

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – SP

DENISE HADDAD GOSSON JORGE

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E NECESSIDADE DE
COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – SP

Denise Haddad Gosson Jorge

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E NECESSIDADE DE
COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR

Monografia apresentada à Banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães.

SÃO PAULO

2019

Banca Examinadora

Dedico este trabalho

Ao Alberto, meu encontro de almas...! Meu amor e
companheiro da vida.

às minhas filhas e minhas enteadas tão amadas
Gabriela e Bruna, Fabiana e Letícia.

aos meus pais Wilson e Gladis, que me ensinaram o
real significado de amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao querido professor e orientador Ricardo Pereira de Freitas Guimarães pela incansável luta em nos mostrar a importância do Direito do Trabalho como justiça social e proteção aos trabalhadores deste nosso País.

Aos professores Leonel Maschietto, Cristina Paranhos Olmos e Werner Keller, pelos ensinamentos e por nos fazer refletir e pensar o Direito a cada aula e palestras ministradas durante o curso.

Aos funcionários do Fórum Trabalhista “Ruy Barbosa”, Denise e Mirian (biblioteca) e Rodrigo e Willian (sala dos advogados), pela ajuda na pesquisa e obtenção de material para a realização desse trabalho.

Aos meus queridos amigos do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da PUC – Caroline, Thays, Amanda, Maíra, Quetlen, Renato e Gabriel, pelas alegres discussões e inúmeras trocas de experiências sobre os assuntos que nos foram apresentados no decorrer dessa jornada.

RESUMO

Este estudo tem por escopo abordar o entendimento da doutrina e posicionamento da jurisprudência sobre a estabilidade provisória da gestante prevista constitucionalmente, principalmente levando em consideração a necessidade ou não de comunicação do estado da gravidez ao empregador, para que este possa exercer a sua obrigação de reintegração da empregada ao seu posto de trabalho; avaliando, ainda, se eventual exigência nesse sentido, não entra em confronto direto com o princípio de proteção à maternidade que tem por objetivo assegurar à mãe, o seu retorno ao emprego após o parto e, proteger o nascituro, propiciando-lhe condições dignas de sobrevivência e desenvolvimento saudável.

Palavras-chave: direito do trabalho, princípio da isonomia, trabalho da mulher, garantia de emprego, estabilidade provisória da gestante, comunicação do estado gravídico ao empregador

ABSTRACT

The present study is to address the main understanding between the doctrine and jurisprudence on the pregnant's temporary stability guaranteed by the Constitution, specially considering the need of communicating the state of pregnancy to the employer, so they are able to reintegrate the employee to the previous position; and yet appreciating if potential demand, in the way, doesn't directly confront the principle of maternity protection, which aims to secure the mother's return to work after labor, and to protect the child, providing them dignifying conditions to survival and healthy development.

Key-words: labor law, principle of equality, women's labor, guarantee of employment, pregnant's temporary stability, informing the pregnancy state to the employer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. DIREITO DO TRABALHO DA MULHER.....	3
1.1 Breve evolução história do Trabalho da Mulher.....	3
1.2 O Trabalho da Mulher no Brasil – Colônia, Império e República	7
1.3 Isonomia Constitucional entre Homens e Mulheres.....	9
1.3.1 Conceito de Princípio	9
1.3.2 Direitos Fundamentais – primeira, segunda e terceira geração	12
1.3.3 Princípio da Igualdade ou Isonomia.....	14
1.3.3.1 Princípio da Isonomia entre Homens e Mulheres	16
1.4 Evolução Legal de Proteção ao Trabalho da Mulher no Brasil	20
2. GARANTIA DE EMPREGO, GARANTIA NO EMPREGO E ESTABILIDADE (DEFINITIVA E PROVISÓRIA).....	28
2.1 Diferença entre Garantia de Emprego e Garantia no Emprego – Estabilidade	29
2.2 Conceito, Modalidade e Classificação de Estabilidade.....	31
2.3 Estabilidade Definitiva	33
2.3.1 Conceito e requisitos para aquisição	33
2.3.2 Procedimento para dispensa do empregado estável.....	34
2.3.3 Estabilidade decenal e FGTS	35
2.3.3.1 Breve histórico da Estabilidade Decenal.....	35
2.3.3.2 Do FGTS x Estabilidade Decenal	37
2.4 Estabilidade Provisória.....	40
3. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (GARANTIA DE EMPREGO) DA GESTANTE – MÃE E PAI ADOTANTE	42
3.1 A Maternidade – Proteção Legal e Princípios.....	44
3.1.1 Proteção Legal ao Instituto da Maternidade	44
3.1.2 Princípio de Proteção da Gestante e do Nascituro, Princípio da Continuidade da Relação de Emprego e Princípio da Não-Discriminação	45
3.2 Garantia de emprego da gestante (norma coletiva – aviso prévio trabalhado e indenizado – contrato de experiência – contrato de aprendizagem)	48
3.3 O negociado x legislado (Lei 13.467/2017) e a Proteção à Maternidade – Estabilidade Provisória da Gestante.....	50

3.4	Estabilidade Provisória da Mãe Adotante e/ou Pai Adotante – Aqueles que obtém Guarda Judicial	52
4.	NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR	58
4.1	Prazo para comunicar estado gravídico em norma coletiva	65
4.2	Reintegração x Indenização Pecuniária x Abuso do Exercício do Direito de Ação	67
	CONCLUSÃO	74
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	77

INTRODUÇÃO

O artigo 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê a estabilidade provisória da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em nossa vivência profissional, deparamo-nos com diversas situações de batalha judicial em razão do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador no momento da dispensa; que culminou, em todas as situações, na obrigação deste em indenizar a empregada pelo período estável, tanto na recusa à reintegração, como também na impossibilidade de reintegrar a empregada em razão da propositura da demanda após o decurso do prazo da estabilidade.

Abordaremos a mudança de entendimento da doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de comunicação deste estado gravídico ao empregador, para que a empregada faça jus à estabilidade constitucional, ainda que haja previsão normativa nesse sentido.

No primeiro capítulo explicamos, em breve síntese, a evolução do trabalho da mulher; seu papel na sociedade desde a época primitiva e o início de seu trabalho fora do âmbito doméstico; especificando as legislações protetivas que foram editadas no Brasil a partir do início do século XX, até chegarmos aos dias presentes.

Tratando-se de um tema inerente à condição da mulher – gravidez, tentamos demonstrar ainda, como, e se é aplicado o princípio da isonomia de forma equânime, considerando as particularidades de cada gênero.

No segundo capítulo, procuramos conceituar e diferenciar os tipos de estabilidade e garantia de emprego de uma maneira mais geral, inclusive da estabilidade decenal, antes de nos aprofundarmos um pouco mais no tema específico – Estabilidade Provisória da Gestante, abordada no capítulo três; com uma visão mais completa da maternidade, envolvendo não apenas a mãe que gera um filho, mas também as mães adotivas, os pais adotivos e aqueles que obtêm guarda legal da criança.

No último capítulo entramos no tema deste trabalho com o intuito de demonstrarmos a evolução do entendimento da necessidade de comunicação do estado gravídico ao empregador para fazer jus ao Instituto da Estabilidade Provisória da Gestante, como medida social protetiva contra dispensa arbitrária e sem justa causa e as consequências advindas pela afronta do dispositivo constitucional que trata da matéria.

Por fim, a intenção é refletirmos, ainda, se as consequências da afronta legal (reintegração e/ou indenização do período estável), pela forma como estão sendo aplicadas pelos julgadores de nossos Tribunais, estão em consonância com fim último da dupla proteção da gestante e do nascituro, ou se estão; sob o manto da ideia de tutela protetiva, ao invés de proteger; provocando uma maior discriminação e dificuldade para a mulher lutar em pé de igualdade por um lugar no mercado de trabalho com os empregados do sexo masculino.

1. DIREITO DO TRABALHO DA MULHER

1.1 Breve evolução história do Trabalho da Mulher

Na época primitiva o homem era responsável pelas caças mais pesadas, cabendo à mulher a coleta de frutos e, posteriormente, a cultura da terra.

No período da antiguidade a mulher se dedicava também à produção das vestimentas, sendo a responsável pela consecução das roupas em geral.

De acordo com a saudosa professora Alice Monteiro de Barros, competia à mulher tosquiar as ovelhas e tecer a lã, além de trabalhar na ceifa do trigo e preparo do pão. A autora afirma ainda em sua obra, que entre os gauleses e germânicos as atividades da mulher se aproximavam àquelas realizadas pelos homens pois participavam ativamente das guerras, inclusive fazendo parte dos conselhos que decidiam pela luta ou pela paz; além de ajudar na construção de residências.¹

Em algumas civilizações antigas como a grega, a cretense e helenística, a mulher tinha um pouco mais de liberdade; as sacerdotisas desenvolviam o papel principal nas cerimônias religiosas, enquanto as mulheres mais abastadas podiam frequentar escolas, tendo acesso à literatura, à filosofia e às artes.²

Entrando na Idade Média, a agricultura aparece como principal atividade da época, sendo certo que cabia também à mulher a realização do trabalho de tapeçaria, ourivesaria e vestuário.

¹ BARROS, Alice Monteiro de. *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO*. 10ª ed. Atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016, p. 705.

² BARROS, Alice Monteiro de. *A MULHER E O DIREITO DO TRABALHO*. São Paulo: LTr, 1995, pp. 28 e 29.

No dizer de Paula Oliveira Cantelli:

“A vida econômica na Idade Média era predominantemente agrária. Às mulheres cabia o serviço de tecelagem, o cuidado com os animais e a plantação de hortaliças, enquanto os homens se encarregavam das guerras e da atividade agrícola mais pesada. Fiar e bordar eram atividades estritamente femininas.”³

Com os homens nas guerras, as mulheres da época medieval passaram a ser inseridas em atividades fora do âmbito doméstico, muitas vezes tendo que realizar para os senhores feudais os serviços que competiam aos seus maridos.

No início do declínio do feudalismo as pessoas começam a migrar para as cidades (êxodo rural) dando-se origem às corporações de ofício (pequenos negócios e oficinas de acordo com a especialidade de cada um), principalmente a tecelagem e fiação da seda, atividades realizadas pelas mulheres.

A vida nas cidades propiciou o exercício das mesmas atividades por homens e mulheres, conforme relata Alice Monteiro de Barros: “Curioso é que, do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumam, havendo mulheres escritãs, médicas e professoras: os salários por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários masculinos.”⁴

Posteriormente à idade Média e com o declínio do sistema feudal, inicia-se o Renascimento, época onde se vislumbra os primórdios do que viria a ser o Capitalismo e uma nova forma de exploração do trabalho humano.

³ CANTELLI, Paula Oliveira. *O TRABALHO FEMININO NO DIVÃ: Dominação e Discriminação*. São Paulo: LTr, 2007, p. 65.

⁴ BARROS. *A MULHER* p. 29.

Nessa fase, as mulheres perdem espaço nas atividades que costumavam exercer, voltando a prestar seu mister dentro de seus domicílios, juntamente com seus filhos. Parte dessa mudança se deu em razão de os homens (ao migrarem para os centros urbanos) estarem disponíveis para os trabalhos dentro das fábricas.

Por fim, na época da Revolução industrial, início dos tempos modernos, todo o trabalho têxtil antes desenvolvido pelas mulheres em suas casas, passa a ser desenvolvido nas fábricas e indústrias.

Com a industrialização iniciou-se o formato do modo de produção capitalista até hoje utilizado; de um lado o empregador proprietário dos bens de produção e de outro, os empregados que vendem sua força de trabalho e propiciam o sucesso e desenvolvimento dos negócios dos patrões.

A Revolução Industrial trouxe ainda a exploração da mão-de-obra no que diz respeito ao valor pago como contraprestação de trabalho. Em razão do êxodo rural, havia o que se chamava “exército de reserva” = excesso de trabalhadores disponíveis, o que acarretava o rebaixamento dos salários.

Outra situação muito peculiar e que gerou a discriminação do trabalho da mulher foi a chamada contratação das “meias forças”.

Os empregadores contratavam mão-de-obra feminina e infantil, pagando a metade do salário dos homens com garantia de igualdade de produção, aumentando assim, seu próprio lucro. A mentalidade da época de que mulheres e crianças foram educadas para obedecer e, portanto, não se oporiam ao tratamento recebido, colaborava para essa exploração desmedida.

As mulheres e crianças eram submetidas a extensas jornadas de trabalho (14 a 16 horas diárias) e as atividades eram desenvolvidas em locais totalmente insalubres, sem segurança, sem ventilação e mal iluminados, causando propagação de doenças (tuberculose) e acidentes constantes.

Assim discorre Paula Oliveira Cantelli, na obra “O Trabalho Feminino no Divã: Dominação e Discriminação”,

“As operárias eram submetidas a um sistema desumano de trabalho. Não eram raros os espancamentos e o assédio sexual. Além da extensa jornada de trabalho, ao chegarem em casa, naturalmente, ainda cuidavam dos filhos, do marido e dos afazeres domésticos. Tamanha era a exploração que a mortalidade feminina aumentou consideravelmente.”⁵

Como consequência dessa exploração da classe operária foi lançada a “*Encíclica Rerum Novarum*” pelo Papa Leão XIII, segundo a qual, os patrões deveriam pagar salários justos aos empregados, tratá-los com dignidade e não exigir jornadas de trabalho excessivas e desumanas. De outro lado, o empregado deveria obedecer aos patrões e se conformar com as desigualdades do mundo.

No entanto, a Encíclica não facilitou a situação da mulher trabalhadora, uma vez que a posição da Igreja Católica era bastante clara no sentido de que sua função deveria se limitar à educação de seus filhos, aos cuidados da casa e de seu marido.

Dessa forma, tirou-a totalmente do mercado de trabalho com o objetivo de ceder espaço ao homem e também sob o manto de que: “a diferença sexual requer

⁵ CANTELLI, Paula Oliveira. *Op. cit.* p. 81.

uma divisão de trabalho, não podendo os dois sexos trabalhar nas mesmas atividades.”⁶

1.2 O Trabalho da Mulher no Brasil – Colônia, Império e República

A primeira mão-de-obra feminina aparece no Brasil no período colonial, com a chegada das escravas negras ao novo continente. Estas, na sua totalidade, realizavam o trabalho na lavoura, acompanhadas de poucas índias em razão da proibição de escravizar os nativos e também para que a Coroa pudesse lucrar com o tráfico de escravos.

O papel da mulher branca portuguesa na época era voltado à família, sua principal atividade era “ser esposa”. Segundo Léa Elisa Silingowschi Calil “A expressão: “branca para casar, negra para trabalhar”, corrente na época, traduz bem essa mentalidade.”⁷

Alguns outros ofícios eram realizados pelas mulheres negras e também pelas mulheres da metrópole, tais como: fazer doces, ser rendeira, costureira, fiandeira, etc..

Com a independência do Brasil, iniciou-se o período imperial que, apesar da mudança política, quase não alterou a forma de mão-de-obra, predominantemente escrava.

⁶ CANTELLI, Paula Oliveira, *Op. cit.* pp. 86/87

⁷ SILINGOWSCHI CALIL, Léa Elisa. *DIREITO DO TRABALHO DA MULHER – A QUESTÃO DA IGUALDADE JURÍDICA ANTE A DESIGUALDADE FÁTICA*. São Paulo: LTr, 2007, p. 20.

Mantinha-se a divisão entre as mulheres escravas e as mulheres brancas portuguesas, surgindo nessa época a classe social denominada burguesa.

Cabia às escravas trabalhar na roça para o seu próprio sustento e ainda, trabalhar como costureiras, rendeiras, doceiras, etc, para os seus senhores. As mulheres pobres, de classe social menos abastada, além de trabalharem na lavoura ajudando seus maridos, pais e irmãos, também exerciam trabalho como rendeiras, lavadeiras, costureiras, etc.

Por outro lado, às mulheres brancas burguesas competia exclusivamente os serviços domésticos ligados à educação dos filhos e cuidados da família.

Em situações em que as mulheres brancas passavam por necessidade financeira decorrente da instabilidade dos maridos, não lhes restava outra opção a não ser exercer atividades remuneradas para complementar a renda e ajudar no sustento familiar.

Assim, faziam doces por encomendas, arranjos de flores, costuravam e bordavam, davam aulas de piano, etc.; muitas vezes vendendo tais produtos por intermédio de terceiro. Isto porque tentavam evitar que o restante da sociedade tomasse conhecimento da derrocada financeira e incapacidade de seu marido em prover o sustento da família.

Com a abolição da escravatura através da Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, a mão-de-obra deixa de ser escrava e começa a ser formada por trabalhadores livres que vendem sua força de trabalho, escolhendo para quem o farão.

Após o encerramento do ciclo de tráfico de escravos houve escassez da mão-de-obra que foi suprimida com a imigração europeia para a nova República, inicialmente para a área rural (grandes fazendas cafeeiras, açucareiras e algodozeiras) e, posteriormente, para as cidades em expansão, dando início à industrialização do país.

É nesta época que as mulheres passam a ser remuneradas pelo seu trabalho; devendo-se mencionar ainda, que também teve início a desigualdade salarial como explica a autora Claudia Fonseca:

“Não devemos nutrir ilusões quanto à situação da mulher trabalhadora. Em geral, mal ganhava o mínimo necessário para seu próprio sustento, muito menos para manter seus filhos. Os empregadores preferiam as mulheres e crianças justamente porque essa mão-de-obra custava em média 30% menos.”⁸

1.3 Isonomia Constitucional entre Homens e Mulheres

Antes de se entrar no conceito do princípio da isonomia ou igualdade entre homens e mulheres com enfoque na relação de trabalho, importante conceituar ou, ao menos, tentar demonstrar o que se entende por Princípio.

1.3.1 Conceito de Princípio

O conceito gramatical da palavra princípio (derivado do latim *principium*) nos leva a ideia de origem, começo. Pode ser assim definido como “o primeiro instante em que as pessoas ou as coisas começam a existir”. Por outro lado, o

⁸ FONSECA, Claudia. “Ser mulher, mãe e pobre”, in HISTÓRIA DAS MULHERES NO BRASIL, p.518 *apud* SILINGOWSKI CALIL, Léa Elisa. *DIREITO DO TRABALHO DA MULHER – A QUESTÃO DA IGUALDADE JURÍDICA ANTE A DESIGUALDADE FÁTICA*. São Paulo: LTr, 2007. p. 26.

sentido jurídico da palavra quer significar “as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa.”⁹

Os princípios podem ser entendidos, portanto, como uma norma de conformação de conduta, de caráter geral e abstrata, a ser observada por todos e protegida pelos aplicadores da lei.

Ruy Samuel Espíndola transcreve as colocações de José Joaquim Gomes Canotilho, que afirmou que a distinção entre princípios e regras é particularmente complexa.

“Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas – *as regras jurídicas*. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente nos seguintes aspectos:

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (...); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem: as regras antinômicas excluem-se;

(2) conseqüentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’) consoante seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos.

(3) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm ‘fixações normativas’ *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea das regras contraditórias.

(4) os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas)”.¹⁰

⁹ SILVA, De Plácido e. *VOCABULÁRIO JURÍDICO*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984. 4v.

¹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *CONCEITO DE PRINCÍPIOS CONSITUCIONAIS*. 2ª ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.71/72.

Discorre ainda o autor, que “os princípios enquanto normas, desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa.”¹¹

Na lição de Humberto Ávila, “...os princípios estabelecem diretrizes valorativas a serem atingidas, sem descrever, de antemão, qual o comportamento adequado a essa realização.” O autor conclui então que, “os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido”¹².

Exemplo de princípio pode ser observado no artigo 422 do Código Civil Brasileiro que estabelece que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Este princípio estabelece que as partes contratantes devem se comportar com boa fé durante a existência da relação contratual, cabendo a estas o dever de lealdade e colaboração recíproca. Não está claro na redação do texto legal o que se entende por boa fé; caberá ao julgador, dependendo do problema que surge dentro de uma relação contratual discutida, verificar se o comportamento demonstrado pelas partes atende ao princípio que rege essa relação.

Este exemplo, em particular, trata da boa-fé objetiva, que no entendimento de Judith Martins-Costa é aquela caracterizada por uma conduta de retidão, de honestidade, lealdade e dever de cooperação.¹³

¹¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Op. Cit.* p. 77/78.

¹² ÁVILA, Humberto *TEORIA DOS PRINCÍPIOS, DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS*. 11ª edição, revista. São Paulo: Malheiros Editores. 08.2010, p. 79

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO*. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

Este princípio da boa-fé deve ser observado em todas as relações contratuais, inclusive na trabalhista, entre empregador e empregado; devendo ambos se mostrarem leais e colaborativos dentro dessa relação de vínculo de emprego, cada um cumprindo com suas obrigações e observando os direitos da outra parte.

Temos, por princípio, portanto, uma norma genérica, flexível, que será observada de acordo com o caso concreto que se apresenta ao aplicador da lei; trata-se ainda de norma suscetível de ser complementada por uma regra jurídica, esta sim que estabelece uma conduta de comportamento específica e uma sanção pela sua inobservância.

1.3.2 Direitos Fundamentais – primeira, segunda e terceira geração

O princípio da igualdade é um direito fundamental previsto no *caput* do artigo 5º da Carta Magna:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...”

De acordo com Alexandre de Moraes a doutrina classifica os direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda e terceira gerações, levando em conta a ordem cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Para este doutrinador, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), os de

segunda geração correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais, enquanto os de terceira geração são os direitos de solidariedade ou fraternidade.¹⁴

Menciona em sua obra a conclusão que chegou Manoel Gonçalves Ferreira Filho quanto à esta classificação, “a primeira geração seria dos direitos de *liberdade*, e a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.”¹⁵

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães afirma que a Constituição de 1988 foi a primeira a consagrar um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais; afirma ainda que em razão de consagrar os direitos sociais no mesmo tópico de direitos fundamentais ao proporcionar uma expressiva abertura de seu rol de direitos sociais tutelados, pode-se dizer que “além de democrática a Constituição Federal de 1988 é, em sua substância, uma Constituição Social de Direitos.”¹⁶

Na visão de Guimarães, são duas as funções precípuas dos direitos fundamentais, a primeira como limitação do Poder Público que não pode legislar de modo a afrontar tais direitos, e a segunda no que diz respeito à “proteção contra formação de eventuais maiorias políticas capazes de sufocar a voz das minorias existentes.”

Aduz o autor, ao discorrer sobre os direitos de segunda geração:

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *DIREITO CONSTITUCIONAL*. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007. p. 26.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 57 *Apud* MORAES, Alexandre de. *DIREITO CONSTITUCIONAL*. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007. p. 27

¹⁶ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *CLT COMENTADA*. – 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 76/77.

“Por consequência, a consecução de uma sociedade mais justa distributivamente, no conceito aristotélico, promoveu o aparecimento dos direitos de segunda geração, “por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade igual e real para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos.

...

Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. P. 156). Ou ainda, nas palavras de José Afonso da Silva, os direitos sociais, “como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. revista e atualizada. Editora Malheiros, 2008, p. 87).¹⁷

1.3.3 Princípio da Igualdade ou Isonomia

Conforme dito alhures, a previsão desse princípio está inserta no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988 - “*Todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”

Na lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, citada na obra de José Afonso da Silva: “Igualdade Constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.”¹⁸

José Afonso da Silva, entende que as Constituições, desde o Império, estabeleceram como princípio da igualdade a igualdade perante a lei, afirmando

¹⁷ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *Op. cit.* p 86.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 214.

que este enunciado “na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos.”¹⁹

Nos ensinamentos de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães essa é “a igualdade jurídica, formalmente posta; igualdade esta derivada dos preceitos liberais postuladores da máxima que “os homens nascem e permanecem livres e igual em direitos.”²⁰

No entanto, este princípio não é absoluto, significa que os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais, desigualmente, de acordo com sua desigualdade, através de elaboração de normas e regras que busquem a diminuição dessa desigualdade; assim entendida como igualdade material.

Para Sergio Torres Teixeira, “o postulado da isonomia, assim, se manifesta no ordenamento jurídico de duas maneiras. Primeiro, de modo formal, com a submissão de todos os atos aos ditames da lei. Segundo, no plano material, pela vedação a qualquer conduta de natureza discriminatória, seja criadora, seja executora.”²¹

Assim, a Constituição promove a igualdade material ao estabelecer regras que proíbem as distinções fundadas em certos fatores e ao buscar a igualização das condições desiguais, como aquelas insertas no seu art. 7º, XXX e XXXI.²²

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 214

²⁰ GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *Op. cit.* p. 515.

²¹ TEIXEIRA, Sergio Torres. *PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO*. São Paulo: LTr, 1998. p. 371.

²² Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

A não observância do princípio da igualdade gera como consequência a discriminação, que pode ser encontrada de forma acentuada nas relações de trabalho, em razão da liberdade do empregador na gerência de seu negócio; exercendo seu poder sobre a parte mais fraca dessa relação que é o empregado.

Para Teixeira “a igualdade de tratamento na seara da relação de emprego, assim, não significa tratar de forma idêntica o empregado e empregador. Os dois agentes do contrato individual de trabalho são, manifestamente, desiguais. Formal e materialmente.”²³

Não sem razão, a necessidade de uma maior proteção jurídica da parte hipossuficiente, na busca de um equilíbrio de uma relação entre os desiguais.

Finalizando a conceituação e diferença entre igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou real/substancial, podemos dizer que a primeira é aquela determinada pela própria lei, com objetivo de garantir tratamento equânime a todos os indivíduos, independentemente de raça, cor, sexo, religião ou etnia; e a segunda é aquela que tem por finalidade igualar os indivíduos observando-se suas particularidades, estabelecendo normas protetivas de forma a diminuir as desigualdades existentes entre eles.

1.3.3.1 Princípio da Isonomia entre Homens e Mulheres

O princípio da isonomia entre homens e mulheres é tratado na Constituição Federal no artigo 5º, I; segundo o qual homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição.

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

²³ TEIXEIRA, Sergio Torres. *Op. cit.*, p. 374.

Essa norma proíbe a discriminação de gênero de forma mais ampla; por outro lado, o inciso XXX do art. 7º do mesmo diploma legal é um dos exemplos de situação concreta de proibição de tratamento desigual entre homens e mulheres.

No dizer de Alexandre de Moraes, a correta interpretação ao inciso I do art. 5º da Constituição Federal torna inaceitável a utilização do *discriminem* sexo, sempre que o mesmo seja eleito como propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher; aceitando-o porém, quando a finalidade pretendida for atenuar os desníveis.²⁴

Vale dizer que, toda vez que o legislativo cria normas e regras que estabeleçam diferenças no tratamento entre homem e mulher, o faz tão somente com o intuito de proteção da mulher no sentido de atenuar tais diferenças de tratamento em razão das particularidades do próprio gênero, como por exemplo ao determinar o intervalo de descanso de 15 minutos para a mulher previsto no artigo 384 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), antes do início do labor extraordinário, recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O objetivo desta norma foi de proporcionar à mulher um tempo de recuperação antes do trabalho extraordinário, em primeiro lugar porque há entendimento de que a resistência física da mulher é menor que a dos homens havendo necessidade de se prover um descanso para recuperação de energia antes da prorrogação da jornada, e também, porque é sabido que a mulher acumula suas atividades laborais com as atividades externas, realizadas com o cuidado da casa e cuidado dos filhos, a chamada “dupla jornada”, que normalmente é realizada sem auxílio do homem.

²⁴ *Op.cit.* p. 34.

Percebe-se portanto, que o tratamento desigual previsto na norma, nesta hipótese, teve a intenção de proteger a mulher e não de discriminá-la, em razão do sexo.

Muito se fala da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, mas esse tratamento igualitário ainda está muito distante do que vemos cotidianamente nas relações de emprego.

Para efeito de proteção legal à mulher, no campo do direito do trabalho, observa-se duas particularidades com relação ao gênero: a) compleição física distintas que influencia inclusive na impossibilidade de a mulher levantar pesos excessivos e, b) com relação ao período de gravidez e pós parto - uma diferença de fundo biológico em razão de ser uma condição inerente à mulher, só ela tem capacidade para engravidar e ter filho.

Luciano Martinez, em sua obra Curso de Direito do Trabalho nos ensina que apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiológica e psicologicamente dessemelhantes, razão pela qual, sendo apenas formalmente iguais, nos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique uma violência à isonomia, mas sim um tratamento desigual com foco corretivo da desigualdade.²⁵

Mas, o que se percebe é que com o objetivo de proteção ao trabalho da mulher, as legislações protetivas produziram efeito contrário ao esperado, pois, mais do que protegê-la, acabaram por discriminá-la, reduzindo-lhe a possibilidade de brigar de forma isonômica com os homens por uma colocação no mercado de trabalho.

²⁵ *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO: RELAÇÕES INDIVIDUAIS, SINDICAIS E COLETIVAS DO TRABALHO*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 747.

Essa discriminação pode ser claramente observada quando se trata da proteção da mulher com relação à gravidez e estabilidade pós-parto.

Sob justificativa de que a gestante traz um custo maior para o empregador, que precisará contratar outra pessoa para substituí-la no período pós parto, há preferência na contratação de trabalhador do sexo masculino; ou então, a fim de que seja compensado esse “custo extra”, paga-se menos pelo trabalho da mulher, ainda que as funções desempenhadas sejam exatamente as mesmas por ambos os sexos.

Na afirmação de Léa Elisa Calil Silingowschi:

“A realidade da mulher que trabalha é de discriminação. Quando tem um emprego, enfrenta preconceitos de colegas do sexo masculino, de seus superiores, algumas vezes de clientes, enfrenta mais dificuldades para alcançar postos de chefia, o chamado teto de vidro, e é mais comumente vítima de assédio sexual ou moral. Além desses percalços, seu trabalho é visto como mais descartável, isto é, em geral as mulheres são desempregadas primeiro.”²⁶

Alice Monteiro de Barros nos ensina em sua obra que “a ideia de pessoa é incompatível com a desigualdade entre elas”, e, mais a frente, que “a não discriminação é, provavelmente, a mais expressiva manifestação do princípio da igualdade, cujo reconhecimento, como valor constitucional, inspira o ordenamento jurídico brasileiro no seu conjunto.”²⁷

Por inércia do Estado, na época de Revolução Industrial, ante sua não-intervenção nas relações de trabalho e em razão dos abusos praticados e da exploração do trabalho da mulher, vislumbrou-se a necessidade de se assegurar

²⁶ *Op.cit.* p.93.

²⁷ *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO.* p. 732

condições mínimas de trabalho para a mão-de-obra feminina, com a edição de várias legislações protetivas.

No entanto, interpretou-se de forma errônea a legislação protetiva, entendendo que todas essas restrições ao trabalho da mulher acabavam por atrapalhar sua contratação, auferindo maiores custos aos empregadores, razão pela qual, tornou-se cada vez mais difícil seu ingresso e manutenção no mercado de trabalho.

Assim, na busca constante para nivelar a desigualdade existente entre homem e mulher, caminha o Direito do Trabalho.

Ainda há muito a ser feito para que haja tratamento verdadeiramente isonômico entre homens e mulheres na relação de emprego; entretanto, observa-se que, no decorrer dos tempos algumas das legislações excessivamente protetivas foram sendo suprimidas, como por exemplo, a proibição do trabalho da mulher em horário noturno, a fim de se evitar a discriminação ou diminuir a possibilidade da mulher de brigar, em igualdade de condição com o homem, por um espaço equânime no mercado de trabalho, conforme será demonstrado adiante.

1.4 Evolução Legal de Proteção ao Trabalho da Mulher no Brasil

Em razão da exploração do trabalho feminino nas indústrias (Revolução Industrial) que lhes exigia jornadas extenuantes, salários baixos, trabalhos em condições absolutamente prejudiciais à sua saúde, obrigando-a a se submeter a todo tipo de situação para não perder o emprego; começaram a surgir as legislações que tratam do trabalho da mulher.

A primeira tentativa de se editar uma norma protetiva da mulher ocorreu em 1912 com um projeto de Código do Trabalho, que segundo Silingowschi, embora tenha sido discutido por 30 anos, jamais foi aprovado.²⁸

Dentre as previsões destacava-se: possibilidade de contratar emprego sem necessidade de autorização marital; proibição de trabalho noturno; jornada de oito horas diárias; possibilidade de se licenciar entre 15 e 25 dias antes do parto e até 25 dias depois com garantia de retorno ao trabalho, percepção de 1/3 do salário no primeiro período e metade no segundo.

A fim de facilitar a visualização das alterações legislativas brasileiras que tratam do tema, apresentamos a seguir um quadro demonstrativo:

LEGISLAÇÕES	PREVISÕES LEGAIS DO TRABALHO DA MULHER
Lei Estadual n.º 1596 de 29/12/1917 (São Paulo)	Proibiu trabalho de mulheres em estabelecimentos industriais no último mês de gravidez e no primeiro após o parto.
Decreto n.º 16.300 de 21/12/1923 (âmbito federal)	Facultava às mulheres (empregadas de estabelecimentos industriais) descanso de 30 dias antes e 30 dias após o parto; Facultava às empregadas a amamentação dos filhos, sem estabelecer a duração deste intervalo; Prevvia criação de creches ou salas de amamentação próximas à sede dos estabelecimentos; Criação de <i>caixas</i> para auxílio de mães pobres.
Decreto n.º 21.417-A de 17/05/1932	Proibição trabalho noturno (22 às 5 horas); Proibição de trabalho em locais insalubres, perigosos e subterrâneos, em pedreiras e obra de construção pública;

²⁸ *Op. cit.* p. 27.

	Igualdade salarial para trabalho de igual valor sem distinção de sexo; Descanso obrigatório de 4 semanas antes e 4 semanas após o parto, podendo ser prorrogado por mais duas semanas mediante atestado médico, em casos excepcionais; Assegurado o retorno à mesma função exercida antes da licença; Auxílio durante afastamento, metade da média dos seis últimos vencimentos pagos pelo caixa da seguridade social ou na falta deste, pelo empregador; Dois intervalos de meia hora cada para amamentação, durante os seis primeiros meses de vida da criança; Estabelecimentos com mais de 30 empregadas acima de 16 anos deveria manter local apropriado para o aleitamento; Possibilidade de a empregada grávida romper o contrato de trabalho desde que comprovada que a atividade era prejudicial à gravidez; Proibição de demissão da grávida por este motivo; Descanso de 2 semanas para caso de aborto não-criminoso;
Constituição Federal de 1934	Jornada diária de 8 horas; Descanso semanal; Férias anuais remuneradas; Igualdade de salário entre homens e mulheres; Proibição de trabalho feminino em locais insalubres; Assistência médica e sanitária à gestante; Garantia de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do emprego e do salário;
Constituição Federal de 1937	Proibição de trabalho da mulher em indústrias insalubres;

	Garantia de assistência médica e sanitária à gestante; Garantia de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo de salário; Omissão quanto à garantia de emprego da gestante NÃO prestigiou a igualdade de salário entre homem e mulher
Decreto n.º 2548 de 31/08/1940	Autorizou diferença salarial entre homens e mulheres no seu artigo 2º: Para os trabalhadores adultos do sexo feminino, o salário mínimo, respeitada a igualdade com o que vigorar no local, para o trabalhador adulto do sexo masculino, poderá ser reduzido em 10% (dez por cento), quando forem, no estabelecimento, observadas as condições de higiene estatuídas por lei para o trabalho de mulheres.
Consolidação das Leis Trabalhistas/1943	A CLT tratou apenas de compilar as legislações protetivas do trabalho da mulher até então existentes.
Decreto-Lei n.º 6353 de 20/03/1944	Admitiu o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos e em apenas algumas atividades.
Constituição Federal de 1946	Proibia a diferença salarial em razão do sexo; Vedava trabalho das mulheres em indústrias insalubres; Assegurava o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário; Reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante; Prevvia a previdência em favor da maternidade.
Constituição Federal de 1967	Além dos direitos já previstos, a mulher passou a ter direito à aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com direito ao salário integral; Proibiu critérios de admissão diferentes por motivos de sexo, cor ou estado civil.
Decreto-Lei n.º 229 de 28/02/1967	Alterou alguns dispositivos que tratavam do trabalho da mulher, permitindo regime de compensação de horas somente por acordo coletivo;

	Modificou artigos 389 e 392 da CLT para proporcionar à mãe locais para guarda, vigilância e assistência dos filhos no período de amamentação; Proibição do trabalho da mulher quatro semanas antes e oito após o parto.
Emenda Constitucional n.º 1 de 17/10/1969	Manteve os direitos da mulher previstos na CF de 1967.
Lei n.º 6.136 de 07/11/1974	Transferiu responsabilidade do pagamento da licença-maternidade para a Previdência Social, retirando a obrigação do empregador pelo pagamento dos salários do período.
Lei n.º 7.189 de 04/06/84	Deu nova redação ao artigo 389 da CLT para permitir o trabalho noturno da mulher maior de 18 anos, com exceção ao emprego em empresas ou atividades industriais
Constituição federal de 1988	Manteve autorização trabalho da mulher em período noturno e também permitiu trabalho em local insalubre; Alterou período de licença de gestante para 120 dias (antes era de 84); Previu a garantia de emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto; Proteção do mercado de trabalho da mulher; com incentivos específicos a serem determinados em lei; Manteve proibição de diferença de salários por motivo de sexo, assim como critérios de admissão por motivo de sexo, cor ou estado civil.
Lei n.º 7.855 de 24/10/1989	Revogou artigos 374, 375, 379, 380 e 387 que proibiam o trabalho noturno da mulher e especificavam certas condições; que tratavam da prorrogação e compensação do trabalho da mulher e revogou proibição do trabalho da mulher em pedreiras, construções públicas e particulares, minerações em subsolo, serviços perigosos e insalubres.
Lei 9.029 de 13/04/1995	Vedou a exigência de atestado de gravidez ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez, para efeito de admissão ou manutenção do emprego; Criminalizou essa prática prevendo fixação de penas no caso de transgressão a esta lei.

	Propiciou o rompimento do liame laboral pela empregada com previsão de pagamento de indenização por dano moral pelo ato discriminatório; No caso de dispensa discriminatória a empregada poderia optar pela reintegração no emprego com pagamento de salário dos meses de afastamento ou percepção em dobro da remuneração do período de afastamento.
Lei n.º 9.799 de 26/05/1999	Manteve as proibições da Lei 9029/95 e acrescentou a proibição de anúncios de emprego que façam referência à sexo, idade, cor e situação familiar; Proibição de revista íntima nas empregadas, pelo empregador ou preposto; Garantia à gestante, de mudança de função durante a gestação, se as condições de saúde assim exigirem, retornando à mesma função posteriormente ao parto e dispensa do horário de trabalho para realização de consultas médicas (no mínimo seis) e exames complementares.
Lei 10.421 de 15/04/2002	Alterou artigo 392 da CLT: Licença-maternidade em 120 dias (já existia essa previsão); Notificação do empregador do início do afastamento, mediante apresentação de atestado médico pela empregada, que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste; Autorizou períodos de repouso antes e após o parto por 2 semanas, em cada um, mediante atestado médico; Previu direito de 120 dias de licença-maternidade no caso de parto antecipado Além disto acrescentou o artigo 392 – A ao texto legal, estendendo a licença-maternidade à mulher adotante ou que obtenha guarda judicial para fins de adoção, estabelecendo critérios de dias de licença conforme a idade da criança adotada podendo ser de 120, 60 ou 30 dias.
Lei n.º 11.340 de 07/08/2006 Lei Maria da Penha	Essa lei estabeleceu no § 2º do artigo 9º que por determinação do juiz estará assegurado

	à mulher que se encontre em situação de violência doméstica e familiar a possibilidade de se ausentar de seu trabalho por seis meses, sem que possa ser apenada com a dispensa por justa causa em razão de abandono do trabalho.
Lei n.º 11.70 de 09/09/2008	Criou o programa Empresa Cidadã, para o fim criar incentivos fiscais para as empresas que aderirem a este programa, com o intuito de que a licença-maternidade seja prorrogada em 60 dias; Obs.: A Lei 13.257 de 08/03/2016 alterou essa lei para acrescentar ao empregado o direito à prorrogação aqui prevista.
Lei 12.873 de 24/10/2013 ***	Acrescentou o § 5º ao artigo 392-A para o fim de determinar que a licença-maternidade será concedida a apenas um dos adotantes ou guardiães, empregado ou empregada, no caso de adoção ou guarda judicial conjunta Acréscimo do artigo 392-B para assegurar ao cônjuge ou companheiro o direito ao gozo de licença-maternidade pelo período integral ou parte deste, no caso de falecimento da mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou seu abandono. O artigo 392-C previu ainda garantia do disposto nos artigos 392-A e B ao empregado que adotar ou obtiver a guarda judicial
Lei Complementar 150 de 01/06/2015 Lei dos Domesticos	Acrescentou direitos aos domésticos (homem emulher), no que diz respeito à jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais; Adicional noturno; Horas extraordinárias com valor superior à hora normal; Hora noturna reduzida; Ingresso do sistema do FGTS; Garantia de emprego à gestante, nos termos do artigo 10, II “b” do ADCT; Direito ao seguro desemprego
Lei n.º 13.467 de 13/07/2017	Inclusão do art. 394-A determinando o afastamento da mulher grávida de atividades insalubres, em grau máximo, no período de gestação (inciso I); em grau médio e mínimo, com a apresentação de atestado médico recomendando o afastamento durante a gestação (inciso II); afastamento da lactante de atividades insalubres, em qualquer grau, mediante apresentação de atestado médico (inciso III).

	Determinou que a empresa pague o adicional de insalubridade à gestante e lactante, efetivando-se a compensação, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço (§ 2º) O § 3º diz que se a empregada gestante ou lactante, afastada em razão da insalubridade, não possa exercer atividade em local salubre da empresa, se tratará de hipótese de gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, durante todo o período do afastamento.
Medida Provisória 808 de 14/11/2017 (perdeu vigência em 23/04/2018)	Alterou o artigo 394-A e §§ 2º e 3º da Lei 13.467/17 que trata da atividade insalubre pela gestante. <u>Art. 394-A.</u> A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade <u>§ 2º</u> O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades. <u>§ 3º</u> A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

*** Obs.: Ainda que esta lei trate basicamente de direitos do cônjuge/companheiro/adotante, importante ressaltar sua importância por dizer respeito à licença-maternidade em razão de gravidez, condição inerente da mulher, muito embora também trate de direito do adotante empregado e empregada (É, da mesma forma, proteção do trabalho da mulher).

2. GARANTIA DE EMPREGO, GARANTIA NO EMPREGO E ESTABILIDADE (DEFINITIVA E PROVISÓRIA)

Antes de se tratar da diferença entre garantia de emprego, garantia no emprego e do instituto da estabilidade, necessário se faz definir o que se entende por emprego.

Para Antônio da Silva “a palavra “emprego”, além do sentido comum de uso ou aplicação (como o emprego do tempo, emprego de um objeto, de um vocábulo), significa também cargo, função, ocupação em serviço particular ou público, colocação e por extensão, o lugar onde se exerce o emprego.”²⁹

Aduz o autor que “emprego é, pois, o lugar ocupado pelo trabalhador no processo produtivo.”³⁰

A existência do emprego interessa a todos em nível coletivo, posto que a ausência deste afeta a sociedade de um modo geral ao impedir ou estagnar o desenvolvimento econômico daquele determinado lugar, e individualmente o trabalhador, que se sente inferiorizado, contraproducente e sem condições de dar suporte para seus familiares.

Somente a existência do trabalho pode impedir essa situação, razão pela qual há uma preocupação do Estado em estabelecer diretrizes que permitem ao trabalhador a obtenção do emprego e a sua manutenção no mesmo, sendo, neste

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. “Novo Dicionário da Língua Portuguesa”, 2ª edição, Rio, Nova Fronteira, 1986 *apud* SILVA, Antônio Álvares da. *PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA NA NOVA CONSTITUIÇÃO*, 2. Ed. – São Paulo: LTr, 1992. p. 37.

³⁰ *Op. cit.* p. 38.

último aspecto, através da proteção prevista no Direito do Trabalho, em limitar o direito potestativo do empregador em romper o liame empregatício.

2.1 Diferença entre Garantia de Emprego e Garantia no Emprego – Estabilidade

A garantia de emprego tem maior ligação com a ordem econômica e financeira do Estado na medida que, para desenvolvimento deste, é necessária a produção de trabalho pelos indivíduos que compõem determinada sociedade.

No dizer de Jether Gomes Aliseda, entende-se por garantia de emprego “o esforço desempenhado pelo Estado e seus integrantes no sentido de se promover a colocação no mercado de trabalho do maior número possível de pessoas aptas a desempenhar o encargo laborativo.”³¹

A garantia de emprego é aplicável, portanto, à coletividade e não ao indivíduo, de forma particular.

Segundo o entendimento de Antônio Álvares da Silva, “as expressões ‘proteção ao emprego, garantia do emprego e direito ao trabalho’ devem ser afastadas do âmbito do Direito do Trabalho e limitar-se ao campo do Direito Público e do Direito Econômico, para designarem as medidas que nestes setores forem tomadas em relação à política do emprego.”³²

³¹ ALISEDA, Jether Gomes. *ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO: UMA VISÃO CRÍTICA*. São Paulo: LTr, 2001. p. 65.

³² *Op. cit.* p. 40.

Medidas estas, afirma o autor, que podem traduzir uma melhor política salarial, medidas anti-inflacionárias, condições ambientais mais puras e melhores (salubres e não perigosas, etc), de forma que a garantia de emprego seja entendida como meio apto de obter a sobrevivência da classe trabalhadora.³³

Por outro lado, a garantia no emprego pode ser entendida como a garantia de o empregado se manter em determinado emprego, ainda que contra a vontade do empregador. É a garantia de manutenção da relação empregatícia, seja de forma provisória ou definitiva.

Sob esta óptica, a garantia no emprego equivaleria ao instituto da estabilidade, provisória ou definitiva, que poderia ser classificada como sendo espécie da garantia de emprego, ligada à política econômica e social.

Jair Aparecido Cardoso traz em sua obra “A estabilidade no Direito do Trabalho”, alguns conceitos de juristas de escol como Amauri Mascaro Nascimento, que prefere utilizar as expressões estabilidade do emprego e estabilidade no emprego, definindo estabilidade do emprego como sendo “*fruto de uma política geral que se caracteriza pelo conjunto de medidas do Governo destinadas a fazer com que não falte trabalho na sociedade*”, enquanto a estabilidade no emprego visa a garantir o próprio emprego.³⁴

Cita ainda a definição de Francisco Ferreira Jorge, que entende haver diferença entre garantia de emprego e garantia no emprego; diz ele que “*a primeira refere-se à política de governo, enquanto a segunda, para alguns, equivale à estabilidade provisória.*”³⁵

³³ *Op. cit.* p. 40.

³⁴ CARDOSO, Jair Aparecido. *A ESTABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO*. São Paulo: LTr, 2008. p. 32.

³⁵ *Ibidem.* p. 32.

2.2 Conceito, Modalidade e Classificação de Estabilidade

A palavra estabilidade, de origem latina, *stabilitate* – *stabilitas*, em seu sentido genérico comporta várias acepções, traduz qualidade de estável, sentido de firmeza, solidez, segurança, imobilidade, condição do que se mantém constante, invariável.³⁶

Nos interessa aqui a concepção jurídica do termo estabilidade, que pode ser entendido como a condição adquirida pelo empregado de manutenção no seu emprego, independentemente da vontade do empregador.

A estabilidade é um instituto protecionista diretamente ligado ao princípio maior que rege o Direito do Trabalho; o princípio da continuidade da relação de trabalho.

A estabilidade é, portanto, uma modalidade restritiva do direito potestativo do empregador em proceder a dispensa do empregado, enquanto não ocorrer uma causa relevante prevista em lei, que justifique a rescisão do contrato de trabalho.

Sergio Torres Teixeira, com base em Arnaldo Süssekind afirma que “o conjunto de medidas assecuratórias da estabilidade definitiva no emprego, por sua vez, é apontado como o principal instituto protecionista do Direito do Trabalho, por representar a conquista efetiva de segurança almejada por todo trabalhador hipossuficiente.”³⁷

³⁶ Cardoso. *Op. cit.* p. 29

³⁷ *Op. cit.* p. 232

Em sua CLT Comentada, diz Guimarães: “para efeitos trabalhistas, o instituto da estabilidade indica uma vinculação empregatícia que não pode ser rompida por verificação tão somente da vontade particular do empregador, ou, ainda, não sem antes da consumação de uma série de requisitos específicos para tanto.” Em outro trecho, afirma ainda que se constitui como a mais larga segurança possível de se atribuir a qualquer trabalhador sob o ponto de vista – estritamente - jurídico.³⁸

Quanto à sua modalidade, a estabilidade jurídica pode ser dividida em duas categorias no que tange à duração do direito de permanecer no emprego.

A primeira categoria é a estabilidade definitiva ou absoluta, aquela que uma vez obtida, integra o patrimônio jurídico do empregado tornando-se um direito adquirido sem prazo de duração delimitado e sem vinculação a qualquer situação transitória. Contrariamente à estabilidade provisória ou relativa, segunda classificação, que corresponde a uma garantia cuja vigência é limitada no tempo, decorrente de uma situação transitória especial em que se encontra o empregado.³⁹

Cardoso, definindo a estabilidade como sendo definitiva ou provisória, afirma que:

“Ambas são garantias de emprego, assegurados por lei ou contrato. A primeira tem caráter mais abrangente, objetivando a inserção efetiva do trabalhador no mundo do trabalho, trazendo-lhe a garantia de que não poderá ser demitido pela livre iniciativa do empregador.

A outra tem caráter mais temporal, em função de alguma situação jurídica ou social a ser tutelada, tornando sua denominação imprópria, mas condizente com a realidade jurídica que dá uma garantia temporária de emprego aos empregados, em determinadas situações.”⁴⁰

³⁸ *Op. cit.* pp. 869 e 871.

³⁹ TEIXEIRA. *Op.cit.* p. 232.

⁴⁰ CARDOSO. *Op. cit.* p. 34.

No que diz respeito à classificação, a estabilidade pode ser: a) constitucional (cipeiro, gestante e dirigente sindical); b) legal, prevista em legislação ordinária (arts. 492 a 500 da CLT) e c) contratual: prevista no contrato de trabalho, regulamento de empresa, convenções ou acordos coletivos.⁴¹

2.3 Estabilidade Definitiva

2.3.1 Conceito e requisitos para aquisição

A estabilidade definitiva ou absoluta é aquela que impede a despedida do empregado sem que haja uma causa justificada, importando no direito adquirido do empregado na continuidade da relação empregatícia. A dispensa do empregado que goza do direito a esta estabilidade lhe dá o direito a reintegração no emprego.

A estabilidade definitiva não tem apelo financeiro, mas sim a proteção ao posto de trabalho, ao emprego; daí não se cogitar da hipótese de indenização.

No caso da estabilidade própria ou definitiva, a rescisão do contrato de trabalho só era permitida na hipótese de justa causa ou no caso de encerramento de atividade empresarial.

O fundamento legal da estabilidade definitiva está inserto no artigo 492 da CLT⁴², a chamada estabilidade decenal, que representa a duração do período de tempo do empregado na mesma empresa, para sua aquisição, vantagem instituída por lei, portanto.

⁴¹ MARTINS, Sergio Pinto. *DIREITO DO TRABALHO* – 29.ed. – São Paulo: Atlas, 2013.p. 452.

⁴² Art. 492 – O empregado que contar com mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.

Três eram os requisitos para a aquisição da estabilidade decenal: i) trabalhador urbano, excluídos os domésticos e rurais e aqueles em cargo de confiança; ii) completar dez anos de tempo de serviço e iii) prestação de serviços no período de carência para o mesmo empregador.

Importante mencionar que em razão da ocorrência de dispensas impeditivas ao direito de aquisição da estabilidade definitiva, o Tribunal Superior do Trabalho editou o antigo Enunciado n. 26 (hoje já cancelado), reduzindo o período para aquisição dessa estabilidade a 9 anos.

Súmula n. 26 do TST

Estabilidade (cancelada) – Res. 121/2003, DJ 19,20 e 21.11.2003.)

Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa.

Alguns autores, dentre eles, Mauricio Godinho Delgado, entendem que a Constituição de 1988 revogou a estabilidade celetista, com a universalização do sistema do FGTS a todos os contratos individuais de trabalho, conforme se mostrará adiante.⁴³

2.3.2 Procedimento para dispensa do empregado estável

Muito embora se tratasse de estabilidade definitiva, existia, como via, de exceção, a possibilidade de se despedir o empregado estável em duas hipóteses legalmente previstas (art. 492 da CLT).

⁴³ DELGADO, Mauricio Godinho. *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO*. - 12.ed. – São Paulo: LTr, 2013. p. 1280.

A dispensa só poderia ocorrer mediante procedimento de apuração da falta grave através de inquérito formal instaurado perante a Justiça do Trabalho; durante este período o empregado poderia ser suspenso das funções até decisão final do processo. Não sendo reconhecida a falta grave o empregado seria reintegrado ao seu emprego, com pagamento dos salários devidos no período da suspensão, ou; não sendo possível a reintegração; haveria uma indenização pela rescisão do contrato, em dobro do que aquela devida ao empregado despedido sem justa causa (arts. 494 a 496 da CLT).⁴⁴

A segunda possibilidade de rescisão do contrato do empregado estável ocorria na hipótese de força maior, cuja definição encontra-se fundamentada nos artigos 501 da CLT, e a indenização prevista a este empregado, no artigo 502, I do mesmo diploma legal.⁴⁵

2.3.3 Estabilidade decenal e FGTS

2.3.3.1 Breve histórico da Estabilidade Decenal

⁴⁴ Art. 494 – O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Parágrafo único. A suspensão, no caso, perdurará até final decisão.

Art. 495 – Reconhecida a inexistência de falta grave praticada pelo empregado, fica o empregador obrigado a readmiti-lo no serviço e a pagar-lhe os salários a que teria direito no período da suspensão.

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

⁴⁵ Art. 501 – Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§1.º - A imprevidência do empregador exclui a razão da força maior.

§2.º - À ocorrência do motivo da força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo.

Art. 502 – Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa ou de um dos estabelecimentos que trabalhe o empregado, é assegurado a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:

I – sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478;

.....

O instituto da estabilidade ingressou no sistema normativo, inicialmente no campo do serviço público na Constituição do Império de 1824, posteriormente, estendeu-se aos juízes e oficiais do exército e da armada (CF/1891); por fim ampliou seu alcance a todos os funcionários públicos que alcançassem dez anos de efetivo serviço no cargo.⁴⁶

Nas lições de Arnaldo Süssekind, conforme descrição de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães em sua CLT Comentada:

“Fora do âmbito dos funcionários públicos, a primeira categoria profissional a gozar, no Brasil, do direito de estabilidade foi a dos *ferroviários*. Tal garantia lhes foi assegurada, após dez anos de serviços efetivos, pelo art. 42 da Lei n. 4682, de 24.1.23. Relewa realçar que essa lei, denominada *Eloy Chaves*, em homenagem ao seu autor, visou à criação de Caixas de Aposentadoria e Pensões junto às empresas de navegação *marítima ou fluvial* e às de exploração de *portos*. Quatro anos depois, com o Decreto n. 20.465 de 1º.10.30, o sistema foi aperfeiçoado e estendido às empresas de serviços de *transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafo, portos, água e esgoto*, quando explorados diretamente pela União, Estados ou Municípios, ou por empresas, agrupamento de empresas ou particulares. Em 1932, foi esse regime estendido aos serviços de *mineração* pelo Decreto n. 22.096. Todas essas leis asseguraram a estabilidade decenal aos empregados das mencionadas empresas.

Com a criação dos grandes Institutos da Previdência Social, continuaram as respectivas leis a dispor sobre a estabilidade no emprego dos integrantes dos correspondentes grupos de segurados: IAP dos *marítimos* – Decreto n. 22.872, de 1933; IAP dos *Comerciários* – Decreto n. 24.273, de 1934; IAP dos *Bancários* – Decreto n. 24.615. Este último diploma, porém, fixou em *dois anos* o tempo previsto para aquisição da estabilidade do bancário.

Somente com a Lei n. 62, de 5.6.35, o instituto da estabilidade deixou de ser tratado num diploma de previdência social. Essa lei estendeu o direito de estabilidade, após um decênio de serviço efetivo, a *todos os empregados* que ainda não possuíam tal garantia, *excetuados os trabalhadores rurais e domésticos*.

Com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º.5.43, foi uniformizada a legislação pertinente à estabilidade no emprego, passando os bancários a adquiri-la após dez anos de serviço. A Consolidação, entretanto, respeitou não só o direito adquirido, mas a própria expectativa de direito dos bancários admitidos

⁴⁶ TEIXEIRA. *Op. cit.* p. 233

antes de sua vigência, aos quais assegurou a estabilidade após um biênio de serviço (art. 919).⁴⁷

A partir de então, todo o empregado que completasse dez anos de serviço para o mesmo empregador, adquiria a estabilidade definitiva, podendo haver a rescisão de seu contrato de trabalho, tão somente nas hipóteses previstas nos artigos 494 e 497 da CLT.

2.3.3.2 Do FGTS x Estabilidade Decenal

Com a instauração do Regime Autoritário de 1964 e as críticas ao instituto da estabilidade pelos empresários que o tinham como rígido, excessivo e alegando que afetava a produtividade, haja vista o fato de que o empregado estável, certo de sua permanência no emprego, se tornaria indisciplinado e menos produtivo; foi criado o mecanismo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em 1966, através da Lei 5.107 de 13.9.1966 (regido na atualidade pela Lei 8.036/90).

Por este sistema, os empregados e os optantes, teriam direito a um depósito mensal de 8% do valor de seu salário em uma conta vinculada.

A opção por este sistema automaticamente excluiria o empregado do sistema das indenizações crescentes por tempo de serviço previsto na CLT, bem como implicava em abrir mão da estabilidade decenal. Por outro lado, teria direito ao saque do Fundo de Garantia no caso de dispensa desmotivada, acrescido de um percentual equivalente a 10% do montante total depositado, percentual este alterado para 40% na CF/88.

⁴⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Instituições de direito do trabalho, 22.ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho, São Paulo: Editora LTr, 2005, Vol. I, p. 694-695 *apud* GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Feitas. CLT COMENTADA. – 2. ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p.870-871.

No ensinamento de Sergio Pinto Martins, o FGTS teve como finalidade assegurar um numerário para garantir a subsistência do empregado no caso de dispensa sem justa causa, mas não só isso, tinha como objetivo também, financiar o Sistema Financeiro da Habitação através dos recursos arrecadados e, como fim último, proporcionar ao empregador a possibilidade de dispensar seu empregado, pagando-lhe uma indenização sobre os depósitos do FGTS, evitando o problema que as empresas tinham com estabilidade de empregados, que acarretava um custo muito maior para sua dispensa, em razão da indenização em dobro.⁴⁸

Com o advento da Constituição Federal de 1988, deixou de existir a possibilidade de opção pelo sistema, que em razão de sua universalização, passou a ser um direito inerente a todo contrato de trabalho, inclusive do empregado rural. Na época, manteve-se a exclusão do empregado doméstico deste sistema, que foi devidamente integrado ao mesmo com a edição da Lei Complementar n.º 150, de 01.06.2015, passando a ser obrigatória sua inclusão ao sistema do FGTS a partir de outubro do mesmo ano.

Diante das alterações legislativas ocorridas entre o advento da CLT e a Constituição Federal de 1988, pode-se afirmar que a figura da estabilidade passou por três estágios distintos:

“...em primeiro momento, lapso esse compreendido entre 1943 e 1966 – data da publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio, e edição da Lei 5.107, de 13 de setembro, instituidora do denominado Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, respectivamente, - , a possibilidade de estabilidade definitiva era auferível, sendo seus contornos dados pelo Capítulo VII (Da Estabilidade) do Diploma Laboral; em segundo momento, percorrido entre 1966 a 1988 – edição da citada lei instituidora do FGTS e a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro, respectivamente -, convivia-se sob a égide normativa de duas possibilidades distintas, alternativamente oferecidas ao trabalhador: ou regulado seu contrato de emprego por prazo indeterminado pelas vias normais da estabilidade definitiva da CLT e seus contornos, ou então socialmente garantido sua figura pelos depósitos mensais, a cargo do empregador, de 8% (oito por cento) sobre sua remuneração em conta criado para esse fim, desde o seu primeiro ano de serviço (FGTS); e em

⁴⁸ MARTINS. *Op. cit.* p. 497.

terceiro momento, que se inicia com a edição da Carta Magna em 1988 e se estende até os dias atuais, em que se verifica uma extensão irrestrita do regime de FGTS a todos os trabalhadores (art. 7º, III, CF/1988), restando somente o respeito ao direito adquirido daqueles empregados que, em momento anterior à promulgação de referida Carta Magna, optaram pelo regime da estabilidade plena – decenal – da CLT, sendo ainda normados, assim, por suas disposições próprias.”⁴⁹

Assim, a doutrina e jurisprudência pacificaram entendimento de que a universalização do FGTS prevista na CF/88 acabou por revogar o antigo sistema estabilitário decenal e de garantia por tempo de serviço da CLT, principalmente em razão dos textos insertos nos incisos I e III do artigo 7º da Carta Magna.⁵⁰

Não obstante, é certo ainda que, muito embora a estabilidade definitiva legal prevista no artigo 492 da CLT tenha sido tacitamente revogada pelos textos constitucionais mencionados acima, nada impede que esta estabilidade possa ser inserida nos instrumentos normativos (acordos e convenções coletivas), em regulamento de empresa, e/ou no próprio contrato individual de trabalho como forma de acordo direto entre patrão e empregado; assim como ocorre com outras formas de garantia de emprego, a chamada estabilidade provisória, que será abordada a seguir.

Nesse sentido a posição do Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula 98, II: “A estabilidade contratual ou a derivada de regulamento de empresa são compatíveis com o regime do FGTS. Diversamente ocorre com a estabilidade legal (decenal, art. 492 da CLT), que é renunciada com a opção pelo FGTS.”

⁴⁹ GUIMARÃES. *Op. cit.* p. 871-872.

⁵⁰ Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I – relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

II - ...

III – fundo de garantia do tempo de serviço.

2.4 Estabilidade Provisória

Nos termos do que foi dito anteriormente, “entende-se por estabilidade legal provisória a vedação temporária ao direito patronal de resilir, justificada por específicos e transitórios fatos geradores. Ao contrário do que ocorre com a estabilidade definitiva, a provisória vale apenas por tempo determinado e está adstrita a um acontecimento, previsto em lei.”⁵¹

É certo dizer, portanto, que a limitação para a dispensa deste empregado, limita-se ao período em que se encontra sob determinado acontecimento, sendo possível sua dispensa após referido período, sem qualquer indenização ou compensação adicional.

Havendo a dispensa irregular nos casos de estabilidade provisória, caberá ao empregador reintegrar o empregado ao seu posto de trabalho, além do pagamento da indenização dos salários do período que ficou afastado, ou ainda, tendo decorrido o prazo da reintegração, o empregado fará jus à indenização substitutiva desde a data da dispensa até o período final estável.

Nossa legislação prevê as seguintes formas de garantia de emprego/estabilidade provisória: 1) Constitucionais: a) empregada gestante/adotante (ADCT, art. 10, II, b c/c art. 391-A e seguintes da CLT); b) membros da CIPA (ADCT, art. 10, II a); c) empregado dirigente sindical (CF/88, art. 8º, VIII c/c art. 543, § 3º da CLT); 2) Legais: a) empregado dirigente de cooperativa (Lei. 5.764, de 16.12.71, art. 55); b) empregado acidentado (Lei 8.213, de 24.07.1991, art. 118); c) empregado membro do Conselho Curador do FGTS (Lei 8.036 de 11.05.1990, art. 3º, §9º); d) empregado membro da Comissão de Conciliação Prévia (art. 625-B, §1º c/c art. 625-B, I da CLT); e) membro trabalhador

⁵¹ MARTINEZ, Luciano. *Op. cit.* p. 717.

do Conselho Nacional de Previdência Social (Art. 3º, § 7º da Lei n. 8.213/91; f) servidor público celetista na circunscrição do pleito e empregados públicos em período pré-eleitoral (Art. 73, V da Lei n. 9.504/97); g) pessoas com deficiência ou beneficiário reabilitado (Art. 93, § 1º da Lei n. 8.213/91); h) aprendiz (Art. 433 da CLT) e i) empregados com jornada reduzida em razão da adesão da empresa ao PPE – Programa de Proteção ao Emprego (Lei n. 13.189/2015, art. 6º, I).⁵²

Essas garantias provisórias de emprego podem ser estabelecidas também, em acordo ou convenções coletivas de trabalho, regulamento de empresa e ainda regras estabelecidas entre empregador e empregado, conforme exemplificado por Ricardo Pereira de Freitas Guimarães:

“Enquanto hipótese possível, pode-se aqui dizer que a garantia de emprego que se tem observado com certa frequência nos instrumentos coletivos diz respeito àquela oriunda do lapso temporal faltante para que o empregado alcance o direito à aposentadoria, observadas as regras da previdência social, impedindo o exercício pelo empregador de dispensa imotivada do operário em citado período, que tem varia, em perspectiva global aqui idealmente traçada, entre 12 (doze) e 36 (trinta e seis meses).”⁵³

Muitas são as hipóteses da garantia de emprego provisória, merecendo cada uma delas explanação e aprofundamento, no entanto, limitaremos nossa atenção à estabilidade provisória da gestante e suas peculiaridades, tema desta monografia.

⁵² *Idem.* p. 732-733

⁵³ *Op. cit.* p. 890.

3. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (GARANTIA DE EMPREGO) DA GESTANTE – MÃE E PAI ADOTANTE

A estabilidade provisória da gestante é um assunto de imensa importância para a mulher e para a sociedade em geral, que merece efetivamente toda a proteção legislativa; seja através da Constituição Federal, das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), assim como, de leis ordinárias de âmbito trabalhista, previdenciário, etc.

Pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que a maternidade (através da gravidez ou através da adoção) é o momento mais importante para a mulher que tenha esse desejo, o de ser mãe.

A proteção à maternidade, desde o momento de sua concepção até um período após o nascimento da criança é uma questão social, que importa à toda a comunidade inserida nesse contexto, e especificamente à mulher e ao nascituro, porque traz como consequência a possibilidade de uma maior tranquilidade à mãe neste período de tanta alegria, mas também de tantos medos e inseguranças.

Nada é mais crucial para a mãe (e neste aspecto, sempre levando-se em consideração a mãe natural e a mãe adotiva, que para esta subscritora estão exatamente no mesmo patamar de importância e consideração) do que a certeza de que terá condições, físicas, emocionais e financeiras de proporcionar uma vida saudável, digna e repleta de amor para sua prole.

No entanto, nada disso seria possível, se a ameaça de perda de sua colocação no mercado de trabalho apta a garantir a sobrevivência e futuro da sua “linhagem” estivesse sempre pesando sobre seus ombros.

A previsão maior de proteção à maternidade, ao nascituro e de garantia de emprego da mulher está prevista no artigo 10, II, “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que dispõe:

Art. 10 – Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 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.

Verdadeiras as palavras de Ricardo Pereira de Freitas Guimarães ao tratar do tema em sua CLT Comentada:

“Há que se salientar a importância social desempenhada por esse dispositivo de proteção, pois inegável que esse momento tutelado corresponda, senão sempre, mas numa esmagadora maioria das vezes, aquele de maior alegria para qualquer pessoa, potencializada tal positiva epifania quando compartilhada no seio de uma comunidade familiar qualquer – indeterminação esta indicada em perspectiva de contemplar sua formação sob qualquer prisma afetivo: aguardar um filho é aguardar um novo momento da vida, em que passamos, os pais, a segundo plano, vivendo, a partir de então, em função desse filho mesmo, (a)creditando (sobretudo) nele a extensão de nossa efêmera condição de humanos, seres dados, enquanto fim – mas desde o início, com única certeza mesmo, à morte.”⁵⁴

Na mesma linha de pensamento converge Barros: “A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.”⁵⁵

⁵⁴ *Op. cit.* p. 522

⁵⁵ Barros. *A MULHER E O DIREITO DO TRABALHO*. p. 39

3.1 A Maternidade – Proteção Legal e Princípios

3.1.1 Proteção Legal ao Instituto da Maternidade

A legislação de proteção à maternidade tem, portanto, como escopo, proteger o nascituro, a gestante e a mãe lactante após o parto.

Em âmbito internacional, pode-se dizer que as Convenções da OIT que trataram da matéria foram a de n. 3, de 1919, a de n. 103 de 1952, que reviu a primeira; tendo sido esta última revista pela de n. 183, de 1999 (não ratificada pelo Brasil).

A primeira previa uma licença remunerada compulsória de seis semanas antes e seis semanas após o parto; dois intervalos de trinta minutos cada para aleitamento; recebimento de prestações suficientes para sua manutenção e do filho durante o afastamento (pagos pelos cofres públicos) mediante um sistema de seguros, além de considerar ilegal a dispensa da empregada durante a gravidez, em decorrência do parto e durante o afastamento compulsório.

A revisão ocorrida na Convenção n. 103 ampliou o alcance da proteção, abrangendo, também, as empregadas de setores não industriais, empregadas agrícolas, domésticas (embora ratificada pelo Brasil, essa categoria e as empregadas rurais não foram beneficiadas pela proteção) e as que trabalhavam em domicílio; manteve o período de licença anteriormente previsto, sendo que parte dela deveria necessariamente ser concedida após o parto; os valores da licença pagos através de sistema de seguro obrigatório, exatamente para evitar que esse ônus coubesse ao empregador, a fim de evitar que a mão-de-obra feminina se tornasse mais onerosa; e, manteve também o descanso para aleitamento.

Por fim, a Convenção n. 183 que reviu a de n. 103, ampliou sua esfera normativa estendendo a proteção à maternidade às mulheres que trabalham na economia informal; fixou em 14 (quatorze) semanas a licença da empregada com possibilidade de prorrogação na hipótese de enfermidades ou complicações decorrentes do parto. No que diz respeito à garantia de emprego e custeio das prestações manteve o que dizia as anteriores.

No Brasil, nossa legislação acompanhou as determinações das Convenções que ratificou; previu proteção através das Constituições Federais que foram sendo promulgadas até chegar na atual/1988, assim como de leis previdenciárias, CLT e leis esparsas; estendendo vários dos direitos de proteção à maternidade a todas as mulheres, em todas as categorias de trabalho.

No entanto, antes da CF/1988 não era garantido à gestante a estabilidade jurídica no emprego, que foi concedida tão somente com o disposto no artigo 10, II, “b” do ADCT, já mencionado.

3.1.2 Princípio de Proteção da Gestante e do Nascituro, Princípio da Continuidade da Relação de Emprego e Princípio da Não-Discriminação

Homero Batista Mateus da Silva afirma que: “O tema da proteção à maternidade tem um duplo alcance: de um lado, prestigia efetivamente a gestante, para que ela não vivencie maiores sobressaltos no curso da gravidez, de consequências imprevisíveis, mas também procura guarnecer o nascituro, a fim de que tanto ele possa se desenvolver em condições mais favoráveis como,

sobretudo, venha ao mundo ao menos em condições medianas de nutrição e higiene.”⁵⁶

A garantia de emprego à gestante tem como objetivo evitar que a mulher em estado gravídico seja despedida de forma arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até o quinto mês após o parto, sob pena de ser reintegrada ao seu trabalho, ou, então decorrido o prazo da reintegração, ser indenizada pelo período estável.

Isso porque, durante o estado gravídico, a mulher, em razão das várias mudanças fisiológicas no seu organismo passa por uma constante carga de *stress* emocional, incertezas e medos que não precisam ser acentuados com a possibilidade da perda de seu emprego; essa garantia lhe proporciona uma segurança para que tome os cuidados necessários com o feto durante a gravidez e tenha condições financeiras para suportar todos os custos decorrentes dessa nova situação.

Aí reside o princípio da proteção da gestante e do próprio nascituro que poderá dispor de condições dignas de sobrevivência e desenvolvimento, bem como dispor dos cuidados afetivos, psicológicos e físicos pela mãe nos primeiros meses de vida.

No que diz respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego, essa garantia permite que lhe seja propiciado o retorno às suas funções anteriores, de forma a auxiliá-la na continuidade e desenvolvimento de sua carreira profissional, o que conseqüentemente, ajudará na criação de seus filhos, financeira e psicologicamente.

⁵⁶ *CURSO DE DIREITO APLICADO DO TRABALHO - SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. VOL. 3. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017. p. 226.*

Ainda no que tange aos princípios protetivos à maternidade, pode-se citar o Princípio da Não-Discriminação, previsto nos artigos 391 da CLT; artigo 2º, I da Lei 9.029 de 13.04.1995 e no artigo 373-A, inciso IV, acrescentado à CLT pela Lei 9.799/99.⁵⁷

As normas acima mencionadas tratam de proteção da mulher quanto à colocação e manutenção do emprego em razão da gravidez, sendo assim, é vedado qualquer tipo de discriminação em razão do estado gravídico da empregada.

Importante salientar que a lei não proíbe o exame de gravidez para constatação de óbice à dispensa, desde que a empregada concorde com sua realização.

Os doutrinadores Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Cavalcante e Letícia da Costa Mota, entendem que a legislação proíbe a exigência do exame de gravidez, seja para ser admitida ou para se manter no emprego, mas com relação ao exame demissional não há qualquer fundamento para se considerar sua solicitação como conduta discriminatória.⁵⁸

⁵⁷ 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**. (destaque nosso)

Lei 9.029/95 – Art. 2º Constituem crimes as seguintes práticas discriminatórias:

I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez.

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:

....

IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência de emprego.

⁵⁸ *A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO EXAME DE GRAVIDEZ NA RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO*. Revista Bonijuris. Ano XXIX. n. 646. vol. 29. n. 9. Setembro 2017. Curitiba. pp. 6-7.

Dizem, ainda, que o exame de gravidez é uma vantagem para ambas as partes; para a empregada que, ciente do resultado positivo já estará acobertada pela estabilidade e para o empregador porque mantendo a empregada em seu quadro de funcionários, estará amparado pela previdência social quando do período relativo à licença-maternidade.⁵⁹

Martinez ressalta que tal medida além de evitar litígios, serviria como proteção contra dispensa obstativa, evitaria a alegação de desconhecimento do estado gravídico ou alegações de que a empregada, propositadamente, esperou passar o período estável para ingressar com ação pleiteando somente a indenização, em abuso de direito.⁶⁰

A estabilidade da gestante é medida criada pelo legislador a fim, também, de evitar discriminação da mulher em razão de sua condição biológica.

3.2 Garantia de emprego da gestante (norma coletiva – aviso prévio trabalhado e indenizado – contrato de experiência – contrato de aprendizagem)

Muito embora a estabilidade provisória da gestante esteja prevista constitucionalmente é certo que, em havendo previsão normativa acerca da extensão do prazo da estabilidade, tal disposição coletiva deverá ser observada por se tratar de condição mais benéfica para a empregada.

Nos termos do artigo 487, § 1º da CLT, o período do aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins; portanto, havendo a comprovação da gravidez

⁵⁹ *Idem*, p. 7

⁶⁰ MARTINEZ. *Op. cit.* p. 748.

no curso do aviso prévio, seja ele trabalhado seja indenizado, a empregada fará jus à estabilidade provisória.

Há, ainda, expressa previsão legal para essa situação no artigo 391-A da CLT, que dispõe: “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.”

No que tange à estabilidade provisória da gestante no contrato de experiência, o entendimento da Jurisprudência foi alterado com a nova redação do inciso III, da Súmula nº 244, do Tribunal Superior do Trabalho, estendendo essa garantia aos contratos por prazo determinado; em Sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012.⁶¹

Não há previsão legal de estabilidade da gestante no caso de contrato de aprendizagem, no entanto, a jurisprudência tem entendido que a estabilidade é devida, independentemente da natureza do contrato, em razão do princípio da proteção ao nascituro.

Nessa linha, decisão do Tribunal Superior do Trabalho:

⁶¹ Súmula 244 do TST

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.

Ementa:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. GESTANTE. MENOR APRENDIZ. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. PROTEÇÃO AO NASCITURO. Em razão da possível contrariedade à Súmula 244 do TST, impõe-se o provimento do agravo de instrumento em recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido.

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. GESTANTE. MENOR APRENDIZ. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA. PROTEÇÃO AO NASCITURO. Na hipótese, o Tribunal Regional alterou a sentença para indeferir o pedido de pagamento da indenização estabilitária da empregada gestante, por tratar-se de contrato de aprendizagem. A estabilidade provisória dada à empregada gestante ocorre desde a concepção até o quinto mês após o parto, mesmo em se tratando de contrato de aprendizagem. A interpretação restritiva dada pelo Tribunal Regional não se coaduna com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Nesse contexto, necessário o provimento do apelo interposto. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1977-38.2014.5.02.0072, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: *DJE* 29/09/2017).

3.3 O negociado x legislado (Lei 13.467/2017) e a Proteção à Maternidade – Estabilidade Provisória da Gestante

A Lei 13.467/2017, foi editada sob justificativa de que a menor intervenção do Estado nas relações de trabalho propiciaria a maior criação de postos de emprego, em combate à atual crise de desemprego do País.

Muito embora a legislação tenha sido editada sob a justificativa de que a relação empregatícia deveria ser modernizada para então ser atingido o seu objetivo (criação de postos de trabalho); grande parte dos estudiosos e aplicadores do direito entendem, por outro lado, que a norma foi editada para atender aos interesses dos empregadores, piorando a situação dos trabalhadores, tirando-lhes direitos anteriormente previstos.

Exemplo disso diz respeito à terceirização, entendendo-se que acarreta a maior precariedade na relação jurídica, com pagamento de salários mais baixos e

menor atenção com relação ao acidente de trabalho; além da questão da possibilidade do trabalho da gestante em locais insalubres, proibido pela redação anterior do artigo 394-A da CLT (Lei 13.287/2016).⁶²

Também foi inserida na nova legislação o artigo 611-A, que dispõe que a convenção e acordo coletivo de trabalho tem prevalência sobre a lei, quando dispuser sobre os assuntos ali elencados; tendo este rol caráter meramente exemplificativo.

A questão que se coloca, nesse aspecto é, se eventual previsão normativa em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, no sentido de se alterar o prazo da estabilidade provisória da gestante, para período maior ou menor, assim como a questão de determinar o que se entende por insalubridade e estabelecer o seu grau (máximo, médio ou mínimo), poderia prevalecer sobre a norma legal.

Luciana Paula Vaz de Carvalho, em seu artigo intitulado “Limites da Negociação Coletiva à Luz dos Direitos Fundamentais: Análise da Lei n. 13.467/2017”, nos ensina que: “A função dos direitos fundamentais nas relações de trabalho reafirma a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana, impedindo a possibilidade de retrocesso ou paralisia social.”⁶³

Pensamos que se houver prazo extensivo ao direito à estabilidade, superior àquele previsto no artigo 10, II, “b” do ADCT, tal norma deverá prevalecer à previsão

⁶² Art. 394-A – A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em locais salubres.

⁶³ CARVALHO, Luciana Paula de Vaz. LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA LEI N. 13.467/2017. In: MONTAL, Zelia Maria Cardoso e CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (Org.). *REFORMA TRABALHISTA EM PERSPECTIVA: DESAFIOS POSSIBILIDADE*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 133.

constitucional, em razão do princípio trabalhista da aplicação da norma mais favorável ao empregado.

A mesma posição não se aplica, entretanto, em havendo previsão normativa de diminuição do período estável; a um porque as normas previstas em instrumentos normativos, ainda que autorizados pela CLT não podem infringir as normas constitucionalmente previstas como nessa hipótese; a dois, porque o princípio de proteção à gestante e ao nascituro está vinculado ao direito fundamental e social previstos no artigos 1º e 6º, da CF/88, que são: a dignidade da pessoa humana e os direitos à saúde, alimentação e proteção à maternidade e à infância.

Portanto, havendo conflito entre dois princípios, como nesse caso, princípio da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana, a valoração e peso dos mesmos deve ser sempre observada, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, sobrepondo-se o direito fundamental à iniciativa privada e interesse de particulares.

Da mesma forma, não nos parece possível ser objeto de negociação nada que possa interferir em normas de segurança, higiene, saúde, sob pena de violação da dignidade do trabalhador como pessoa humana.

3.4 Estabilidade Provisória da Mãe Adotante e/ou Pai Adotante – Aqueles que obtém Guarda Judicial

Não se pode olvidar que o período de estabilidade e a licença maternidade concedida à gestante tem por objetivo a proteção ao nascituro, pois além de ser um período de necessidade de cuidados extensos à criança e de adaptação à nova

rotina de vida dos pais, é também de segurança e certeza de que terão condições financeiras de arcar com os encargos que decorrem dessa nova situação.

A licença maternidade é concedida à gestante por 120 (cento e vinte) dias contados da data do parto, desde o advento da CF/88. Com a edição da Lei n.º 10.421/2002 que acrescentou o artigo 392-A à CLT, a licença maternidade foi estendida à mãe adotante e/ou àquela que obtém guarda judicial para o fim de adoção⁶⁴.

A Lei n. 12.873/2013 incluiu na CLT os artigos 392 B e 392 C para assegurar ao pai ou companheiro empregado, no caso de falecimento da genitora, o gozo da licença-maternidade ou do tempo restante dela, com exceção de falecimento do filho ou seu abandono; bem como estendeu o direito à licença-maternidade ao empregado adotante ou que obtiver guarda judicial para fins de adoção⁶⁵.

Esclarecendo ainda que a CF/88 já previa a licença-paternidade de 5 (cinco) dias, no seu artigo 7º, XIX e art. 10, § 1º do ADCT.⁶⁶

Como se pode verificar, a legislação avançou muito com relação à concessão da licença-maternidade nas diversas hipóteses de maternidade

⁶⁴ Art. 392-A – À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do artigo 392 desta Lei.

⁶⁵ Art. 392-B – Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período de licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C – Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

⁶⁶ Art. 7º....

.....

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 10 - ...

....

§ 1º - Até que lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

(paternidade), além da biológica. No entanto, o mesmo não ocorreu quanto ao direito à estabilidade provisória para a mãe/pai adotantes, que ficou restrito àqueles que detêm a guarda do filho, no caso de falecimento da genitora, nos termos da Lei Complementar n. 146, de 25/06/2014.⁶⁷

Não nos parece muito razoável essa diferenciação, tendo em vista que o objetivo da estabilidade é a proteção do nascituro com a garantia dos pais de possibilidade de manutenção financeira da prole, que não pode ser observada, tão somente no caso de gravidez biológica ou falecimento da mãe biológica, mas também nas hipóteses de adoção e de guarda, seja aquela feita por mulher, por homem ou ainda homoafetiva.

Entendemos que o mais correto seria a extensão da estabilidade provisória a todas as hipóteses de maternidade e não apenas à biológica.

Afinal, independentemente de quem gerou o filho, é fato que mãe e pai são aqueles que criam, dão amor, cuidado e carinho à criança; não se justificando qualquer possibilidade de discriminação quanto aos direitos assegurados à esta.

Ademais, a necessidade de adaptação a esta nova situação, o medo e toda insegurança que traz aos pais não é diferente se o filho foi gerado dentro do seio daquela família ou se foi trazido para dentro dela por um ato de amor, que é a adoção, instituto esse ainda, que pode ser praticado independentemente de gênero.

⁶⁷ Art.1º - O direito prescrito na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda de seu filho.

Os tribunais têm entendido que é possível a extensão da estabilidade à mãe adotante independentemente de não haver expressa previsão legal nesse sentido. Há apenas uma diferenciação com relação ao início do prazo da estabilidade, sendo para a mãe biológica a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto e para a mãe adotante desde o momento em que obtém a guarda provisória.

Em acórdão da lavra do Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte proferido nos autos do Recurso de Revista n.º- 200600-19.2008.5.02.0085, houve entendimento de que se a legislação atual concede à mãe adotante o direito à licença-maternidade, somente alcançará este direito se também tiver assegurado direito à estabilidade provisória contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde o momento que obtém a guarda provisória até cinco meses após a sua concessão.⁶⁸

⁶⁸ Ementa:

I- AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO. Provável violação do artigo 392-A, § 1º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido.

II - RECURSO DE REVISTA. TERMO INICIAL DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA MÃE ADOTANTE. DIREITO SOCIAL À FRUIÇÃO DA LICENÇA ADOTANTE INDEVIDAMENTE OBSTADO.

1. O art.7º, XVIII, do texto constitucional concede licença de cento e vinte dias à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. Para possibilitar o exercício do direito e proteger, antes e depois, a maternidade, o art.10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal de 1988 veda a despedida arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

2. A Constituição utiliza o termo "gestante", mas a licença de cento e vinte dias abrange, nos termos da parte final do art.7º, caput, da Constituição, o direito social destinado à melhoria das condições de trabalho das mães adotantes, previsto no art. 392-A, da CLT, daí que a utilização da expressão licença maternidade abrange a licença gestante e a licença adotante.

3. A licença adotante é um direito social, porque tem por fim assegurar a proteção à maternidade (art.6º, da CF), visando a utilização de um tempo à estruturação familiar que permita a dedicação exclusiva aos interesses necessários ao desenvolvimento saudável da criança. Para a mãe adotante poder alcançar a licença-maternidade sem o risco de ser despedida, é preciso que ela também seja beneficiada pela estabilidade provisória prevista no art.10, II, "b", do ADCT da Constituição Federal de 1988.

Diante do postulado de que não pode haver diferenciação entre filhos biológicos e os filhos adotivos (CF, § 6º do art. 227) há um Projeto de Lei do Senado de n. 796, de 2015 (autoria do Senador Roberto Rocha – PSB/MA), prevendo alteração do art. 1º da Lei Complementar n.146, para estender a estabilidade

4. A trabalhadora, mãe adotante, ajuizou o processo de adoção em 5/6/2008, mesma data em que recebeu a criança (nascida em 28/5/2008) sob seus cuidados, por autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude.

5. Não tendo ocorrido disputa sobre a guarda, a carecer de decisão judicial que a definisse, tem-se que a estabilidade da trabalhadora, mãe adotante, restou assegurada a partir do momento em que expressou judicialmente o interesse em adotar a criança oferecida, daí computando-se o período de estabilidade, em que compreendida a licença adotante. Ou seja, tem direito ao gozo de licença adotante, com a estabilidade necessária ao exercício do direito até cinco meses após o recebimento da criança a ser adotada. O entendimento de que a autora só se tornaria estável após a conclusão do processo de adoção simplesmente inviabilizaria, como inviabilizou, o exercício do direito à fruição da licença adotante no curso do contrato, contrariando os objetivos do art.392-A, caput e §4º, da CLT.

6. Assim como as estabilidades do dirigente sindical e do cipeiro têm início a partir do registro da candidatura e não da eleição, a da mãe adotante tem início a partir do requerimento de adoção e não da sentença transitada em julgado, ainda mais quando há registro de autorização da mãe biológica e da Vara da Infância e Juventude para o recebimento da criança, pela adotante, no mesmo dia em que ajuizada a ação (5/6/2008) e não depois da concretização da guarda provisória (12/6/2008).

7. A estabilidade da mãe adotante tem, evidentemente, marcos inicial e final distintos da mãe gestante. Enquanto a desta tem início a partir da confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto, a daquela se situa no período de cinco meses após a concretização do interesse na adoção, em que inserido o período de licença adotante, de cento e vinte dias.

8. Dessa forma, não merece prosperar a empresa dispensa da empregada sem justa causa ocorrida em 11/6/2008, mais precisamente durante o período que corresponderia aos direitos à estabilidade e à fruição da licença adotante, ou seja, exatamente um dia antes da assinatura, em juízo, do termo de guarda e responsabilidade provisória do menor (que já se encontrava com a adotante desde 5/6/2008, por autorização judicial), ao fundamento de que não tinha conhecimento do processo de adoção ou da guarda provisória. Aplica-se aqui, em última análise, a mesma solução dada à gestante, pela jurisprudência trabalhista. Assim como a confirmação da gravidez é fato objetivo, a confirmação do interesse em adotar, quer por meio da conclusão do processo de adoção, quer por meio da guarda provisória em meio ao processo de adoção, quer por meio de requerimento judicial, condicionado à concretização da guarda provisória, é também fato objetivo, a ensejar a estabilidade durante o prazo de cinco meses após a guarda provisória e a fruição da licença correspondente, de cento e vinte dias.

9. Verifica-se, portanto, que a empresa obistou o gozo da licença-adotante, assegurado à empregada a partir do momento em que expressou interesse em adotar a criança oferecida, ou seja, do ajuizamento do processo de adoção. Recurso de revista conhecido, por violação do artigo 392-A da CLT, e provido.

(RR - 200600-19.2008.5.02.0085, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 05/08/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015)

provisória no emprego para as empregadas adotantes ou que venham obter a guarda judicial para fins de adoção.⁶⁹

⁶⁹ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124513>

SENADO FEDERAL PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 796, DE 2015 (Complementar) - Altera a redação do art. 1º da Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014, para estender a estabilidade provisória no emprego para as empregadas adotantes ou que venham a obter a guarda judicial para fins de adoção

Art. 1º O art. 1º da Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica assegurado às empregadas adotantes, até cinco meses após a adoção ou da obtenção da guarda judicial para fins de adoção e, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, a quem detiver a guarda de seu filho.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

4. NECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR

A questão-chave deste trabalho, diz respeito à necessidade de a empregada comunicar seu estado gravídico ao empregador para fazer valer a garantia de emprego prevista na Constituição Federal.

Como afirma Martins, “gravidez não é doença. Assim, não se pode tratar a gestante como doente e incapaz”.⁷⁰

Nessa mesma linha de pensamento, a doutrina de Alice Monteiro de Barros: “Como já afirmado a finalidade da estabilidade provisória é preservar o emprego, permitindo que a empregada retorne ao trabalho, demonstrando que a gravidez não é doença, mas um estado fisiológico.”⁷¹

A previsão constitucional determina que fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O impasse existente na doutrina e jurisprudência diz respeito ao significado da palavra “confirmação”.

Alguns entendem que o sentido de confirmação tem relação com o conhecimento do estado gravídico, tão somente pela própria gestante, pois seria a ratificação de um estado, a certeza de algo, de forma pessoal. Outros entendem

⁷⁰ MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 466

⁷¹ *Op. Cit.* p, 726.

que a confirmação é a demonstração da gravidez para o empregador, através de uma comunicação formal.

Com base nessas interpretações, existem duas teorias sobre a estabilidade da gestante: da reponsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva.

Entende-se, pela teoria da responsabilidade objetiva que a confirmação da gravidez vale somente para a gestante sem necessidade de comunicação de seu estado gravídico ao empregador. Estando grávida na data da dispensa, esta é considerada obstativa à estabilidade e à percepção do salário-maternidade.

Pela teoria da responsabilidade subjetiva, há sim a necessidade de comunicação do estado gravídico ao empregador para que a gestante faça jus à estabilidade constitucional.

Os defensores desta teoria entendem que se na data da dispensa não houver sido confirmada a gravidez perante o empregador, não há óbice para a resilição contratual da empregada, não sendo configurada prática de ato ilícito, portanto.

A confirmação da gravidez seria a entrega para o empregador de um atestado médico ou exame que comprovasse o estado gestacional.

Dentre os doutrinadores estudados, apenas Sergio Pinto Martins entende que há necessidade de confirmação do estado gravídico para o empregador, sob

argumento de que “Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa.”⁷²

Aduz que se o empregador, na data da dispensa, desconhecia o estado gravídico, não houve dispensa arbitrária com intuito de obstar o direito à garantia de emprego.

Em linha oposta, se posiciona Luciano Martinez, Alice Monteiro de Barros e Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, que defendem a teoria da responsabilidade objetiva.

Barros afirma que a gravidez constitui um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar contrato de trabalho com uma mulher.⁷³

No entanto, há uma peculiaridade para esta autora, que afasta o direito à estabilidade da gestante, que é o seu próprio desconhecimento da gravidez quando da dispensa.

Ainda que não tenha a necessidade de comunicar a gestação ao empregador, é imprescindível que a empregada tenha conhecimento da gravidez quando da dispensa para que seu emprego esteja garantido nos termos da legislação.

“Se à época em que o empregador a dispensou, ainda que sem justa causa, exercendo um direito potestativo, nem sequer a empregada tinha ciência da gravidez, entendemos que o ato jurídico alusivo à rescisão se tornou perfeito e acabado, não se podendo atribuir a responsabilidade ao empregador. É que a garantia de emprego em exame surge com a

⁷² *Idem.* p. 467.

⁷³ *A MULHER E O DIREITO DO TRABALHO.* p. 452.

confirmação da gravidez, isto é, ratificação junto à própria empregada, o que ainda não havia ocorrido, quando ela foi dispensada.”⁷⁴

Essa posição não se coaduna com a dos nossos Tribunais que acolhem a teoria da responsabilidade objetiva, sendo desnecessário o conhecimento do estado gravídico, no momento da dispensa, inclusive pela própria empregada.⁷⁵

O entendimento pacificado é de que a proteção é, acima de tudo, para o nascituro, portanto a simples gravidez na data da dispensa, ainda que confirmada posteriormente pela gestante, é suficiente para garantir a estabilidade provisória independentemente do conhecimento tanto do empregador quanto da empregada.⁷⁶

⁷⁴ *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO*. p. 723.

⁷⁵ AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTABILIDADE GESTANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR OU PELA EMPREGADA DO ESTADO GRAVÍDICO OCORRIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO. Não ficou demonstrado o desacerto da decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento. Nega-se provimento ao agravo e, ante a sua manifesta improcedência, aplica-se multa de 2% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC. (Ag-AIRR - 4486-11.2012.5.02.0201, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 27/02/2019, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019)

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DA GESTAÇÃO AO EMPREGADOR. Nos termos da Súmula nº 244, I, do TST, "o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b", do ADCT)". Assim, atribui-se responsabilidade objetiva ao empregador que assume o ônus respectivo pela despedida sem justa causa de empregada gestante. O escopo da garantia constitucional não é apenas a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, por estar grávida, mas, principalmente, e, sobretudo, a tutela do nascituro. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 141600-51.2008.5.02.0065, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 27/02/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/03/2019)

⁷⁶ RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE GESTANTE. DESCONHECIMENTO DO ESTADO GRAVÍDICO NO MOMENTO DA do nascituro, especialmente no que diz respeito à proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, com vistas a proteger a vida que nela se forma com dignidade desde a concepção. A efetividade dessa garantia tem respaldo no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. O art. 10, II, "b" do ADCT confere estabilidade provisória à obreira e exige apenas a confirmação de sua condição de gestante. Portanto, não há que se falar em outros requisitos para o exercício desse direito, como a prévia ou imediata comunicação da gravidez ao empregador ou o conhecimento da própria empregada a respeito do seu estado gravídico quando da extinção do vínculo. Incidência da Súmula 244, I, desta Corte. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento" (RR-898-76.2012.5.15.0025, 7ª Turma, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 31.3.2015)

Para colocar fim à celeuma quanto à interpretação da expressão “confirmação da gravidez”, foi fixada tese pelo Supremo Tribunal Federal, ratificando a jurisprudência majoritária dos Tribunais, nos termos do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 629.053, em sessão de 10.10.2018, com trânsito em julgado da decisão em 09/03/2019⁷⁷:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 629.053 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

RECTE.(S) : RESIN - REPÚBLICA SERVICOS E INVESTIMENTOS S/ A

ADV.(A / S) : IBRAIM CALICHMAN E OUTRO (A / S)

RECDO.(A / S) : ELAINE CRISTINA CAETANO DA SILVA

ADV.(A / S) : RODRIGO PIMENTEL PINTO RAVENA E OUTRO (A / S)

Ementa: DIREITO À MATERNIDADE. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA DISPENSA ARBITRÁRIA DA GESTANTE. EXIGÊNCIA UNICAMENTE DA PRESENÇA DO REQUISITO BIOLÓGICO. GRAVIDEZ PREEXISTENTE À DISPENSA ARBITRÁRIA. MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA AOS HIPOSSUFICIENTES, VISANDO À CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE SOCIAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, se caracterizando como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a *ratio* para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e, nos termos do inciso I do artigo 7º, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante.

3. A proteção constitucional somente exige a presença do requisito biológico: gravidez preexistente à dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação.

4. A proteção contra dispensa arbitrária da gestante caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher, ao assegurar-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais – licença maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável –; quanto da criança, permitindo a efetiva e integral proteção ao recém nascido,

⁷⁷ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3940408>

possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura – econômica e psicologicamente, em face da garantia de estabilidade no emprego –, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever inclusive da sociedade (empregador).

5. Recurso Extraordinário a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: **A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.**

(Grifos e negritos nossos)

A decisão não foi unânime e a tese fixada foi proposta pelo Min. Redator Alexandre de Moraes, acompanhada pelos Ministros Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes; divergindo do entendimento do Ministro Relator, Marco Aurélio Mello.

Registre-se as justificativas dos Ministros Fachin e Lewandowski, respectivamente, em seus votos:

“Registre-se, por oportuno, ainda, que nem o desconhecimento da gravidez por parte da própria empregada pode obstar o direito à estabilidade provisória, pois a proteção à maternidade e à infância nasce desde o momento em que a gravidez passa a existir como um estado da mulher empregada”

“Não é a existência de um laudo médico ou a consciência do próprio estado por parte da gestante que faz surgir o direito, ele decorre do fato em si.”⁷⁸

Não obstante o respeito e admiração pelos DD. Julgadores, ousamos divergir do posicionamento fixado pela maioria dos Ministros no Recurso Extraordinário, mantendo posição em consonância com o entendimento do Ministro Relator, cujo voto vencido, foi assim justificado:

⁷⁸ Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001.

O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 5DE4-407E-1B0D-B2F6 e senha D804-1C1B-0AE5-3955

“Ao admitir a incidência da responsabilidade objetiva, o Tribunal de origem desbordou do fato gerador da estabilidade da gestante, observados os limites do texto constitucional, uma vez reconhecida a garantia ao emprego, independentemente da ciência, pelo empregador, da gravidez. Puniu-o, mediante as consequências financeiras decorrentes, sem a presença do elemento subjetivo revelador do descumprimento das normas de proteção da mulher e do nascituro. Em síntese, impôs o dever de indenizar, sem o concurso de culpa, muito menos de dolo.

...

O direito à estabilidade pressupõe a prévia ciência deste quanto ao estado fisiológico da gravidez, o qual poderá ser objeto de comunicação pela prestadora de serviços e comprovado por qualquer meio idôneo, presentes as balizas da legislação ordinária. Surge em desarmonia com a previsão constitucional concluir pela estabilidade em situação em que a própria empregada, no momento da ruptura do vínculo empregatício, não sabia estar grávida, o que se dirá da falta de conhecimento pelo empregador. A prevalecer a óptica revelada no acórdão, em segundo plano ficará a exigência constitucional – a confirmação da gravidez no curso da relação de trabalho –, determinando-se a quem não praticou qualquer ato ilícito, com distanciamento da ordem jurídico-constitucional, o dever de indenizar.”⁷⁹

A dispensa obstativa da estabilidade é um ato ilícito cometido pelo empregador, que deve ser responsabilizado por sua atitude com as consequências daí advindas (reintegração e/ou indenização do período estável).

No entanto, não parece razoável que o empregador seja responsabilizado por um ato ilícito, se ao praticar o ato da dispensa, desconhecia o fato que a proibia.

O conceito de ato ilícito está previsto no artigo 186 do Código Civil, que reza: “**Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**” (negritamos)

Ora, o ato da dispensa é uma ação praticada pelo empregador e a ilicitude deste ato ocorre em razão da existência de uma situação específica - “gravidez”,

⁷⁹ *Idem.*

que não diz respeito à sua pessoa, mas a terceiro (empregada). Portanto, para que o empregador exerça uma ação voluntária considerada ilícita (dispensa), precisa, necessariamente, ter conhecimento do fato que a torna obstativa, sob pena de estar exercendo tão somente o poder potestativo, que lhe é permitido.

Se considerarmos ainda que, em decorrência desta ilicitude cabe ao empregador proceder à reintegração da empregada na sua função, haja vista o objetivo da estabilidade ser a garantia de *emprego*, maior ainda a necessidade de ser avisado pela única pessoa que assim pode fazê-lo, para que, ciente do impedimento da rescisão contratual, cumpra com os mandamentos da lei.

Optando o empregador por manter a ilicitude do ato ao negar a reintegração à gestante, aí sim, estará afrontando o disposto no artigo 186 do Código Civil, devendo arcar, portanto, com a indenização prevista.

4.1 Prazo para comunicar estado gravídico em norma coletiva

A jurisprudência dominante, assim que foi instituída a estabilidade provisória da gestante, entendeu que a garantia de emprego independia de comunicação do estado de gravidez ao empregador, desde que não houvesse previsão normativa nesse sentido.⁸⁰

⁸⁰ AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NORMA COLETIVA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, II, “B”, DO ADCT, 9º DA CLT, 7º, XXIX, 5º, XXXV, XXXVIII, LIV DA CF/88. A decisão impugnada está em consonância com a atual e iterativa jurisprudência desta Corte, concentrada na Orientação Jurisprudencial n.º 88 da SDI, que reza, in verbis, “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, *salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, “b”, ADCT). No presente caso, há expressa previsão normativa. Agravo a que se nega provimento. (AIRR – 5043700-10.2002.5.02.0900, relatora juíza Convocada Dora Maria da Costa. Data de Julgamento: 29/10/2003. 3ª Turma. Data de Publicação: DJ 21/11/2003).

Não era incomum essa disposição nos instrumentos normativos, tanto que foi editada a OJ n.º 88 da SDI-1 em 28.04.97, especificando essa exceção:

88. Gestante. Estabilidade provisória. Inserida em 28.04.97

O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, *salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b", ADCT).

Esse entendimento foi sedimentado em razão de ingressos de ações trabalhistas por empregadas que esperavam escoar o prazo da estabilidade para pleitear tão somente a indenização pecuniária; acarretando o acordo entre os Sindicatos para que se estabelecesse um prazo para a gestante informar o empregador da gravidez, para então fazer jus à estabilidade provisória.

No entanto, com o passar do tempo a jurisprudência modificou esse entendimento, sob argumento de que privilegiar o que estava sendo acordado entre as partes nos instrumentos normativos, implicaria em deixar de lado o objetivo duplice de proteção que é o objetivo da estabilidade: proteção à gestante e ao nascituro, que não poderia ficar à mercê de qualquer condição restritiva, não prevista na ordem constitucional.

Ainda sob este aspecto, afirmou Emmanoel Pereira:

“Desse comando constitucional, não há como admitir interpretação restritiva, que permite a fomentação do entendimento no sentido de que o não cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória, ou pelo menos, de redução do período estável.”⁸¹

⁸¹ PEREIRA, Emmanoel. *A ESTABILIDADE DA GESTANTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 83 – n.º 1 – jan. a mar. – Curitiba: LEX MAGISTER, 2017. p. 40.

Observa, também, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães, em sua CLT:

“Regra geral, em razão do caráter social da regra e, principalmente, em função do princípio protetor atinente à relação de emprego, a confirmação da gravidez tem sido reconhecida como mero estado gravídico, sendo notoriamente prevalente o entendimento da desnecessidade de comunicação da empregada ao empregador (inclusive com declaração de não aplicabilidade das regras instituídas por instrumentos coletivos com exigência nessa linha).”⁸²

Em razão disto foi dada nova redação á OJ n.º 88 da SDI-1, que colocou fim a qualquer restrição para a que a gestante fizesse jus à garantia de emprego.

OJ-SDI1-88 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Nova redação - DJ 16.04.04 - republicado DJ 04.05.2004 (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244, DJ 20.04.2005)

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

4.2 Reintegração x Indenização Pecuniária x Abuso do Exercício do Direito de Ação

O objetivo da norma constitucional é garantir o emprego contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa pelo empregador. A consequência de tal dispensa é a reintegração da obreira ao seu trabalho.

Quando da promulgação da Constituição Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, em atendimento ao objetivo da norma, passou a decidir pela reintegração ou pela conversão desta em indenização, de acordo com os pedidos formulados nas reclamações: a) se a reintegração fosse pleiteada dentro de sua vigência e a decisão também fosse proferida neste prazo, impunha-se a reintegração sob

⁸² *Op. Cit.* p. 523

argumento de que o empregador poderia exigir o trabalho da gestante (“Não há direito a salário sem trabalho”) e b) se a decisão fosse proferida após esse prazo, não havendo culpa da gestante pela demora do Judiciário, não haveria fundamento para a reintegração.⁸³

Muito se discute com relação ao fato de grande parte das ações trabalhistas serem propostas após escoado o período estável, com pedido apenas da indenização dos salários, o que poderia configurar abuso do exercício do direito de ação.

A Súmula n.º 244 do TST e a Orientação Jurisprudencial n.º 399 da SDI-1, fizeram cair por terra qualquer argumento dos empregadores quanto ao alegado abuso do direito, sendo albergada pela jurisprudência atual a possibilidade de haver propositura de ação após o prazo do período estável com percepção da indenização referente a este, sem que seja entendida essa espera como abuso por parte da gestante.⁸⁴

⁸³ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Op. Cit.* p. 249

⁸⁴ SÚMULA 244 DO TST

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 27.09.12

I – O desconhecimento do estado gravídico 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, II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado.

OJ. 399 da SDI-1.

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA PROPOSTA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA DE EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

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

Muito embora esse seja o posicionamento dos Tribunais, alguns doutrinadores entendem ser abuso do exercício do direito de ação aguardar o término do período estável para ingresso da reclamatória pleiteando tão somente a indenização.

Silva defende ainda, que a recusa da empregada ao retorno das atividades também deve ser entendida como renúncia à estabilidade.

Para este autor, comportamento deste tipo não se coaduna com a própria pretensão da garantia de emprego:

“O comportamento de pretender o salário sem o trabalho equivale a uma forma de renúncia, e é assim que deve ser interpretada essa atitude da gestante ou lactante, por exemplo, quando a empresa coloca o emprego à disposição, tanto em audiência trabalhista como em petição avulsa na fase de conhecimento. Uma interpretação equilibrada pode ser a limitação da indenização até aquele instante em que houve a recusa injustificada ao retorno, sendo encontrada também a tese segundo a qual a empregada que recusa o retorno renunciou à estabilidade como um todo, inclusive as vantagens pretéritas.”⁸⁵

Tal recusa só seria justificável a ponto de garantir a estabilidade, se houvesse incompatibilidade absoluta de convivência entre empregador e empregada, ou algum outro motivo, *p.e*, gravidez de risco, desde que devidamente comprovado.

Há ainda quem entenda, como a saudosa doutrinadora, Alice Monteiro de Barros, que a petição inicial que não contenha pedido de reintegração, mas tão somente pedido de pagamento de reparação do período, desvirtua o objetivo do

⁸⁵ *Idem.* p. 249.

instituto pois “A tutela dirige-se primordialmente, à igualdade da mulher no mercado de trabalho e à salvaguarda das futuras gerações.”⁸⁶

Nesta seara, Sergio Pinto Martins afirma:

“A Constituição assegura o emprego à gestante (art. 7º, XVIII) e não indenização como costumam pedir na prática, nas ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia do emprego.

O pedido de indenização só é devido no caso de não mais ser possível a reintegração, pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada

.....

No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.”⁸⁷

No entanto, não é este o entendimento dos nossos Tribunais:

I - AGRAVO INTERNO. RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. GESTANTE. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA NÃO CONDICIONADA À RECUSA DE RETORNO AO EMPREGO. Tendo em vista a observância ao artigo 896, § 1º-A, incisos I e III, da CLT, merece ser provido o agravo, para melhor exame do recurso de revista. Agravo provido.

II - RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014.

1. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Evidenciada a possibilidade de êxito da parte a quem aproveita a declaração da nulidade, deixa-se de examinar a nulidade, nos termos do artigo 282, § 2º, do CPC.

2. GESTANTE. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA NÃO CONDICIONADA À RECUSA DE RETORNO AO EMPREGO. Na esteira

⁸⁶ CURSO DE DIREITO DO TRABALHO..., p. 726

⁸⁷ Op. cit. p. 467

do atual entendimento da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, a negativa da trabalhadora em retornar ao emprego não compromete o seu direito à indenização compensatória decorrente da estabilidade. Considerando que a gravidez ocorreu na vigência do contrato de trabalho, a empregada possui garantia de emprego e consequente direito à indenização, não gerando renúncia à estabilidade o fato de ela ter recusado a reintegração ao trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. (Ag-RR - 10989-51.2015.5.15.0049 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 20/02/2019, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/02/2019)

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. RECUSA DE RETORNO AO TRABALHO. AUSÊNCIA DE RENÚNCIA À ESTABILIDADE. ART. 10, II, "B", DO ADCT. SÚMULAS 244, I E 396, I/TST. Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 10, II, "b", do ADCT, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido.

B) RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI 13.467/2017. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. RECUSA DE RETORNO AO TRABALHO. AUSÊNCIA DE RENÚNCIA À ESTABILIDADE. ART. 10, II, "B", DO ADCT. SÚMULAS 244, I E 396, I/TST.

A empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, "b", do ADCT). O dispositivo constitucional tem por finalidade tanto a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária quanto relativamente aos direitos do nascituro. Portanto, a rescisão do contrato de trabalho da obreira gestante, durante o período de gestação, ainda que desconhecida a gravidez pelo empregador ou até mesmo pela empregada, quando do ato da dispensa, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade não usufruída, conforme entendimento da Súmula 244, I, do TST. Ademais, esta Corte firmou posicionamento no sentido de que a recusa da gestante de retornar ao emprego não pode ser admitida como renúncia ao direito à estabilidade provisória, na medida em que se trata de norma de ordem pública e a gestante não poderia dela dispor. Recurso de revista conhecido e provido no aspecto. (RR - 387-14.2017.5.17.0101, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 12/12/2018, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/12/2018)

Não compactuamos com a jurisprudência quanto à indenização sem reintegração, em primeiro lugar porque não é incomum os casos de gestantes que, propositadamente, deixam de comunicar seu estado gravídico, para tão somente receber salários sem cumprir com sua parte no contrato que é a prestação de serviços, em total afronta ao princípio da boa-fé objetiva que deve reger a relação contratual entre empregador e empregado.

Em segundo lugar, e mais importante, porque a posição do Tribunal Superior do Trabalho, agora referendado pelo Supremo Tribunal Federal, além de não condizer com o objetivo da estabilidade prevista constitucionalmente que é a garantia do emprego e não indenização do período; também não protege a gestante; mas tão somente impede que a mulher concorra em condição de igualdade com os homens no mercado de trabalho, pois sempre haverá uma resistência na sua contratação, em razão do risco que há para o empregador de ter que arcar com custos de uma indenização de, pelo menos, 14 salários, sem a contraprestação do trabalho.

Por outro lado, insta-nos refletir ainda, que a simples indenização do período não protege o nascituro, posto que após a percepção e gasto do valor indenizatório, a mãe estará desempregada, sem condições financeiras de arcar com os custos do seu bebê e com maior dificuldade de recolocação no mercado de trabalho.

Essa realidade é fática, pois a mulher, pelo simples fato de estar propensa a gravidez já sofre preconceito no ambiente de trabalho, ainda que de forma velada, como afirma Cristina Paranhos Olmos:

“É que impera a ideia entre os empregadores de que o homem sempre estará disponível para qualquer atividade, estará sempre disposto a concordar com transferências de cidades, além de cumprir regime de sobrejornada sem restrições.

As mulheres, em razão dos compromissos com a família, não atendem às necessidades de seus empregadores de forma tão destemida, porquanto consideram sempre a participação de seu marido e filhos em todas as decisões de sua carreira.”⁸⁸

⁸⁸ OLMOS, Cristina Paranhos. *DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO E PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA*. São Paulo. LTr, 2008. p. 65.

Não se está aqui querendo por em xeque a existência da garantia de emprego à gestante, no entanto, é preciso que haja um questionamento profundo se o excesso de proteção, ao se permitir a não comunicação do estado gravídico a fim de que o empregador possa cumprir com a sua obrigação que é a reintegração, determinando-se tão somente a conversão desta em valor pecuniário/indenizatório, não traz mais discriminação acerca do trabalho da mulher.

CONCLUSÃO

Através da realização deste estudo, pode-se observar a evolução do trabalho da mulher e todos os problemas que enfrenta para ter direito à uma colocação no mercado de trabalho em pé de igualdade com os trabalhadores do sexo masculino.

Constatamos que para que essa igualdade de oportunidade possa ser atingida, foram criadas, ao longo do tempo, normas de proteção ao trabalho da mulher em atendimento ao Princípio da Isonomia que deve prevalecer nas relações jurídicas, em especial, na relação de emprego.

Um dos aspectos que merecem proteção é a maternidade, através do Instituto da Estabilidade Provisória da Gestante, que tem por objetivo, uma dupla proteção, da mãe e do nascituro.

Da mãe, para que possa se preparar para os novos desafios que os cuidados de uma criança traz à sua vida, a segurança de que terá condição física, financeira e psicológica para cuidar do seu filho; bem como dispor de tempo para suprir as necessidades e atenção necessárias, principalmente nos seis primeiros meses de vida do bebê e, no caso de mães adotivas, para que tenha possibilidade e tranquilidade para inserir um novo ente dentro de um seio familiar que ainda não é o seu.

No que diz respeito à proteção da criança, para que possa se desenvolver em ambiente saudável e tranquilo; de forma completa física e emocionalmente, seguro da presença de sua mãe nesses primeiros meses de vida e/ou no período de adaptação ao novo ambiente no caso do filho adotivo.

O ponto crucial que aqui se aborda, diz respeito ao fato de haver necessidade de comunicação do estado gravídico para o empregador, a fim de se evitar uma dispensa obstativa e, portanto, nula; ou, ainda, permitir que o empregador, em já tendo efetuado a dispensa, possa exercer a obrigação que lhe compete, reintegrando a gestante ao seu posto de trabalho.

A corrente que defende a responsabilidade subjetiva, entende ser necessária a comunicação do estado gravídico ao empregador, a fim de que a gestante faça jus à estabilidade provisória; por outro lado, a corrente da responsabilidade objetiva entende que o simples estado da gravidez é suficiente para garantir esta estabilidade.

Outro ponto observado e de extrema importância é a possibilidade de a gestante se negar a ser reintegrada ou então ingressar com demanda trabalhista a fim de pleitear a indenização da estabilidade tão somente após o decurso do período estabilitário.

Alguns autores entendem que esta atitude não se coaduna com a garantia de emprego, e portanto, em tais circunstâncias a gestante perderia direito à estabilidade e a qualquer tipo de indenização, sob argumento de que não pode haver pagamento de salário sem contraprestação do trabalho; além de poder ser configurado o abuso do exercício do direito de ação. Compactuamos com esse entendimento.

Mais um aspecto levantado, corresponde à possibilidade de se instituir nos instrumentos normativos a obrigatoriedade de comunicação da gravidez ao empregador, dentro de um determinado prazo, para que se obtenha o direito à estabilidade.

Tal previsão era permitida, nos termos da OJ n. 88 d SDI-1 do TST, mas referida posição foi alterada pela jurisprudência, procedendo-se a alteração da redação desta Orientação Jurisprudencial, neste aspecto.

Para colocar fim a toda e qualquer celeuma quanto à necessidade de comunicação do estado de gravidez ao empregador, o Supremo Tribunal Federal, fixou tese, se posicionando no sentido de que o fato do estado da gravidez já é suficiente para a existência da garantia constitucional, independentemente de seu conhecimento pelo empregador e pela grávida no momento da dispensa; além de ser totalmente compatível com este instituto, a conversão do período de estabilidade em indenização compensatória, seja diante da recusa da empregada em voltar às atividades, seja no caso de propositura de ação após o período estável.

Embora essa proteção seja absolutamente louvável e indispensável para a tranquilidade da gestante, entendemos que a possibilidade de conversão da garantia de emprego pela indenização pecuniária desvirtua o objetivo final do Instituto da Estabilidade, que é a proteção do emprego como forma de propiciar a mulher o retorno ao seu cargo, em respeito ao princípio da continuidade da relação do emprego.

Ademais, mais do que proteger, nos parece que a aplicação da norma constitucional, tal qual vem sendo efetivada pelos Tribunais Trabalhistas e também pelo Supremo Tribunal Federal, pode acarretar uma discriminação ao trabalho da mulher, e dificultar sua luta por uma colocação no mercado de trabalho concorrendo de forma igualitária com os empregados do sexo masculino; haja vista o ônus que se tem criado para os empregadores, em razão da obrigação destes em arcarem com os custos de uma indenização dos salários, sem poder contar com a contraprestação do trabalho da gestante.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALISEDA, Jether Gomes. *ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO: UMA VISÃO CRÍTICA*. São Paulo: LTr, 2001.

ÁVILA, Humberto *TEORIA DOS PRINCÍPIOS, DA DEFINIÇÃO À APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS*. 11ª edição, revista. São Paulo: Malheiros Editores. 08.2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO*. 10ª ed. Atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

-----*A MULHER E O DIREITO DO TRABALHO*. São Paulo: LTr, 1995.

CANTELLI, Paula Oliveira. *O TRABALHO FEMININO NO DIVÃ: DOMINAÇÃO E DISCRIMINAÇÃO*. São Paulo: LTr, 2007.

CARDOSO, Jair Aparecido. *A ESTABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO*. São Paulo: LTr, 2008.

CARVALHO, Luciana Paula de Vaz. *LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA LEI N. 13.467/2017*. In: MONTAL, Zelia Maria Cardoso e CARVALHO, Luciana Paula de Vaz (Org.). *REFORMA TRABALHISTA EM PERSPECTIVA: DESAFIOS POSSIBILIDADE*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO*. - 12.ed. – São Paulo: LTr, 2013.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *CONCEITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS*. 2ª ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Feitas. *CLT COMENTADA. – 2. ED. REV. ATUAL E AMPL.* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa, MOTA, Letícia Costa. *A LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DO EXAME DE GRAVIDEZ NA RUPTURA DO CONTRATO DE TRABALHO*. Revista Bonijuris. Ano XXIX. n. 646. vol. 29. n. 9. Setembro 2017. Curitiba.

MARTINEZ, Luciano. *CURSO DE DIREITO DO TRABALHO: RELAÇÕES INDIVIDUAIS, SINDICAIS E COLETIVAS DO TRABALHO*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. *A BOA-FÉ NO DIREITO PRIVADO*. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Sergio Pinto. *DIREITO DO TRABALHO* – 29.ed. – São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre de. *DIREITO CONSTITUCIONAL*. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

OLMOS, Cristina Paranhos. *DISCRIMINAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO E PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA DISCRIMINATÓRIA*. São Paulo. LTr, 2008.

PEREIRA, Emmanoel. *A ESTABILIDADE DA GESTANTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Ano 83 – n.º 1 – jan. a mar. – São Paulo. LEX MAGISTER, 2017.

SILINGOWSCHI CALIL, Léa Elisa. *DIREITO DO TRABALHO DA MULHER – A QUESTÃO DA IGUALDADE JURÍDICA ANTE A DESIGUALDADE FÁTICA*. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, Antônio Álvares da. *PROTEÇÃO CONTRA DISPENSA NA NOVA CONSTITUIÇÃO*, 2. Ed. – São Paulo: LTr, 1992.

SILVA, De Plácido e. *VOCABULÁRIO JURÍDICO*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1984. 4v.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *CURSO DE DIREITO APLICADO DO TRABALHO. VOL. 3 – SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO*. 3ª EDIÇÃO REVISTA, ATUALIZADA E AMPLIADA. Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2017.

SILVA, José Afonso da. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO*. 33ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TEIXEIRA, Sergio Torres. *PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO*. São Paulo: LTr, 1998.

.....

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124513>

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3940408>

http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp_sob_o_codigo_5DE4-407E-1B0D-B2F6 e senha D804-1C1B-0AE5-3955