-2049620115020351-204-9620115020351-tst>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 6971420115150092. Relator: Ministro João Batista Brito Pereira. 5ª Turma. Brasília, 11 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24170487/recurso-de-revista-rr-6971420115150092-697-1420115150092-tst>>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html> Acesso em: 25 set. 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Jurisprudencial nº 30**. Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_21.html#TEMA30>

CUNHA, Maria Inês Moura da. **Direito do Trabalho**. 6 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2008

HOUAISS, Antônio; SALLES, Villar, Mauro de. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KERGOAT, Danièle. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: HIRATA, Helena et al. (Org.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009. p. 67-75.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual da justa causa**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. História e teoria geral do Direito do Trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, João Batista Alves de; LOPES, Ruth Gelehrter da Costa. O processo de luto no idoso pela morte de cônjuge e filho. **Psicologia em Estudo**. v. 13, n. 2, abr/jun 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-73722008000100008&script=sci_arttext> Acesso em 15 out. 2013.

PEREIRA, Leone. **Direito do Trabalho**. Coleção elementos do direito. V. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PICCININI, Cesar Augusto et al. Gestação e a Constituição da Maternidade. **Psicologia em Estudo**. v. 13, n. 1, jan/mar 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v13n1/v13n1a07.pdf>> Acesso em 10 out. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Método, 2009.

STANCKI, Nanci. **Divisão sexual do trabalho: a sua constante reprodução**. In: I Ciclo de Debates em Economia Industrial, Trabalho e Tecnologia, PUC-SP. 2003. São Paulo: 2003. Disponível em: < www.pucsp.br/eitt/downloads/eitt2003_nancistancki.pdf >.

