

# CONSECTÁRIOS DA OCORRÊNCIA DE GRAVIDEZ DA EMPREGADA NO CURSO DO PRAZO DO AVISO PRÉVIO

Christiana D'arc Damasceno Oliveira\*

## 1 – INTRODUÇÃO

**A** fluem no cotidiano trabalhista demandas relacionadas à dispensa sem justa causa de trabalhadora cujo início de gravidez se sucedeu durante o prazo do aviso prévio, quando já realizada a contratação e a ciência pelo polo patronal do intento de pôr cobro ao contrato de emprego.

O tema, sempre atual e de incidência recorrente, envolve controvérsia substancial no que diz respeito à caracterização ou não de garantia de emprego em hipóteses tais.

Constitui cerne do presente artigo a análise dos consectários desse panorama, que revela importância prática, embora envolvendo dissonância científica e jurisprudencial.

## 2 – DISPENSA IMOTIVADA DA EMPREGADA GESTANTE: TRATO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL

Estabelece o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que, dentre os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, figura a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

Por sua vez, abordando a temática da trabalhadora grávida, preceitua o art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

---

\* Juíza do Trabalho na 14ª Região (AC e RO); Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas; Especialista em Direito Processual pela PUC Minas; Pós-Graduada em Teoria Crítica dos Direitos Humanos, pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha (Espanha); Ex-Auditora Fiscal do Trabalho.

(ADCT), que até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, inciso I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A Constituição alberga no particular hipótese clara de garantia de emprego, motivo pelo qual, em havendo o início da gestação ainda no bojo do liame empregatício, é defeso ao empregador realizar a dispensa sem justa causa da obreira.

Vale dizer, na hipótese de inobservância pelo tomador de serviços da proscrição imperativa contida no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, resulta viável a reintegração da trabalhadora, com o pagamento de todos os salários e demais direitos relativos ao período de afastamento.

Não se trata nesse caso evidentemente de estabilidade, mas de garantia de emprego, também denominada estabilidade provisória, conforme se depreende da preciosa lição de 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, independentemente da vontade do empregador. (...)*

*Garantia de emprego, por sua vez, (...) é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao 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 estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando).”<sup>1</sup>*

A garantia de emprego à empregada gestante tem nítido caráter protetivo da mãe e do nascituro, objetivando, nos moldes dos arts. 5º, inciso XIII, e 7º, inciso XXX, da CF, ilidir a discriminação da trabalhadora que engravida no transcorrer do liame, além de assegurar condições, senão satisfatórias, basilares, para que haja segurança social e financeira nos momentos iniciais da geração de uma nova vida, bem como nos primeiros meses após o nascimento da criança.

---

1 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1242 e 1248-1249.

Também demonstram a preocupação do legislador constituinte originário com a proteção da gestante, apesar de não se tratarem de dispositivos relativos à garantia de emprego em si, o art. 6º (que consagra como direitos sociais, entre outros, o trabalho, a proteção à maternidade e à infância) e o art. 7º, inciso XVIII (licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário), XX (proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas), além do art. 201, inciso II; todos da Constituição Federal.

No plano infraconstitucional, o art. 4º-A, da Lei nº 5.859, de 11.12.1972, introduzido pela Lei nº 11.324, de 19.07.2006, estendeu igualmente às empregadas domésticas a garantia de emprego em virtude de gravidez, ampliando o rol de direitos fundamentais trabalhistas específicos atribuído a tal categoria de trabalhadores no art. 7º, parágrafo único, da CF.

Igualmente em conformidade com a orientação de conferir proteção à trabalhadora gestante, apresenta destacado relevo a Lei nº 9.029/1995, que “proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de *permanência* da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências” (grifo nosso).

Reza a Lei nº 9.029/1995 em seu art. 1º:

“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.” (grifo nosso)

Assevera a mesma Lei nº 9.029/1995, em seu art. 2º, que constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

“Art. 2º (...)

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

II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar,

realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Pena: detenção de um a dois anos e multa.”

O art. 4º da lei em foco, nas hipóteses de comprovação de que a dispensa teve um cunho discriminatório, prevê ainda como consequências:

“Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre:

I – a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

Todavia, indispensável realçar que, no que toca à empregada gestante, independentemente de caracterização da presença de um viés discriminatório em sua dispensa, e ainda que não tenham ciência o empregador ou a trabalhadora do estado gravídico à época da terminação contratual (Súmula nº 244, I, do TST), a reintegração será medida imperativa<sup>2</sup>, em virtude da subsistência de garantia de emprego.

### 3 – INTERFACES ENTRE O INÍCIO DA GRAVIDEZ DURANTE O PRAZO DO AVISO PRÉVIO E O ART. 10, INCISO II, DO ADCT

Dificuldades podem surgir nos casos em que a gravidez da trabalhadora ocorre quando já iniciado o curso do período de aviso prévio, nas hipóteses em que já realizada a expressa cientificação pelo tomador de serviços à empregada de que ocorrerá o desenlace do ajuste.

No âmbito judicial, a cada dia têm sido mais comum lides em que, de um lado, argumenta-se que, à época do ensejo efetivo do liame laboral, a trabalhadora seria detentora de garantia de emprego diante da gravidez iniciada ainda no curso do aviso, com os pedidos correlatos a tal panorama, aduzindo-se, de outro lado, que afastaria a ocorrência da garantia de emprego a concretização da gravidez apenas quando já expressado de modo incontestado o

---

2 A reintegração não prevalece, por óbvio, nas hipóteses concretas subsumíveis ao art. 496 da CLT, em havendo incompatibilidade insuperável entre os sujeitos da relação empregatícia ou no que alude às circunstâncias para a prestação do trabalho, caso em que, de todo modo, remanesce a obrigação de pagamento dos salários e demais consectários do período frustrado da garantia de emprego.

objetivo do polo patronal de não mais conferir continuidade ao liame, com o curso de fruição pela empregada de período de aviso prévio decorrente de dispensa sem justa causa<sup>3</sup>.

Em reforço às assertivas relativas ao não reconhecimento de garantia de emprego à gestante na circunstância ora apreciada, também é apresentada a assertiva de que a medida poderia estimular que, a fim de evitar o término do contrato, trabalhadoras propositadamente engravidassem durante o período de aviso prévio.

Nesse aspecto, embate que também emerge se atrela aos efeitos no contrato da dação de aviso prévio, especificamente no que diz respeito a se essa manifestação de vontade caracteriza ou não linde que afasta a incidência da garantia de emprego à gestante.

Da análise dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que tratam da matéria, a que se fez referência no item anterior, avulta que o intuito da Constituição Federal é assegurar o emprego contra a rescisão unilateral do contrato por iniciativa do empregador, almejando impedir que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução se afigure como causa de discriminação, com embaraços ao exercício do seu direito ao e do trabalho<sup>4</sup>.

Nas hipóteses de gravidez obreira anterior à data da dispensa, ainda que no curso do período de aviso prévio, a responsabilidade do empregador é objetiva, sendo despidendo inclusive o conhecimento dos sujeitos da relação de emprego quanto àquela circunstância para o fim de viabilizar as vantagens insertas no art. 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT.

É que, ao incluir em seu rol a aludida proteção, a Constituição Federal prescindiu do critério subjetivo (ciência da gravidez), lastreando-se em dados com o fito de resguardar os fins sociais de proteção à maternidade e ao nascituro, independentemente da comprovação da gravidez perante o empregador, sendo certo que esse manto protetivo advém da ocorrência da fecundação, por figurar como destinatária da norma a vida em gestação (TST, E-RR 614859/1999.0, SBDI-1, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, DJ de 15.04.2005).

A propósito, o teor da Súmula nº 244 do TST:

---

3 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Confirmação da gravidez durante aviso prévio não dá direito à estabilidade*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8504&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=gestante](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8504&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=gestante)>. Acesso em: 01 jun. 2008.

4 TRT 3ª Região, RO 14123/97, 2ª Turma, Relª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ de 17.04.98.

“SUM-244. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais ns. 88 e 196 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, do ADCT). (ex-OJ 88 da SBDI-1 – DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)

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. (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

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 196 da SBDI-1 – inserida em 08.11.2000).

Ademais, por expressa disposição legal, acresça-se que o período do aviso prévio, ainda que indenizado, integra *sempre* o contrato de emprego, o qual permanece a surtir efeitos, a teor do art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT<sup>5</sup>, não se podendo afirmar que já houve encerramento do liame pela mera feitura do aviso.

Nesse compasso, mesmo para fins de anotação da baixa do liame, preceitua a OJ 82 da SBDI-I do TST que “*a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*”.

Disso decorre que somente fica afastada a garantia de emprego acaso ocorrido o suposto fato gerador correspondente após o fim do aviso prévio em si, indenizado ou não.

Importa ter em mente que não se aplica à hipótese a disposição desfavorável contida na primeira parte da Súmula nº 371, do TST, que dispõe que não se caracteriza a garantia de emprego nas situações de superveniência

---

5 CLT. “Art. 487. Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra da sua resolução (...) § 1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida *sempre* a integração desse período no seu tempo de serviço.” (grifo nosso)

de auxílio-doença no curso do prazo de aviso prévio, por tratar-se de preceito que se direciona unicamente à hipótese nele tratada, não podendo, por deter caráter deletério, comportar interpretação ampliativa no sentido de afetar situações distintas.

Além da necessidade de tutela ao estado gravídico da trabalhadora, não se pode olvidar o art. 1º, incisos II, III e IV, voltados para o resguardo dos fundamentos do Estado Democrático de Direito atinentes à cidadania, à dignidade e aos valores sociais do trabalho, respectivamente; bem como dos objetivos fundamentais retratados no art. 3º, incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”), III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”) e IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”); todos da CF.

Outrossim, o art. 226, *caput*, da Constituição Federal fixa que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, e logo em seu § 4º aduz que “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

Ademais, o art. 227 da Carta da República dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

A tais preceitos, alia-se o norte teleológico das prescrições contidas em diversos instrumentos internacionais, tais como: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, de 1966; Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959; e Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, todos da ONU; Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Convenção nº 103 da OIT (Convenção sobre a Proteção da Maternidade); ao que se juntam o princípio da proteção integral no atendimento à criança e ao adolescente e a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Não bastasse, no ordenamento jurídico brasileiro, aliam-se a função social da empresa e da propriedade, porquanto se de um giro a propriedade se trata de um direito fundamental (art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal), a Constituição também estabelece, logo no art. 5º, inciso XXIII, com redação imperativa, que deve ela cumprir sua função social (“a propriedade atenderá a

sua função social”), preceito repetido no respectivo art. 170, *caput*, incisos III (função social da propriedade) e VIII (busca do pleno emprego), ao tratar dos princípios da ordem econômica e financeira, assim também no art. 193 da norma constitucional, que acentua que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Rememore-se ainda que, diante da técnica utilizada nas hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, em circunstâncias concretas, sujeitam-se a propriedade e o exercício da livre iniciativa à ponderação com outros direitos assegurados também em patamar de fundamentalidade.

De efeito, a interpretação das categorias normativas deve ser destinada a conferir concretude aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, no sentido de potencialização do alcance da dignidade da pessoa humana.

Sendo a garantia de emprego da gestante no curso do prazo do período de aviso prévio um direito passível de ser suscitado pela trabalhadora empregada perante o respectivo tomador de serviços, óticas evolutivas e dinâmicas de análise das normas são necessárias a fim de que seu direito não finde esvaziado.

Dada a inserção da pessoa humana no centro gravitacional do ordenamento, e estando os direitos fundamentais na base que confere sustentação ao sistema jurídico, não podem ser eles obliterados, seja na relação do cidadão com o Estado, seja no setor privado, diante das eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

A concretização da dispensa sem justa causa da trabalhadora gestante, cuja gravidez teve início mesmo no curso do prazo do aviso prévio, por consubstanciar-se em panorama vedado em decorrência de proteção albergada em legislação heterônoma (constitucional e infraconstitucional), compromete a validade do ato do tomador de serviços.

Por conseguinte, sendo patente a nulidade do ato, impõe-se o restabelecimento do *status quo ante* no que tange aos sujeitos do contrato, por meio da reintegração ao emprego da trabalhadora gestante, com o pagamento de todas as vantagens pecuniárias do período de afastamento, ou, em não sendo a reintegração viável diante de incompatibilidade emergente entre os sujeitos do pacto empregatício ou no que tange às circunstâncias a ele alusivas (exegese do art. 496 da CLT), resta cabível a conversão do período de garantia provisória de emprego em indenização compensatória, impondo-se ao tomador de serviços a quitação de indenização que compreenda os salários e demais verbas contabilizados quanto ao período de garantia obstada, o qual se estende até o marco temporal de cinco meses após o parto.

Vale destacar que é importante ter cautela, no entanto, com a apresentação pelos tomadores de serviço de eventuais estratégias em esfera judicial objetivando caracterizar falta grave da empregada no curso do período de aviso, a fim de afastar a garantia de emprego em foco.

Não raro, somente no âmbito judicial, já em seara defensiva, embora reconhecendo que foi destinado à empregada aviso prévio, instituto cediçamente incompatível com uma dispensa com justa causa, pretendem os tomadores de serviços aduzir que o fim contratual adveio de condutas típicas trabalhistas obreiras.

Embora não se possa afastar evidentemente a caracterização de quadro de similar natureza, a prática demonstra que, no mais das vezes, a imputação da falta apenas tem o intuito de tentar obstar a garantia de emprego, o que requer atenção dos atuantes na esfera jurídica, objetivando evitar seja avalizada a má-fé e o uso abusivo de direito.

Consabido que, em havendo a iniciativa do empregador de encerrar o contrato *sponte propria*, sem imputar ao(à) trabalhador(a) por ocasião do término da avença qualquer motivação tangente a conduta típica trabalhista, não pode já em Juízo, em sede de contestação, transmudar a versão fática, com vistas a construir tese destinada a elidir a fruição pelo(a) obreiro(a) dos direitos que por norma cogente lhe são assegurados.

De todo modo, observe-se que, no que diz respeito à modalidade de terminação contratual, a tese de suposta dispensa motivada por justa causa obreira transfere para o polo patronal o ônus probatório correspondente, já que o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao (à) trabalhador (a), a transferir para o ex-empregador o encargo de provar o modo como se deu o fim do ajuste.

#### 4 – HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Denotando hermenêutica concretizadora dos direitos fundamentais, no sentido de conferir, no plano da realidade da vida, amplo resguardo a direitos dotados de fundamentalidade afetos ao âmbito das relações de trabalho, tem emergido julgados importantes de lavra do Tribunal Superior do Trabalho, por meios dos quais se reconheceu a garantia de emprego à gestante cujo início de gravidez adveio no decorrer do prazo do aviso prévio. Nesse sentido, as seguintes ementas:

“RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 371/TST. 1. O legislador constituinte, visando a garantir ao nascituro – como reflexo da própria dignidade da pessoa humana consagrada no art. 1º, III, da Constituição da República – condições mínimas de sobrevivência e a efetivar a proteção à maternidade a que se refere o art. 6º da Carta Política –, optou por conceder à mãe – amparo primeiro – a estabilidade provisória, a fim de lhe assegurar, por meio do emprego, durante o período gestacional e os meses iniciais da criança, os recursos necessários para uma alimentação saudável, cuidados com a saúde, habitação etc. 2. O entendimento consolidado no âmbito deste Tribunal Superior do Trabalho ancora-se na compreensão de que a estabilidade objeto do art. 10, II, *b*, do ADCT, objetivando a proteção do nascituro, resguarda-o, de forma objetiva, concedendo garantia de emprego à empregada gestante desde a concepção até cinco meses após o parto, independentemente do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador (Súmula nº 244, I, TST) e, até mesmo pela empregada. Nessa linha, firmou-se a jurisprudência no sentido de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não afasta o direito à proteção constitucional à maternidade. Basta à aquisição da estabilidade provisória a concepção ao tempo do vínculo empregatício. 3. Sendo o aviso prévio instituto que se caracteriza pela comunicação de uma parte à outra sobre sua intenção de ruptura contratual, a ser efetivada em data futura observado o prazo mínimo de 30 dias, constitucionalmente estabelecido, dúvida não há, diante inclusive do direito posto (art. 487, § 1º, da CLT), acerca da manutenção do vínculo no período correspondente. Tanto é que a OJ 82 da SDI-I orienta no sentido de que a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado. 4. Conjugada a diretriz da Súmula nº 244/TST com a da OJ 82 da SDI-I, tem-se que, ocorrida a concepção no curso do aviso prévio, indenizado ou não, porquanto vigente o contrato de trabalho, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o art. 10, II, *b*, do ADCT, a resguardar a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa. 5. A proteção constitucional à maternidade deve ser suportada por toda a sociedade e se manifesta também na função social da empresa. Quando o constituinte estabeleceu que a ordem econômica deve se atentar para o princípio da função social da propriedade (art. 170, III), atingiu a empresa que é uma das unidades econômicas mais importantes no hodierno sistema capitalista. Nessa direção Enzo Roppo

observa, com acerto, que o atual processo econômico é determinado e impulsionado pela empresa, e já não pela propriedade em sua acepção clássica. Ao esquadrinhar a dicção do mencionado dispositivo constitucional, Eros Grau sublinha: ‘O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário, ou a quem detém o poder de controle na empresa, o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamentos positivos, prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer ao detentor do poder que deflui da propriedade. Indubitavelmente, essa imposição de comportamento positivo ao titular da empresa, quando manifestada na esfera trabalhista, significa um atuar em favor dos empregados, o que, na prática, é representado pela valorização do trabalhador, por meio de um ambiente hígido, salário justo e, acima de tudo, por um tratamento que enalteça a sua dignidade enquanto ser humano (arts. 1º, 3º, 6º, 170 e 193, todos da CF)’ (José Affonso Dallegrave Neto. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 335). 6. Não há falar em contrariedade à Súmula nº 371/TST, pois os precedentes listados no *site* desta Corte – que deram origem à primeira parte do aludido verbete – não versam sobre a estabilidade da gestante, limitando-se ao exame da projeção do aviso prévio sob o enfoque da garantia de emprego do dirigente sindical, do alcance dos benefícios instituídos por negociação coletiva, ou da aplicação retroativa de normas coletivas. 7. Diante da estatura constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o norte presente na segunda parte da Súmula nº 371/TST, que incorporou a diretriz da OJ 135 de seguinte teor: ‘os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho’. 8. Tem-se por incabível exegese restritiva de norma constitucional que garante, de forma ampla, às empregadas gestantes a manutenção do emprego e a respectiva licença, quando o bem tutelado, em última análise, é a própria vida do nascituro. Apesar de a gravidez não ser patologia, trabalhadora grávida ostenta a mesma fragilidade laboral que se evidencia nos empregados acometidos por doença, sendo mínimas as chances de obter novo emprego enquanto perdurar o estado gravídico e o período de amamentação inicial – que, não por acaso, coincide com o tempo da garantia de emprego. 9. Considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a

função social da empresa, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, *b*, do ADCT, razoável a interpretação regional no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado. Recurso de revista conhecido, por divergência jurisprudencial, e não-provido.” (TST, RR 2211/2007-202-04-00, 3ª T., Relª Minª Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ de 27.11.2009)

“RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A respeito do aviso prévio, José Augusto Rodrigues Pinto, valendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, entende que (...) o aviso prévio é uma declaração receptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito *ex nunc*, correspondendo à idéia de que o pré-avisante pretende denunciar o contrato sem justa causa, como entende, com muita lucidez, Messias Donato (*Tratado de direito material do trabalho*, LTr, fl. 589). Para o mestre baiano: ‘Há uma tendência impulsiva e inadvertida para se considerar o aviso prévio um efeito da extinção do contrato individual de emprego. A idéia é, evidentemente, enganosa. O aviso prévio, consoante sua própria adjetivação, precede a extinção contratual (...)’. (idem, p. 581). Diante do quadro fático registrado pelo e. TRT, a autora deixou o trabalho em 01.09.2004 e os exames laboratoriais comprovaram que a gravidez ocorreu em 05.09.2004. Com a projeção do aviso prévio, ainda que indenizado, o contrato de trabalho efetivamente encerrou-se em 01.10.2004. Verifica-se, portanto, que a reclamante ficou grávida ainda na vigência do pacto laboral, estando, pois, protegida pela estabilidade prevista no art. 10, II, *b*, ADCT. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. REESTRUTURAÇÃO NA EMPRESA. A tese do e. TRT foi a de que o contrato de franquia implicaria a condição de preposta da SGP, Solução de Gestão de Pessoal Ltda., de modo a atrair a aplicação do art. 932 do CCB de 2002. E sob tal enfoque, nenhum dos arestos trazidos a cotejo explicita tal tese. Incidência da Súmula nº 296/TST. A argumentação das empresas de que não houve reestruturação esbarra no óbice da Súmula nº 126/TST, porquanto contraria expressamente o que afirmado pelo e. TRT. E, por fim, registrado que a reestruturação ocorrida teve como objeto a prestação de serviços, constata-se que a atribuição de responsabilidade subsidiária à tomadora encontra-se em conformidade com o item IV da Súmula nº 331/TST. Recurso de revista parcialmente conhecido e não provido.” (TST, RR 171/2005-004-12-00, 6ª T., Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DJ de 28.08.2009)

Cabe registrar que, também em temática que se correlaciona à garantia de emprego da gestante, reconheceu o TST, em julgado de abril 2009 (com esteio nos valores fundamentais da vida e da proteção do nascituro)<sup>6</sup>, a incidência do instituto em apreço mesmo em situação de nulidade contratual oriunda da contratação de trabalhadora pela Administração Pública sem observância da regra constitucional do concurso público (art. 37 da CF e Súmula nº 363 do TST)<sup>7</sup>.

Não se olvide que os direitos fundamentais são mecanismos que tornam viável o acesso aos meios materiais e imateriais necessários à fruição de uma vida digna, tornando possível o desenvolvimento de potencialidades humanas, no sentido de conferir resguardo à dignidade.

Destaca Joaquín Herrera Flores que todo embate pelo reconhecimento de direitos humanos (e, por conseguinte, por direitos fundamentais) começa com uma necessidade situada no espaço e no tempo, que é reconhecida pelos indivíduos e por eles compartilhada, pelo que se transmuda a necessidade em um valor (ou valores). A partir do momento em que tais valores (provenientes de necessidades concretas) recebem reconhecimento jurídico e político, com fixação de amarras à ação estatal e dos particulares nas relações que se entremostam, resultam por conferir sentido às ações humanas individuais e coletivas, sendo aí definida a ideia de dignidade da pessoa humana<sup>8</sup>.

A relevância de postura concretizadora dos direitos fundamentais, seja em sede de controle concentrado (STF) seja em seara de controle difuso (qualquer juiz ou Tribunal), é ainda mais acentuada na contemporaneidade, inclusive a fim de que eventual argumento de óbices à regulamentação ou à concretização, não exsurjam como caminho para a frustração dos direitos fundamentais integrantes do bloco de constitucionalidade, no sentido de dar azo à hermenêutica que preserve a dignidade do trabalhador e normas a ele correlatas e a inclusão social pelo trabalho.

---

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Sexta Turma concede estabilidade à gestante mesmo em contrato nulo*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/NO1/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=9263&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/NO1/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9263&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 25 maio 2009.

7 TST. Súmula nº 363. “CONTRATO NULO. EFEITOS. A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.”

8 FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

## 5 – CONCLUSÃO

A ocorrência de gravidez da trabalhadora, mesmo no curso do prazo de aviso prévio, em ótica evolutiva e em harmonia com as normas internacionais, constitucionais e infraconstitucionais, que versam sobre a matéria, acarreta a garantia de emprego em favor do polo obreiro, motivo pelo qual se evidencia aí a impossibilidade da dispensa sem justa causa pelo tomador de serviços. Ocorrendo a terminação contratual em casos tais, exsurge à trabalhadora gestante o direito de demandar a correlata reintegração, com o pagamento pelo tomador de serviços de todas as vantagens pecuniárias do período do afastamento, ou, na hipótese de incompatibilidade entre os sujeitos ativos do pacto empregatício ou no que tange às circunstâncias relativas ao liame, cabível a quitação de todos os salários e consectários correspondentes do período de garantia de emprego obstada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Confirmação da gravidez durante aviso prévio não dá direito à estabilidade*. Notícia veiculada na Internet. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIAS.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=8504&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS&p\\_txt\\_pesquisa=gestante](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=8504&p_cod_area_noticia=ASCS&p_txt_pesquisa=gestante)>. Acesso em: 01 jun. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Sexta Turma concede estabilidade à gestante mesmo em contrato nulo*. Notícia veiculada na internet. Disponível em: <[http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO\\_NOTICIASNOVO.Exibe\\_Noticia?p\\_cod\\_noticia=9263&p\\_cod\\_area\\_noticia=ASCS](http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=9263&p_cod_area_noticia=ASCS)>. Acesso em: 25 maio 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *La reinvencción de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.