

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DA
EMPREGADA EM ESTADO DE GRAVIDEZ:
ESTABILIDADE PROVISÓRIA – EFICÁCIA E
DESAFIOS**

**THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP OF THE
EMPLOYEE DURING PREGNANCY:
TEMPORARY STABILITY – EFFECTIVENESS
AND CHALLENGES**

Raphaela Fernanda Rocha de SOUSA
Centro Universitário Tocantinense
Presidente Antônio Carlos (UNITPAC)
E-mail: raphaelarochasousa@gmail.com

Taciana Pita NUNES
Centro Universitário Tocantinense
Presidente Antônio Carlos (UNITPAC)
E-mail: taciana.pita@unitpac.edu.br



RESUMO

O presente trabalho buscou abordar uma questão ainda vivenciada por muitas mulheres nos dias de hoje: a gestação e a carreira. Serão discutidas as percepções referentes ao direito da estabilidade provisória da gestante como sendo uma forma de proteger o trabalho da mulher durante o período de gravidez, com o intuito de fazer perseverar o princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo parte de uma análise do artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal/88, além do inciso III da Súmula 244 do TST, onde fica evidente que o pressuposto da estabilidade é a de defender a vida do nascituro, além de garantir o sustento da genitora. Assim, será realizada uma verificação da aplicabilidade e a finalidade protetiva do instituto da garantia provisória de emprego, além de evidenciar as possíveis consequências decorrentes da aplicação da norma dentro da relação trabalhista, sobretudo em relação à discriminação sofrida devido aos riscos e onerosidades que a estabilidade pode trazer aos empregadores (principalmente tratando-se em situações de contrato por período pré-determinado).

Palavras-chave: Estabilidade. Garantia provisória de emprego. Trabalho da mulher.

ABSTRACT

The present work sought to address an issue still experienced by many women today: pregnancy and career. The perceptions regarding the right of temporary stability of the pregnant woman will be discussed as a way to protect the woman's work during the period of pregnancy, in order to persevere the principle of human dignity. The study starts from an analysis of article 10, item II, item “b” of the Transitory Provisions Act of the Federal Constitution/88, in addition to item III of Precedent 244 of the TST, where it is evident that the assumption of stability is to defend the life of the unborn child, in addition to guaranteeing the sustenance of the mother. Thus, a verification of the applicability and protective purpose of the provisional employment guarantee institute will be carried out, in addition to highlighting the possible consequences arising from the application of the norm within the labor relationship, especially in relation to the discrimination suffered due to the risks and burdens that stability can bring to employers (especially in situations of contract for a predetermined period).

Keywords: Stability. Provisional employment guarantee. Woman's work.

INTRODUÇÃO

No Brasil, assim como em muitos Países, ainda existem diferenças entre homens e mulheres em relação às funções exercidas perante a sociedade, sobretudo no mercado de trabalho. Entretanto, mesmo que ainda existam muitos desafios a serem superados, houve uma grande evolução histórica no quesito direitos sociais, e muito já foi conquistado neste sentido. A introdução das mulheres no mercado de trabalho não ocorreu de forma igualitária, pois essas recebiam salários inferiores, além de serem expostas a jornadas de trabalho extremamente exaustivas com condições insalubres e inapropriadas de trabalho.

Assim, ao levar em consideração as situações vivenciadas pela inserção das mulheres no mercado de trabalho (sobretudo nas indústrias) surge a necessidade de realizar, através de intervenção Estatal, devidas adequações no mercado trabalhista.

No Brasil, o principal marco de direito voltado para a proteção à mulher no mercado de trabalho ocorreu através da promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente, em seu artigo 7º inciso XX. Desse modo, a nova Constituição foi um marco para a igualdade entre homens e mulheres, e a partir deste novo elemento, passou a perseverar o entendimento de que a mulher se encontra elencada no Ordenamento Jurídico, sendo-lhe garantido a proteção do seu trabalho. Através da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) também foi possível disponibilizar à mulher proteção dentro do mercado de trabalho mediante incentivos específicos.

A proteção à trabalhadora gestante é de extrema importância, tendo em vista sua situação de vulnerabilidade, tanto em aspectos relativos ao seu estado biológico, quanto em relação à questão social, leva-se em consideração o estigma sofrido dentro do mercado de trabalho.

Por este viés, o presente trabalho objetiva trazer à tona a discussão sobre a estabilidade da gestante a fim de analisar sua necessidade e importância, além de abordar os aspectos negativos que ela poderia vir a ocasionar. A escolha do tema se deu devido a sua importância, voltada a um olhar para a proteção do trabalho da mulher. A proposta do presente artigo recai sobre o quesito proteção à maternidade, com ênfase no artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal/88 e na

súmula 244, do Tribunal Superior do Trabalho – TST, abordando, assim, a estabilidade da mulher no trabalho, na qualidade gestacional.

Para tanto, foi realizada como metodologia uma pesquisa bibliográfica qualitativa, de característica explicativa e descritiva, através da análise de dados coletados de materiais bibliográficos e jurisprudenciais já existentes acerca da temática. Foram analisados artigos científicos, livros e revistas sobre o aprofundamento histórico e evolutivo da temática, além de súmulas e orientações jurisprudenciais do TST, e princípios que norteiam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Buscou-se abordar reflexões sobre a aplicação da estabilidade da mulher gestante e os principais desafios acarretados por essa aplicação. Assim, foi possível chegar a conclusão que o direito à estabilidade gestante é fundado no princípio da dignidade humana e do melhor interesse do nascituro.

O presente trabalho está dividido em três tópicos, sendo estes organizados da seguinte maneira: a primeira parte aborda os aspectos históricos nos quais está inserida a luta feminina até a sua inclusão dentro no mercado de trabalho, além de evidenciar a evolução do trabalho feminino e o surgimento das normas protetivas em benefício da mulher; a segunda parte buscou abordar objetivo principal deste estudo, onde se destacou sobre o que é a estabilidade, quais as suas manifestações no âmbito do Direito do Trabalho, a finalidade, divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do termo “desde a confirmação”, bem como a responsabilidade objetiva do empregador em relação à empregada em estado de gravidez; Já no terceiro tópico, buscou analisar os desafios em proteger a empregada gestantes, sobretudo os de cunho discriminatório, tratando assim os pontos positivos e negativos relacionado à aplicabilidade da devida lei protecionista dentro do ambiente de trabalho.

Em suma, através da presente pesquisa, foi demonstrado o estado de vulnerabilidade que ainda existe para a eficácia da proteção à maternidade, resultando em um retrocesso quando se observa a tentativa de garantir um meio ambiente de trabalho mais igualitário e com menos discriminação, pois, a norma legal protege não somente a mãe, como também ao nascituro.

A MULHER E O TRABALHO – ASPECTOS DA PROTEÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

No decorrer da história da humanidade, a mulher ocupou durante muito tempo um lugar de subordinação e opressão, sem direitos ou até mesmo vontade própria. Sobre isso,

Matos e Gitahy (2007), destacam que, ainda que essas mulheres adquirissem uma ampla sabedoria, conhecimentos e experiências, estas não podiam colaborar por serem rejeitadas pela sociedade.

De acordo com Schlickmann e Pizarro (2013), os homens eram os responsáveis por prover as necessidades da casa, enquanto a função da mulher se resumia aos afazeres domésticos, além de estas não poderem exercer um trabalho fora ou participar de decisões no lar ou na sociedade. Neste mesmo sentido, Amaral (2012) enfatiza que o trabalho feminino sempre existiu, entretanto, as atividades exercidas por mulheres eram frequentemente omitidas, além da sociedade desconsiderar o trabalho doméstico, trabalho no campo ou no comércio no século XIX.

Assim, torna-se evidente que de fato o trabalho feminino sempre esteve presente durante a história da evolução humana. Entretanto, somente após o início da Revolução Industrial que as mulheres ganharam destaque e espaço no mercado de trabalho.

De acordo com Nascimento (2013 p. 931) a mulher passou a ingressar no mercado de trabalho e a assumir uma jornada exaustiva, dividindo seu tempo entre o papel de dona de casa e trabalhadora, sendo que: “A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades.”

Desse modo, diante da realidade vivenciada nas indústrias, surgiu a necessidade de leis específicas de proteção à mulher no ambiente de trabalho. As legislações precursoras na contenção da exploração excessiva da força de trabalho tanto feminina, quanto infantil se deu por meio da manifestação esparsa do Peel’s Act, que visava normatizar certas restrições ao trabalho de menores e mulheres.

No fim do Século XIX, os movimentos feministas começaram a ganhar mais força e notoriedade, e de acordo com Mello (2016), esses movimentos passaram a reivindicar uma maior igualdade para com os homens, e lutavam por participação política, jurídica e no mercado de trabalho. Para Barros (2016), o início de fato de criação de normas específicas sobre o trabalho da mulher se deu através do surgimento de organismos como por exemplo a OIT, Organização Internacional do Trabalho, (fundada em 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial em um contexto de lutas e reivindicações dos movimentos sindicalistas do século XIX e início do século XX) que influenciou o desenvolvimento e criação de legislações trabalhista.

A partir do Século XX alguns eventos favoreceram a participação feminina no mercado de trabalho. De acordo com Gomes (2005), um desses eventos era Revolução Russa em 1917, que partia do princípio de igualdade de acesso ao trabalho para homens e mulheres, além de buscar salários mais igualitários.

Conforme Pochmann (2002, *apud* SCHLICKMANN e PIZARRO, 2013) no Brasil, as mudanças se mostraram, sobretudo após a Revolução de 1930, onde o Presidente Getúlio Vargas organizou os direitos trabalhistas com o intuito de trazer importantes para a reestruturação do mercado de trabalho, além de também contribuir na aplicação de postos de trabalho formais, da informalidade, redução do desemprego. Em 1932, outro marco foi a criação do decreto lei nº 21.417- A, o qual buscou trazer um maior esclarecimento sobre a situação das mulheres no ambiente trabalhista (POCHMANN 2002 *apud* SCHLICKMANN e PIZARRO, 2013). O Decreto supracitado foi o primeiro dispositivo legal a versar sobre o trabalho da mulher especificamente, e trouxe uma imensa gama de dispositivos que tratavam do trabalho feminino dentro dos estabelecimentos industriais e comerciais, abordando principalmente os direitos destinados à empregada gestante, sendo um dos principais pontos o que veta a demissão sem justa causa da mulher por conta de seu estado de gravidez.

Através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), criada pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 1943, houve a unificação de toda a legislação trabalhista Brasileira. Com a CLT houve uma grande proteção à maternidade, à saúde, à moral, e também foi possível disponibilizar à mulher uma grande proteção dentro do mercado de trabalho mediante incentivos específicos, ao tratar em todo o seu Capítulo III da adoção de medidas de proteção ao trabalho feminino, onde se busca sobretudo coibir qualquer forma de discriminação além de corrigir distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho, como proteção à maternidade, jornada de trabalho, entre outros.

Entretanto, para Nunes (2007), com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (também chamada de constituição Cidadã) veio um marco jurídico da democracia no país, pois esta redefiniu o conceito de igualdade entre homens e mulheres no país. A CF de 88 trouxe diversos parâmetros que buscavam regular as condições de trabalho das mulheres trazendo à tona a proibição de diferença salarial por questões de sexo (no exercício da mesma função), além do cuidado à trabalhadora gestante e o veto à dispensa dessa funcionária sem justa causa. Um dos pontos cruciais deste decreto pode ser visto em seu artigo 7º:

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 a duração de cento e vinte dias;

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

XX- Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei (BRASIL, 2016, s/p).

Dentre os direitos elencados em favor da mulher, o inciso XVII do referido art. 7º foi um dos mais importantes para a proteção da empregada gestante, e referência ao prazo de duração da licença à gestante, permitindo que no prazo de 120 dias (sem prejuízo de salário e/ou emprego) essa possa se recuperar física e emocionalmente, além de permitir a criação de laços com a criança. Outro marco do direito da mulher e da empregada gestante se deu com a criação da Lei nº 9.029/1995, que passou a proibir a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez para efeitos de admissão ou permanência no emprego, além de realizar outras providências. Também buscando a proteção da empregada gestante, a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) trouxe uma nova visão para o Direito Trabalhista sobre a permanência das mulheres gestantes no seu ambiente de trabalho.

776

DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA EMPREGADA GESTANTE

Antes de iniciar a temática abordada, é necessário compreender a importância do Direito do Trabalho. De acordo com Mello *et al* (2018), é uma área do direito que objetiva a busca pela igualdade material entre empregadores e seus empregados. A estabilidade provisória é um dos direitos do trabalho que impede a demissão do funcionário, e simboliza o direito do trabalhador de permanecer em seu emprego, sendo que este não pode ser demitido sem justa causa (falta grave ou em eventual encerramento das atividades da empresa), garantia essa que atenua o poder do empregador de dispensa imotivada. De acordo com Martins (2015, p. 465):

Estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexistam causas objetivas a determinar sua despedida. Tem assim, o empregado, o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

De acordo com Cassar (2014, p. 1173), a estabilidade pode ser caracterizada como definitiva ou provisória, e podem ser aplicadas de diversas formas, incluindo a que segue: a empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto mesmo se em contrato por tempo determinado (art. 10, II, b, do ADCT e Súmula 244 do TST).

Em suma, biologicamente, a mulher se difere do homem em alguns aspectos, sendo que essa possui a condição física de gerar filhos. Durante a fase da gravidez, toda a anatomia da mulher, sua fisionomia, seu psicológico e saúde mudam consideravelmente. Em decorrência das dificuldades enfrentadas pela mulher neste momento específico, a legislação se modificou após um considerável desenvolvimento histórico e avanços, e estabeleceu-se a importância de proteger as trabalhadoras durante o período de gestação, sendo concedidos uma série de direitos, dentre eles, a estabilidade provisória da gestante.

Nesse sentido, haja vista o momento enfrentado pela mulher durante a gravidez, a Legislação Trabalhista Brasileira garante a estabilidade da gestante durante determinado período de tempo, sendo o prazo iniciado imediatamente a partir do momento da confirmação da gravidez e perdurando até cinco meses após o parto. O entendimento que prevê legalmente tal direito está localizado artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art.7º, I, da Constituição:

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

[...]

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (BRASIL, 1988, s/p).

Logo, fica determinado que, a partir da constatação da gravidez da empregada, a mesma passa a ser detentora do direito à garantia provisória de emprego definida no artigo 10 do ADCT, não podendo ser dispensada, salvo nos casos de falta grave prevista no artigo 482 da CLT. Outrossim, a previsão legal da estabilidade da gestante também pode no art. 391-A, da Consolidação das Leis Trabalhistas (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 (BRASIL, 1943, s/p).

É necessário que seja levado em evidência a importância da estabilidade provisória, haja vista que esse direito objetiva a proteção, segurança jurídica e financeira do

empregado, e através do vínculo de trabalho o mesmo está garantindo sua renda, destinado ao seu sustento e o de sua família, sendo, portanto, inadmissível que no momento gestacional, a mulher tenha seu vínculo de trabalho rompido. Conseqüentemente, a Súmula 244 do TST foi criada com o intuito de fortalecer ao disposto na Constituição Federal sobre a estabilidade provisória da gestante, e estabelecer que:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

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

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade no art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão, mediante contrato por tempo determinado (BRASIL, 2012, s/p).

A referida Súmula 244, assim como o Art. 10. do ADCT objetiva conferir à gestante o direito à estabilidade provisória, independentemente do conhecimento do empregador sobre seu estado gravídico.

Além disso, a gestante ainda possui como direito a transferência de função (para que a sua função de origem não venha a prejudicar o bom desenvolvimento do nascituro, salientando-se que, após o término da sua licença-maternidade, seja a mesma reintegrada à função de origem.) e dispensa do horário de trabalho, pelo tempo necessário a realizar, no mínimo, 06 (seis) consultas médicas e/ou exames complementares (desde que comprovado mediante apresentação de atestado médico e/ou declaração ao empregador), conforme disposto no art. 392, parágrafo 4º, II da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Além de todos os direitos supracitados, a empregada gestante ainda possui direito a licença maternidade, possibilitando à mesma a recuperação física e psicológica do parto, como, também, propiciar a presença da mãe, para amamentar e cuidar do seu filho nos primeiros meses de vida, estabelecendo, assim, um vínculo de afetividade importante para ambos.

Neste sentido, é importante salientar que a gravidez não pode ser considerada como uma incapacidade ou doença. A estabilidade provisória da mulher gestante se dá devido a que, pouco provavelmente a mulher não encontraria outro emprego entre o período de gestação e o pós-parto. Assim sendo, a medida protetiva visa a proteção do nascituro através da estabilidade do vínculo empregatício de sua mãe, pois no período em que a

mulher está sob essa proteção, pode cuidar dela mesma (se recuperar) e da criança nos primeiros meses de vida.

Finalidade da Estabilidade e Sua Previsão Constitucional

A maternidade, por se tratar de um período delicado na vida da mulher, acaba por demandar uma série de cuidados com o intuito de salvaguardar a saúde da mãe e da criança, haja vista que a saúde (física e mental) da gestante podem vir a interferir diretamente na saúde e bem-estar do nascituro.

Com o propósito de corroborar este argumento, Oliveira, Siqueira e Zandonadi (2017) evidenciam em seu estudo a importância do contato entre mãe e filho logo nos primeiros meses de vida, sendo que, a criança que vivencia uma relação inicial saudável com a mãe, sente-se acolhida e passa por um desenvolvimento saudável (OLIVEIRA. SIQUEIRA. ZANDONADI, 2017, pp. 107-110).

Nesse sentido, é possível verificar que, para o bom desenvolvimento do infante, faz-se necessário uma vasta gama de cuidados dos genitores, salientando a importância do contato materno nos primeiros meses, pois além de influenciar aspectos psicológicos do bebê, também pode vir a modificar sua anatomia física, tendo em vista suas necessidades biológicas (como, por exemplo, a amamentação, que em muitos casos depende exclusivamente da mãe).

Por este ângulo, Sergio Pinto Martins (2008, p. 406) enfatiza que “A gestante deve ter direito ao emprego em razão da proteção do nascituro, para que possa se recuperar do parto e cuidar da criança nos primeiros meses de vida”. Já conforme Nei Frederico Cano Martins (1995), a estabilidade provisória da gestante busca facilitar à mãe acompanhar o desenvolvimento da criança durante os primeiros meses, assegurando assim a estabilidade do núcleo familiar.

Deste modo, verifica-se que a finalidade da Estabilidade Provisória da gestante busca sobretudo garantir o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que conforme Cesar e Silva (2017), a garantia é pautada na inviolabilidade do direito à vida, pois através das proteções, garante-se ao nascituro uma existência digna, pautada em direitos mínimos e na proteção da vida. Por outra perspectiva, é importante destacar que, a empregada gestante possui o seu devido direito a estabilidade provisória ENQUANTO estiver grávida, mesmo nos casos em que haja uma interrupção por aborto espontâneo ou caso a criança nasça sem vida. É importante salientar que o aborto espontâneo e parto de natimorto são

acontecimentos distintos na gestação, e conseqüentemente possuem aplicações jurídicas distintas.

Nos casos em que ocorre a interrupção espontânea da gravidez, está previsto no art. 395 da CLT, que diz no caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Entretanto, a garantia provisória de emprego para as gestantes, mencionada no citado artigo, não faz nenhuma ressalva ao natimorto, negando-lhe o direito aos cinco meses de estabilidade após o parto. De acordo com Cassar (2018), nos casos de natimortos, ainda não existe uma padronização na jurisprudência, haja vista que alguns julgados aplicam a norma ao entenderem que, como houve o parto, este se enquadra como o fato jurídico para a aplicação da estabilidade pelo período de 5 meses.

Portanto, o art. 804 da Instrução Normativa nº 77 de 21/01/2015 do INSS/PRES (que revogou a Instrução Normativa INSS Nº 45 DE 06/08/2010) em seu §3º determina que “Para fins de concessão do salário-maternidade, considera-se parto o evento que gerou a certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança”. A partir deste momento, a definição de parto não mais estava atrelada a um período de tempo, e sim, como fato gerador da certidão de nascimento ou óbito do bebê.

Assim, a partir do momento que é realizado a geração da certidão de nascimento ou certidão de óbito da criança, é considerado como parto, concedendo, portanto, à empregada o salário maternidade referente a 120 (cento e vinte) dias, além da estabilidade provisória pelo período de 5 (cinco) meses após o parto.

Em contraste a isso, aborto espontâneo, também é citado como um fato de direito ao salário maternidade diferindo apenas no período de concessão, sendo este o de duas semanas nos termos do §4º do art. 344 da Instrução Normativa nº 77 de 2015 INSS/PRES.

Período de Estabilidade – Quando Inicia? Divergências Doutrinárias e Jurisprudenciais acerca do Termo “Desde A Confirmação”

A gravidez é um período que dura cerca de 40 semanas (280 dias), e possui o seu início logo após o processo de fecundação, ou seja, inicia logo após a concepção. Assim, uma questão que foi muito discutida diz respeito à necessidade ou não da confirmação do empregador acerca da gravidez da empregada para fins de aquisição do direito. Para solucioná-la surgiram duas teorias: a objetiva e a subjetiva. Os defensores da teoria

subjetiva entendem que, faz-se necessária a confirmação do estado gravídico da obreira para que ela adquira a estabilidade. Em se tratando da aplicação da responsabilidade subjetiva, o empregador só poderá ser responsabilizado caso a empregada gestante tenha feito a confirmação do seu estado gravídico. De acordo com Martins (2008, p. 407):

A teoria da responsabilidade subjetiva entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa. Logo, não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito à garantia de emprego da gestante.

Aqueles que adotam a teoria objetiva, por sua vez, dizem ser desnecessária a ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada, bastando que a funcionária confirme, ao menos para si. Neste sentido, Martins (2008, p. 407) esclarece que:

A teoria de responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro. O STF já entendeu que a responsabilidade é objetiva.

Inicialmente, a questão da confirmação para que ocorresse o início à estabilidade causou divergências na doutrina, sendo que, conforme Romar (2017) existem duas principais correntes que versam sobre a temática: a primeira defende que a confirmação deve ser praticada pela empregada, e que essa, para ser detentora do direito à estabilidade deve sim comunicar ao seu empregador que está grávida; já a segunda corrente defende que não é necessário que a confirmação exista, haja vista que o direito da estabilidade defende a proteção à maternidade, e que essa fundamenta-se na teoria do risco objetivo, e na teoria do risco social (ROMAR, 2017, p. 568).

Desse modo, em 2012 o TST realizou uma alteração da súmula nº 244, que trata sobre a gestante e a estabilidade provisória, que pacificou o entendimento de que a teoria objetiva deveria ser adotada.

A nova redação da Súmula representa a interpretação majoritária do TST, e determina, portanto, que, a gestação é o fato que determina o direito à estabilidade da empregada gestante, sendo, portanto, que, o empregador, mesmo desconhecendo a

gravidez de sua funcionária, não poderá demiti-la, devido a que sua responsabilidade é objetiva. Entende-se, portanto, que a interpretação que não reconhece a estabilidade da empregada gestante nos casos em que há um desconhecimento da gravidez por parte do empregador no ato da dispensa da funcionária como sendo irregular.

De acordo com Klippel (2012), o inciso I da súmula é um dos principais pontos na hora de assegurar a estabilidade provisória à empregada gestante, pois, independentemente do conhecimento do empregador sobre a gravidez da empregada, ainda assim, essa obterá a garantia do emprego, pois a estabilidade provisória decorre da gravidez em si, e não do conhecimento.

Neste mesmo sentido, Carvalho (2011) ressalta que, de todos os modos, não deve existir a exigência da confirmação do estado gravídico, pois isso dificulta a prova de que realmente a gravidez teria sido informada ao empregador, buscando desse modo proteger o bem jurídico maior, protegido pela estabilidade da gestante: maternidade. Assim sendo, de acordo com Martins (2015), a teoria que rege a garantia de emprego provisória da empregada gestante é a teoria da responsabilidade objetiva, visto que, independente da comprovação para seu empregador a mulher ainda assim terá acesso ao seu direito, logo, é uma responsabilidade patronal e objetiva.

Em resumo, é possível verificar que até mesmo nos casos em que a própria empregada não tem ciência do seu estado gravídico no momento de sua dispensa, a Justiça do Trabalho determina a reintegração da mesma, o que conforme Klippel (2012), ocorre devido ao fato gerador da estabilidade ser a gravidez e não o conhecimento do estado gravídico.

Entretanto, caso a empregada venha omitir sua gravidez (intencionalmente, com o intuito de obter vantagem pecuniária através da reintegração complementada por eventual indenização), dispõe o artigo 187 do Código Civil:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002, s/p).

Dessa forma, de acordo com o Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, a partir do momento em que a empregada tem ciência de sua gravidez e escolhe omitir do empregador, impossibilitando que este possa cumprir seu encargo constitucional, está inviabiliza o exercício do seu direito, além de que o ato praticado pela empregada é ilícito,

e deve, por óbvio, ser reprimido ao ponto de, não apenas retirar-lhe o direito à reintegração e/ou indenização, mas também de impor-lhe a condenação pela má-fé utilizada para conseguir vantagem ilícita.

DESAFIOS NA PROTEÇÃO DA MULHER GESTANTE NO MERCADO DE TRABALHO

A priori, entende-se a importância das lutas e conquistas por direitos que trazem a igualdade de gênero, haja vista toda a exclusão e discriminação sofrida pelas mulheres ao longo da história. Ainda assim, é evidente que a discriminação baseada no gênero (por se tratar de um fator social enraizado) ainda é muito presente em várias esferas da sociedade, apesar de ser uma prática criminalizada. Assim, através do presente artigo, busca-se abordar principalmente o preconceito sofrido pela gestante no ambiente de trabalho.

É evidente que, as leis vigentes sobre a estabilidade provisória abarcam a proteção da mulher e do nascituro, e trazem diversos benefícios aos protegidos. Entretanto, apesar de se tratar de grandes conquistas e avanços na luta da mulher em prol da conquista de direitos trabalhistas, pode trazer uma vasta gama de desafios e preconceitos, gerando em muitos casos até mesmo uma instabilidade no ambiente de trabalho. É importante frisar que, com a estabilidade, pode-se gerar conflitos de interesse entre o empregador e a empregada, tendo em vista que, por um lado busca-se a proteção da gestante e do nascituro, e do outro existem os empregadores, que, ao contratar uma mulher (sobretudo em casos de contrato por tempo determinado), passam a possuir um risco de arcar com mais despesas que o previsto com aquela empregada caso a mesma engravide, fazendo com que muitos empregadores optem por contratar homens.

Moura (2015) destaca que muitas empresas contratam funcionários com o intuito de substituir funcionários efetivos em caso de férias, afastamento, ou até mesmo decorrentes de sazonalidades (por exemplo, lojas que contratam mais funcionários durante determinadas épocas de alta para suprir a demanda). Ainda de acordo com o autor, isso pode vir a gerar incongruências ao contratante, pois se uma funcionária temporária acaba engravidando neste período, o empregador pode optar pelas seguintes opções: manter os dois empregados enquanto dure o tempo de estabilidade da gestante ou, dispensar a gestante e se comprometer a indenizá-la devido a dispensa (MOURA, 2015).

Ainda conforme Moura (2015), uma consequência direta da estabilidade provisória da gestante é que a garantia traz muitos encargos e despesas não previstas pelo empregador

(principalmente nos casos de contrato por período determinado), fazendo com que os empregadores contratem mais mão de obra masculina, o que prejudica diretamente a mão de obra feminina.

Dessa forma, nos casos em que haja a dispensa da funcionária gestante, é necessário que haja imediatamente a reintegração desta. Em oposição, ocorre muitas vezes a inviabilidade da reintegração, seja devido a que já tenha sido esgotado o período da estabilidade, ou também devido a animosidade entre as partes que possa ter se instalado no ambiente de trabalho. Nos casos em que já tenha se passado o prazo da instabilidade, é necessário que haja a indenização pelo período correspondente da garantia de emprego, conforme o inciso II da Súmula 244, do TST. Já nos casos em que exista uma animosidade no ambiente, Cassar (2014) menciona que, o juiz, ao perceber essa dificuldade de convivência entre as partes, pode converter a reintegração em uma indenização substitutiva, sendo que, caso o empregador não autorize o retorno ao trabalho, a empregada terá direito aos salários do período.

Dessa forma, é evidente que, a norma constitucional objetiva a proteção à vida que está por vir, através das garantias a qual a funcionária gestante possui direito. Assim, é indispensável à estabilidade provisória da empregada gestante e a indenização para a empregada que não puder ser reintegrada e justo será o pagamento das verbas trabalhistas.

Entretanto, foi possível verificar que, a mesma lei que busca proteger a empregada gestante e ao nascituro durante o período gravídico, também é capaz de gerar consigo discriminações no momento da contratação de um novo funcionário, haja vista que, caso uma empregada venha a engravidar, o empregador ficará obrigado a manter aquele vínculo empregatício, ou deverá arcar com indenizações referente ao período de estabilidade.

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou realizar uma análise acerca da estabilidade provisória da empregada gestante, evidenciando os aspectos da proteção jurídica ao emprego da funcionária e ao nascituro. Foi verificado que o instituto jurídico da garantia provisória se trata de um marco nas leis de proteção à mulher no mercado pois, historicamente falando, a figura da mulher não possuía direitos, e trabalhava em desigualdade aos homens e em condições insalubres. Assim, através das análises obtidas neste estudo foi possível compreender que, a luta por espaço e igualdade no mercado de trabalho ainda é muito

necessária, haja vista que a mulher ainda sofre com desigualdades, como foi abordado neste caso: a trabalhadora gestante em sua busca por proteção e estabilidade.

Nesse sentido, verifica-se a importância do direito à estabilidade provisória, pois esta busca diretamente uma melhora do trabalho da mulher gestante e a proteção através da permanência da obreira em seu emprego durante um período pré-determinado, com o intuito de garantir a empregada segurança jurídica e social, além do seu sustento e o de sua família, e garantir também que a criança possa ser acompanhada pela mãe, já que este depende de cuidados integralmente durante os primeiros meses de vida. É importante salientar que a estabilidade provisória possui busca assegurar um tratamento mais humanitário à empregada gestante, garantindo-lhe uma gestação digna, resguardando todos os seus direitos a fim de proteger principalmente a figura do nascituro.

Assim, fica previsto através das legislações vigentes que, a empregada gestante possui direito à estabilidade provisória, como também à reintegração (caso tenha sido dispensada imotivadamente), mesmo nos casos em que o empregador não tenha ciência do estado gravídico da funcionária no momento da dispensa. Foi possível constatar que, nos casos em que se faça inviável a reintegração da funcionária demitida, pode ser substituída por uma indenização correspondente ao período. Além disso, a reintegração também é válida nos casos de término de contrato por tempo determinado, estipulado através da Súmula 244, inciso III.

Entretanto, a estabilidade provisória traz, além dos benefícios supracitados, alguns pontos negativos, como uma discriminação de gênero no momento da contratação por parte do empregador, principalmente nos casos de contrato por período determinado, pois, com a atualização da Súmula 244 do TST o contratante pode se ver obrigado a manter mais de uma funcionária em decorrência da estabilidade da funcionária que deveria permanecer na empresa apenas por um período estipulado. Deste modo, entende-se que é possível que a classe empregadora opte pela maior contratação de mão de obra masculina com o intuito de garantir uma maior previsibilidade e menores riscos.

É evidente que a garantia provisória de emprego de fato trata-se de um marco na conquista dos direitos das mulheres, pois traz consigo a proteção da empregada gestante e do nascituro, de modo a garantir-lhes uma vida mais digna e saudável, é através da nova redação marcada no inciso III da Súmula 244, foi permitido que o direito à estabilidade fosse aplicado também nos casos de contrato por período determinado, o que garante à mulher formas de manter sua gravidez e ao nascituro uma vida digna. Em contraste, a nova

redação da súmula também deixou essas mulheres em uma situação mais vulnerável, haja vista a desvantagem no momento da contratação, o que sugere uma maior necessidade de fiscalizações para que se faça valer de fato a garantia dos direitos e da proteção a mulher, pois a sua inserção no mercado de trabalho deve ocorrer de forma igualitária e sem discriminação.

Assim, diante dessa realidade, o presente trabalho buscou realizar uma análise sobre a estabilidade provisória da empregada gestante, e entender que, embora muitos benefícios já tenham sido conquistados, a luta por espaço e por igualdade no ambiente de trabalho ainda é necessária, pois as mulheres ainda são submetidas a relações de trabalho arbitrárias, e a outras diversas formas de discriminação no ambiente de trabalho. É importante frisar que, não deve existir qualquer tipo de discriminação no ambiente de trabalho, pois todos são iguais perante a lei.

REFERÊNCIAS

AMARAL, G.A. **OS DESAFIOS DA INSERÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO**. Itinerarius Reflectionis. V. 2, n.13, p.1-20. 2012. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/rir/article/view/22336>. Acesso em: 12 de Out. 2022.

BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª Ed. LTr. São Paulo. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 de Out. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244 do TST. **GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA**. Setembro de 2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html. Acesso em: 20 de Set. 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 de Set. 2022.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 77. 21 DE JANEIRO DE 2015**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 05 de Nov. 2022.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 de Set. 2022.

Raphaela Fernanda Rocha De SOUSA; Taciana Pita NUNES. **A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DA EMPREGADA EM ESTADO DE GRAVIDEZ: ESTABILIDADE PROVISÓRIA – EFICÁCIA E DESAFIOS**. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. AGOSTO/OUTUBRO-2022. Ed. 39 - Vol. 3. Págs. 771-788. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 de Nov. 2022.

CARVALHO, A. C. L. **Direito do Trabalho**. Aracaju: Evocati, 2011.

CASSAR, V.B. **Resumo de Direito do Trabalho**. 2 ed 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p.7-26.

CASSAR, V.B. **Direito do trabalho** – 9.ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CESAR, A.C.B; SILVA, R.C.O. **Proteção à maternidade no contrato de temporário: tutela do direito à vida**. REVISTA JURÍDICA DA UNIFIL. v. 14 n. 14. p.81-98, jan./dez. 2017.

GOMES, A.F. **O outro no trabalho: mulher e gestão**. Revista de Gestão USP, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 1-9, jul/set 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rege/article/download/36522/39243/43059>. Acesso em: 27 de Out. 2022.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **TRABALHADORA QUE NÃO AVISOU AO EMPREGADOR QUE ESTAVA GRÁVIDA TEM REJEITADO O DIREITO À ESTABILIDADE**. 2018. Disponível em: <https://portal.trt23.jus.br/portal/noticias/trabalhadora-que-n%C3%A3o-avisou-ao-empregador-que-estava-gr%C3%A1vida-tem-rejeitado-o-direito-%C3%A0>. Acesso em: 30 de Out. 2022.

KLIPPEL, B. **Direito sumular esquematizado – TST** - 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2012.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, S.P. **Direito do trabalho**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, N. F. C. **Estabilidade Provisória no Emprego**. São Paulo: LTr, 1995.

MATOS, M.L; GITAHY, R.R.C. **A evolução dos direitos da mulher**. Colloquium Humanarum, v. 4, n.1, p. 74-90, jun. 2007. Disponível em: <https://journal.unoeste.br/index.php/ch/article/view/223/606>. Acesso em: 25 de Set. 2022.

MELLO, A. C. R. **As mulheres na guerra**. Revista Pré, Univesp, São Paulo, nº 61, dez. 2016.

MELLO, T.B; et al. **Súmula 244, inciso III, do TST: uma análise do conflito de direitos gerado à luz do princípio da dignidade humana**. Revista FAROL – Rolim de Moura – RO, v. 6, n. 6, p. 107-122, jan.2018.

Raphaela Fernanda Rocha De SOUSA; Taciana Pita NUNES. **A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DA EMPREGADA EM ESTADO DE GRAVIDEZ: ESTABILIDADE PROVISÓRIA – EFICÁCIA E DESAFIOS**. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. AGOSTO/OUTUBRO-2022. Ed. 39 - Vol. 3. Págs. 771-788. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

MOURA, E.C.S. **Impactos sociojurídicos no trabalho da mulher em face das modificações trazidas pela súmula 244, inciso III, do TST.** Revista Jus Navigandi. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40508/impactos-sociojuridicos-no-trabalho-da-mulher-em-face-das-modificacoes-trazidas-pela-sumula-244-inciso-iii-do-tribunal-superior-do-trabalho>. Acesso em: 07 de Nov. 2022. NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito do Trabalho.** 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUNES, M.T. **A efetividade do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito: Por uma interpretação constitucionalmente adequada aos direitos da mulher no trabalho.** Revista de Informação Legislativa. Brasília v. 44, n. 173, jan./mar. 2007. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/140969/R173-15.pdf>. Acesso em: 19 de Out. 2022.

OLIVEIRA. M. E. SIQUEIRA. A. C. ZANDONADI. A. C. **A importância do afeto materno através do toque para o desenvolvimento saudável da criança.** Revista Farol. Rolim de Moura. RO, v. 3, n.3, p. 107-110, mar/2017. Disponível em: <https://revista.farol.edu.br/index.php/farol/article/view/46/71>. Acesso em: 05 de Nov. 2022.

ROMAR, C;T;M. **Direito do trabalho: Coleção esquematizado.**4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P.107-733.

SCHLICKMANN, E; PIZARRO, D. **A evolução da mulher no trabalho: uma abordagem sob a ótica da liderança.** Revista Borges, Florianópolis. v.03, n. 01, p. 70-89, jul 2013. Disponível em: <https://docplayer.com.br/34332624-Julho-de-2013-revista-borges-issn-vol-03-n-01-a-evolucao-da-mulher-no-trabalho-uma-abordagem-sob-a-otica-da-lideranca-1.html>. Acesso em: 14 de Out. 2022.