

**SAMARÊ SIA LINARES**

**A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE  
CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E AVISO PRÉVIO**

**COGEAE  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
2013**

**SAMARÊ SIA LINARES**

**A JURISPRUDÊNCIA SOBRE A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE  
CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E AVISO PRÉVIO**

Monografia exigida para especialização em  
Direito do Trabalho pela COGEAE, Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo, sob  
orientação do Professor Mestre Michel Olivier  
Giraudeau.

**COGEAE  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
2013**

---

Michel Olivier Giraudeau

São Paulo, setembro de 2013.

Aos meus pais, Arnaldo e Ednês. Meu porto seguro, emoção e razão. As melhores referências que um filho pode ter. É a vocês que eu dedico todas as minhas conquistas.

À minha irmã Albani. “There’s no better friend than a sister and no better sister than you”.

Ao meu amor Lucas. A paz no meu coração. A companhia de todos os momentos.

## RESUMO

LINARES, Samarê Sia. *A jurisprudência sobre a estabilidade da empregada gestante - contratos por prazo determinado e aviso prévio*. 2013. 48 fl. Trabalho para Especialização em Direito do Trabalho – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, COGEAE, São Paulo 2013.

A proposta do presente trabalho é analisar a evolução da jurisprudência, sobretudo, a evolução da posição do Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito ao direito da empregada gestante à estabilidade provisória em contratos por prazo determinado e no curso do aviso prévio. Há duas formas de se ver a estabilidade provisória, pela ótica do empregador, como um engessamento do direito trabalho, a ponto de dificultar as admissões na mesma medida que dificulta as demissões e outra, pela ótica do empregado, mais relacionada com o fim social e alimentar do direito do trabalho, especialmente, em situações consideradas especiais, como é o caso da gestação para a mulher. Em que pese a necessidade de garantir a estabilidade no emprego nessas situações especiais, a proposta deste trabalho é analisar se a jurisprudência evolui de forma adequada quando passa a entender que a estabilidade provisória da empregada gestante é compatível e deve ser garantida nos contratos por prazo determinado e no curso do aviso prévio.

Palavras-chave: gestante, estabilidade provisória, contratos por prazo determinado, aviso prévio

## **ABSTRACT**

LINARES, Samarê Sia. *A jurisprudência sobre a estabilidade da empregada gestante - contratos por prazo determinado e aviso prévio*. 2013. 48 fl. Trabalho para Especialização em Direito do Trabalho – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, COGEAE, São Paulo 2013.

The purpose of the present work is to analyze the jurisprudence's evolution, primarily, the evolution of the Labor Law Court about the pregnant employee's right to provisional stability in fixed-term employment contracts and in the course of prior notice. There are two points of view for the provisional stability, to the employer it is a tightening of Labor Law, what causes difficulties to admission such as to demission. On the other side, the employee's point of view is more related to the social and alimentary aspect of Labor Law, mainly on special circumstances, like pregnant employees condition. In spite of the need to assure jobs stability on special situations, this works proposal is to analyze if jurisprudence is evolving properly, since it assumes that pregnant employee stability is compatible and should be guaranteed on fixed-term employment contracts and in the course of prior notice.

Key words: pregnant, provisional stability, fixed-term employment contracts, prior notice

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 MODALIDADES DE CONTRATO DE EMPREGO</b> .....	10
<b>1.1 Contratos por prazo indeterminado</b> .....	11
<b>1.2 Contratos por prazo determinado</b> .....	12
<b>2 FORMAS DE TÉRMINO DO CONTRATO DE EMPREGO</b> .....	15
<b>2.1 Término dos contratos por prazo indeterminado</b> .....	16
<b>2.1.1 Por ato do empregador</b> .....	16
<b>2.1.2 Por ato do empregado</b> .....	21
<b>2.2 Término dos contratos por prazo determinado</b> .....	22
<b>2.2.1 Por decurso do prazo</b> .....	23
<b>2.2.2 Rescisão antecipada</b> .....	23
<b>2.3 Outras formas de término do contrato de emprego</b> .....	25
<b>3 O INSTITUTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA</b> .....	26
<b>3.1 Conceito e caracterização</b> .....	28
<b>3.2 Estabilidade da empregada gestante</b> .....	31
<b>3.2.1 Evolução das normas internacionais</b> .....	31
<b>3.2.2 Aspectos e controvérsias</b> .....	32
<b>4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL</b> .....	38
<b>4.1 A posição do tribunal superior do trabalho e o direito da empregada gestante à estabilidade provisória em contratos por prazo determinado</b> .....	38
<b>4.2 A posição do tribunal superior do trabalho e o direito da empregada gestante à estabilidade provisória no curso do aviso prévio</b> .....	42
<b>CONCLUSÃO</b> .....	45
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	48

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante o arcabouço normativo e axiológico a ser seguido pelo legislador infraconstitucional. Em matéria de Direito do Trabalho, apresenta um capítulo exclusivo, capítulo II, dedicado aos direitos sociais.

O artigo 7º da Constituição Federal Brasileira deixa claro que os direitos ali arrolados são irrenunciáveis, não estão sujeitos, em regra, à flexibilização e não se esgotam nos mais de 30 (trinta) incisos ali presentes, já que eles são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho desenvolveu-se, historicamente, para o fim maior de proteger o obreiro, considerado hipossuficiente na relação capital-trabalho. Bem por isso que entre princípios norteadores do Direito do Trabalho, o que ganha maior destaque é o *princípio da proteção*, cujo fim é, justamente, equilibrar a relação jurídica que se forma com o contrato de emprego.

Então, a partir de uma singela abordagem dos principais princípios norteadores do direito laboral, a presente pesquisa concentrar-se-á, primeiramente, no estudo das modalidades de contrato de emprego, para, desde logo, fazer a clássica divisão dos contratos encontrada na legislação e na doutrina em: contratos por prazo indeterminado e contratos por prazo determinado, sendo que a regra é, exatamente, a existência de contratos por prazo indeterminado, já que são eles que consagram a orientação do *princípio da continuidade da relação de emprego* que deve ser de trato sucessivo visando à manutenção do vínculo.

Em seguida, já no segundo capítulo, serão analisadas as formas de término dos contratos de emprego. Esse enfrentamento será necessário para, desde então, verificar-se que, em alguns casos, haverá restrições para a ruptura do pacto laboral. Uma dessas restrições, por exemplo, é a estabilidade provisória que veda a dispensa sem justa causa por iniciativa do empregador até que perdue a condição especial que colocou o empregado na situação de estável.

O instituto da estabilidade provisória, por sua vez, será estudado no terceiro capítulo e o enfoque será dado em relação à estabilidade provisória garantida às empregadas

gestantes, consoante disposição do artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Note-se que esse tema sempre envolve um debate acentuado entre posições mais protecionistas, ligadas à supremacia dos direitos individuais e sociais e ao caráter alimentar do emprego e posições mais economicistas, ligadas à necessidade de maior flexibilização das normas, com o fim de manter o mercado de trabalho dinâmico e poder oferecer assim maiores e melhores postos de trabalho.

Sob o raciocínio desenvolvido ao longo dos três primeiros capítulos, considera-se que é possível avaliar, no quarto e último, a evolução da jurisprudência, sobretudo, a evolução da posição do Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito ao direito da empregada gestante à estabilidade provisória em contratos por prazo determinado e no curso do aviso prévio.

Isso porque o que será questionado é se a natureza desses dois institutos (contratos por prazo determinado e aviso prévio) compatibiliza-se com a estabilidade provisória da gestante, ainda que observada sob a ótica protecionista do direito laboral.

Nesse contexto, essa é a pesquisa que se propõe com a intenção de avaliar que o direito do trabalho é, sem dúvida alguma, um instrumento social que deve garantir a proteção da relação de emprego. Mas é também um instrumento econômico, pois só haverá manutenção e geração de postos de trabalho se as normas aplicáveis forem coerentes com todas as faces desse sistema e não com apenas uma/algumas delas. De igual sorte, só haverá manutenção e geração dos postos de trabalho se o Estado, por meio de suas políticas públicas e de incentivo, permitir que o setor empresarial mantenha-se aquecido e dinâmico.

## 1 MODALIDADES DE CONTRATO DE EMPREGO

Como se sabe, não é qualquer contrato de trabalho que atrai a aplicação do Direito do Trabalho, mas apenas aqueles dotados de configuração específica, qual seja a presença dos seguintes elementos: **(i)** pessoalidade (um dos sujeitos da relação – o empregado – tem o dever de prestar serviços em favor do empregador pessoalmente); **(ii)** habitualidade (o trabalho deve ser a atividade normal, não eventual do empregado); **(iii)** onerosidade (remuneração devida pelo empregador, em razão do serviço prestado pelo empregado); e **(iv)** subordinação jurídica da prestação do serviço ao empregador<sup>1</sup>.

Os contratos que apresentam os elementos acima citados são os **contratos de emprego**, espécie dos contratos de trabalho, que estão a sofrer permanente influência dos princípios do Direito do Trabalho, já que, como se sabe, os princípios são o alicerce: “linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito”<sup>2</sup>.

Com isso, destaquemos alguns princípios denominados por Alice Monteiro de Barros como peculiares do direito do trabalho<sup>3</sup>: o princípio da **proteção (norma mais favorável e condição mais benéfica)**, o da **primazia da realidade**, o da **irrenunciabilidade** e o da **continuidade**.

O princípio da **proteção** é considerado por muitos autores como o principal princípio trabalhista. É considerado, inclusive, como o arcabouço dos demais princípios, institutos e regras. É a partir desse princípio que o trabalhador, considerado hipossuficiente na relação de emprego, possui guarida protetiva nos institutos e nas normas laborais de modo a equilibrar a relação jurídica que se forma com o contrato de emprego.

Para a mesma autora<sup>4</sup>, dele decorrem o princípio da **norma mais favorável** (ele autoriza a aplicação da norma mais favorável quando coexistem duas ou mais normas aplicáveis ao caso concreto) e o princípio da **condição mais benéfica** (ele segue a orientação

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 173.

<sup>2</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Op cit**. P. 141.

<sup>3</sup> Nesse sentido: BARROS, Alice Monteiro de. **Op cit**. P. 141.

<sup>4</sup> Nesse sentido: BARROS, Alice Monteiro de. **Op cit**. P. 142.

do ordenamento jurídico de que as vantagens auferidas em decorrência de cláusulas contratuais constituem direito adquirido, conforme previsão do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal e não podem ser retiradas, sob pena de afronta ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O princípio da **primazia da realidade**, por sua vez, orienta o Direito do Trabalho no sentido de que o que prevalece são as situações de fato ocorridas, não importando o nome que lhes foi atribuído. Exemplifica-se: se presentes os quatro requisitos enumerados anteriormente (pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação) está configurada a relação de emprego, por mais que formalmente, tenha tentado atribuir uma prestação de serviços (contrato de trabalho autônomo).

Coligado ao princípio da primazia da realidade está o da **irrenunciabilidade**, segundo o qual é vedado ao trabalhador renunciar, dispor de seus direitos. Este princípio, então, está relacionado à questão da própria imperatividade das normas trabalhistas.

Por derradeiro, o princípio da **continuidade** “visa à preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial”<sup>5</sup>. A partir dele se infere que o contrato de trabalho é de trato sucessivo, que visa à permanência no emprego.

Nessa esteira, sabe-se que os contratos de emprego classificam-se, quanto à duração, em contratos por prazo **indeterminado** e **determinado**. Os contratos por prazo indeterminado são a regra, em razão, justamente, do **princípio da continuidade da relação de emprego**.

### **1.1 Contratos por prazo indeterminado**

Os contratos por prazo indeterminado prolongam-se no tempo e não estão sujeitos a um termo final certo. A expectativa é da continuidade da relação de emprego. Nas palavras do professor Amauri Mascaro Nascimento: “Por duração indeterminada o que se

---

<sup>5</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 146.

deve entender é que o empregado foi admitido sem previsão do termo final do contrato, que vigerá até que se desconstitua por meio de uma das suas formas normais de extinção.”<sup>6</sup>

Como visto, na classificação dos contratos em: por prazo indeterminado e por prazo determinado, os por prazo indeterminado são a regra. Não poderia ser diferente. Se o princípio da continuidade é um dos norteadores das relações de trabalho e ele sugere, justamente, a preservação e permanência do emprego, o contrato por prazo indeterminado haveria de ser a regra.

Isso porque apenas dessa maneira o Direito do Trabalho cumpre, satisfatoriamente, seu objetivo de melhoria das condições de trabalho. Quanto mais sujeitos empregados, melhores as condições culturais, sociais e econômicas do país. Com isso, é de interesse do Direito do Trabalho a manutenção do vínculo empregatício, a partir da orientação do famigerado princípio da **continuidade da relação de emprego**. Cumpre-nos citar as lições de Maurício Godinho Delgado a respeito:

Informa tal princípio que é de interesse do Direito do Trabalho a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais. Apenas mediante tal permanência e integração é que a ordem justalabalhista poderia cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do Direito do Trabalho de assegurar melhores condições – sob a ótica obreira – de pactuação e gerenciamento da força de trabalho em determinada sociedade.<sup>7</sup>

## 1.2 Contratos por prazo determinado

Os contratos por prazo determinado projetam-se no tempo, mas, ao contrário dos por prazo indeterminado, estão sujeitos a um termo final, futuro, que poderá ser certo quanto ao tempo ou quanto ao evento.

Nas palavras de Maria Alice Monteiro de Barros: “O contrato por prazo determinado é o ajuste cuja vigência depende de termo prefixado ou da execução de serviços

---

<sup>6</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 685.

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. P. 62.

especificados ou, ainda, da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada (art. 443 da CLT)<sup>8</sup>.

O § 1º do artigo 443 da CLT traz a definição legal acerca do contrato por prazo determinado:

Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - **Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.** (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) – (destaque não original)

O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, elenca as modalidades desse tipo de ajuste, constata-se:

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

a) **de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;** (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

b) **de atividades empresariais de caráter transitório;** (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

c) **de contrato de experiência.** (Incluída pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Como se observa, nesses contratos, há um termo futuro certo que pode ser cronológico (até determinado dia) ou vinculado ao término da obra ou da colheita, por exemplo.

O artigo 455 da CLT determina que os contratos por prazo determinado terão duração máxima de 2 (dois) anos, nos casos das alíneas “a” e “b” e 90 (noventa) dias para os contratos de experiência (alínea “c”) e poderão ser prorrogados uma única vez, sob pena de se tornarem contratos por prazo indeterminado (art. 451, CLT). Sob a mesma ótica, somente é permitida a sucessão de contratos por prazo determinado entre a mesma empresa e o mesmo empregado após 6 (seis) meses do primeiro contrato (art. 452, CLT).

---

<sup>8</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 381.

Além desses contratos a prazo discriminados no § 2º do artigo 443 da CLT, há o **contrato de safra**, regido pela lei nº 5.889/1973 (estatui normas reguladoras do trabalho rural), há o **contrato de trabalho temporário**, regido pela lei nº 6019/1974, entre outros, que são marcados, sobretudo, pela transitoriedade, pela temporariedade, marca desses contratos.

Todavia, deve-se atentar que esses contratos a termo são exceções, já que a regra é a contratação a prazo indeterminado, justamente, em razão de um do princípio-base do direito do trabalho que é o **princípio da continuidade da relação de emprego**.

## 2 FORMAS DE TÉRMINO DO CONTRATO DE EMPREGO

Alice Monteiro de Barros introduz o tema relativo ao término dos contratos de emprego da seguinte forma: “A nomenclatura cessação, dissolução ou terminação do contrato é utilizada para designar as várias hipóteses de seu rompimento. Configuram espécies desse gênero a rescisão, a resolução, a rescisão e a extinção do contrato de trabalho.”<sup>9</sup>

Como **resilição**, ela entende o término do contrato sem que as partes tenham cometido falta. É o caso da dispensa sem justa causa por ato do empregado, do pedido de demissão espontâneo do empregado, o fechamento do estabelecimento ou o encerramento das atividades da empresa.

Como **resolução**, ela entende que é o término do contrato por culpa de uma das partes. É o caso da dispensa por justa causa cometida pelo empregado, da rescisão indireta motivada por culpa grave do empregador e a culpa recíproca, quando as duas partes concorrem para a ruptura do pacto.

A **rescisão**, por sua vez, ocorre quando o contrato termina por nulidade e, por fim, a **extinção** do contrato é a cessação do pacto laboral por circunstâncias alheias à vontade das partes. É o caso da morte do empregado, de força maior (incluindo o fato do príncipe<sup>10</sup>), de contrato por prazo determinado.

O professor Amauri Mascaro Nascimento, por sua vez, concentra o seu estudo dividindo-o em: extinção por iniciativa do empregado, extinção por iniciativa do empregador, de ambas as partes ou de ato ou fato de terceiro, justa causa do empregado e justa causa do empregador.<sup>11</sup>

Nesse viés, o que se observa é que são várias as formas de término dos contratos de emprego e pode-se encontrar na doutrina as mais diversas classificações.

---

<sup>9</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 753.

<sup>10</sup> Ocorrência de ato de autoridade pública que implique alteração das condições laborais de modo a impedir a execução do contrato (art. 486, CLT).

<sup>11</sup> Nesse sentido: NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 941 e seguintes.

Concentrando-se nos efeitos das principais dessas modalidades e na abordagem do tema objeto desta pesquisa, prefere-se dividir as formas de término da relação de emprego em: término dos contratos por prazo indeterminado, término dos contratos por prazo determinado e outras formas de término do contrato de emprego.

Todavia, antes de adentrarmos o estudo mais detalhado de cada um delas, cumpre-nos lembrar que o término dos contratos de emprego que tenham durado mais de 1 (um) ano e o respectivo acerto das verbas rescisórias só tem validade se **homologados** pelo sindicato profissional competente ou por autoridade do Ministério do Trabalho (art. 477, § 1º, da CLT). Na falta desses órgãos na localidade, será possível a assistência na homologação pelo representante do Ministério Público ou da Defensoria Pública e, na falta ou impedimento destes, pelo juiz de paz, nos termos do artigo 477, § 3º, da CLT c/c artigo 6º da Instrução Normativa SRT-MTE nº 15/2010.

## **2.1 Término dos contratos por prazo indeterminado**

Conforme estudado alhures, o contrato de trabalho por prazo indeterminado é aquele que perdura no tempo sem prazo certo para seu término, tendo a continuidade da relação de emprego como principal objetivo.

Nos contratos de trabalho por prazo indeterminado existem, basicamente, quatro formas de extinção que podem ser agrupadas como: **(i)** por ato do empregador: dispensa imotivada, dispensa motivada (justa causa do empregado) e **(ii)** por ato do empregado: pedido de demissão e rescisão indireta (justa causa do empregador).

### **2.1.1 Por ato do empregador**

Passando a análise de tais formas de extinção, tem-se que na primeira delas, a **dispensa imotivada**, o empregador, por motivos que não precisam ser justificados, dispensa o empregado sem necessidade de lhe informar a razão que o levou a tomar tal atitude. Trata-se

em verdade de **dispensa sem justa causa**: “dispensa é a ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado”<sup>12</sup>

Diz-se sem justa causa porque, em verdade, sempre há uma causa, um motivo técnico, econômico ou de outra natureza que leva o empregador a tomar essa iniciativa, mas que não é justo no sentido de que por sua liberalidade o empregador o faz e com isso frustra a expectativa da **continuidade da relação de emprego**.

“A perda do emprego tem uma dimensão que transcende a esfera jurídica. Atinge a subsistência de uma pessoa, de sua família e de seus dependentes econômicos.”<sup>13</sup> Bem por isso, a Constituição Federal visou à proteção da dispensa arbitrária ou sem justa causa, *in verbis*:

CF, 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 despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Ocorre que mencionada lei complementar ainda não foi promulgada, razão pela qual ainda se utiliza as disposições do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que remete no seu inciso I à indenização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (antiga lei 5.107/1966, atual lei 8.036/1990) e, inclusive, veda a dispensa sem justa causa, garantindo a estabilidade no emprego para o empregado eleito para o cargo de CIPA e para a gestante (inciso II), o que será abordado com maiores detalhes no próximo capítulo. Por ora, constate-se a letra da norma:

ADCT, Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:  
I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;  
II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:  
a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;  
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

<sup>12</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 955.

<sup>13</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Op cit**. P. 955.

Nesse contexto, por se tratar da quebra da expectativa da continuidade no emprego, a legislação prevê o pagamento de multa de 40% sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço em favor do empregado, nos termos do artigo 18, § 2º, da Lei 8.036/1990<sup>14</sup>, além de permissão ao saque dos depósitos efetuados em conta vinculada ao FGTS.

Além disso, são garantidos ao empregado: concessão de aviso prévio ao empregado (mínimo de 30 (trinta) dias, podendo perfazer o máximo de 90 (noventa) dias, com o acréscimo de 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, nos termos do artigo 487e seguintes da CLT c/c a Lei 12.506/2011), bem como, remuneração de férias e 13º proporcionais.

Em contrapartida, tem-se também a **dispensa motivada**, isto é, a dispensa por justa causa. “Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico.”<sup>15</sup>

Nesta hipótese de dispensa, o empregado deve ter praticado algum ato previsto **taxativamente** em lei (basicamente no artigo 482 da CLT) como contrário aos deveres normais do contrato de emprego e que, portanto, enseja sua dispensa por justa causa. Eis a previsão legal:

CLT, Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

<sup>14</sup> Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. ([Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997](#))

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros. ([Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997](#))

<sup>15</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 1.016.

- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. [\(Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966\)](#)

Em breves palavras, vejamos o que é cada uma dessas faltas graves legalmente previstas, lembrando que a exceção do item “d”, condenação criminal, todas devem estar relacionadas com o emprego:

a) **Improbidade** coincide com os crimes contra o patrimônio: furto, apropriação em débito, entre outros.

b) **Incontinência de conduta** é o comportamento irregular do empregado em relação à moral sexual e **mau procedimento** é o comportamento irregular relacionado com a moral em geral, com as normas exigidas pelo senso comum do homem médio;

c) item autoexplicativo: **Negociação habitual** por conta própria ou alheia sem permissão do empregador que constitua ato de concorrência à empresa ou seja prejudicial ao serviço;

d) item autoexplicativo: **Condenação criminal** do empregado, transitada em julgado, sem “sursis”;

e) **Desídia** é a falta de diligência, de comprometimento do empregado em relação ao emprego;

f) **Embriaguez** no serviço também configura justa causa. Cabe neste item a ressalva de alguns doutrinadores que defendem que a embriaguez habitual deve ser afastada como justa causa;

g) **Violação de segredo** configura justa causa, já que o empregado tem o dever de sigilo quanto às informações, dados e documentos da empresa;

h) **Indisciplina** é o descumprimento de ordens gerais de serviço, **insubordinação** é o descumprimento de ordens diretas e pessoais;

i) **Abandono de emprego** é a ausência prolongada ao trabalho (elemento objetivo) com a intenção de não mais continuar a relação de emprego (elemento subjetivo);

j) e k) **Ato lesivo da honra ou da boa fama** coincide com os crimes de injúria, difamação e calúnia ou **ofensas físicas**, todos praticados contra o empregador ou terceiros;

l) item autoexplicativo: **prática constante de jogos de azar**.<sup>16</sup>

Ao lado dessas figuras genéricas, há algumas figuras específicas. É o caso do contínuo inadimplemento de dívida legalmente exigível do bancário, por exemplo, e a participação em **greve abusiva** que gera a presunção de justa causa e os excessos praticados caracterizam-na plenamente (artigo 9º, § 2º, CF).

Além da configuração de algum dos atos previstos taxativamente em lei, para configuração da justa causa, há alguns requisitos adotados pela melhor doutrina e jurisprudência: **(i) atualidade** (a rescisão contratual deve acontecer imediatamente após a ocorrência da falta grave, sob o risco de com o decurso do tempo configurar perdão tácito); **(ii) gravidade** (a falta leve não será conhecida tecnicamente como justa causa) e **(iii) causalidade** (a rescisão contratual deve ser diretamente determinada pela falta grave praticada, deve haver um nexo de causalidade entre elas)<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Nesse sentido: NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 1.025/1.027.

<sup>17</sup> Nesse sentido: NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Op cit**. P. 1.017/1.022.

Nessa modalidade, em razão do ato gravoso praticado pelo empregado, ele não tem direito à indenização do FGTS e saque do saldo depositado na conta vinculado, ao aviso prévio, nem tampouco a 13º salário proporcional e férias proporcionais.

### 2.1.2 Por ato do empregado

Como visto, as modalidades de término do contrato de emprego por iniciativa do empregado são o pedido de demissão e a rescisão indireta (justa causa do empregador).

No **pedido de demissão** o empregado quer espontaneamente desligar-se do emprego. Nesse caso, quem tem a expectativa da **continuidade do emprego** frustrada é o empregador e, por isso, o empregado deve cumprir o aviso prévio ou indenizar o empregador pelo não cumprimento permitindo que seja feito o desconto relativo a esse período das verbas rescisórias a serem recebidas. No mais, o obreiro tem direito a 13º salário e férias proporcionais e não poderá sacar o saldo do FGTS do período, nem tampouco receber seguro-desemprego.

A **rescisão indireta**, por sua vez, “... é a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado, tendo em vista justa causa praticada pelo empregador.”<sup>18</sup>

Na dispensa indireta a causa não é o interesse particular do empregado, mas a existência de justa causa em que incorreu o empregador; a forma não é a concessão de aviso prévio pelo empregado ao empregador, mas a comunicação de que dá por rescindido o contrato por justa causa, ... Como dificilmente o empregador admitirá a justa causa de que é acusado pelo empregado, a dispensa indireta é seguida de processo judicial em que este pede o seu reconhecimento e a condenação daquele aos pagamentos devidos.<sup>19</sup>

O artigo 483 da CLT consagra as faltas graves praticadas pelo empregador que permitem ao empregado considerar rescindido seu contrato de trabalho sem prejuízo das devidas indenizações. Constate-se:

---

<sup>18</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 1.028.

<sup>19</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Op cit**. P. 1.028.

CLT, Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras "d" e "g", poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações, permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. [\(Incluído pela Lei nº 4.825, de 5.11.1965\)](#)

Note-se que é exigível o afastamento imediato do emprego pelo empregado, sendo que apenas nos casos das alíneas “d” e “g”, descumprimento das obrigações contratuais e redução das tarefas do empregado com reflexo no salário, é facultado ao empregado permanecer no emprego durante a ação judicial.

Os efeitos da rescisão indireta assemelham-se ao da dispensa sem justa causa por ato do empregador. O empregado terá direito à multa de 40% sobre o saldo do FGTS, além de permissão ao saque dos depósitos efetuados em conta vinculada. Ainda, terá direito ao aviso prévio indenizado, bem como, remuneração de férias e 13º proporcionais.

## **2.2 Término dos contratos por prazo determinado**

Tradicionalmente, término do contrato a prazo é a extinção da relação de emprego pelo fato de atingir o termo final ajustado pelas partes no seu início. Tradicionalmente, a doutrina pontua:

... desde que seja atingido normalmente o seu término, não é devida indenização de antiguidade. Ele simplesmente se extingue, morre, desaparece; o empregado não foi despedido pelo empregador. ...

Porém a rescisão do contrato a termo antes do seu final e sem justa causa dá margem a soluções diferentes previstas em lei e assentadas pela doutrina e jurisprudência.<sup>20</sup>

### 2.2.1 Por decurso do prazo

Como visto, o término do contrato por prazo determinado por decurso do prazo não enseja qualquer indenização. Isso se justifica porque não se está aqui a frustrar qualquer expectativa da **continuidade da relação de emprego** como nos contratos por prazo indeterminado.

Nesse caso, acontecido o evento futuro certo previsto (a data final foi atingida/ a obra terminou/ a colheita se encerrou) o contrato termina não sendo devida qualquer indenização em razão desse término. São devidos apenas os salários ajustados e, ainda, férias e 13º salário proporcionais. Não é devida multa por antiguidade, mas é permitido o levantamento do saldo depositado em conta vinculada do FGTS.

### 2.2.2 Rescisão antecipada

Se os contratos a prazo terminam antes de atingirem o seu termo final, acontece o que se chama de rescisão antecipada. Quando acontece a rescisão antecipada, ao contrário do subitem supra, a lei prevê algumas consequências.

Essas consequências estão previstas nos artigos 479 e 480 da CLT, constate-se:

CLT, Art. 479 - Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e **por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.** (Vide Lei nº 9.601, de 1998)

Parágrafo único - Para a execução do que dispõe o presente artigo, o cálculo da parte variável ou incerta dos salários será feito de acordo com o prescrito para o cálculo da indenização referente à rescisão dos contratos por prazo indeterminado. (destaques não originais)

CLT, Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o

---

<sup>20</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 810/811.

empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem. (Vide Lei nº 9.601, de 1998)

§ 1º - **A indenização, porém, não poderá exceder àquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.** (Renumerado pelo Decreto-lei nº 6.353, de 20.3.1944) (destaques não originais)

Como se observa, o empregador ou o empregado que, **sem justa causa**, decidir por fim ao contrato a termo antes do decurso do prazo estipulado deverá indenizar a outra parte com metade da remuneração que seria devida até o final do contrato.

Da mesma forma, “Se o empregador incorrer em justa causa, dando ensejo ao despedimento indireto, também aqui será assegurada ao empregado a indenização como se tivesse sido despedido sem justa causa antes do término do contrato.”<sup>21</sup>

Nesse caso, além dessa indenização em razão do término antecipado do contrato, são devidos férias e 13º salário proporcionais.

Nos contratos a termo não há que se falar em **aviso prévio**. A disposição do artigo 487 da CLT<sup>22</sup> é clara ao determinar a concessão de prévio aviso nos contratos por prazo indeterminado. Isso porque não se está a frustrar a expectativa da **continuidade da relação de emprego** como nos casos de contrato sem prazo. As partes, de antemão, já sabem quando cessará o contrato. A não ser que ocorra a rescisão antecipada, mas, nesse caso, será devida a indenização dos artigos 479 e 480 da CLT já citados.

Todavia, a despeito na não obrigatoriedade de concessão de aviso prévio nos contratos a termo, existe a possibilidade de consignar nos pactos o que a lei denomina de **“cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado”** (art. 481, CLT). Havendo essa cláusula, o contrato passa a ser considerado por prazo indeterminado, aplicando-lhe todos os princípios próprios, concessão de aviso prévio e, inclusive, indenização por antiguidade, se for o caso. Constate-se:

---

<sup>21</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 811.

<sup>22</sup> Art. 487 - **Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato** deverá avisar a outra da sua resolução com a antecedência mínima de:

I - oito dias, se o pagamento for efetuado por semana ou tempo inferior; ([Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951](#))

II - trinta dias aos que perceberem por quinzena ou mês, ou que tenham mais de 12 (doze) meses de serviço na empresa. ([Redação dada pela Lei nº 1.530, de 26.12.1951](#)) (destaques não originais)

CLT, Art. 481 - Aos contratos por prazo determinado, que contiverem cláusula asseguratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado, aplicam-se, caso seja exercido tal direito por qualquer das partes, os princípios que regem a rescisão dos contratos por prazo indeterminado.

### **2.3 Outras formas de término do contrato de emprego**

Como visto na introdução deste capítulo, além das formas mais comuns de término dos contratos de emprego por prazo indeterminado e por prazo determinado supraestudadas, há ainda outras formas que merecem uma breve análise.

O artigo 484 da CLT prevê a ocorrência da **culpa recíproca**. Empregador e empregado concorrem para a ruptura. Nesse caso, a indenização a ser recebida pelo empregado será reduzida pela metade, tanto a multa do FGTS será de 20% (art. 18, § 2º, da lei 8.036/1990) quanto o valor de aviso prévio, 13º salário e férias proporcionais serão de 50%.

A **morte do empregado**, por óbvio, também põe fim ao contrato de emprego. Nesse caso, as verbas salariais e rescisórias são devidas aos dependentes e herdeiros do *de cuius*.

O contrato de trabalho também pode terminar por **ato do governo**, é o que conhece por **fato do príncipe**, que ocorre quando o governo pratica algum ato que provoca a paralisação definitiva do negócio, transferindo, nesses casos, a responsabilidade pelas verbas rescisórias ao governo.

### 3 O INSTITUTO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Passado o estudo das modalidades de contrato de emprego e as formas de término desses contratos, passa-se ao estudo da **estabilidade provisória**, que tem importante reflexo no estudo anterior, pois, em linhas gerais, garante o direito do empregado de se manter no emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo na ocorrência de causas previstas em lei.

Diz-se estabilidade provisória, pois ela somente existe enquanto persistir uma causa especial que a motiva. Finda essa causa, finda a estabilidade.

Ela se diferencia, portanto, da **estabilidade definitiva**, que surgiu, inicialmente, no ordenamento jurídico brasileiro e foi conhecida como “estabilidade decenal”. Segundo essa estabilidade, era vedada a dispensa sem justa causa de empregados com mais de 10 (dez) anos no emprego.

A estabilidade definitiva foi gradativamente desaparecendo do cenário brasileiro com o surgimento da lei do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (antiga lei 5.107/1966, atual lei 8.036/1990) que provocou, posteriormente, a alteração da norma constitucional (art. 7º, I, CF), constate-se a norma constitucional vigente:

CF, 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 despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Como se observa, a norma constitucional veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar. Ocorre que mencionada lei complementar ainda não foi promulgada, razão pela qual ainda se utiliza as disposições do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

ADCT, Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:  
I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;  
II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

- a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
- b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Insta registrar que a diferença entre os conceitos de dispensa arbitrária e dispensa sem justa causa não tem grande relevo atualmente, já que os efeitos delas foram unificados. Essa diferenciação poderá se tornar importante se a promulgação da lei complementar a ser elaborado vier a regulamentar a indenização prevista na Constituição.

Note-se que o inciso I do artigo 10 supratranscrito remete à indenização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o que significa que os atuais empregados com menos ou mais de 10 (dez) anos no emprego podem ser dispensados com ou sem justa causa. Se dispensados sem justa causa, podem sacar o saldo dos depósitos fundiários, bem como, receber multa de 40% sobre esse saldo, nos termos da lei 8.036/1990. Se dispensados com justa causa, não tem esses direitos.

O inciso II do mesmo artigo, por sua vez, é quem consagra a **estabilidade provisória**, pois veda a dispensa sem justa causa, garantindo a estabilidade no emprego para o empregado eleito para o cargo de CIPA e para a gestante.

Além dessas duas hipóteses de estabilidade provisória, pode-se citar, a título exemplificativo, que há no ordenamento jurídico brasileiro a estabilidade do **dirigente sindical**, nos termos do artigo 543, da CLT; a do **empregado vitimado por acidente do trabalho**, consoante disposição do artigo 118, da Lei 8.213/91; a do **representante dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia**, prevista no artigo 625-B, §1º, da CLT e a do **menor aprendiz**, nos termos do artigo 433, da CLT.

Eis então as causas especiais que enquanto perdurarem garantem a permanência no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, vedando, dessa forma, a dispensa sem justa causa, por ato do empregador, anteriormente abordada no item 2.1.1. do capítulo 2.

Nesse contexto, finda essa causa especial, finda a estabilidade e é permitido ao empregador dispensar o/a obreiro/obreira sem justa causa, garantindo-se a indenização do FGTS.

O que se perquire, contudo, é a respeito do fundamento da estabilidade, a razão de ser desse instituto. Embora se possa dizer que no Brasil, a estabilidade tenha historicamente surgido para custeio do sistema previdenciário, o que só era possível com o emprego de mão de obra permanente, “O fundamento da estabilidade reside, ..., no fato de ser o emprego a principal fonte de subsistência do empregado e fator de equilíbrio psicológico, interferindo com valores de personalidade.”<sup>23</sup>

### 3.1 Conceito e caracterização

O mestre Michel Olivier Giraudeau introduz o seu estudo acerca do tema descrevendo que:

O instituto da estabilidade tem origem no esforço de atenuar o sentimento de segurança do trabalhador, garantindo-lhe que, excetuadas determinadas condições excepcionais, permanecerá no emprego, desde que observada a razoabilidade no cumprimento de suas próprias obrigações.<sup>24</sup>

Conceitualmente, para Maurício Godinho Delgado, “estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independente da vontade do empregador”.<sup>25</sup>

Para Amauri Mascaro Nascimento:

Estabilidade especial é aquela que protege o empregado contra dispensas arbitrárias ou sem justa causa, enquanto persistir uma situação em que se encontra e que veda a rescisão do contrato por ato do empregador. Este só poderá despedir o empregado havendo justa causa. Terminada a situação em

---

<sup>23</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 767.

<sup>24</sup> GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Estabilidade Provisória – Dirigente da CIPA e Gestante**. P. 1.

<sup>25</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. P. 1.241.

que se achava o empregado, geradora da proteção, cessa a garantia, cabendo a dispensa mesmo imotivada, antes proibida.<sup>26</sup>

Observe que o que a estabilidade provisória veda é a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Havendo falta grave praticada pelo empregado, contudo, não há o que se falar nessa proteção.

Da mesma forma, é permitido ao empregado desligar-se **espontaneamente** do emprego, renunciando, desse modo, a estabilidade. Entender o contrário seria obrigar o empregado a uma perpetuidade no emprego que possa contrariar os seus próprios interesses. No entanto, é importante mencionar que para que esse pedido de demissão seja válido é necessária a assistência do respectivo sindicato ou do M.T.E., nos termos do artigo 500 da CLT, contate-se:

CLT, Art. 500 - O pedido [de demissão](#) do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho. [\(Revigorado com nova redação, pela Lei nº 5.584, de 26.6.1970\)](#)

Não há maiores complicações, portanto, quando essa estabilidade é verificada no curso de contratos por prazo indeterminado, nos quais, inclusive, como visto, impera o **princípio da continuidade da relação de emprego**, havendo sempre a expectativa seja por parte do empregador, seja por parte do empregado de continuidade do labor.

A questão mais controvertida que se coloca, porém, é que inexistente previsão legal expressa para esclarecer se no fim dos contratos por prazo determinado a estabilidade provisória termina ou prossegue, pois não há aqui a expectativa da continuidade do emprego, as partes já sabem de antemão quando será o término do contrato.

Sob esse raciocínio, a questão da garantia no emprego quando o empregado já está em curso de aviso prévio também é polêmica. Por mais que se trate de contrato por prazo indeterminado, quando se está em curso o aviso prévio, seja o devido pelo empregador, seja o devido pelo empregado, seja trabalhado, seja indenizado, mais uma vez, as partes já sabem de antemão quando será o término do contrato.

---

<sup>26</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 983.

No entanto, no caso específico do aviso prévio a legislação posicionou-se com a recente inclusão do artigo 391-A na CLT, promovida pela **Lei 12.812, de 16 de maio de 2013**, e é o que veremos com maiores detalhes no próximo capítulo, em item próprio.

Chama-se à reflexão, pois por mais que a questão seja de sinalização de modificações importantes no sistema juslaboralista, as considerações do professor Amauri Mascaro Nascimento também se mostram atuais:

Há mais de um modo de ver a estabilidade.

Sob o ângulo empresarial, não seria demasiado argumentar que realmente a estabilidade representa uma restrição ao poder de comando do empregador, já que se vê tolhido de agir livremente, dispondo do empregado no momento oportuno e sem maiores entraves de ordem legal. Há tese segundo a qual para abrir maior número de empregos impõe-se suprimir – como fez nosso direito – a estabilidade geral com base numa ideia: facilitada a descontração, facilita-se também a contratação de empregados. ...

Há quem argumente que o estável é empregado que pode se acomodar no emprego, deixando de render no serviço o que dele se espera, em prejuízo dos interesses da produção.

...

A favor da estabilidade afirma-se que há um direito ao emprego, desenvolvendo-se a teoria francesa da propriedade do emprego.

Por outro lado, o princípio da continuidade do contrato de trabalho corresponde à ideia de que o emprego deve ser mantido porque o salário tem função alimentar, provendo meios para a subsistência pessoal e familiar do assalariado, da qual se veria privado quando despedido do emprego.

É necessário coibir a dispensa arbitrária, imotivada, não causada quer por motivos pertinentes à esfera do empregado, quer por motivos que se refiram a interesses econômicos da empresa.<sup>27</sup>

Nesse contexto, há duas formas de ver a estabilidade. Uma é mais relacionada aos interesses econômicos das empresas para que não estejam engessadas até mesmo como forma de incentivá-las a criar mais oportunidades de emprego. Outra é mais relacionada com o fim social e alimentar do direito do trabalho e do próprio princípio da continuidade da relação de emprego, em situações consideradas especiais.

Essas duas formas de enfrentar o tema demonstram em breves linhas a polêmica que se dá desde longa data e que, recentemente, tem enfrentado importantes mudanças na legislação e na jurisprudência, conforme será visto a diante.

---

<sup>27</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 986/987

Por derradeiro, insta registrar que no âmbito da OIT a regulamentação da dispensa do empregado por iniciativa do empregador encontra-se na Convenção 158 que foi ratificada e denunciada pelo Brasil, de modo que não está em vigor no nosso país. Mas, no entender do professor Amauri Mascaro Nascimento, por mais que sustentem que a sua ratificação poderia ensejar interpretações extrapolantes, para ele:

... a legislação constitucional brasileira está em consonância com a Convenção n. 158 da OIT quando remete para o sistema jurídico interno de cada país disciplinar as sanções e os efeitos da dispensa sem justa causa e a reintegração no emprego como medida geral extensível a todo empregado despedido imotivadamente, ainda que a critério do Juiz, não se compatibilizando com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e com a literalidade do art. 7º, I, da Lei Maior.<sup>28</sup>

### 3.2 Estabilidade da empregada gestante

Como visto, a estabilidade provisória da gestante é uma das estabilidades provisórias da legislação brasileira, prevista no artigo 10, II, b, do ADCT que se estende às empregadas urbanas, rurais, trabalhadoras avulsas e, inclusive, às domésticas (art. 4º-A, lei 5.859/72, introduzido em 2006 pela lei 11.324).

Segundo a norma, a estabilidade da gestante tem início com a confirmação da gravidez e finda no quinto mês após o parto. Para Alice Monteiro de Barros:

A medida legal atende ao elevado espírito social que essa situação particular reclama. A gestante, à semelhança do dirigente sindical, pode ser alvo da represália patronal, pela despedida injusta. E essa possibilidade torna-se gravíssima, pois atinge a mãe trabalhadora em momento difícil de sua vida.<sup>29</sup>

Desse modo, a dispensa sem justa causa da gestante nessas circunstâncias é **nula**, sendo suficientes, inicialmente, a prova da gravidez e da despedida injusta para garantir a imediata reintegração ao emprego e/ou indenização.

#### 3.2.1 Evolução das normas internacionais

---

<sup>28</sup> NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 1.015.

<sup>29</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 783.

A luta e a conquista da mulher em relação ao seu espaço no mercado de trabalho foi uma realidade que não pode, desde o início, ser ignorada.

A Organização Internacional do Trabalho em 1919 adotou a Convenção nº 3 que dispunha sobre o emprego das mulheres antes e depois do parto (proteção à maternidade). Em 1934, o Brasil ratificou-a, mas, tempos depois, denunciou-a, em razão da ratificação da Convenção nº 103 que reviu o amparo à maternidade, em 1965.

A Convenção 103 da OIT assegurou licença mínima de doze meses para a empregada grávida, considerando ilegal a dispensa nesse período.

Em 1988, surgiu a Convenção nº 183 que ampliou os dispositivos da Convenção 103, vedando, em seu artigo 8º a dispensa da mulher durante a gravidez até a licença pós-parto. Findo o período da licença, garante-se à empregada, o retorno ao posto de trabalho anterior, com igual remuneração.<sup>30</sup>

### **3.2.2 Aspectos e controvérsias**

Como se pode observar, a estabilidade da empregada gestante instiga polêmica e controvérsia em relação a alguns pontos.

Primeiramente, indaga-se o que é a expressão “confirmação” da gravidez trazida pela norma. Trata-se de um ato formal a ser praticado pela gestante ou se trata de algo objetivo que independe da comunicação?

Alice Monteiro de Barros defende que a expressão confirmação “Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego”<sup>31</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência uniformizou-se para definir que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. Eis a dicção do item I da Súmula 244 do TST:

---

<sup>30</sup> Nesse sentido: GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Estabilidade Provisória – Dirigente da CIPA e Gestante**. P. 38.

<sup>31</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 877.

**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). ...

Mais uma vez, Alice Monteiro de Barros explica:

... sustentamos que a reparação proveniente da dispensa imotivada de empregada gestante se impõe, independentemente do conhecimento, pelo empregador, do estado de gravidez da trabalhadora. A responsabilidade patronal, no caso, parte de um dado objetivo, constituindo a gravidez um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher.<sup>32</sup>

Esse entendimento passa a acender um chama para o empregador. Poderia ele exigir **teste de gravidez no exame demissional?**

Não se pode dizer que a jurisprudência esteja complementemente definida a respeito, até mesmo porque a insurgência é relativamente recente. De um lado há os que sustentam que há vedação legal que considera a exigência desse tipo de exame discriminatória, com base no artigo 373-A da CLT e na lei 9.029/1995, constate-se:

CLT, 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: [\(Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999\)](#)

...

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

Lei 9.029/1995, Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

De outro, há os que sustentam que a vedação legal se restringe à admissão e/ou à manutenção do emprego, mas não quando tal exame é exigido com o fim de validar a dispensa, até mesmo porque o fazendo, as partes estarão cumprindo a lei.

<sup>32</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 876.

Nesse sentido, cumpre citar Tullio de Oliveira Massoni, em artigo disponível no site do r. escritório de advocacia do professor Amauri Mascaro Nascimento:

Pairam dúvidas na jurisprudência acerca da possibilidade de o empregador, após dispensar a empregada, solicitar exame de gravidez dentre os demais exames demissionais de praxe.

Para alguns, exigir o referido exame no ato demissional ensejaria dano moral e até crime, segundo interpretação que se faz da Lei 9.029, de 13 de abril de 1995.

Para outra corrente interpretativa – com a qual concordamos – **a lei em questão não proíbe o exame no ato demissional.** Na verdade, a Lei 9.029/95 teve por finalidade evitar discriminação contra as mulheres, impedindo que o empregador exigisse como condição da contratação o referido exame e até mesmo comprovante de esterilização, odiosa prática que a norma veio a coibir, inclusive criminalmente.

Dessa forma, **sendo o exame solicitado no ato da dispensa, quando já concedido o aviso prévio à trabalhadora, não vislumbramos nenhuma conduta discriminatória. Muito pelo contrário.** Assim como os empregados em geral realizam exames médicos para demonstrar que estão aptos ao trabalho, que é condição para a licitude da dispensa, também as empregadas, caso estejam grávidas, não poderão ter o vínculo empregatício rescindido.

Ora, **ao assim procederem, as partes darão cumprimento à lei, que considera ilegal a dispensa de trabalhadora gestante, por ser portadora de estabilidade no emprego, fato de conhecimento de todos.**

Dito de outro modo, a boa-fé e a transparência na fase demissional dará cumprimento e proteção à gestante, razão última da lei. Impõe-se uma interpretação teleológica do tema, tendo-se em mente a finalidade da norma, o norte delineado pelo legislador, qual seja: evitar a discriminação contra a mulher, sobretudo contra a maternidade.

É que a realização do exame de gravidez no momento da dispensa conduzirá à confirmação da dispensa (em caso de negativa de gravidez) ou à manutenção do emprego (caso o resultado do exame gravídico seja positivo). Tratar-se-ia, portanto, de uma cautela útil a ambas as partes contratantes, atendendo aos objetivos maiores da lei de proteção à gestante. (destaques não originais)<sup>33</sup>

E mais, importante precedente do E. TRT 2ª Região:

ESTABILIDADE GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. AUSÊNCIA DE EXAME DEMISSIONAL GESTACIONAL. COMPATIBILIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 168 DA CLT COM O INCISO IV DO ARTIGO 373-A DA CLT. Não tendo a reclamada realizado o exame demissional exigido pelo inciso II do Artigo 168 do texto consolidado, em interpretação sistemática combinada com os termos do

<sup>33</sup> MASSONI, Túlio de Oliveira. **É lícita a realização de exame gravídico no ato demissional?** Disponível em: [http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=669:e-licita-a-realizacao-de-exame-gravidico-no-ato-demissional-&catid=138:doutrina&Itemid=297](http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=669:e-licita-a-realizacao-de-exame-gravidico-no-ato-demissional-&catid=138:doutrina&Itemid=297) Acesso em: 03.08.2013.

inciso IV do artigo 373-A, também da Consolidação das Leis do Trabalho, não há se falar em ausência de comunicação do estado de gravidez da trabalhadora; **há que se ter em mente que o exame demissional deve conter atestado acerca do estado gestacional da trabalhadora mulher, a fim de sepultar qualquer dúvida quanto à validade da terminação contratual.** O artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, veda apenas que seja exigido atestado ou exame gestacional como condição de **contratação ou manutenção** de emprego, não tendo o legislador, **propositadamente, inserido tal proibição no exame médico demissional**, logicamente para que se mantivesse a obrigação contida no inciso II do artigo 168 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso da reclamada que se nega provimento.

(TRT/SP - 00012543820105020402 - RO - Ac. 8ªT 20120638970 - Rel. CELSO RICARDO PEEL FURTADO DE OLIVEIRA - DOE 15/06/2012)  
(destaques não originais)

Todavia, ainda sobre o conhecimento do estado gravídico no momento da dispensa, Alice Monteiro de Barros não conserva o entendimento de desnecessidade de conhecimento por parte do empregador, quando a própria gestante desconhece a gravidez no momento da dispensa:

Outra será a situação se à época da dispensa sequer a empregada sabia da sua gestação. Neste caso, entendemos que não lhe assiste razão à estabilidade provisória, salvo norma coletiva mais favorável. ...

Se à época em que o empregador a dispensou, ainda que sem justa causa, ... **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 responsabilidade ao empregador. É que a garantia de emprego em exame surge com a confirmação da gravidez, isto é, ratificação junto à própria empregada, o que ainda não havia ocorrido quando ela foi dispensada.**<sup>34</sup> (destaques não originais)

Outra questão diz respeito à possibilidade de reintegração *versus* indenização relativa ao período da estabilidade. Sobre esse viés a jurisprudência também se firmou no sentido de que a reintegração só é possível se ocorrer durante a estabilidade. No caso de transcurso do período de estabilidade, cabível tão somente a indenização. Eis o teor do inciso II da mesma Súmula 244 do TST:

**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**

...

<sup>34</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 878/879.

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. ...

E também da Súmula 396 do C. TST:

*Súmula nº 396 do TST*

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

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

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

Ainda nesse contexto de reintegração *versus* indenização a polêmica se dá também se eventual demora da gestante em propor a ação buscando a indenização do período da estabilidade, quando não é mais possível a reintegração configuraria ou não abuso de direito. O que tem prevalecido<sup>35</sup> é que não configura abuso de direito, pois se o prazo prescricional é de dois anos (art. 7º, XXIX, CF), a questão da estabilidade provisória da gestante não tem o condão de, por si só, reduzir esse prazo prescricional. Nesse sentido, atual julgado do C. Tribunal Superior do Trabalho:

**Ementa: ... II - RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO ESTABILITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR ABUSO DE DIREITO. A regra do art. 10, II, b, do ADCT veda a dispensa arbitrária da empregada gestante de forma objetiva, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Nos termos da Súmula nº 396, I, desta Corte, -exaurido o período de**

<sup>35</sup> A despeito do entendimento majoritário da atualidade, Cumpre citar o respeitável e mais razoável entendimento de Alice Monteiro de Barros:

Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em Juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes. A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória, privando o empregador da prestação do serviço correspondente. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado, com acerto, exercício abusivo do direito de ação, porque desvinculado de sua finalidade.

Ajuizada a ação pela empregada após transcorrida apenas parte da garantia provisória, em nome do princípio da boa-fé, a melhor solução nos parece autorizar a reintegração e seus corolários a partir do ajuizamento da ação, inobstante decisões em contrário. (BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 880).

estabilidade, são devidos aos empregados apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego-. **Esta Corte Superior firmou o entendimento de que a demora no ajuizamento da reclamação trabalhista também não prejudica a garantia de emprego da gestante, desde que observado o prazo prescricional previsto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal**, conforme se depreende do texto contido na Orientação Jurisprudencial nº 399 da SBDI-1 do TST: -o ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. Assim, decorrido o período estável, é devida uma indenização do período do seu ilegal afastamento até cinco meses após o parto. Precedentes da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST. Recurso de revista a que se dá provimento, para ampliar a condenação da Reclamada ao pagamento de salários, 13º salário, férias acrescidas de 1/3, saldo do FGTS acrescido de multa rescisória de 40% e demais direitos correspondentes para o período compreendido entre a data da ilegal despedida da Reclamante (13/09/2007) até cinco meses após o parto. (RR - 124200-26.2007.5.02.0302 , Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 21/08/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 23/08/2013) (destaque não original)

Esse entendimento está consagrado, inclusive, na Orientação Jurisprudencial da SDI-1 do C. TST. Constate-se:

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

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

Portanto, o que se observa é que o tema estabilidade provisória sempre foi alvo de acirrados debates e está sofrendo recentes e importantes alterações de entendimento. Alterações essas que refletem a postura protecionista que o TST vem adotando em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo.

## 4 EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Diante do exposto nos capítulos anteriores, considera-se que é possível adentrar a análise da evolução da jurisprudência, sobretudo, a evolução dos julgados do Tribunal Superior do Trabalho no que diz respeito ao direito da empregada gestante à estabilidade provisória em contratos por prazo determinado e no curso do aviso prévio.

### 4.1 A posição do tribunal superior do trabalho e o direito da empregada gestante à estabilidade provisória em contratos por prazo determinado

Como visto alhures, os contratos por prazo determinado estão sujeitos a um termo futuro certo que põe fim a estes contratos, seja o término da obra, seja o fim da colheita, seja o término das atividades transitórias, seja o fim da necessidade que demandou aumento de pessoal (páscoa, Natal, entre outros).

Em razão disso, por militar em favor do empregador “em princípio, por força da estrutura do aludido contrato, a certeza de seu término, corolário do acordo de vontade celebrado pelas partes”<sup>36</sup>, a jurisprudência do TST entendia existir incompatibilidade entre esse tipo de ajuste e o instituto da estabilidade provisória, mesmo na hipótese de rescisão antecipada pelo empregador, constata-se julgado de 2003, em consonância com Orientação Jurisprudencial da SDI-1 editada em 2000:

**Ementa:** CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO ARTIGO 118 DA LEI Nº 8213/91 NÃO ASSEGURADA. Em se tratando de contrato a prazo, previsto no artigo 443, §§ 1º e 2º, da CLT, que tem por finalidade disciplinar a prestação de serviços de natureza transitória, não há que se falar em garantia e/ou estabilidade de emprego, que pressupõe a existência de contrato por prazo indeterminado. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST, RR - 706217-61.2000.5.02.5555 , Relator Ministro: Milton de Moura França, Data de Julgamento: 22/10/2003, 4ª Turma, Data de Publicação: 14/11/2003) (destaques não originais)

**TST, SDI-1, OJ 196. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NÃO-ASSEGURADA.(cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244) - DJ 20.04.2005**  
Histórico:  
Redação original - Inserida em 08.11.2000

<sup>36</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 792.

Ocorre que a jurisprudência do TST evoluiu e passou a entender que somente não haverá estabilidade provisória nos contratos por prazo determinado que terminarem naturalmente, por decurso do prazo. Se houver rescisão antecipada, o TST passou a entender que deve ser assegurada a estabilidade.

A par desse novo entendimento, o C. TST sumulou a matéria em 2005, cancelando a OJ 196 e conferindo nova redação à Súmula 244 do TST, constata-se:

**Súmula 244 do TST**  
**GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA**

**Histórico:**

Súmula alterada - (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

*Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) (destaques não originais)*

Acontece que, naturalmente, a jurisprudência do TST continuou a evoluir e passou a entender, ao contrário do que entendia anteriormente, que a estabilidade provisória deve ser assegurada, inclusive, nos contratos por prazo determinado. Com isso, recentemente, em 14/09/2012, o Superior Tribunal Trabalhista alterou a redação do inciso III da Súmula 244 supratranscrita, constata-se:

**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**

...

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

Em consonância com esse novo entendimento, vem decidindo, constata-se, exemplificativamente:

Ementa: RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO . I. Por meio da resolução nº 185 de 2012, esta Corte

Superior alterou a redação do item III da Súmula nº 244, para consolidar o entendimento de que - 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** -. II. No caso dos autos, o Tribunal Regional indeferiu o pedido de reconhecimento da estabilidade provisória à Reclamante, por entender que a Autora não tem direito ao benefício, por se tratar de contrato de trabalho por prazo determinado (na modalidade de contrato de experiência), entendimento que diverge da jurisprudência uniforme desta Corte Superior. III. Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 244, III, do TST, e a que se dá provimento. (TST - RR: 5659420115090068 565-94.2011.5.09.0068, Relator: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 05/06/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/06/2013)

Como se constata, na última década, a jurisprudência do TST, em relação ao tema em epígrafe alterou-se, radicalmente, e o fez com base na visão mais protecionista, ligada à supremacia dos direitos individuais e sociais, considerando, inclusive, a proteção da gestante e do nascituro que, segundo eles, independe do tipo regime jurídico ou do tipo de contrato celebrado.

Insta registrar, contudo, que para Alice Monteiro de Barros permitir a prorrogação dessa modalidade de contrato, em razão da estabilidade provisória, sobrepoë-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé entre as partes<sup>37</sup>. Constate-se:

A garantia de emprego não poderia ser levada ao extremo de assegurar à empregada considerada ineficiente ou sem habilitação durante um contrato de experiência, por exemplo, uma prorrogação do contrato a termo, sobrepondo-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé.<sup>38</sup>

A mesma autora admite, porém, que a estabilidade provisória seja garantida nos contratos a termo que possuam a **“cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antes de expirado o termo ajustado”** (art. 481, CLT), explorado em outra oportunidade, pois, nesse caso, foi pactuado que os efeitos serão equiparados aos dos contratos por prazo indeterminado e aí sim se justifica ou no caso de decorrer da lei 9.601/1998, que possibilita que sejam criados contratos a termo no âmbito das normas coletivas garantindo-se, nesses casos, a estabilidade à gestante. Vejamos:

<sup>37</sup> Nesse sentido, BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 792.

<sup>38</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 882.

**Lei 9.601/1998**, Art. 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados. ...

§ 4º São garantidas as estabilidades provisórias da gestante; do dirigente sindical, ainda que suplente; do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes; do empregado acidentado, nos termos do art. 118 da [Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991](#), durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindido antes do prazo estipulado pelas partes.

Nesse sentido, mais uma vez, a ilustre Alice Monteiro de Barros:

Rompido o contrato determinado, sem inserção da cláusula do art. 481 da CLT, a empregada, na nossa opinião, continua não fazendo jus ... É que milita a favor do empregador, em princípio, por força da própria estrutura do aludido contrato, a certeza de seu término, consequência lógica do acordo de vontades pactuado entre as partes. **Excetua-se, entretanto, a hipótese consagrada no art. 1º, § 4º, da Lei 9.601, de janeiro de 1998.**<sup>39</sup>

Por derradeiro, insta registrar que o Supremo Tribunal Federal voltará a discutir o tema. Em junho de 2013, o STF decidiu que a estabilidade provisória de gestante em contrato por prazo determinado com a administração pública tem repercussão geral. Observe-se:

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 674.103 SANTA CATARINA**

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

RECTE.(S) :ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECDO.(A/S) :ROSIMERE DA SILVA MARTINS

ADV.(A/S) :JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM E OUTRO(A/S)

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA.

**CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO NÃO OCUPANTES DE CARGOS EFETIVOS.**

**GRAVIDEZ DURANTE O PERÍODO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DIREITO À LICENÇAMATERNIDADE E À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ARTIGO 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA B, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS.**

Decisão: **O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada**, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

<sup>39</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. P. 883.

(ARE 674103 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, RELATOR : MIN. LUIZ FUX, DJE 18/06/2013) (destaques não originais)

Ainda que a questão seja diretamente relacionada à administração pública, o resultado desse julgamento pode repercutir nos contratos de trabalho celebrados no setor privado.

#### **4.2 A posição do tribunal superior do trabalho e o direito da empregada gestante à estabilidade provisória no curso do aviso prévio**

Como visto, o aviso prévio é um instituto jurídico que visa a minimizar o impacto sofrido pelo empregador e/ou pelo empregado com a ruptura dos contratos por prazo indeterminado, sem justo motivo, já que isso representa a quebra da expectativa da continuidade da relação de emprego que é própria desse tipo de contrato, de trato sucessivo.

No que diz respeito à estabilidade provisória da gestante no curso do aviso prévio, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também evoluiu.

No passado, entendia o Tribunal Superior do Trabalho que não era assegurada a estabilidade à gestante, quando a concepção se dá no curso do aviso prévio porque, por mais que se trate de contrato por prazo indeterminado, quando se está em curso o aviso prévio, seja o devido pelo empregador, seja o devido pelo empregado, as partes já sabem de antemão quando será o término do contrato. Constate-se os seguintes julgados:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ APÓS A DISPENSA. A despeito de a atual e iterativa jurisprudência desta Corte entender que a confirmação da gravidez após a dispensa não retira da empregada gestante o direito à estabilidade, tem-se por não vulnerado o artigo 10, II, "b", do ADCT, porque, sem se adentrar ao exame da prova, vedado nesta instância extraordinária (E. 126/TST), não há como saber se, na vigência do pacto laboral, ocorreu a concepção, fato este gerador da responsabilidade objetiva do empregador, **uma vez que o quadro fático revelado pela decisão recorrida se reduziu à confirmação da gravidez após a dispensa e à demonstração de que a Reclamante não estava grávida quando recebeu o aviso prévio.** Divergência jurisprudencial não estabelecida, a teor do art. 896, "a", da CLT, e do Enunciado 126 do TST. Recurso de Revista não conhecido.

(TST, RR - 589207-73.1999.5.04.5555 , Relatora Juíza Convocada: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 24/03/2004, 3ª Turma, Data de Publicação: 30/04/2004) (destaque não original)

RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AVISO PRÉVIO. EFEITOS. **Hipótese em que a confirmação da gravidez deu-se no curso do aviso prévio** e que o exame gestacional foi realizado após a rescisão do contrato de trabalho da Reclamante. Nesse contexto, **no curso do aviso prévio, o contrato de trabalho tem seus efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso e, portanto, não alcança a estabilidade provisória da gestante**, nos termos da primeira parte da Súmula nº 371 do TST, analogicamente aplicada. Assim, inexistente ofensa à literalidade do art. 10, II, "b", do ADCT e atrito com a Súmula nº 244 do TST. Recurso de revista de que não se conhece.

( RR - 215000-60.2006.5.02.0068 , Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/05/2008, 1ª Turma, Data de Publicação: 30/05/2008) (destaque não original)

Todavia, mais uma vez a jurisprudência evoluiu e passou a considerar que a empregada que engravida no curso do aviso prévio tem direito à estabilidade provisória. Isso sob a ótica protetiva da gestante e do nascituro e sob a perspectiva de que o aviso prévio projeta-se no contrato de trabalho, considerando que ele ainda está em curso<sup>40</sup>.

Constate-se julgado recente do C. TST:

RECURSO DE REVISTA. **ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. DIREITO À ESTABILIDADE**. ART. 10, II, -B-, DO ADCT. 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 das Súmulas 244, I e 396, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido.

(TST, RR - 490-77.2010.5.02.0038 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 06/02/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: 15/02/2013) (destaque não original)

Aliás, nessa esteira e fazendo com que haja no Brasil uma aparente precipitação da alteração legal, considerando que a posição é ainda muito recente a

<sup>40</sup> TST, SDI-1, OJ 82. AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS (inserida em 28.04.1997) A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

jurisprudência, no caso específico do aviso prévio, a legislação posicionou-se com a recente inclusão do artigo 391-A na CLT, promovida pela **Lei 12.812, de 16 de maio de 2013**:

CLT, Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez **advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado**, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. [\(Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013\)](#) (destaque não original)

Insta registrar, porém, que sobre esse novo entendimento, há quem entenda que os nossos Tribunais estão aplicando uma mesma estabilidade em institutos com efeitos diferentes, questionando não parecer razoável que, com o advento do aviso prévio proporcional (lei 12.506/2011), por exemplo, a empresa arque com a estabilidade de uma empregada que, em um aviso prévio de 90 dias, engravide no 89º dia.<sup>41</sup>

Para a reflexão do professor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães a estabilidade provisória no aviso prévio indenizado, principalmente, demonstra o equívoco interpretativo:

Seria razoável que essa empregada, já contratada por outra empresa, que passou a ter direito à estabilidade, receba indenização de seu ex-empregador e estabilidade no emprego do seu novo empregador? Receberia duas vezes pelo mesmo fato gerador, o que está a demonstrar o equívoco interpretativo.<sup>42</sup>

Portanto, o que se observa é que anteriormente, o C. TST entendia que a gravidez no curso do aviso prévio não assegurava a estabilidade. Atualmente, com vistas à proteção da gestante e do nascituro, ele modificou esse entendimento e foi, inclusive, editada lei que consagra essa possibilidade.

---

<sup>41</sup> Nesse sentido: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Debate *in* Jornal do Advogado. **Gravidez durante o aviso prévio deve dar direito à estabilidade? Não**. P. 13.

<sup>42</sup> GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. Debate *in* Jornal do Advogado. **Gravidez durante o aviso prévio deve dar direito à estabilidade? Não**. P. 13.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, o que se pretendeu com essa pesquisa foi demonstrar que a jurisprudência do C. Tribunal Superior do Trabalho e a legislação, ainda que de forma mais lenta, estão em constante evolução. E não poderia ser diferente, já que a sociedade desta década em muito difere da sociedade da década passada, por exemplo.

O Direito precisa acompanhar a sociedade. O Direito do Trabalho precisa acompanhar essa sociedade em constante mudança.

Precisa-se, contudo, atentar ao fato de que o Direito do Trabalho não é apenas um instrumento social, que deve garantir a proteção da relação de emprego. Ele é também um instrumento econômico, na exata medida em que só haverá manutenção e geração de postos de trabalho se as normas aplicáveis forem coerentes com todas as faces desse sistema e não com apenas uma/algumas delas.

Nesse contexto, foi necessário observar ao longo do presente estudo que a estrutura da relação de emprego, as modalidades de contrato e suas respectivas formas de término, estão em consonância com os princípios-norte, com os princípios peculiares do Direito do Trabalho.

Isso porque, como visto, a regra é a celebração de contratos por prazo indeterminado que são de trato sucessivo, prolongando-se no tempo, de forma a fazer cumprir o princípio da continuidade da relação de emprego. E por haver essa expectativa da continuidade do pacto é que a legislação prevê as mais variadas consequências quando acontecem as causas que colocam fim a esses contratos. A figura do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o aviso prévio, o aviso prévio proporcional são institutos jurídicos e econômicos que visam a compensar a quebra da expectativa de continuidade do emprego, quando essa ruptura é sem justo motivo.

Os contratos a termo, por sua vez, são excepcionais, devem ser celebrados nos moldes previstos na legislação e diferenciam-se dos sem prazo na exata medida em que estes estão sujeitos a termo futuro certo. Assim, quando houver rescisão antecipada, também haverá

compensação, em relação, justamente, a essa antecipação do término que já tinha data/evento certos.

Paralelamente, pode-se ver que os contratos estão sujeitos à ocorrência, em seu curso, de causas especiais que colocam os empregados na situação de estável, ainda que provisoriamente. Depara-se, então, com o instituto da estabilidade provisória que veda a dispensa sem justa causa por iniciativa do empregador até que perdure essa condição especial.

Dentre as estabilidades provisórias existentes na legislação brasileira, o estudo concentrou-se na garantida às empregadas gestantes, nos termos do artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Pode-se observar, então, que esse tema envolve um debate acentuado entre posições mais protecionistas, ligadas à supremacia dos direitos individuais e sociais e ao caráter alimentar do emprego e posições mais economicistas, ligadas à necessidade de maior flexibilização das normas, com o fim de manter o mercado de trabalho dinâmico e poder oferecer assim maiores e melhores postos de trabalho e que esse debate representou radicais mudanças na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho na última década.

No passado, o C. TST entendia que o instituto da estabilidade provisória era incompatível com os contratos a termo. Atualmente, ele entende que são compatíveis, já que se deve prevalecer a proteção à gestante e ao nascituro.

Da mesma forma, encontram-se julgados passados em que o TST entendia que a gravidez no curso do aviso prévio não assegurava a estabilidade. Atualmente, foi, inclusive, editada lei que consagra essa possibilidade.

Não que a alteração de entendimento não seja possível, até mesmo porque, como dito, se a sociedade evolui, o direito deve evoluir também.

Acontece que se chama à reflexão sobre essas bruscas mudanças de entendimento, já que estão a demonstrar um endurecimento e a imputação de um ônus exclusivo ao empregador, sem levar em consideração que os efeitos de cada instituto são diferentes e guardam excepcionalidades e especificidades que devem ser tratadas como tais.

Fala-se em imputação de ônus exclusivo ao empregador, já que a proteção da relação de emprego significa também um conjunto de providências do Estado desenvolvidas para permitir que o mercado de trabalho permaneça dinâmico e aquecido, que ofereça número de vagas suficientes para atender a demanda. Providências essas que, possivelmente, serão capazes de solucionar muitas questões e de trazer o verdadeiro equilíbrio na relação capital-trabalho e a verdadeira paz social.

Ora, não se está a negar que a garantia de emprego deve existir, não se está a negar, inclusive, a responsabilidade objetiva das empresas, ainda que se tenha que estar sempre atento às peculiaridades de cada caso concreto.

O que se está a questionar é a compatibilidade desse instituto nos contratos excepcionais, que são os contratos a termo, celebrados de boa-fé. E ainda, no curso do aviso prévio, ainda mais no aviso prévio indenizado, onde não há mais quebra de expectativas, podendo acontecer, inclusive, que a gestante consiga um novo emprego durante esse período.

Portanto, o que se pretende e idealiza é que os contratos sejam de trato sucessivo e prolonguem-se no tempo, garantindo ao empregado, o meio de subsistência dele e de sua família e ao empregador a tranquilidade da continuidade da atividade econômica que, por mais que vise ao lucro, também é o meio de subsistência dele e de sua família.

Todavia, para atingir esse fim, não se pode ignorar a especificidade dos contratos a termo, nem tampouco as peculiaridades do instituto do aviso prévio. Até mesmo porque, certamente, a intenção não é prejudicar o que a mulher levou mais de século para conquistar: seu ingresso, manutenção e destaque no mercado de trabalho, mas assegurar a estabilidade provisória em tais institutos pode acarretar, ainda que indireta e discretamente, esse prejuízo.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2012.

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2010.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. **Estabilidade Provisória – Dirigente da CIPA e Gestante**. Mestrado – Direito do Trabalho. PUC-São Paulo, 2006.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas e FELICIANO, Guilherme Guimarães. Debate *in* *Jornal do Advogado*. **Gravidez durante o aviso prévio deve dar direito à estabilidade? Sim ou Não**. Nº 382, OAB/SP, abril/2013, P. 12/13.

MASSONI, Túlio de Oliveira. **É lícita a realização de exame gravídico no ato demissional?** Disponível em:

[http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=669:e-licita-a-realizacao-de-exame-gravidico-no-ato-demissional-&catid=138:doutrina&Itemid=297](http://www.amaurimascaronascimento.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=669:e-licita-a-realizacao-de-exame-gravidico-no-ato-demissional-&catid=138:doutrina&Itemid=297) Acesso em: 03.08.2013.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Sítio da Organização Internacional do Trabalho. **Convenções Ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em 03.08.2013.

\_\_\_\_\_. Sítio da Secretaria de Políticas para as Mulheres. **Convenções Internacionais**. Disponível em: <http://www.spm.gov.br/legislacao-1/convencoes-internacionais/convencoes-internacionais>. Acesso em 03.08.2013.