

## ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE

**ROSEMERI TULIO<sup>1</sup>**

**SHAUÃ MARTINS CASAGRANDE<sup>2</sup>**

**RESUMO:** A estabilidade provisória é uma garantia fundamental conferida às empregadas gestantes no Brasil. Visa proteger a empregada doméstica da dispensa arbitrária por parte do empregador, além de possibilitar o acompanhamento do bebê nos primeiros meses de vida, o período concedido é importantíssimo para a mãe recuperar-se do parto e preparar-se para o retorno ao emprego. O objetivo deste artigo é analisar de forma específica, à luz da doutrina, legislação aplicável e jurisprudência nacional cada caso concreto em que o instituto é aplicado, qual seja: no caso de empregada doméstica gestante, nos casos em que a gravidez ocorre antes ou durante o cumprimento do aviso prévio, gravidez no contrato de experiência, possibilidade de garantia de estabilidade nos casos de natimorto, ou nos casos de interrupção da gravidez e estabilidade nos casos de mãe adotiva. Além de abordar as peculiaridades da concessão da licença maternidade e apontar as principais características desta modalidade de estabilidade.

**PALAVRAS CHAVE:** Estabilidade; Garantia; Emprego; Gestante.

**ABSTRACT:** The provisional stability is a fundamental guarantee granted to employed women in Brazil. Seeks to protect the maid of arbitrary dismissal by the employer, in addition to enabling the monitoring of the baby in the first months of life, the period granted is very important for the mother recover from childbirth and to prepare for the return to employment. The aim of this paper is to analyze a specific way, in the light of the doctrine, applicable law and national law in each case that the institute is applied, namely, in the case of pregnant maid, in cases where pregnancy occurs before or during compliance with the notice, the contract of pregnancy experience, able to guarantee stability in cases of stillbirth, or in cases of pregnancy termination and stability in cases of adoptive mother. In addition to addressing the peculiarities of the grant of maternity leave and point out the main characteristics of this type of stability.

**KEY WORDS:** Stability, Warranty, Employment, Maternity.

---

<sup>1</sup> **Rosemeri Tulio** – Estudante de Direito na Faculdade OPET – sétimo período - [rose.meritulio@hotmail.com](mailto:rose.meritulio@hotmail.com)

<sup>2</sup> **Shauã Martins Casagrande** – Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2007), pós- graduação em constitucional pela FEMPAR (2008) em direito do trabalho e previdenciário pelo EMATRA (2009). Atualmente, servidor público do Tribunal Regional do Trabalho e professor da Faculdade OPET. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Filosofia do Direito.

## 1 Introdução

O Princípio da continuidade da relação de emprego e o Princípio da proteção ao empregado deram origem ao instituto da estabilidade, que, por sua vez, encontra respaldo no Princípio da causalidade da dispensa.

O objetivo do Legislador ao criar as diversas formas de estabilidade foi o de proteger o empregado, impossibilitando a dispensa arbitrária ou abusiva por parte do empregador.

A segurança conferida pela estabilidade propicia ao empregado desenvolver suas funções profissionais com a certeza da garantia do emprego.

Esta segurança, resultante da estabilidade propicia à empregada gestante o gozo do prazo concedido para cuidar de seu filho e recuperar-se do parto com tranquilidade, com a certeza ter garantido o retorno ao emprego com o término do período de afastamento.

## 2 Estabilidade e Garantia de Emprego – Breves Considerações

A Legislação do Direito do Trabalho objetiva mais que simplesmente regular as relações entre empregadores e empregados, visa proteger o empregado hipossuficiente de possíveis abusos que possam vir a ser cometidos pelo empregador. A garantia de estabilidade do empregado é um dos maiores dispositivos protecionistas, buscando garantir os seus direitos, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa. Nesse sentido leciona Sergio Pinto Martins<sup>3</sup>:

A estabilidade, assim como a indenização e o aviso prévio, é uma das limitações ao poder de despedir do empregador. Não se pode dizer, entretanto, que exista uma estabilidade absoluta, pois a justa causa, o motivo de força maior ou outras causas previstas em lei pode determinar o fim do contrato de trabalho.

Estabilidade e Garantia de emprego não dizem respeito à mesma forma de proteção do trabalhador, portanto, não se confundem, como evidencia o conceito desenvolvido por Maurício Godinho, onde o autor esclarece as principais diferenças entre os institutos<sup>4</sup>:

A 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, independentemente da vontade do empregador.(...) A garantia de emprego é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida a empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas também, de estabilidades temporárias ou provisórias (expressões algo contraditórias, mas que vêm se consagrando).

<sup>3</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Dialética, 2009, p. 157.

<sup>4</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 1241.

Ainda, sobre o tema, pertinente apresentar o conceito desenvolvido por Sérgio Pinto Martins<sup>5</sup>:

Há que se distinguir a estabilidade da garantia de emprego. A garantia de emprego é o gênero que compreende medidas tendentes ao trabalhador obter o primeiro emprego, a manutenção do emprego conseguido e, até mesmo de maneira ampla, a colocação do trabalho à política de emprego. Está portanto, a garantia de emprego ligada à política de emprego. Uma forma de garantia de emprego, é o artigo 429 da CLT, ao assegurar o emprego a menores aprendizes na indústria.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º disciplina o sistema geral de proteção de emprego da seguinte forma:

São direitos dos trabalhadores:

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

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário, e;

III – fundo de garantia por tempo de serviço. Ato das Disposições Transitórias, Art. 10. Até que seja promulgada 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 1996.

Desde então, conforme leciona Valentim Carrion<sup>6</sup>:

Remanesceu apenas o direito adquirido dos que já a haviam alcançado (estabilidade decenal), assim como a estabilidade definitiva que possa ser concedida por via contratual (coletiva ou individual) ou normativa proferida em dissídio coletivo, além de outras estabilidades provisórias.

A Constituição Federal, no artigo que trata do sistema de proteção ao empregado, excetua a estabilidade provisória, indicando, para tanto, a Lei Complementar que a defina.

A Estabilidade provisória foi criada para atender a certas categorias específicas de empregados, mediante aprovações em Convenções Coletivas ou Sentenças Normativas. A característica principal desta modalidade de Estabilidade é o cerceamento da liberdade do empregador de rescindir o contrato de trabalho com o empregado em determinados casos, como por exemplo, no caso da empregada gestante.

Outra característica da estabilidade provisória é que ela permanece garantida somente enquanto existirem os motivos que ensejaram a sua instituição.

### 3 Licença à gestante

A condição da mulher no mercado de trabalho vem obtendo maior atenção e respeito com o passar dos anos. Com a revolução industrial a mão de obra feminina

<sup>5</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 157.

<sup>6</sup> CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 402.

tornou-se não apenas necessária, mas também indispensável, a ponto de ser preterida a mão de obra masculina, preferência esta certamente fundada nos salários inferiores que eram pagos às mulheres.

Ocorre, que nem sempre os direitos das mulheres foram realmente respeitados. A desigualdade em termos de salários, ainda é um entrave ao tão sonhado reconhecimento da igualdade profissional, entre homens e mulheres. Nesse sentido, em busca da flexibilização das normas trabalhistas consolidadas, uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versalhes, que estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, princípio inserido na Constituição Federal Brasileira no artigo 7º, XXX, e no artigo 377 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ainda, o artigo 5º da CLT também veda a distinção de salários por motivo de sexo.

As mulheres trabalham tanto, ou em alguns casos, mais que alguns homens, e ainda, soma-se ao turno normal diário as obrigações domésticas e a educação e proteção dos filhos. Estes, certamente, motivaram doutrinadores e legisladores a buscarem não apenas a garantia do emprego da gestante, mas também a criarem e efetivarem dispositivos que atentem para as necessidades das mulheres, conforme posição doutrinária de Amauri Mascaro Nascimento<sup>7</sup>, “em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens”.

A doutrina aponta dois fundamentos para justificar a necessidade de tratamento diferenciado: o físico, uma vez que a mulher não possui a mesma resistência física que o homem, e o social: a qual interessa a toda coletividade, é a defesa e a proteção da família, devendo o direito intervir em defesa da mulher que trabalha, a fim de possibilitar que a mulher consiga conciliar a vida profissional com a familiar.

Dentre os diversos dispositivos legais que buscam efetivar o tratamento diferenciado da mulher, destaca-se a estabilidade conferida a empregada gestante.

O Brasil ratificou a Convenção da Organização Internacional do Trabalho – OIT, nº 103, através do decreto legislativo nº 20, de 30 e abril de 1965, o qual proibiu a dispensa da empregada durante a licença maternidade.

Segundo estabelece a Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: (...)

XVIII - Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias.

Nesse sentido, oportuno mencionar Jorge Luiz Souto Maior:<sup>8</sup>

Embora o artigo 201 da Constituição tenha integrado a proteção à maternidade nos objetivos da Previdência Social (inciso II), isso não elimina outras formas jurídicas de proteção à maternidade no âmbito da Assistência Social (art.203), tendo ademais, consagrado-a como direito social (art.6º).

<sup>7</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p.45.

<sup>8</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, p. 384.

Segundo a Lei Municipal 11.770/2008 é facultativa para a iniciativa privada e obrigatória para a Administração pública a amplitude da licença maternidade para 180 dias<sup>9</sup>.

A licença-maternidade passou a ser considerada como benefício previdenciário, sendo custeada pelas contribuições patronais. Sob tais premissas, Valentin Carrion acrescenta<sup>10</sup>: “O empregador paga à gestante os salários devidos e os desconta dos recolhimentos habituais devidos à Previdência Social (Lei 6.136/74, modificada pela Lei 6.332, de 18 de maio de 1976, que deu nova redação ao artigo 2º)”. Ou seja, a licença-maternidade deixou de ser um encargo direto do empregador para transformar-se em instituto previdenciário, beneficiando não apenas o empregador, mas também a própria empregada gestante.

O valor da licença maternidade, que consiste na renda mensal idêntica ao valor da remuneração estende-se também à empregada segurada, que foi demitida por justa causa, ou que tenha saído do emprego por livre e espontânea vontade.

Todavia, é indevido o salário maternidade quando a própria gestante confessa que somente após a ruptura do vínculo empregatício confirmou a gravidez (entendimento do TST, SDI –I, Orientação Jurisprudencial 44).

O fato de empregador desconhecer o estado gravídico da empregada não exime o pagamento do salário-maternidade, na despedida sem justa causa<sup>11</sup>.

Em casos excepcionais, conforme explica Vólia Bomfim Cassar<sup>12</sup>: “(...) os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico – art. 93 § 3º do Decreto 3.048/00 c/c artigo 392 § 2º da CLT”.

No caso da empregada doméstica, o prazo de licença com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ser de 120 (cento e vinte) dias, sendo que anteriormente era de 90 (noventa) dias.

Outra peculiaridade da licença maternidade paga à empregada doméstica, como salienta Vólia Bomfim Cassar<sup>13</sup>: “O valor é pago diretamente pela Previdência (art.73, I da Lei nº 8.213/91), desde que preenchidos os requisitos e de acordo com o valor do último salário da empregada”.

Ainda, segundo Vólia Bomfim Cassar<sup>14</sup>:

É proibido o trabalho durante a licença- maternidade. Todavia, se de fato foi executado, a trabalhadora terá direito não só ao salário maternidade, como também aos salários do período trabalhado.

---

<sup>9</sup> Servidora Municipal. Ampliação do prazo da licença-maternidade de 120 para 180 dias. Lei n. 11.770/2008. A dilação do prazo da licença-maternidade de 120 para 180 dias não é automática e está sujeita aos requisitos estabelecidos pela Lei n. 11.770/2008. Necessidade de adesão voluntária da empresa ou do ente público ao programa. Recurso do Município provido. (...) (13446420105040281 RS 0001344-64.2010.5.04.0281, Relator: FLAVIO PORTINHO SIRANGELO, Data de Julgamento: 22/06/2011, Vara do Trabalho de Esteio)

<sup>10</sup> CARRION, Valentin. *Op. cit.*, p. 264.

<sup>11</sup> TST – 3º Turma. Recurso de Revista nº 179.130/95.3. Relator: José Zito Calasãs . Data da publicação em 05/12/1997.

<sup>12</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2011, p. 386.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

#### 4. Estabilidade da Gestante Não Doméstica

A estabilidade provisória conferida à empregada gestante é uma estabilidade resultante de causa personalíssima, pois defende interesse pessoal. É provisória: tem início no momento da confirmação da gravidez e estende-se até os 5 (cinco) meses após o parto, de acordo com o art. 4º - A da Lei 5.859/72 alterado pela Lei 11.324/2006.

Conforme estabelece o artigo 391 da Consolidação dos Direitos Trabalhistas, Seção V – Da proteção à maternidade:

Não se constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único – Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Quando a empregada é despedida sem justa causa, durante o estado de gestação não precisa comprovar que o empregador tinha conhecimento de seu estado, esta comprovação não é pré-requisito para o alcance da estabilidade provisória.

Nesse sentido, destacando-se as duas teorias sobre a garantia da estabilidade: a) teoria da responsabilidade objetiva, quando a estabilidade no emprego não necessita de comprovação do estado de gestação perante o empregador, neste caso, o empregador não pode alegar o desconhecimento da gestação para eximir-se da responsabilidade de garantir a estabilidade da empregada gestante, e; teoria da responsabilidade subjetiva, quando a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador, para então ter o seu direito a estabilidade garantido, o empregador não pode ser responsabilizado por demitir a empregada nos casos de desconhecimento da gestação.

O TST acolheu a teoria da responsabilidade objetiva, conforme a Súmula nº 244 – I: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art.10, II, “b” o ADCT)”.

É válida a cláusula convencional que obrigue a empregada a comunicar e comprovar por meio de exames e atestado médicos o seu estado gravídico ao empregador<sup>15</sup>. Ainda que, conforme acima mencionado, o desconhecimento da gestação pelo empregador não o exima de sua responsabilidade.

A ruptura do pacto laboral e a confirmação da gravidez são suficientes para a propositura da ação reclamatória tanto para fins de reintegração no emprego, quanto para o recebimento das indenizações a que a empregada gestante teria direito.

O pagamento de indenizações é cabível nos casos em que não seja possível a reintegração devido ao término do período de estabilidade.

Em caso de omissão de retorno ao emprego, por parte da empregada gestante, quando aquele for posto à disposição, implicará em renúncia a reintegração e extinguirá o direito às verbas indenizatórias<sup>16</sup>.

Segundo Francisco Ferreira Jorge Neto<sup>17</sup>:

<sup>15</sup> TST, Recurso de Revista nº 222.196/95.1 Relator: Vantuil Abdala - Ac. 2ª Turma - 7.992/96. Data da publicação em 15/10/2011.

<sup>16</sup> TRT/SP. Recurso Ordinário nº 13.352/85. Relator: Manoel Arízio Eduardo de Castro. Ac. 8ª Turma. Data da publicação em 09/10/2007

O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre:

a) A readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidos dos juros legais;

b) A percepção, em dobro da remuneração do período de afastamento corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais (art. 4º, Lei 9.029/95).

A Súmula 244, que se refere à conversão das Orientações Jurisprudenciais DSI-1 88 e 196, é bastante clara ao estabelecer:

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

### 5 Estabilidade da Gestante Empregada Doméstica

Após o advento da Lei nº 11.324/06 a empregada doméstica passou a ter direito a estabilidade de gestante, com o acréscimo do artigo 4º - A - Lei nº 5.859/72:

Art. 4º-A É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Antes da Lei nº 11.324/06, não se aplicava à empregada doméstica a estabilidade prevista no artigo 10, II, b, do ADCT, artigo que regulamentou de forma provisória o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal. Nesse sentido, importante mencionar a posição doutrinária de Vólia Bomfim Cassar<sup>18</sup>:

O parágrafo único do artigo 7º da Constituição não incluiu, dentre os direitos sociais estendidos, aos domésticos, o inciso I do mesmo art. 7º. Essa também era a posição da doutrina e jurisprudência majoritária. Muitos argumentavam que qualquer estabilidade não poderia ser estendida ao doméstico por tratar-se de um empregado de extrema confiança, motivo por que foram excluídos da CLT.

Retirar a garantia de estabilidade da gestante doméstica seria lhe negar o direito a proteção ao nascituro, portanto feriria diretamente o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além de ferir o princípio da proteção à criança e o da razoabilidade.

Sobre a obrigatoriedade do empregador de reintegrar a empregada doméstica gestante, Vólia Bomfim Cassar<sup>19</sup> leciona:

Defendemos que não cabe a reintegração compulsória da doméstica sem o consentimento expresso do patrão, uma vez que a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento expresso do morador (art.5º, XI, da

---

<sup>17</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012, p.828.

<sup>18</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.*, p.382.

<sup>19</sup> *Ibidem.*, p.1203.

Constituição Federal), logo, não pode o judiciário obrigar alguém a suportar a presença de um estranho em seu lar. Isto quer dizer que o juiz deve deferir apenas a indenização substitutiva caso o empregador doméstico não aceite a reintegração.

A estabilidade conferida à gestante doméstica é relativa, portanto o empregador pode demitir por outras causas, seja em virtude de motivo técnico, econômico ou financeiro. Durante a licença maternidade, como salienta Vólia Bomfim Cassar: “O motivo disciplinar enseja a justa causa. Durante a licença maternidade a dispensa só poderá ocorrer por justa causa”.

De acordo com a jurisprudência, quando o empregador despede a empregada doméstica sem justa causa, torna-se responsável pelo pagamento referente à licença-maternidade de 120 dias, ainda que desconheça o estado gravídico da empregada.

Nos casos em que a contratação da empregada doméstica ocorrer na modalidade contrato a termo, não haverá extinção em virtude da estabilidade. Da mesma forma como ocorre nos contratos de experiência, não há que se falar em extinção por decorrência do termo, tendo em vista a estabilidade provisória.

## 6 Gestação durante o Aviso Prévio e Gestação durante o Contrato de Experiência

A doutrina apresentou duas teorias para discutir os casos de ocorrência de gravidez durante o aviso prévio.

A primeira corrente entende que no caso da empregada confirmar que durante o cumprimento do aviso prévio (mesmo indenizado) estava grávida, ela teria direito a indenização, fundamentada na OJ nº 82 – SDI 1 – TST, a qual determina que a data da saída a ser anotada na CTPS deve corresponder ao término do aviso prévio, ainda que indenizado.

Ou seja, entendia que o término do contrato de trabalho ocorreria com o fim do cumprimento do aviso prévio, uma vez que o aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os efeitos legais.

A segunda corrente entendia que no caso do aviso prévio, havia uma alteração no contrato de trabalho devido à comunicação da dispensa, motivo pelo qual a relação de trabalho por prazo indeterminado, passaria a ser relação de trabalho por prazo determinado, o que não encontra atualmente amparo legal, devido à resolução 185 do Tribunal Superior do Trabalho, o item III, da Súmula 244, passou a ter nova redação, assegurando desta forma o direito da empregada gestante à estabilidade provisória, mesmo nos casos de contrato a termo, como no caso de aviso prévio, admissão mediante contrato de experiência, temporário, ou seja, qualquer espécie de contrato a termo:

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. (Redação alterada pela resolução nº 185 do Tribunal Superior do Trabalho realizada em 14.09.2012 - DJU – 26.09.2012).

Quando a gestação ocorria durante o contrato de experiência, se a gravidez ocorresse durante este período, não era garantida a estabilidade, posto que era uma modalidade de contrato por prazo determinado, de modo que a empregada gestante

quando era despedida durante o período experimental, encontrava-se: grávida, desempregada, e desamparada, sem poder receber a licença maternidade, e sem garantia de estabilidade.

Consoante o entendimento do item III, da Súmula 244, mesmo que ocorra a gestação no período de experiência, a empregada tem garantida a estabilidade.

Ora, se a mulher precisa trabalhar fora, certamente é porque a renda mensal auferida pela família não é o suficiente, a garantia conferida pela estabilidade proporciona meios de subsistência para a mãe e para o filho. Portanto, foi uma grande conquista da mulher trabalhadora.

Em que pese a posição mencionada acima, algumas turmas do Tribunal Superior do Trabalho, tem optado por manter o entendimento jurisprudencial consolidado:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissenteu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, -b-, do ADCT/88. Recurso de revista conhecido provido.<sup>20</sup>

Oportuno, para concluir o tema, apresentar a brilhante posição do Advogado Henrique França Ribeiro<sup>21</sup>:

A partir da análise da Lei Maior, verifica-se que a garantia constitucional em análise está condicionada somente à confirmação da gravidez. O Texto Constitucional não condicionou o gozo da estabilidade à pactuação de um contrato de trabalho a prazo indeterminado. Assim, é inválida a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ainda que contratada por intermédio de contrato a prazo determinado.

<sup>20</sup> TST 4ª Turma. Recurso de revista nº 1520-32.2010.5.04.0511, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de Julgamento em 27/06/2012.

<sup>21</sup> RIBEIRO, Henrique França. A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22487>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

## 7 Estabilidade da Mãe Adotiva

Segundo Valentin Carrion<sup>22</sup>, com a inclusão do artigo 392 – A, pela Lei 10.421/02, reconheceu-se a estabilidade da mãe adotiva nos presentes termos:

(...) o legislador fez justiça com a criança adotada. Se o que pretende a lei, com a licença-gestante, é que mãe e filho tenham um contato e uma integração maior nos primeiros dias de vida da criança, a adoção também é a chegada de um novo ser para o relacionamento mãe-filho. Nada mais justo que tenha os mesmos direitos que a mãe biológica.

A diferença essencial na questão da licença-maternidade concedida para a mãe biológica e a mãe adotiva é o tempo em que gozará desta licença, segundo dispõe o artigo 392-A da CLT:

§ 1º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença;

§ 2º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias; e

§ 3º: No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

Conclui-se- que o período que mãe adotiva irá gozar referente à licença maternidade está relacionado diretamente à idade da criança adotada.

A Lei garante apenas a licença-maternidade para a mãe adotiva, mas não lhe confere a garantia de estabilidade provisória, em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa, tendo em vista que a Constituição federal confere estabilidade de forma expressa à “empregada gestante”.

Atualmente existe uma Proposta de Emenda à Constituição, com o objetivo de estender a estabilidade provisória no emprego para a mãe adotiva, com fundamento na igualdade entre filhos naturais e adotivos.

Pela proposta a adotante não poderá perder o emprego, por dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos cinco meses subsequentes à adoção ou à obtenção da guarda judicial para fins de adoção<sup>23</sup>.

As decisões dos Tribunais, tem sido desfavoráveis a concessão da estabilidade para a mãe adotiva:

TRT-PR-11-06-2004 MÃE ADOTIVA-LICENÇA-MATERNIDADE-ESTABILIDADE PROVISÓRIA-Com a edição da Lei n. 10.421-2002 (DOU 16.04.02), que acrescentou o art. 392-A à CLT, restou pacificado o entendimento de que a mãe adotiva tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Já em relação à estabilidade provisória, o art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispõe expressamente que é vedada a despedida somente da "empregada gestante", desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Desse modo, em que pese o louvável gesto da adotante, esta não esteve grávida, nem pariu,

<sup>22</sup> CARRION, Valentin. *Op. cit.*, p.265.

<sup>23</sup> MARANHÃO, Benjamim. PEC garante estabilidade no emprego a mãe adotante, 2012, <http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3057425/pec-garante-estabilidade-no-emprego-a-mae-adotante>, acesso em 22/11/2012, às 19: 24

circunstâncias especialmente previstas para a obtenção do direito à estabilidade provisória. Logo, não havendo suporte fático para a incidência da norma constitucional, esta se torna inaplicável.10.421392-ACLT<sup>24</sup>

Conclui-se que, com base no reconhecimento da igualdade entre filhos naturais e adotivos pela Constituição Federal, a proposta deve ser aprovada para garantir a estabilidade da mãe adotiva.

Assim como houve o reconhecimento do direito da mãe adotiva de receber a licença maternidade em equiparação com a mãe gestante, porque não reconhecer a estabilidade? De modo que atingiria a função social da lei, qual seja, a garantia de subsistência da mãe e a proteção do nascituro, ou da criança, dependendo da idade em que esta tiver sido adotada.

## 8 Estabilidade da Gestante – no caso de natimorto

Não existe previsão legal que exija o nascimento da criança para garantir a estabilidade para a gestante.

Nas palavras de Vólia Bomfim Cassar<sup>25</sup>: “regra geral da Previdência, que só considera parto, o evento ocorrido após a 23ª semana de gestação, não importando o nascimento com ou sem vida (natimorto), pois o benefício seria concedido assim mesmo”.

O período de licença maternidade serve para que a mãe tenha tempo para cuidar do filho recém-nascido, mas também serve para que ela se recupere do parto. Nesse diapasão, os tribunais têm decidido no sentido de manter a garantia de estabilidade provisória para a gestante, mesmo nos casos de natimortos:

O desconhecimento da gravidez pelo empregador, inclusive pela empregada, quando da ruptura do contrato de trabalho, não é óbice ao direito à estabilidade provisória da gestante, contemplada pelo art.10,II,b, do ADCT, sendo suficiente a comprovação de que a gravidez ocorreu durante o pacto laboral. Ademais, o fato de a criança ter nascido morta não impede a aplicação do dispositivo mencionado, tendo em vista que houve efetivamente uma gestação e também o parto, não havendo porque falar em supressão da garantia em virtude do nascimento sem vida, mesmo que prematuro. O Art. 395 da CLT se refere a aborto e não a natimorto. A garantia é devida para a mãe se recuperar do parto, não apenas para cuidar do nascituro. TRT 10ª R. RO. 2066/2002. 3ª T. DJV 11.10.2002.

Todavia, nos casos em que ocorre aborto espontâneo, não criminoso, comprovado por atestado médico, segundo o artigo 395 da CLT, a mulher terá um repouso remunerado de duas (2) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

Sobre a interrupção da gravidez, Vólia Bomfim Cassar<sup>26</sup> manifesta-se da seguinte forma:

Independente do nascimento com vida da criança ou da interrupção da gestação por aborto espontâneo, tem a trabalhadora estabilidade enquanto estiver

<sup>24</sup> TRT, PR, Recurso de revista nº 144200318906 PR 144-2003-18-9-0-6, Relator: ARNOR LIMA NETO, Data de Publicação em 11/06/2004

<sup>25</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. Niterói: Impetus, 2011, p. 386.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 1200.

grávida. A controvérsia quanto a manutenção da estabilidade surge a partir da interrupção da gravidez ou pelo nascimento sem vida da criança.

O TST entende que nascimento do bebê sem vida exclui a licença maternidade, equiparando-se a hipótese ao disposto no art. 395, CLT<sup>27</sup>.

## 9 Extinção da Estabilidade

A estabilidade conferida à empregada gestante cessará com a sua morte, com a aposentadoria espontânea, com a ocorrência de força maior, ou ainda, com falta grave cometida pela obreira, e com o pedido de demissão, conforme leciona Sergio Pinto Martins: “ao pedir demissão, a empregada renuncia ao direito de estabilidade que detinha”<sup>28</sup>.

Com a morte da empregada gestante, não há que se falar em transferência da estabilidade para seus herdeiros, pois segundo entendimento doutrinário trata-se de um direito personalíssimo, pois dizia respeito apenas à condição de gestante da trabalhadora<sup>29</sup>.

## 10 Considerações Finais

A Constituição Federal garante às empregadas gestantes brasileiras, no inciso XVIII do artigo 7º, a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. Para que desta forma ela possa recuperar-se do parto, cuidar e amamentar seu filho, estabelecendo e solidificando laços afetivos e emocionais, sem a preocupação de que, ao término da licença, poderá ser despedida por ato voluntário do empregador.

Proteção à maternidade é um tema pertinente e importantíssimo para a sociedade brasileira, pois como definiu brilhantemente Jorge Luiz Souto Maior<sup>30</sup>: “O valor econômico do trabalho e o interesse produtivo não suplantam a necessidade de se proteger a maternidade como forma de sanidade das futuras gerações”.

A estabilidade provisória visa à proteção da mãe, durante e após a gestação, e alcança benefícios incontáveis para toda a sociedade brasileira, porque a família é a base de toda a sociedade e nela se principia toda a forma de progresso e desenvolvimento humano.

## 11 Referências

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. atual por Eduardo Carrion. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 5 ed. Niterói: Impetus, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2004.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>27</sup> TST 4º T. Recurso de Revista nº 12.2002.010. 18.00 - 3 – Relator: Min. Antônio Barros Levenhagen- Data do julgamento em 19/12/2006.

<sup>28</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Op. cit.*, p. 162.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>30</sup> MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.*, p. 384.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso do Direito do Trabalho*. A Relação de Emprego, vol. II. São Paulo: LTr 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. *Curso de Direito do Trabalho*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascar. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 37 ed. São Paulo: LTr, 2012.

RIBEIRO, Henrique França. A estabilidade da gestante e a superação da Súmula 244 do TST. In: **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 17, n. 3344, 27 ago. 2012](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22487>>. Acesso em: 22/11/2012, às 18:39

Leia mais: <http://jus.com.br/revista/texto/22487/a-estabilidade-da-gestante-e-a-superacao-da-sumula-244-do-tst/2#recommend-div#ixzz2GzBIS1kK>

ESTABILIDADE DA GESTANTE:  
<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19901410/recurso-ordinario-trabalhista-ro-13446420105040281-rs-0001344-6420105040281-trt-4>. Acesso em 22/11/2012, às 19:10

MARANHÃO, Bejamim. PEC garante estabilidade a mãe adotante:  
<http://camara-dos-deputados.jusbrasil.com.br/noticias/3057425/pec-garante-estabilidade-no-emprego-a-mae-adotante> .Acesso em 22/11/2012, às 19: 24

MASCARO, Sônia, Estabilidade da gestante em contrato de experiência:  
<http://www.amaurimascaronascimento.com.br/>. Acesso em 22/11/2012, às 17: 57