

RT INFORMA



Empregadas gestantes: quadro legal e jurisprudência atualizada da garantia provisória ao emprego

A proteção ao mercado de trabalho da mulher é um dos direitos sociais assegurados pela Constituição Federal (art. 7º, XX). Inclusive, a própria Constituição prevê a licença à gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 7º, XVIII).

Outra proteção à mulher no mercado de trabalho é a garantia provisória no emprego em caso de gravidez. Nesse sentido, o artigo 10º, inciso II, alínea “b”, do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê que **as gestantes têm direito à garantia provisória no emprego desde a concepção até 5 meses após o parto.**

A mesma garantia foi prevista também pelo artigo 391-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - que explicitamente previu essa garantia ao empregado adotante que tenha guarda provisória de criança ou adolescente, para fins de adoção.

Diante desse quadro legal, ao longo dos anos, a Justiça do Trabalho começou a definir a aplicação das regras sobre garantia provisória em situações que geram dúvida. Entre elas, podem ser destacadas:

- a garantia provisória no emprego é devida para as gestantes contratadas para trabalho temporário?
- e para as empregadas contratadas por prazo determinado?
- também se aplica aos contratos de experiência?

Para responder a essas perguntas, veja a seguir a base legal da garantia provisória ao emprego da gestante e o que já foi decidido sobre ela pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), em sua jurisprudência atualizada:

Base legal

Constituição, art. 10º, inciso II, alínea “b” do ADCT

A garantia básica de emprego à gestante é estabelecida na Constituição, que por meio do artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prevê que é **vedada a dispensa arbitrária** ou sem justa causa da empregada gestante, **desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto:**

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.

CLT, art. 391-A

Já a CLT, conforme artigo 391-A incluído pela **Lei 12.812 de 2013**, especificou o marco legal do início da garantia provisória no emprego para as gestantes. Nesse sentido, foi disposto expressamente que a garantia à estabilidade provisória é assegurada desde a confirmação do estado de gravidez, **ainda que isso ocorra durante o aviso prévio trabalhado ou indenizado**. Também foi estendida a garantia para os casos de adoção:

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.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção.

Principais entendimentos jurisprudenciais

TST: Súmula 244 – garantia provisória de emprego à gestante

Tendo em vista esse quadro legal, ao longo dos anos o TST passou a delimitar hipóteses de aplicação da garantia provisória à gestante a casos específicos até que, em 2012, alterou a Súmula 244 para estabelecer 3 regras: 1) que o desconhecimento do estado gravídico da mulher pelo empregador não afasta o direito à estabilidade, inclusive em caso de substituição por indenização; 2) que a reintegração só é autorizada durante o período de estabilidade e 3) que a garantia se aplica aos casos de gestante admitida por contrato por tempo determinado.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

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 provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

O TST entendia, portanto, conforme o item III da Súmula 244, que em caso de gestação de mulher contratada por tempo determinado, mesmo assim essa empregada também teria estabilidade provisória no emprego.

Atualmente, no entanto, discute-se **a superação do inciso III dessa súmula**. A tendência é considerar que o contrato por tempo determinado, quando chega ao fim pelo termo do prazo, não configura demissão sem justa causa que enseje a garantia provisória no emprego. Vejamos.

STF: Tema 497 de Repercussão Geral – estabilidade e dispensa sem justa causa

Em 2018, o STF definiu, na **Tese de Repercussão Geral 497 (RE 629053)**, que **“a incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa.”**

A questão debatida pelo STF, naquele momento, versava sobre o momento em que a gestante descobre a gravidez e a possibilidade de incidir a garantia provisória de emprego, ou não.

Nada obstante, o STF fez constar da Tese de Repercussão Geral 497 que a garantia de emprego provisória também depende da **dispensa sem justa causa**.

Disso surgem algumas implicações, pois, **em caso de contrato temporário ou contrato por tempo determinado, quando o fim do contrato de trabalho se dá pelo término do prazo do contrato, não há que se falar em dispensa sem justa causa**.

Jurisprudência do TST e o contrato de trabalho temporário

Abordando o contrato de trabalho temporário, o TST, em 2019, no Incidente de Assunção de Competência - IAC 5639-31.2013.5.12.0051 (que forma precedente vinculante, a ser obrigatoriamente seguido por toda a Justiça do Trabalho), definiu que a **garantia provisória das gestantes não se aplica ao regime de trabalho temporário, com a seguinte tese:**

ESTABILIDADE GESTANTE – CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO – LEI Nº 6.019/1974 – FIXAÇÃO DE TESE
É inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Conforme consta do acórdão do TST, o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não se relaciona com a finalidade do contrato de trabalho temporário, que é a de atender a situações excepcionálíssimas, nas quais não há expectativa de continuidade da relação ou mesmo de prestação de serviços com pessoalidade. No contrato temporário, não há expectativa de se ter um contrato por prazo indeterminado.

Nos termos do voto da relatora, ministra Maria Cristina Peduzzi:

“O artigo 10, inciso II, alínea b, do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, o que não ocorre de forma visível nos contratos temporários, sempre celebrados a termo e que se extinguem pelo decurso do prazo neles fixado. Nem há presunção de continuidade, como nos casos de experiência. O vínculo temporário finda pelo decurso do prazo máximo previsto na Lei 6.019/74 ou pelo fim da necessidade transitória da substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo de serviço”.

Jurisprudência do TST e a Garantia Provisória de Emprego em Contrato por Tempo Determinado

Tendo em vista os avanços de entendimento do STF no Tema 497 e pelo TST no IAC-5639-31.2013.5.12.0051, o TST tem se voltado, nos últimos anos, a julgar a possibilidade de garantia provisória de emprego da gestante em caso de contrato por tempo determinado e a possível superação do item III, da súmula 244 do TST.

Conforme entendimento de magistrados trabalhistas que defendem essa linha, a extinção do contrato de trabalho por prazo determinado não se dá por ato de vontade do empregador (dispensa), mas sim por ajuste

prévio do seu fim por **manifestação de vontade de ambas as partes (empregado e empregador)**. Tecnicamente, não há dispensa, mas sim o fim do contrato pelo advento do seu termo (seja pela chegada da data do término do contrato, seja pela finalização dos serviços estipulados).

Assim, defende-se a superação do item III da Súmula 244 do TST, que estaria em desacordo tanto com o tema 497 do STF quanto do IAC-5639-31.2013.5.12.0051 do TST.

Esse entendimento ainda não é pacífico na Justiça do Trabalho. Há magistrados que, em linha oposta, defendem que a Súmula 244 se refere apenas a contrato por prazo determinado, e não a contrato temporário e, por isso, não conflitaria com o entendimento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051 do TST. Nesse caso, também defendem que o item III, da súmula 244, não ofende o Tema 497 de Repercussão Geral do STF, alegando que essa questão não foi debatida pela Corte naquele momento.

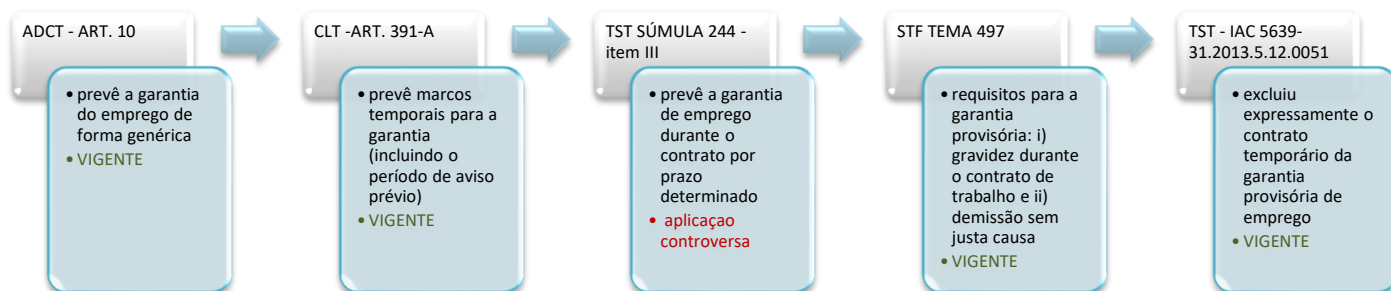
Ressalta-se, contudo, que há decisões recentes do TST **que consideram superada a Súmula 244 do TST**. A justificativa é que um dos requisitos para o reconhecimento de garantia provisória no emprego para gestantes é a **dispensa sem justa causa** – ou seja, o término do contrato trabalho por fim de seu prazo, por não se tratar de dispensa sem justa causa, afastaria a hipótese do art. 10, inciso II, do ADCT.

Nesse sentido, o seguinte acórdão do TST:

“1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO TEMPORÁRIO. SÚMULA Nº 244, III, DO TST. INAPLICABILIDADE. TEMA 497 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. EFEITO VINCULANTE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, fixou tese jurídica no sentido de que “ é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” . II. Ademais, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 497 é clara quando elege como pressupostos da estabilidade da gestante (1) a anterioridade do fator biológico da gravidez à terminação do contrato e (2) dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a estabilidade das outras formas de terminação do contrato de trabalho. Resta evidente que o STF optou por proteger a empregada grávida contra a dispensa sem justa causa – como ato de vontade do empregador de rescindir o contrato sem imputação de justa causa à empregada -, excluindo outras formas de terminação do contrato, como pedido de demissão, a dispensa por justa causa, a terminação do contrato por prazo determinado, entre outras. III. O conceito de estabilidade, tão festejado nos fundamentos do julgamento do Tema 497 da repercussão geral, diz respeito à impossibilidade de terminação do contrato de trabalho por ato imotivado do empregador, não afastando que o contrato termine por outras causas, nas quais há manifestação de vontade do empregado, como no caso do pedido de demissão (a manifestação de vontade se dá no fim do contrato) ou nos contratos por prazo determinado e no contrato de trabalho temporário (a manifestação de vontade do empregado já ocorreu no início do contrato). Assim, na hipótese de admissão mediante contrato por prazo determinado, não há direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT. Superação do item III da Súmula 244 do TST pelo advento da tese do Tema 497 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no RE 629.053, na Sessão Plenária de 10/10/2018. IV. A tese fixada pelo Plenário do STF, em sistemática de repercussão geral, deve ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário até a estabilização da coisa julgada, sob pena de formação de coisa julgada inconstitucional (vício qualificado de inconstitucionalidade), passível de ter sua exigibilidade contestada na fase de execução (CPC, art. 525, § 1º, III), conforme Tema 360 da repercussão geral. V. Desse modo, ao concluir que a garantia de estabilidade da gestante alcança também as trabalhadoras temporárias, o Tribunal Regional contrariou, por má-aplicação, o entendimento sedimentado na Súmula nº 244, III, do TST. VI. Demonstrada transcendência política da causa. VII. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.” (RR-101362-19.2017.5.01.0221, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 17/02/2023).

Em Síntese

Como quadro síntese do exposto acima, tem-se:



Ou seja, a empregada gestante

- durante a vigência de contrato por prazo indeterminado: **tem direito à garantia provisória;**
- durante o período de aviso prévio indenizado ou trabalhado: **tem direito à garantia provisória;**
- durante a vigência de contrato temporário: **não se aplica a garantia provisória ao emprego;**
- durante a vigência de contrato por tempo determinado (de modo geral): **ainda há controvérsias – com tendência pelo entendimento de que o fim do contrato por prazo determinado não configura rescisão sem justa causa e, portanto, a garantia não se aplicaria;**