

NOVA ESTABILIDADE PROVISÓRIA NO EMPREGO EM CASO DE FALECIMENTO DA MÃE

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, a empregada gestante é titular da garantia de permanência no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, inciso II, alínea b).

Atualmente, essa estabilidade provisória também se aplica à empregada doméstica, conforme art. 4º-A da Lei 5.859/1972, acrescentado pela Lei 11.324/2006, e Emenda Constitucional 72/2013.

A confirmação da gravidez é entendida como o próprio momento inicial da gestação, sem depender de comunicação formal ao empregador.

Em outras palavras, o eventual desconhecimento do estado de gravidez pelo empregador não afasta o direito decorrente da estabilidade provisória em questão (Súmula 244, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho).

Sendo assim, é proibida a despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante, no período acima indicado¹.

Considera-se *despedida arbitrária* o término da relação de emprego sem qualquer motivo de natureza objetiva, voltado a fatores econômicos, técnicos ou estruturais.

A *despedida sem justa causa*, por sua vez, é aquela que não se fundamenta em motivos subjetivos, isto é, disciplinares.

Ambas as modalidades de extinção do contrato de trabalho, *por ato do empregador*, portanto, não são admitidas no caso da empregada gestante, desde o início da gravidez até cinco meses depois do nascimento da criança.

Mais recentemente, a Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014, passou a estabelecer que o direito de



Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Pós-Doutorado em Direito. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1051-1055.

estabilidade provisória, acima mencionado, também deve ser assegurado, *nos casos em que ocorrer a morte da genitora*, a quem detiver a guarda do seu filho.

Com isso, a garantia de permanência no emprego da gestante foi ampliada *em favor de quem tiver a guarda do recém-nascido*, na hipótese em que a genitora tiver falecido.

Trata-se de importante novidade legislativa, que busca concretizar a *justiça social*, tendo entrado em vigor no dia 26 de junho de 2014, data em que foi publicado o referido diploma legal no Diário Oficial da União.

Ocorrendo o falecimento da genitora, nada mais adequado do que aplicar a estabilidade provisória da gestante a quem passa a ter a guarda, em benefício não apenas de quem é seu titular, mas da criança, que necessita de cuidados especiais, e mesmo sociedade como um todo, tendo em vista a relevância social da questão.

É importante registrar que esse direito de permanecer no emprego pode ser de algum parente (como, por exemplo, a avó), e, na situação mais comum, até mesmo do pai, caso seja ele o titular da guarda do recém-nascido, em razão de falecimento da mãe.

A guarda é de titularidade dos pais (art. 22 da Lei 8.069/1990).

Por isso, ocorrendo o falecimento da mãe, automaticamente, a guarda passa a ser exercida, em regra, apenas pelo pai, situação que só pode ser modificada por meio de decisão judicial, nos casos que justifiquem a colocação em família substituta (art. 28 da Lei 8.069/1990).

Conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, *a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança* (art. 33 Lei 8.069/1990).

Apesar da relevância do novo direito aqui registrado, é possível defender que se deve avançar ainda mais quanto ao tema, passando a assegurar a estabilidade provisória em questão também à *mãe adotiva*, e mesmo ao *pai adotante*, que atualmente têm direito à licença-maternidade e paternidade, institutos que não se confundem com a estabilidade provisória da gestante, isto é, com o direito de permanecer no emprego.

Publicado originalmente na Revista Consultor Jurídico, com título diverso:

<http://www.conjur.com.br/2014-jul-23/estabilidade-quem-guarda-bebe-orfao-traz-justica-social>