

ALINE RODRIGUES DO PRADO TEIXEIRA

**EFICÁCIA DO AVISO PRÉVIO DIANTE DA SUPERVENIÊNCIA DA GRAVIDEZ DA
EMPREGADA**

Brasília, DF
2011

ALINE RODRIGUES DO PRADO TEIXEIRA

**EFICÁCIA DO AVISO PRÉVIO DIANTE DA SUPERVENIÊNCIA DA GRAVIDEZ DA
EMPREGADA**

Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.
Orientador: professor Antonio
Umberto

Brasília, DF
2011

Dedico esta obra a todos os meus familiares e amigos que estiveram presentes e me apoiaram em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por permitir que eu finalizasse a monografia e conseqüentemente o curso de direito.

Agradeço minha mãe e meu pai e minha irmã que providenciaram para que minha jornada não fosse tão penosa.

A todos os colegas do UniCEUB e da ANEEL que colaboraram e me motivaram a realização deste trabalho.

Aos meus diletos professores e ao professor Antonio Umberto que contribuiu de maneira decisiva para a elaboração da presente monografia e de forma tão pontual conduziu meus passos.

A todos,

Muito Obrigado

RESUMO

A presente monografia tem por tema a eficácia do aviso prévio diante da superveniência da gravidez da empregada. Percebe-se no ordenamento jurídico brasileiro que o Judiciário vem aplicando duas interpretações ao tema, pois ora concede a estabilidade e em outros instantes nega tal direito. Ressalta-se que a Constituição brasileira tem por fundamento a dignidade da pessoa humana e por garantia a proteção à família e, portanto, terá a empregada sempre direito a garantia ao emprego quando for dispensada sem justa causa.

Palavras chave: aviso prévio – estabilidade – gestante - família.

Sumário

INTRODUÇÃO	8
1. Histórico	10
1.1 Amamentação.....	11
1.3 Licença-Maternidade.....	13
2. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER	17
2.1. A Proteção Constitucional Da Maternidade	17
2.2 Natureza Jurídica Da Estabilidade.....	17
2.3 Estabilidade Da Gestante	20
2.4 Lei 9029/95.....	21
3. AVISO PRÉVIO	23
3.1 Histórico do Aviso Prévio.....	24
3.2 Natureza Jurídica	26
3.3 Modalidades	27
3.3.1 Aviso Prévio Cumprido	28
3.3.2 Aviso Prévio Indenizado.....	29
3.4 Aviso Prévio e Reconsideração.....	30
3.5 Aviso Prévio e a Justa Causa	30
3.5.1 Justa Causa no Curso Do Aviso Prévio	32
3.5.2 Aviso Prévio e Despedida Indireta.....	33
3.6 Efeitos Do Aviso Prévio	366
3.7 Aviso Prévio e Estabilidade Provisória	37
4. AVISO PRÉVIO ÀS GRÁVIDAS	39
4.1 Condição Do Nascituro	39
4.2 Princípios	40
4.2.1 Princípio da Supremacia da Constituição	40
4.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	41
4.3. O Princípio de Proteção.....	43
4.4 Direito Potestativo de Rescisão Contratual do Empregador.....	44
4.5 Do Conflito de Normas	44

4.5.1 Possibilidade de Garantia No Emprego.....	46
4.5.2 Não Eficácia da Garantia Frente ao Aviso Prévio	49
4.5.3. Confronto de Interpretações	51
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a eficácia do aviso prévio diante da superveniência da estabilidade da gestante e tende a verificar em que medida o Judiciário brasileiro envida esforços para resolver essa situação.

Este estudo se refere à maneira como o Judiciário vem interpretando a possibilidade da configuração da estabilidade em virtude de gestação da empregada no curso do aviso prévio.

É intenção deste trabalho mencionar os direitos fundamentais em geral, em relação aos direitos da mulher, em especial a proteção no mercado de trabalho e a proteção constitucional à família.

A importância do tema se dá em razão da divergência com a qual os tribunais tratam esse problema. Alguns Tribunais Regionais do Trabalho dizem que é possível adquirir estabilidade no curso do aviso enquanto outros negam veementemente esta possibilidade.

O estudo tem como base a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Serão analisados os dispositivos legais que disciplinam a proteção à mulher e à família e o instituto do aviso prévio.

Será utilizado o método de pesquisa qualitativo por meio de pesquisa documental onde se buscará realizar um exame de materiais que ainda não receberam um tratamento analítico ou que podem ser reexaminados com vistas a uma interpretação nova ou complementar.

Far-se-á um mergulho nos fatos históricos mais significativos sobre o direito ao trabalho da mulher e do direito do trabalho. Observar-se-á o posicionamento dos tribunais e da doutrina e acerca do aviso prévio.

Por fim, serão apresentadas algumas experiências acerca do tema proposto e

com base no estudo feito, será proposta uma solução para esta divergência jurídica encontrada no ordenamento jurídico.

1. Histórico

Em sociedades primitivas aos homens eram confiadas as funções de caça e pesca e às mulheres a coleta de frutos e posteriormente estas passaram também a cultivar a terra. Já na Antiguidade as mulheres passaram a se dedicar a produção das vestimentas¹.

Posteriormente, na Idade Média, além da agricultura e do vestuário as mulheres passaram a executar trabalhos como de tapeçaria e ourivesaria². A partir do século X até o XIV, certas profissões que eram apenas destinadas aos homens, como as ligadas à medicina e ao ensino passaram a ser comuns a ambos os sexos.

No Renascimento as mulheres perderam diversas de suas atividades. Elas foram afastadas de diversas atividades que lhes pertenciam, como o trabalho com seda, materiais preciosos, como cerveja e velas, e se entregaram ao trabalho doméstico³.

Antes da Revolução Industrial, as mulheres não participavam de maneira significativa do mercado de trabalho: suas ocupações principais se restringiam basicamente a cuidar do lar e dos filhos. Com o advento dessa Revolução, o trabalho feminino passou a ser preferido à mão-de-obra masculina, pois os salários pagos as mulheres eram menores do que os pagos aos homens⁴. Esse processo de industrialização fez que as mulheres passassem cerca de 14 a 16 horas fora do lar, em atividades penosas e em ambientes insalubres⁵.

Em consequência dessas condições às quais as mulheres acabavam se submetendo, diversas manifestações legislativas foram surgindo para proteger as mulheres, em virtude da sua suposta “fragilidade física” e por sua função reprodutora. São provenientes dessa tutela especial a licença maternidade, os intervalos destinados ao aleitamento, as proibições de

¹BARROS, Alice Monteiro. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 27.

²SULLEROT, Evelyne. *Historia y Sociologia del trabajo femenino*. Trad. Bustamante Ortiz. Barcelona: Ediciones 62, 1970, p. 58 *apud* BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1040/1041.

³BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1041.

⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1002.

⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 1002.

trabalhos perigosos, insalubres e noturnos⁶.

No plano internacional uma das primeiras necessidades reguladas pelos organismos internacionais foi o trabalho da mulher, o qual pode ser dividido em dois pontos. O primeiro, que trata sobre o ciclo gravídico-puerperal, e o segundo sobre restrições ao trabalho⁷.

1.1 Amamentação

O artigo 396 da CLT concede à mulher o direito a dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o filho, até que ele complete seis meses de idade. O parágrafo único do artigo 396 da CLT ainda dispõe que o período de 6 meses poderá ser dilatado pela autoridade competente caso a saúde da criança exija. Essa garantia tem por finalidade subsidiar e assegurar o desenvolvimento físico das futuras gerações⁸.

A não concessão do intervalo para aleitamento a que alude o dispositivo em exame constitui infração administrativa e implica pagamento da pausa correspondente como hora extraordinária⁹.

Para que seja possível a aplicação dessa garantia é necessário que existam dentro das empresas creches. O § 1º do artigo 389 da CLT estabelece que, nos estabelecimentos com mais de 30 mulheres, estes deverão ter um local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos.

O § 2º do artigo 389 da CLT retira a obrigatoriedade das empresas de manterem creches desde que estabeleçam convênios com entidades públicas ou privadas. Se a empresa não possuir creche nem celebrar contrato com outra entidade, a empregada terá de fazer uma despesa extraordinária para atender ao filho. Há quem defenda a tese de que, no caso, deve a

⁶BARROS, Alice Monteiro. *A mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 36.

⁷BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1041.

⁸BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1058.

⁹BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1058.

empresa indenizar a empregada¹⁰.

1.2 Aborto

Outro assunto relevante para o trabalho é referente aos aspectos do aborto com relação à garantia ao emprego da gestante. Primeiramente, é necessário conceituar o aborto e posteriormente tecer alguns comentários sobre as consequências dele nas relações de trabalho.

Entendia-se por aborto a interrupção da gravidez antes que o feto fosse viável, ou seja, antes que o feto pudesse viver fora do útero materno, o que geralmente ocorria em torno do 7º mês de gestação¹¹.

Atualmente o aborto é definido “como a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal”. A Organização Mundial da Saúde considera inviáveis fetos com menos de 20 semanas ou com peso inferior a 500 gramas¹².

O aborto pode ser provocado ou espontâneo. O aborto que é decorrente do estado de saúde da mãe ou do feto é considerado espontâneo. O aborto provocado pode ser legal, quando a lei autoriza, ou criminoso, quando a lei não autorizar. No Brasil o aborto legal somente é permitido quando a gravidez decorre de estupro, ou quando não haja outro meio de salvar a vida da gestante.

A legislação brasileira só garante a licença se o aborto não for criminoso¹³. Se a gravidez foi interrompida por aborto espontâneo ou legal, desde que comprovado por atestado médico do SUS, será concedido, à empregada licença remunerada de duas semanas pagas pela Previdência Social¹⁴.

O art. 95 do Decreto nº 3.668/99 dispõe que, compete à interessada instruir o requerimento do salário-maternidade com os atestados médicos necessários. Caso o benefício

¹⁰SAAD, Eduardo Gabriel *et alli*. *CLT Comentada*. 40ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 378.

¹¹BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1057.

¹²BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1057.

¹³BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1057.

¹⁴BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1058.

seja requerido após o parto, o documento comprobatório é a Certidão de Nascimento, podendo, no caso de dúvida, a segurada ser submetida à avaliação pericial junto ao Instituto Nacional do Seguro Social.

A gestante que abortar deverá comunicar este fato ao seu empregador ou ao Juízo se tiver ajuizado ação que tenha relação com seu estado gravídico, sob pena de incorrer na prática de omissão dolosa, pois pode induzir o julgador a emitir pronunciamento não condizente com a verdade¹⁵:

AÇÃO RESCISÓRIA. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ (DOLO PROCESSUAL EVIDENCIADO) In casu, impõe-se o acolhimento da demanda rescisória, no que tange à premissa de dolo por parte da empregada, consistente em omitir o fato da interrupção da gravidez, nos autos originários, visando auferir vantagem indevida. O aborto ocorreu antes do julgamento do recurso ordinário, portanto quando o pleito relativo ao reconhecimento da estabilidade provisória, decorrente do seu estado gravídico, ainda se encontrava sub judice. Assim, a conduta obreira de não comunicar o fato caracterizou omissão dolosa, perfeitamente enquadrável na hipótese tipificada no inciso III do artigo 485 do CPC, porquanto reduziu a capacidade de defesa da empregadora, na medida em que impediu que ela produzisse prova tendo em vista aquele fato; além disso, influenciou o convencimento do órgão julgador, induzindo-o a emitir pronunciamento não condizente com a verdade, já que confirmou a condenação da empresa ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade na forma em que foi deferida pela sentença, isto é, considerando todo o período após o parto, quando, na verdade, esse evento não se concretizou¹⁶.

1.3 Licença-Maternidade

No artigo 7º, inciso XVIII, da CF (1988), o legislador garantiu a todas as trabalhadoras uma licença com duração mínima de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário a todas as empregadas que engravidem.

A CLT regulamentou esta licença no art. 392, que assim dispõe:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data

¹⁵BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1058.

¹⁶TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, SDI-2, ROAR 357.754/97.5, Min. Rel.: Ronaldo Leal. DJU 4.8.2000. Revista Síntese, outubro 2000. p. 72.

do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

A licença-maternidade é um benefício previdenciário pago pelo empregador que compensa o valor nos demais recolhimentos efetuados à Previdência Social¹⁷. Esse instituto evoluiu, deixando de ser um encargo direto do empregador que contratou a gestante para ser suportado pelo empresariado como um todo, o qual se transformou em um instituto previdenciário, com vantagens para a mulher que terá menos motivos para ser discriminada na contratação e para a empresa contratante¹⁸.

Dos 120 dias da licença-maternidade estes podem ser adiantados em 28 dias antes do parto. Se for necessário, podem esses períodos de afastamento ser aumentados em pelo menos 2 semanas antes ou 2 semanas depois, mediante atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde¹⁹.

No caso do parto ser antecipado, à empregada será assegurada a licença-maternidade, pois não há distinção entre parto normal ou prematuro, exatamente porque uma

¹⁷Art. 72 da Lei 8213, de 24 de julho de 1991. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§1º Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Art. 73 da Lei 8213, de 24 de julho de 1991. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá:

¹⁸CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.264.

¹⁹Artigo 93, §3, Decreto nº 3048, de 6 de maio de 1999. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.

§3º Em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

criança prematura exige cuidados especiais por maior período²⁰.

Antes do Brasil ratificar a Convenção n. 103 da OIT, a empregada que desse a luz a um natimorto e que estivesse em condições para voltar ao trabalho poderia retornar ao trabalho antes do término da licença. A Convenção acima citada tornou o afastamento após o parto obrigatório porque a licença não tem como fato gerador apenas o nascimento do filho, mas também a gestação que ocasiona transtornos físicos e até psicológicos²¹.

Se a gestante tiver um parto múltiplo, ou seja, der a luz, no mesmo parto, a mais de um filho, não será prorrogado o prazo de duração da licença nem a prestação pecuniária será aumentada. A legislação brasileira não distingue parto simples de parto múltiplo, mas países como Hungria, França, Espanha, Irã e outros já fazem essa diferenciação em suas legislações²².

²⁰BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 1054/1055.

²¹BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1055.

²²BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p.1060/1061.

2. PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DA MULHER

A Constituição Federal de 1988 eliminou do sistema jurídico brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício, não recepcionando inclusive algumas disposições da CLT que restringiam o acesso ao mercado de trabalho às mulheres²³. No artigo 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, a Constituição vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante. Anteriormente a esta Constituição, já havia tratados dos quais o Brasil era signatário, diretamente ligados à proteção do mercado de trabalho da mulher.

Um dos documentos que protegem o mercado de trabalho das mulheres é a Convenção n. 111 da OIT, a qual foi complementada pela Recomendação n. 111, de 1958, que preconizam a igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres no acesso aos serviços de orientação profissional e ao emprego de sua escolha. Essa Convenção influenciou a legislação brasileira, a Lei n. 5.473/68 passou a considerar nulas as disposições e providências que, direta ou indiretamente, criassem discriminações entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos sujeitos a seleção, assim nas empresas privadas como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público²⁴.

Nos mais diversos sistemas jurídicos, a mulher conseguiu assegurar condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas aos homens²⁵.

No Brasil a CLT adotou o caráter superprotecionista das normas concernentes ao trabalho da mulher. O art. 377 da CLT, assim dispõe: “A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”.

Contudo, hoje não há unanimidade a respeito da suposta fragilidade da mulher.

²³DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 780.

²⁴BARROS, Alice Monteiro. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995, p. 157.

²⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1002.

Alguns autores apontam serem poucas profissões em que as condições de trabalho sejam mais insalubres às mulheres que aos homens. Sublinhe-se, por outro lado, que o trabalho noturno apresenta as mesmas inconveniências tanto para o homem como para a mulher. Adicione-se que a vedação de certas atividades à mulher importa, afinal, para ela, em discriminação negativa²⁶.

Podemos afirmar que o Direito do Trabalho da Mulher passa por diversas modificações, pois, primeiramente, em uma fase intervencionista o Estado garantiu a mulher um direito protetor de caráter negativo, caracterizado por proibições em diversas atividades, passando hoje em dia para a promoção da igualdade entre homens e mulheres no sentido de eliminar essas proibições²⁷.

2.1. A Proteção Constitucional da Maternidade

No momento em que engravida a mulher se diferencia do homem. Sendo assim, ela merece normas que ajudem a preservar a sua função reprodutora. Por este motivo, as normas que dizem respeito à função reprodutora da mulher são extremamente necessárias, pois colocam em jogo a continuação e renovação da espécie. Em virtude dessa necessidade de proteção o art. 10, II, b, das Disposições Constitucionais Transitórias, assegura a continuidade do emprego da mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. O preceito em causa conjuga-se com o art. 7º, XVIII, atribuindo-se à gestante licença remunerada de 120 (cento e vinte) dias²⁸.

2.2 Natureza Jurídica da Estabilidade

Uma das formas de se proteger a gestante é garantindo a ela estabilidade no emprego durante esse período da gravidez. Para se compreender o instituto da estabilidade estudaremos a natureza jurídica desse instituto para o Direito do Trabalho.

²⁶MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 147.

²⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1002.

²⁸MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 147.

Para Amauri Mascaro a palavra “estabilidade” tem dois significados, sendo a primeira a estabilidade no sentido econômico e a segunda, no sentido jurídico²⁹.

O sentido econômico da estabilidade é caracterizado por medidas do Governo no sentido de fazer que não falte trabalho. A acepção jurídica é aquela que tem por finalidade manter o empregado no trabalho, mesmo contra a vontade do empregador. Segundo Amauri Mascaro esta acepção da estabilidade ainda pode ser subdividida em definitiva e transitória³⁰.

Estabilidade definitiva será aquela que produz efeitos durante toda a relação de emprego. Já a estabilidade transitória somente produz efeitos enquanto existir a causa especial que as motiva.

Diversos países, incluindo o Brasil, consideraram por algum tempo a estabilidade absoluta como fator de integração do trabalhador na empresa. A inclinação atual, entretanto, é a adoção da estabilidade relativa³¹. Segundo Arnaldo Susekind a estabilidade relativa tem por finalidade obstar ou dificultar a despedida arbitrária ou imotivada, não incluindo nessa proteção as demissões decorrentes de causas econômicas tecnológicas ou de reestruturação empresarial³².

A estabilidade não se confunde com efetividade. Dizer que um trabalhador é efetivo significa dizer que ele não está sujeito a um período de experiência, ou seja, que ele não foi admitido em caráter provisório. Estabilidade seria uma efetividade mais ampla, portanto uma permanência mais energicamente assegurada³³.

Mauricio Godinho classifica os contratos de trabalho em relação a sua duração em determinados ou indeterminados. Os contratos por tempo determinado são aqueles que têm sua duração temporal preestabelecida desde o nascimento do pacto. Já os contratos por tempo indeterminado são aqueles que não apresentam termo final para o seu encerramento. Este tipo de

²⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004 p. 804.

³⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 804.

³¹SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 700/701.

³²SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p.700.

³³SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 701.

contrato é a regra do sistema jurídico brasileiro³⁴.

Para Arnaldo Sussekind o contrato de trabalho do empregado estável equivale a um contrato por tempo determinado, pois o término deste em tese coincide com o momento em que o empregado tem direito a aposentadoria³⁵.

Mauricio Godinho defende a idéia de que os contratos por prazo indeterminado são mais benéficos aos empregados, pois dão maior potencialidade no tocante à aquisição de direitos trabalhistas. A indeterminação contratual repercute diretamente sobre a estabilidade e sobre as garantias de emprego. A garantia de emprego da gestante inviabiliza juridicamente a ruptura arbitrária do contrato de trabalho³⁶.

A estabilidade representa uma limitação ao poder do empregador, pois este não poderá dispor do empregado no momento em que julgar oportuno³⁷:

O poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Pode ser conceituado, ainda, como o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços³⁸.

Octavio Bueno Magano define estabilidade como “o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empresário, enquanto inexistir causa relevante que justifique sua despedida”³⁹.

Para Amauri Mascaro a estabilidade não oferece vantagens de natureza pecuniária, pois o único direito que garante ao empregado é o emprego⁴⁰.

A favor da estabilidade existe o princípio da continuidade que defende a idéia

³⁴DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 519/520.

³⁵SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 702.

³⁶DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 520/521.

³⁷NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 809.

³⁸DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 629.

³⁹MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

⁴⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 810.

de que o emprego deve ser mantido porque tem uma função alimentar, pois é o meio de subsistência do empregado e de sua família⁴¹.

2.3 Estabilidade da Gestante

A questão da garantia de emprego da gestante sempre foi muito discutida e com a entrada de vigor da Constituição de 1988, a matéria foi regulada.

Eram destinatários da garantia em questão, inicialmente apenas as empregadas urbanas, rurais e trabalhadoras avulsas. Até a edição da Lei n. 11.324/06 as empregadas domésticas eram excluídas dessa garantia, pois segundo Alice Monteiro de Barros, “como o serviço é prestado no âmbito residencial, o elemento pessoalidade refletia na simpatia, confiança, afinidade e afetividade entre a empregada e o empregador, sendo que obrigar uma família a manter uma empregada que já não atende aos elementos necessários para uma boa convivência será uma obrigação demasiadamente pesada”⁴², mas com o advento dessa lei o legislador também garantiu à empregada doméstica a garantia provisória ao trabalho⁴³.

A proteção ao emprego que a Constituição traz não seria uma estabilidade absoluta nem relativa: corresponderia, na verdade, a normas que visam dificultar a despedida arbitrária praticada sem justa causa⁴⁴.

Segundo Dorival Lacerda um ato de mau procedimento poderá também existir pela sua prática fora do serviço, mas, via de regra, é em serviço que tal prática comumente se revela⁴⁵. Então, seria possível uma empregada praticar uma conduta de mau procedimento fora de seu trabalho, o qual possibilita a rescisão com justa causa do contrato de trabalho mesmo durante a garantia de emprego.

A vedação da dispensa sem justa causa às gestantes é norma de ordem pública,

⁴¹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 743.

⁴²BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1063.

⁴³Artigo 4º-A, da Lei nº 5.859, de 11 setembro de 1972. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto

⁴⁴SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 710.

⁴⁵GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 84.

pois visa proteger a maternidade e a infância. Portanto, é um direito irrenunciável⁴⁶. Amauri Mascaro afirma que a dispensa imotivada da mulher grávida é um ato jurídico nulo e o contrato há de ser considerado em vigor, confirmando a tese de que a dispensa sem justa causa da gestante é norma de ordem pública⁴⁷.

2.4 Lei 9029/95

A Lei n. 9029/95 visa impedir práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de continuidade da relação de emprego. Esta lei reflete uma tendência de intervenção negativa do Estado na proteção da mulher gestante quanto ao acesso desta ao mercado de trabalho. Esta lei no artigo 2º proíbe e considera prática discriminatória a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez⁴⁸.

O empregador que promover controle de natalidade, excetuado o serviço de aconselhamento ou planejamento familiar, realizado por instituições públicas ou privada, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde – SUS; que induzir ou instigar à esterilização genética ou que exigir teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez estará praticando crime sujeito a detenção de um a dois anos e multa⁴⁹.

Além da sanção penal a lei também prevê a possibilidade de multa

⁴⁶SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 727.

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1002.

⁴⁸Artigo 2º da Lei n. 9029, de 13 abril de 1995. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:
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).

⁴⁹Artigo 2º, inciso II, “b” da Lei n. 9029, 13 de abril de 1995. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem; 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).

administrativa no valor do salário pago pelo empregador, elevado em 50% em caso de reincidência, e na proibição de obter empréstimos ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais⁵⁰.

⁵⁰Artigo 3º da Lei n. 9029, de 13.04.95 Sem prejuízo do prescrito no artigo anterior, as infrações do disposto nesta Lei são passíveis das seguintes cominações:

- I- Multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência;
- II- Proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

3. AVISO PRÉVIO

Os contratos por tempo indeterminado precisam da comunicação antecipada à outra parte integrante da relação jurídica para evitar a surpresa da ruptura inesperada do contrato de trabalho⁵¹.

Para Octavio Bueno Magano o aviso prévio é o prazo que deve preceder à rescisão unilateral do contrato de trabalho por prazo indeterminado e cuja não concessão gera a obrigação de indenizar⁵².

O aviso prévio, segundo Carlos Alberto Reis de Paula, é um mecanismo de proteção direcionado ao patrão e aos empregados contra eventuais inconvenientes de uma rescisão repentina do contrato de trabalho⁵³. O empregado estaria protegido porque teria mais tempo para encontrar outra colocação no mercado de trabalho. Já o patrão estaria protegido porque teria mais tempo para substituir o empregado que se demitiu⁵⁴.

Já Amauri Mascaro conceitua o aviso prévio como uma denúncia do contrato por prazo indeterminado, objetivando fixar o seu termo final⁵⁵.

Assim, o aviso prévio é ato que necessariamente deve ser praticado pela parte do contrato de trabalho que deseja rescindir o vínculo jurídico, e consiste numa manifestação desse propósito, mas também é denominado aviso prévio o prazo remanescente da relação de emprego a ser observado pelas partes até o término da sua duração, como, ainda, aviso prévio é o modo pelo qual é denominada uma indenização substitutiva paga em alguns casos à falta do cumprimento em tempo desse prazo⁵⁶.

Mauricio Godinho Delgado, assim conceitua o aviso prévio:

⁵¹CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 382.

⁵²MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

⁵³BURLAMARQUI, Paulo. “A Lei n. 62 e a sua aplicação”, Rio de Janeiro, 1398, pág. 40 *apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula Editora LTr, São Paulo. 2ª ed. p. 4.

⁵⁴PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 41.

⁵⁵NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 810.

⁵⁶NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 811.

Aviso prévio no Direito do Trabalho, é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o pacto, fixando, ainda, prazo tipificado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso ⁵⁷.

Para Sergio Pinto Martins o aviso prévio é a comunicação que uma das partes do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo estabelecido em lei, sob pena de pagar uma indenização substitutiva ⁵⁸.

Como podemos perceber pelos conceitos acima descritos não há uma conceituação uniforme sobre o aviso prévio. Para alguns autores o aviso é um prazo, para outros é uma denúncia e há quem diga que o aviso é uma proteção dada ao patrão e ao empregado.

3.1 Histórico do Aviso Prévio

Os romanos não conheciam a prática do aviso prévio, mas alguns estudos revelam que os contratos celebrados sem resolução de tempo eram entendidos como “jornada” onde as partes podiam readquirir a sua liberdade ao fim de cada dia de trabalho ⁵⁹.

Segundo Orlando Gomes, o aviso prévio foi introduzido na Idade Média por meio das relações corporativas ⁶⁰. Na Revolução Francesa este instituto foi ignorado, pois, devido às idéias liberais e individualistas, da época, a concepção de um direito que garantisse a ruptura brusca do contrato de trabalho era melhor vista. Essa situação somente foi alterada no meio do século XX, quando os tribunais europeus se sensibilizaram com os abusos cometidos pelos

⁵⁷DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1171/1172.

⁵⁸MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 359.

⁵⁹G. de Robertis *apud* GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355.

⁶⁰GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355.

patrões⁶¹.

Amauri Mascaro afirma que as origens da instituição do aviso prévio são encontradas no direito comum⁶². No Brasil a primeira manifestação legislativa sobre o aviso prévio aparece no artigo 81 do Código Comercial de 1850.

Não se achando acordado o prazo de ajuste celebrado entre o preponente e os seus prepostos, qualquer dos contratantes poderá dá-lo por acabado avisando o outro da sua resolução com um mês de antecipação. Os agentes despedidos terão direito ao salário correspondente a esse mês; mas o preponente não será obrigado a conservá-lo no seu serviço⁶³.

Posteriormente o Código Civil de 1916 estabeleceu que se não houvesse prazo estipulado e se não fosse possível extrair da natureza do contrato ou do costume do lugar, qualquer das partes poderia rescindir o contrato⁶⁴.

Parágrafo único. Dar-se-á o aviso: I – Com antecedência de oito dias, se o salário se houver fixado por tempo de um mês ou mais. II – Com antecipação de quatro dias, se o salário se tiver ajustado por semana, ou quinzena. III – De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

Já para o Direito do Trabalho o aviso prévio surgiu com a Lei n. 62/1935 que no seu artigo 6º dispunha:

O empregado deverá dar aviso prévio ao empregador com o prazo mínimo de trinta dias, quando desejar retirar-se do emprego. A falta do aviso prévio sujeita-o ao desconto de um mês de ordenado ou do duodécimo do total das comissões percebidas nos últimos doze meses de serviço. Parágrafo único. O empregador, ou seu representante, é obrigado a fornecer imediatamente ao empregado que tiver feito o aviso prévio de que trata este artigo, por escrito, uma declaração de haver recebido essa declaração de haver recebido essa comunicação.

Atualmente a CLT disciplina as regras do aviso prévio nos artigos 487 e seguintes. É importante frisar que não é necessária a concessão de aviso prévio nos contratos por

⁶¹ZORNIG, Cristina Maria Navarro e GUNTHER, Luiz Eduardo. *Aviso Prévio na Justiça do Trabalho*. RDT, 31 de outubro de 2005, p. 29.

⁶²NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 811.

⁶³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 811.

⁶⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 811.

prazo determinado, pois o artigo 487 da CLT é claro ao dispor que este apenas se aplica aos contratos por prazo final não estipulado.

Portanto, o aviso prévio é um instituto utilizado apenas nos contratos com prazo de duração indeterminado, e somente pode ser exigido quando a rescisão for imotivada⁶⁵.

3.2 Natureza Jurídica

Não há unanimidade na doutrina sobre a natureza jurídica do aviso prévio. Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro afirmam que a natureza jurídica do aviso prévio compreende os elementos comunicação, prazo e pagamento (salarial ou indenizatório)⁶⁶.

Do ponto de vista obrigacional, o aviso prévio constitui uma *obrigação de fazer* tanto para o empregador quanto para o empregado que desejar rescindir o contrato de trabalho⁶⁷. A utilização de termos do Direito Civil é necessária em virtude do Direito do Trabalho ser um ramo do direito privado e, contendo o Direito Civil as regras gerais das relações jurídicas privadas, não pode este ser afastado do estudo do Direito do Trabalho⁶⁸.

Já Mauricio Godinho Delgado afirma que a natureza do aviso prévio é multidimensional porque declara a vontade de rescindir o contrato com a comunicação à parte contrária e estabelece prazo⁶⁹.

Alguns autores dizem que, no pagamento do aviso prévio no qual o empregado efetivamente trabalhou, terá o respectivo pagamento natureza salarial porque o período de seu cumprimento é retribuído por meio de salário⁷⁰.

José Martins Catharino, Dorval Lacerda e Hirosê Pimpão sustentam o caráter salarial do pagamento do aviso prévio indenizado, mas não admitem a natureza salarial desse

⁶⁵SAAD, Eduardo Gabriel *et alli*. *CLT Comentada*, 40ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 564.

⁶⁶ZORNIG, Cristina Maria Navarro e GUNTHER, Luiz Eduardo. *Aviso Prévio na Justiça do Trabalho*. RDT, 31 de outubro de 2005, p. 30.

⁶⁷PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 45.

⁶⁸PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 45.

⁶⁹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1171/1172.

⁷⁰DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1172.

pagamento em todas as hipóteses do aviso prévio porque o aviso pode ser devido tanto pelo patrão ao trabalhador quanto pelo trabalhador ao empresário⁷¹.

Para Mauricio Godinho Delgado, como não há uma contraprestação no caso do aviso prévio indenizado, ou seja, como o empregado não trabalha no período do aviso, essa parcela não terá natureza salarial e sim indenizatória⁷². Mas essa condição não retira do instituto suas outras duas importantes dimensões: comunicação e prazo. Desta forma, conta-se do suposto aviso o início de vigência de seu prazo e assegura-se a integração desse prazo no contrato de trabalho, para todos os efeitos legais conforme o artigo 487, § 1º da CLT. A jurisprudência mediante a Súmula 305 do TST ainda fez com que esse prazo fosse incluído para fins de cômputo de Fundo de Garantia, impondo-lhe uma feição salarial⁷³.

Súmula nº 305 TST - Aviso Prévio - Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito à contribuição para o FGTS.

Já para Sergio Pinto Martins a natureza jurídica do aviso tem relação com a limitação do poder de despedir do empregador que deve concedê-lo, sob pena de pagar indenização correspondente e ainda consiste em uma limitação para que o empregado não venha a abandonar abruptamente a empresa, deixando o empregador sem um funcionário que possa ocupar a função do empregado que abandona o emprego⁷⁴.

3.3 Modalidades

Mauricio Godinho Delgado afirma que, de acordo com a CLT, existem dois tipos de pré-aviso, classificados segundo a modalidade de cumprimento do seu prazo: mediante labor ou não, caso em que o respectivo período se torna indenizado⁷⁵. Sendo assim, pode-se dizer que, no ordenamento jurídico brasileiro, existem duas modalidades de aviso prévio. O aviso prévio pode ser trabalhado ou indenizado. Na primeira hipótese, independentemente de quem tiver dado o aviso, o empregado em regra terá que trabalhar por pelo menos 30 dias. Na segunda hipótese o empregado não trabalhará os 30 dias que a lei prevê para que o contrato de

⁷¹Apud PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 48.

⁷²DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1172.

⁷³DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1172.

⁷⁴MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 359.

⁷⁵DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1177.

trabalho seja extinto. Dentro do aviso indenizado pode ainda haver o aviso prévio “cumprido em casa”, no qual o empregador poderá não exigir o trabalho, mas em contrapartida deverá pagar a remuneração do período respectivo e observar o prazo de quitação rescisória a partir da comunicação e não de seu término⁷⁶. Sobre o prazo de quitação há a OJ 14 da SDI-1 do TST, a qual dispõe que, em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação da despedida. Em geral, nesta situação, o empregador não quer que o empregado trabalhe durante esse período, pois pode não prestar o serviço a contento em razão de já estar dispensado⁷⁷. Segundo Mauricio Godinho Delgado, tratando-se de pedido de demissão pelo empregado, o não cumprimento do aviso por parte deste pode dar ensejo ao desconto salarial pelo patrão. Sendo atendido o pedido de liberação de cumprimento do aviso pelo empregado, constituirá ajuste mais benéfico ao empregado, isentando-o da obrigação legal e contratual do aviso que neste caso é claramente aviso dispensado⁷⁸. Mas a Súmula 276 do TST dispõe que “o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego”. Em verdade esse critério restritivo da súmula apenas se aplica quando a demissão for proveniente do empregador, não se aplicando ao pedido de demissão do empregado⁷⁹.

3.3.1 Aviso Prévio Cumprido

O aviso trabalhado pode ser cumprido de duas maneiras. Se a dispensa foi de iniciativa do empregador, pode-se aplicar primeiramente a regra contida no *caput* do art. 488 da CLT. Portanto, ao longo dos 30 dias, o trabalhador poderá reduzir a sua jornada diária de trabalho em duas horas, sem prejuízo da integralidade do salário⁸⁰. A segunda maneira de cumprir o aviso trabalhado consiste na eliminação do trabalho nos últimos 7 dias do aviso, ou seja, ao invés de reduzir, todos os dias, 2 horas da jornada, o empregado trabalha nas 3 primeiras semanas e na última semana do aviso não precisará trabalhar⁸¹.

⁷⁶MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 561.

⁷⁷MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 561.

⁷⁸DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1177.

⁷⁹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1177.

⁸⁰DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1175.

⁸¹DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1175.

A lei n. 7.093/83 acrescentou um parágrafo único ao artigo 488 da CLT. Esse acréscimo deixou claro que a possibilidade de que o empregado dispõe de não trabalhar os últimos 7 (sete) dias corridos do aviso ou reduzir sua jornada diária em 2 horas é uma faculdade do trabalhador, não podendo ser imposta pelo empregador⁸².

Seja diurna ou noturna a jornada, o empregado tem direito à aludida redução de duas horas diárias da jornada ou da supressão dos sete últimos dias do aviso⁸³.

Se o empregador não executar a redução diária de jornada nem conceder os 7 dias corridos para o empregado procurar outra colocação, tem-se como não concedido o aviso prévio, devendo o empregador concedê-lo novamente ou indenizá-lo⁸⁴.

3.3.2 Aviso Prévio Indenizado

O aviso indenizado equivale à situação em que o empregado não precisa trabalhar no respectivo período, mas mesmo assim recebe salário como se tivesse trabalhado⁸⁵. Nesse caso o empregador prefere suprimir de imediato a prestação laborativa, indenizando o período de 30 dias. Este tipo de aviso costuma ser o mais comum uma vez que evita os desgastes de relacionamento que podem ocorrer após a comunicação da ruptura contratual⁸⁶.

O período correspondente ao aviso prévio integra sempre o tempo de serviço do empregado, para todos os efeitos legais, projetando-se a relação jurídica até a expiração do prazo do aviso⁸⁷. Nesse sentido os §§ 1º e 2º do artigo 487 da CLT e as Súmulas 182 e 305 do TST disciplinam que 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 e havendo reajustamento salarial coletivo, ocorrido no curso do aviso prévio, beneficiará o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integrará seu tempo de

⁸²MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 559.

⁸³ZORNIG, Cristina Maria Navarro e GUNTHER, Luiz Eduardo. *Aviso Prévio na Justiça do Trabalho*. RDT, 31 de outubro de 2005, p. 32.

⁸⁴CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Estabilidades provisórias, contratos a prazo determinados e suspensões e interrupções do contrato de trabalho*. Genesis, Curitiba: dezembro, 1999, p.871.

⁸⁵DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1176.

⁸⁶DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1176.

⁸⁷BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 920.

serviço para todos os efeitos legais. Se o empregado deixar de cumprir o aviso prévio por ele oferecido ao empregador, sem a concordância deste, deverá indenizá-lo⁸⁸.

3.4 Aviso Prévio e Reconsideração

O artigo 489 da CLT dispõe que, dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas se a parte notificante reconsiderar o ato antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração. Conforme o parágrafo único do art. 489 da CLT, caso seja aceita a reconsideração ou continuada a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar como se o aviso prévio não tivesse sido dado.

A razão de ser de tal dispositivo reside na circunstância de que, embora o aviso prévio não produza efeitos rescisórios imediatos, é certo que cria certa expectativa entre as partes⁸⁹. Em virtude desta expectativa *Russomano* defende a tese de que, havendo convergência de vontade entre as partes, a revogação do aviso prévio será sempre possível⁹⁰. A reconsideração do aviso prévio pode-se dizer, é a manifestação de vontade dos contratantes de prosseguirem na relação de emprego, tornando sem eficácia jurídica o aviso concedido⁹¹.

Depreende-se do artigo em análise que somente será considerada lícita a reconsideração se a outra parte com ele concordar⁹², ou seja, não é possível às partes fazê-lo unilateralmente⁹³. A concordância, no entanto, pode ser expressa ou tácita. Um exemplo da concordância tácita é quando, findo o prazo marcado do aviso, o empregado continua no serviço, com a ciência do empregador.

3.5 Aviso Prévio e a Justa Causa

Justa causa pode ser conceituada como todo ato faltoso grave, praticado por

⁸⁸Art. 480, do Decreto-Lei n.5452, de 01 de maio de 1943. Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.

⁸⁹PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 80.

⁹⁰*Apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, p. 80.

⁹¹PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 80.

⁹²SAAD, Eduardo Gabriel *et alli*. *CLT Comentada*, 40^a ed. Editora LTr, São Paulo, 2007, p. 568.

⁹³MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

uma das partes, que autoriza a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante. O legislador brasileiro optou pelo sistema de enumeração rígida das justas causas, ou seja, só podem ser invocados os motivos relacionados em lei, o que significa que apenas pode-se justificar a rescisão com os motivos determinados pela lei⁹⁴.

A dispensa do trabalhador é um poder potestativo do empregador ao qual o empregado não pode opor-se⁹⁵. Na dispensa por justa causa, o ato do empregador tem natureza de recepção, pois o empregado não poderá opor-se. Poderá, entretanto, contestá-la na Justiça do Trabalho, requerendo as verbas rescisórias em decorrência da dispensa sem justa causa⁹⁶.

Os elementos da justa causa podem ser descritos como objetivos e subjetivos. O elemento subjetivo é a vontade do empregado, ou seja, verifica-se se ele agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou com dolo (com vontade de praticar o ato). Já o elemento objetivo se divide em diversos outros requisitos. Um dos requisitos é que não há justa causa sem tipificação na lei. Portanto, não haverá justa causa sem previsão legal. O requisito da gravidade não é evidentemente absoluto, mas influi, certamente, no exercício do poder disciplinar. A gravidade da infração atua de maneira direta na dosagem da pena imposta⁹⁷. Outro requisito seria a proporcionalidade entre o ato e a punição⁹⁸. A atualidade do fato também é um requisito importante, pois desde que o empregador tenha consciência da prática de um ato faltoso, deve o empregador aplicar a penalidade cabível imediatamente⁹⁹. Por último há de se falar também no requisito do ineditismo ou “*non bis in idem*”, no qual o direito de punir do empregador se esgota com a aplicação da penalidade escolhida¹⁰⁰.

O inadimplemento voluntário das obrigações contratuais por uma das partes produz a resolução do contrato. No Direito do Trabalho, para o inadimplemento configurar uma

⁹⁴GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

⁹⁵MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual da Justa Causa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 30.

⁹⁶MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual da Justa Causa*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

⁹⁷DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1184/1185.

⁹⁸GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 15.

⁹⁹GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19.

¹⁰⁰GIGLIO, Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 17.

“justa causa”, é necessário que a continuação da relação contratual se torne indesejável¹⁰¹.

No Brasil a justa causa é o motivo relevante, previsto legalmente, que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do sujeito comitente da infração, podendo ser tanto o empregador quanto o empregado¹⁰².

A justa causa invocada para se demitir o empregado deve ser atual, praticada na mesma ocasião à que se segue a rescisão contratual, perdendo a eficácia uma falta pretérita, ocorrida muito tempo antes¹⁰³. Se houver grande espaço entre a falta e os seus efeitos na relação, surge a crença de que a empresa perdeu o empregado¹⁰⁴.

Segundo Hirosê Pimpão em qualquer modalidade de demissão (justa ou injusta) o empregado tem direito a ser notificado da sua dispensa¹⁰⁵.

Para Valentin Carrion há justo motivo para despedir sem aviso prévio quando existe falta grave. Quando o aviso prévio é concedido, existe a presunção relativa de que este foi concedido sem justa causa¹⁰⁶.

3.5.1 Justa Causa no Curso do Aviso Prévio

A justa causa praticada pelo empregado no curso do aviso produz os mesmos efeitos que produziria se o contrato estivesse em vigor, pois o aviso é considerado sempre tempo de serviço¹⁰⁷. Sergio Pinto Martins declara que o aviso tem cabimento nas rescisões do contrato de trabalho sem justo motivo, ou seja, no pedido de demissão do empregado ou na dispensa por parte do empregador.

Havendo dispensa por justa causa, o contrato de trabalho termina de imediato,

¹⁰¹SUSSEKIND, Arnaldo *et alli*. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. p.572/573.

¹⁰²DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 1183.

¹⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 826.

¹⁰⁴SAAD, Eduardo Gabriel *et alli*. *CLT Comentada*. 40ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 549.

¹⁰⁵ *Apud* PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, p. 62.

¹⁰⁶CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.384.

¹⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 921.

inexistindo direito a aviso prévio. Mas se empregador conceder o aviso prévio na despedida por justa causa, presume-se que a dispensa foi imotivada, pois na justa causa não há necessidade de aviso prévio, cabendo ao empregador fazer a prova da falta grave¹⁰⁸.

Valentin Carrion defende que o empregado que comete falta durante o aviso perde o restante do aviso e, também, o direito às demais indenizações¹⁰⁹. A Súmula 73 do TST disciplina que “a ocorrência de justa causa, salvo a de abandono de emprego, no decurso do prazo do aviso prévio dado pelo empregador, retira do empregado qualquer direito às verbas rescisórias de natureza indenizatória. Se o empregado deixar de comparecer ao trabalho, enquanto vigente o aviso que lhe foi dado, entende-se nesse procedimento uma justa causa praticada pelo empregado¹¹⁰”.

Pode-se concluir que, caso o empregado cometa um ato que enseje uma demissão por justa causa no curso do aviso, ele não terá direito à continuidade do aviso prévio e o contrato estará rescindido de imediato.

3.5.2 Aviso Prévio e Despedida Indireta

A despedida indireta é uma causa de cessação dos contratos em face de atos faltosos praticados pelo empregador, conforme elenco constante do artigo 483 da CLT¹¹¹.

Antigamente discutia-se o cabimento do aviso prévio na despedida indireta. A súmula 31 do TST impossibilitava a concessão do aviso prévio em virtude da lei nada dispor sobre o aviso nessa forma de despedida¹¹².

A justificativa para a não concessão do aviso residia no fato de o aviso prévio decorrer da vontade de uma das partes querer finalizar o contrato de trabalho sem justa causa.

¹⁰⁸MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 360.

¹⁰⁹CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 389.

¹¹⁰CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 389.

¹¹¹BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 871.

¹¹²MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

Na rescisão indireta, como é o empregador quem comete uma justa causa e o requisito para concessão do aviso é a ausência de justa causa, decorria dessa situação uma punição ao empregado que acabava sendo prejudicado por uma falta cometida pelo patrão, pois o empregado acabava não recebendo nenhuma importância a título de indenização pelo término do contrato de trabalho¹¹³. A Lei n. 7.108/83 corrigiu essa injustiça ao determinar que o aviso prévio também seria devido na despedida indireta e, conseqüentemente a súmula 31 do TST foi cancelado¹¹⁴.

Pode-se extrair do art. 483 da CLT que a resolução do contrato pelo empregado se opera quando: forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo; correr perigo manifesto de mal considerável; não cumprir o empregador as obrigações do contrato; praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoa de sua família, ato lesivo da honra e da boa fama; o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa própria ou de outrem; o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários¹¹⁵.

Alice Monteiro de Barros entende que, caso a rescisão indireta não seja comprovada e o empregado tenha-se afastado do emprego esse afastamento se equipara ao abandono de emprego e os salários serão devidos somente até o afastamento¹¹⁶. Neste sentido veja-se o seguinte aresto:

“Empregado que se retira do trabalho valendo-se da prerrogativa estatuída pelo § 3º

¹¹³MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

¹¹⁴MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 361.

¹¹⁵Artigo 483, do Decreto-Lei n.º 5.452, de 1 maio de 1943. O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) Forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) For tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) Não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;
- f) O empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) O empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

¹¹⁶BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 882.

do art. 483 consolidado corre risco de ver declarado seu abandono de emprego, uma vez repelida a tese da rescisão indireta do contrato de trabalho¹¹⁷.

No sentido oposto o TST entende não haver o abandono quando a empregada deixar de prestar serviços em um dia e no dia seguinte ajuizar reclamação trabalhista e no caso a Justiça Especializada afaste a tese da empregada de rescisão indireta de seu contrato de trabalho em tal caso, não será possível reconhecer a falta grave diante da ausência dos pressupostos que a configurem, conforme o precedente abaixo citado:

Rescisão indireta do contrato de trabalho. Abandono de emprego. Não se reconhece o abandono de emprego, quando a Obreira deixou de prestar serviços em um dia e no dia seguinte ajuizou Reclamação Trabalhista, pleiteando rescisão indireta do contrato de trabalho. À toda evidência, o alegado abandono requer uma intenção particular, vale dizer, uma ausência dos elementos objetivos e subjetivos que caracterizam aquela falta grave. Não restou caracterizado, em última análise, o necessário *animus* de abandonar o emprego. O abandono requer uma intenção particular, vale dizer, uma ausência prolongada, que, na hipótese, não existiu. Desse modo, o fato desta Justiça Especializada ter afastado a tese da empregada ver rescindido seu contrato de trabalho indiretamente, por não reconhecer conduta irregular do empregador, não transforma a falta de prestação de serviços em abandono de emprego, ainda mais considerando que a ação fora ajuizada no dia imediato à cessação da prestação de serviços. Via de consequência, não há como reconhecer a falta grave, diante da ausência dos pressupostos que a configurem. Intacto, portanto o art. 482, i, da CLT. Recurso de embargos não conhecido¹¹⁸.

A prova do ânimo de abandonar o emprego constitui elemento essencial da existência da justa causa para se autorizar a rescisão do emprego por parte do empregador.¹¹⁹ Portanto, mesmo que a rescisão indireta não seja reconhecida, não sendo possível comprovar o ânimo do empregado de abandonar o emprego, será rejeitada a justa causa por abandono do emprego.

¹¹⁷TRIBUNAL REGIONAL TRABALHO, RO1186/84. Rel. Min: Juiz Tobias de Macedo Filho, DJ 10/84. Repertório de Jurisprudência Trabalhista, João de Lima Teixeira Filho, v. 04, p. 639.

¹¹⁸TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, Ac. SDI 1E-RR-588.633/99.6, Min. Rel.: Lélío Bentes Corrêa. j. 13/10/2003, DJU 24.10.03.

¹¹⁹CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 384.

3.6 Efeitos do Aviso Prévio

O aviso prévio produz diversos efeitos sobre o contrato de trabalho¹²⁰. Os principais efeitos para Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro são a prevista rescisão contratual, ao término de seu prazo; durante o seu curso permanecem integrais os direitos e obrigações contratuais; o seu período inclui-se no tempo de serviço do trabalhador, ainda que indenizado¹²¹:

Sergio Pinto Martins tem entendimento similar sobre os efeitos do aviso prévio:

O primeiro efeito do aviso prévio é que o tempo de serviço irá integrar o contrato de trabalho para todos os fins, inclusive para o cálculo de mais 1/12 de 13º salário e férias em função da sua projeção. O pacto laboral não termina de imediato, mas apenas após expirado o prazo do aviso prévio, com o que há a integração do tempo de serviço no contrato de trabalho. Mesmo no aviso prévio indenizado ocorre a sua integração no tempo de serviço do empregado, para todos os efeitos. Assim, a data de baixa da CTPS do empregado, para todos os efeitos deve ser a do término do cumprimento do aviso prévio ou da projeção do aviso prévio indenizado, caso o referido aviso houvesse sido cumprido¹²².

Mauricio Godinho Delgado diz que o primeiro efeito do aviso é que ele fixa a data da denúncia do contrato pela parte concedente do pré-aviso¹²³. O segundo efeito jurídico é referente ao prazo a ele inerente e o terceiro efeito tem relação com o pagamento correspondente ao período do aviso, seja ele trabalhado ou indenizado¹²⁴.

3.6.1 Integração ao Tempo de Serviço

A integração do tempo de serviço implica em diversos efeitos. Se, por exemplo, ocorrer um reajuste salarial coletivo ou determinado em razão de lei, o trabalhador

¹²⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 815.

¹²¹ZORNIG, Cristina Maria Navarro e GUNTHER, Luiz Eduardo. *Aviso Prévio na Justiça do Trabalho*. RDT, 31 de outubro de 2005, p.30.

¹²²MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 363.

¹²³DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1175.

¹²⁴DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 1176.

receberá o respectivo aumento mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários¹²⁵.

José Martins Catharino afirma que a integração contratual do prazo do aviso produz os seguintes efeitos:

Eventual reajuste normativo concedido no período de sua fluência incorpora-se ao patrimônio trabalhista do obreiro, conforme clássico na jurisprudência. Além disso, no período do pré-aviso permanecem algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual. Isso significa que é possível, do ponto de vista jurídico, a ocorrência de infração trabalhista, por qualquer das partes, ao longo do aviso, apta a transmutar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa causa de uma das partes. Nesta linha se a infração grave for cometida pelo trabalhador, pode dar-se a conversão, quanto ao restante do período, em dispensa por justa causa; sendo grave infração cometida pelo empresário, pode ocorrer em despedida indireta (art. 490 e 491, CLT; na mesma direção, Sumula 73, TST)¹²⁶

O mesmo autor ainda sustenta que, sendo o aviso prévio pago em dinheiro, não deverá ser o prazo do aviso computado no tempo de serviço do empregado¹²⁷. Essa interpretação está ligada à concepção de que o contrato neste caso será rescindido, automaticamente, no ato de dispensa do empregado e do pagamento da indenização substituta¹²⁸.

3.7 Aviso Prévio e Estabilidade Provisória

Concedido o aviso prévio pelo empregador ao empregado, pode sobrevir, mediante acordo, convenção ou sentença normativa, alguma situação ensejadora de estabilidade provisória. Existirá, neste caso, suspensão do curso do prazo do aviso prévio, que voltará a fluir após findo o prazo da garantia provisória de emprego¹²⁹.

O Tribunal Superior do Trabalho na Súmula 369 entende que, no caso do candidato a dirigente sindical, não é possível a concessão de estabilidade provisória após o início do curso do aviso prévio.

¹²⁵Artigo 487, § 6, do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 43. O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

¹²⁶DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. LTr, 2006, p. 1177.

¹²⁷*Apud* Carlos Alberto Reis de Paula, *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 55.

¹²⁸PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 55.

¹²⁹PAULA, Carlos Alberto Reis de. *O Aviso Prévio*. São Paulo: LTr, 1988, p. 76.

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

(...)

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sergio Pinto Martins discorda da posição do TST por entender que, já que o aviso prévio integra o tempo de serviço para todos os fins, deveria integrar também para os fins de aquisição de estabilidade, pois o contrato de trabalho só termina depois de cumprido o período de aviso prévio¹³⁰.

¹³⁰MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 623.

4. AVISO PRÉVIO ÀS GRÁVIDAS

Antes de entrar no mérito da eficácia do aviso concedido previamente ao início do período gestacional, é necessário falar sobre o começo da personalidade no Brasil e as implicações existentes. É necessário também tratar de alguns Princípios Constitucionais e do Direito de Trabalho que tem relação com o problema de pesquisa. Dentre os princípios constitucionais existentes, há de ser estudado o do princípio da supremacia da Constituição, pois serve de fundamento em vários dos julgados referentes ao tema proposto. Com relação aos princípios de Direito do Trabalho serão estudados principalmente o princípio de proteção ao trabalhador, o qual se subdivide em três formas distintas.

4.1 Condição do Nascituro

O Código Civil dispõe que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro¹³¹. A questão é polêmica, ainda porque o nascituro não se apresenta de per si como uma forma de vida sempre viável¹³². Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, existe para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. Sendo assim, a lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos¹³³.

Na verdade o nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro. A questão do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade¹³⁴.

¹³¹ Artigo 2º, da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

¹³² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: ATLAS, 2005, p. 151.

¹³³ MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Parte Geral*. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

¹³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 153.

4.2 Princípios

Os princípios costumam ser conceituados como as diretrizes mestras de um sistema, como os fundamentos ou regras fundamentais de uma ciência¹³⁵. Em verdade são os princípios que conferem coerência e consistência a determinado conjunto de normas, permitindo sua compreensão como um sistema¹³⁶.

Segundo são Tomás de Aquino os princípios são elementos fundamentais que constituem uma ciência ou uma proposta, fornecidos ao homem pela razão, moral, cultura e meio de vida¹³⁷. Os princípios são dinâmicos, pois harmonizam a inflexibilidade da lei, adaptando-a às novas circunstâncias que se apresentam, motivando dessa maneira o aplicador da lei para que interprete o espírito e significação verdadeira da lei e não apenas as meras palavras¹³⁸.

A Constituição Federal, no artigo 226, dispõe que a família base da sociedade, tem especial proteção do Estado e no artigo 227 disciplina 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 negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

4.2.1 Princípio da Supremacia da Constituição

Os constitucionalistas brasileiros utilizam várias nomenclaturas para classificar a constituição quanto à sua alterabilidade¹³⁹. Pedro Lenza leciona que as constituições poderão ser rígidas, semi-rígidas, flexíveis ou imutáveis¹⁴⁰. Rígidas são aquelas constituições que exigem, para sua alteração, um processo legislativo mais dificultoso que o processo de alteração

¹³⁵ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 27.

¹³⁶ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Método, 2009, p. 28.

¹³⁷Apud CAMARGO, Antonio Bonival. *Princípios e Ideologias aplicados na Relação de Emprego*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 80.

¹³⁸CAMARGO, Antonio Bonival. *Princípios e Ideologias aplicados na Relação de Emprego*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 80.

¹³⁹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 47.

¹⁴⁰LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 48.

das normas não constitucionais¹⁴¹. A semi-rígida é aquela que exige um processo mais difícil para alteração de parte de seus dispositivos e permite a mudança de outros dispositivos por um procedimento simples¹⁴². A flexível permite sua modificação pelo mesmo processo legislativo de modificação das demais leis do ordenamento¹⁴³. A imutável veda qualquer alteração¹⁴⁴.

A Constituição Federal pode ser considerada rígida, pois exige um procedimento especial para a modificação do seu texto, mais difícil do que o processo legislativo de elaboração das demais leis do ordenamento e conseqüentemente é considerada a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro. E nela que encontramos o fundamento de toda autoridade e apenas nela se conferem os poderes e competências governamentais¹⁴⁵.

A interpretação da Constituição brasileira se firma no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos. Em função da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, ou manifestação de vontade pode subsistir se for incompatível com a Constituição, pois, ela está no topo do ordenamento jurídico, e serve de fundamento de validade de todas as demais normas¹⁴⁶. A supremacia constitucional é um pressuposto do controle de constitucionalidade, tendo em vista o seu caráter rígido¹⁴⁷.

4.2.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Dentre os princípios mais importantes utilizados para a garantia de direitos fundamentais está o princípio da dignidade da pessoa humana que é um valor moral, que teve origem na filosofia, foi absorvido pela política e tornou-se um valor fundamental dos Estados democráticos em geral. Na sequência histórica, tal valor foi progressivamente absorvido pelo Direito, até passar a ser reconhecido como um princípio jurídico¹⁴⁸. Constitui um valor, que é

¹⁴¹LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 48.

¹⁴²LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 49.

¹⁴³LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 9ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 48/49.

¹⁴⁴MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5.

¹⁴⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

¹⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 163.

¹⁴⁷CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4ª ed., Niterói: Impetus, 2010, p. 105.

¹⁴⁸BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 5 abril 11.

conceito axiológico¹⁴⁹, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade¹⁵⁰.

Para Jeremy Waldron a dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema¹⁵¹.

No Brasil normalmente a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico. Existe uma forte razão para que seja assim. É que com o grau de abrangência e de detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, muitas das situações que em outras jurisdições envolvem a necessidade de utilização do princípio mais abstrato da dignidade humana, entre nós já se encontram previstas em regras específicas de maior densidade jurídica. Diante disso, a dignidade acaba sendo citada apenas em reforço. No constitucionalismo brasileiro, seu principal âmbito de incidência se dará em situações de ambiguidade de linguagem – como parâmetro para escolha de uma solução e não de outra, em função da que melhor realize a dignidade –, de lacuna normativa – para integração da ordem jurídica em situações, por exemplo, como a das uniões homoafetivas –, de colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais – como, por exemplo, entre liberdade de expressão, de um lado, e direito ao reconhecimento e à não-discriminação, de outro – e nas de desacordo moral razoável, como elemento argumentativo da construção justa¹⁵².

O princípio da dignidade da pessoa humana é a razão de ser do Estado Democrático de Direito brasileiro¹⁵³. Este princípio é, na verdade, a noção da consciência do

¹⁴⁹Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008, p. 145-146 *apud* BARROSO. Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 5 abril 11.

¹⁵⁰BARROSO. Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 5 abril 11.

¹⁵¹*Apud* BARROSO. Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 5 abril 11.

¹⁵²BARROSO. Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação* <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 5 abril 11.

¹⁵³BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 60.

próprio valor, cultivado pelo indivíduo considerado por si mesmo ante a sua natureza humana¹⁵⁴.

4.3. O Princípio de Proteção

O princípio de proteção está ligado à ideia de que o Direito do Trabalho não se inspira no propósito de igualdade entre as partes, mas sim no objetivo de estabelecer um amparo preferencial ao trabalhador¹⁵⁵. O Direito do Trabalho surgiu como consequência da liberdade de contrato entre as pessoas com poder e capacidade econômica desiguais que resultava em diferentes formas de exploração. O legislador quis com esse princípio compensar a desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador¹⁵⁶.

Esse princípio se manifesta ainda sob três formas distintas:

- a) A regra *in dubio, pro operario* é critério que deve utilizar o juiz ou o intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) A regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e
- c) A regra da condição mais benéfica é critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca pode servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.¹⁵⁷

A aplicação da norma mais favorável pode ser dividida com relação à elaboração e com relação à hierarquia das normas. A elaboração da norma mais favorável tem ligação com as novas leis as quais devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador, ou seja, as novas leis devem ter conteúdo que vise a melhoria da condição social do trabalhador. Já com relação à hierarquia das normas jurídicas, havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador¹⁵⁸. O princípio da norma mais favorável significa, num sentido amplo, uma regra de hierarquia, ou seja, havendo duas ou mais normas jurídicas trabalhistas sobre a mesma matéria, será hierarquicamente

¹⁵⁴BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p.56.

¹⁵⁵RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 83.

¹⁵⁶RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 85.

¹⁵⁷RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004, p. 107.

¹⁵⁸MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 77.

superior e deverá ser aplicado, no caso concreto a norma que oferecer maiores vantagens ao trabalhador¹⁵⁹.

4.4 Direito Potestativo de Rescisão Contratual do Empregador

Em contrapartida aos princípios constitucionais e trabalhistas que protegem o nascituro, a mulher e a família, existem alguns direitos dos empregadores que vão de encontro a esses princípios. Um desses direitos comumente confrontado com os princípios citados é o direito potestativo que o empregador detém de rescindir o contrato de trabalho¹⁶⁰.

A CLT dispõe que, se considera empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite assalariada e dirige a prestação pessoal de serviços¹⁶¹. O empregador é o devedor da contraprestação acessória; credor da prestação de trabalho e de sua utilidade, ele é na verdade a figura central, no seu dinamismo, econômico, social e disciplinar¹⁶².

Segundo Vilanova os direitos potestativos são “direitos sobre a pessoa de outro, são os que exercem sob a forma de autoridade de um indivíduo em relação a outro e à administração dos bens que lhe pertencem”¹⁶³. Os interesses entre empregador e empregado são opostos. O empregador não tem um poder absoluto para despedir o empregado. Estes sujeitos devem ser vistos como sujeitos de um vínculo no qual ocupam a mesma posição. Sendo assim, quando da rescisão contratual, tanto o empregador quanto o empregado têm a liberdade de rescindir o contrato¹⁶⁴.

4.5 Do Conflito de Normas

No problema proposto por este trabalho temos duas normas em aparente

¹⁵⁹NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.289.

¹⁶⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.712.

¹⁶¹Artigo 2º Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalariada e dirige a prestação pessoal de serviço.

¹⁶²GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

¹⁶³Apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 412.

¹⁶⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.713.

conflito. A norma que disciplina a garantia ao emprego da mulher gestante está prevista no A.D.C.T da Constituição Federal e as normas sobre aviso prévio estão disciplinadas nos artigos 487 à 491 da CLT e artigo 7º, inciso XXI da Constituição Federal.

O artigo 10, inciso II, alínea “b”, do A.D.C.T da CF, dispõe que, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A Súmula 244 do TST aponta que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. Indica ainda que 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. Oportunamente a súmula discrimina que nos casos de contrato de experiência não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. A referida súmula não contemplou a situação das empregadas que engravidam após a concessão do aviso prévio. Já a Súmula 371 do TST regula os efeitos do aviso prévio na superveniência do auxílio-doença, nesta súmula os efeitos ficam limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso e a dispensa somente será efetiva depois de expirado o benefício previdenciário. Vale ressaltar que os Tribunais que negam a concessão da estabilidade no curso do aviso prévio com fundamento na Súmula 371 do TST equiparam os efeitos do aviso prévio no curso do aviso prévio com a estabilidade da gestante.

A Súmula 348 do TST disciplina que é inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, pois os dois institutos são incompatíveis. Esta súmula deixa claro apenas que, se a empregada estiver grávida antes da concessão do aviso será, como se o aviso nunca tivesse existido¹⁶⁵. Mas como se vera a seguir na jurisprudência brasileira não há consenso quanto o que deve prevalecer, se ao aviso prévio ou a garantia ao emprego da gestante quando o aviso for concedido antes da concepção.

¹⁶⁵ TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO. Súmula n. 348. É inválida a concessão do Aviso Prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos.

4.5.1 Possibilidade de Garantia no Emprego

O acórdão da 6ª Turma do TST (processo n. RR 772/2002-301-04-00.0), traz algumas ponderações importantes sobre a possibilidade da gravidez durante o aviso prévio gerar a estabilidade provisória¹⁶⁶.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O art. 10, II, *b*, do ADCT, veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A finalidade teleológica da norma é garantir o emprego contra a dispensa injusta, de modo a impedir que a gravidez constitua causa de discriminação, assegurando a continuidade do contrato de trabalho, além do bem-estar do nascituro. A jurisprudência, a propósito, já se pacificou no sentido de que a referida vedação constitucional decorre do fato objetivo da confirmação da gravidez na vigência do contrato de trabalho, caso em que o direito da obreira à estabilidade provisória prescinde do conhecimento prévio do seu estado gestacional pelo empregador no momento da rescisão contratual (Súmula 244, I, do TST). Entende-se que o aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho, para todos os efeitos, inclusive para incidência da estabilidade no emprego. Nos termos da OJ/82/SBDI-I/TST, "*a data da saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado*", o que evidencia a ampla projeção do aviso prévio no contrato de trabalho. No mesmo sentido, o art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT. Frise-se que, do ponto de vista jurídico, no período de pré-aviso, permanecem inalteradas algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual, podendo inclusive ocorrer infração trabalhista por qualquer das partes, apta a transmutar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa causa de uma das partes (arts. 490 e 491 da CLT e Súmula 73/TST). Assim, as disposições do art. 10, II, *b*, do ADCT, são plenamente válidas na hipótese de a concepção ocorrer durante o prazo do aviso prévio indenizado, que não implica a extinção do contrato de trabalho, apenas firmando o prazo para sua terminação (inteligência do art. 489, *ab initio*, da CLT). Inaplicável, portanto, ao caso dos autos, a Súmula 371/TST, de caráter restrito, que não pode ser estendida, por interpretação, com o fito de macular ou frustrar direito fundamental estabelecido na Carta Magna. A garantia de emprego, assim fixada, encontra amparo não só no citado art. 10, II, *b*, do ADCT, mas também em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art. 226), da criança e do adolescente (227) e todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública¹⁶⁷.

¹⁶⁶ TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 6ª T., RR 772/2002-301-04-00.0, DELGADO, j. 25/03/2009, DEJT 26/06/2009.

¹⁶⁷ TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 6ª T., RR 772/2002-301-04-00.0, DELGADO, j. 25/03/2009, DEJT 26/06/2009.

Este acórdão afirma que a finalidade teleológica¹⁶⁸ da estabilidade é garantir que a gravidez não constitua causa de discriminação, ou seja, visa impedir que o empregador ao saber que a empregada esta grávida venha a demitir injustamente esta, apenas em virtude da gravidez.

O acórdão equipara os efeitos do aviso prévio indenizado ao aviso trabalhado. Portanto, incidiria a estabilidade, pois o aviso indenizado tem as mesmas conseqüências do aviso trabalhado, integrando o contrato de trabalho para todos os fins (art. 487, § 1º, *in fine*, da CLT) e mantendo inalteradas algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual. Em tal situação pode, inclusive, ocorrer infração trabalhista por qualquer das partes, capaz de transformar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão se transforma em ruptura por justa causa por uma das partes (arts. 490 e 491 da CLT e Súmula 73/TST). Como o aviso não extinguiria o contrato de trabalho, mas apenas fixaria o prazo para sua terminação, seria inaplicável a Súmula 371 do TST, pois, este restringiria o direito fundamental criado pela Constituição.

Ao final os ministros fundamentam que a garantia de emprego não encontra amparo apenas no art. 10, II, b, do ADCT, mas em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art. 226), da criança e do adolescente (art. 227) e todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública¹⁶⁹.

Outro acórdão que confirma a posição de que a gravidez gera estabilidade é o RR n. 221100-26.2007.5.04.0202, no qual a Ministra Rosa Maria defende ser plausível a tese de que a gestante tem estabilidade no aviso:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIREITO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 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

¹⁶⁸Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 138.

¹⁶⁹TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 6ª T., RR 772/2002-301-04-00.0, DELGADO, j. 25/03/2009, DEJT 26/06/2009.

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 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, parágrafo 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 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 artigo 10, II, letra 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 esquadrihar 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, 2ª ed - São Paulo, LTr, 2007, p. 335). **6.** Não há falar em contrariedade à Súmula 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 estatutura constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o

norte presente na segunda parte da Súmula 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-provido¹⁷⁰.

Pelo exposto, percebe-se que, durante a fluência do aviso prévio, a gestante estará sob a proteção constitucional contra sua despedida prévia. Como a intenção do legislador é proteger o nascituro (como reflexo da própria dignidade da pessoa humana) optou por conceder à mãe o amparo mediante 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.

4.5.2 Não eficácia da garantia frente ao aviso prévio

Existem basicamente três argumentos utilizados pela jurisprudência brasileira que fundamentam a impossibilidade da garantia de emprego à gestante após a concessão do aviso prévio.

O primeiro argumento geralmente utilizado é a finalidade da garantia ao emprego. A argumentação é no sentido que a garantia de emprego tem por objeto a impossibilidade de dispensa da empregada gestante, arbitrária ou sem motivação. Se previamente ao início da gravidez, já havia termo para extinção do contrato não se pode falar em dispensa arbitrária ou sem justa causa. Portanto, inexistiria garantia de emprego quer a gravidez tenha sido

¹⁷⁰TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 3ª T., RR 2211/2007-202-04-00.9, Min. Rel.: Maria Rosa Weber, j. 11/11/09, DEJT: 22.11.09.

iniciada no curso do aviso prévio indenizado ou trabalhado¹⁷¹.

A segunda argumentação utilizada é que a concepção poderia converter-se em meio de frustrar o exercício do direito potestativo do empregador de rescisão do contrato de trabalho, vindo a pagar por período nem sequer trabalhado, em caso de constatação tardia da gravidez¹⁷², sendo necessário, no curso da execução contratual, que as partes não se afastem da boa-fé objetiva, fator essencial à estabilidade das relações jurídicas¹⁷³.

Essa é a regra expressa no art. 422 do Código Civil, assim posta: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Portanto, não seria razoável que, após o livre exercício do direito potestativo de rescisão contratual (tendo previamente notificado a empregada do contrato contratual), fosse o empregador surpreendido com a notícia da gravidez ocorrida após a data do aviso prévio. Porquanto, sem perder de vista que a estabilidade das relações jurídicas constitui o núcleo do Estado de Direito, quando a gravidez ocorrer no curso do aviso prévio (como in casu), à gestante são asseguradas apenas as vantagens econômicas derivadas do contrato de trabalho (CLT, art. 487, § 1º). Esse é o entendimento sedimentado pelo Col. TST, aplicando, por analogia, a orientação sedimentada em sua Súmula 371. Assim, sobrevindo a gravidez no curso do aviso prévio nos termos do art. 487, § 1º, da CLT, são asseguradas à reclamante apenas as parcelas econômicas materializadas no decorrer do contrato de trabalho (observado o período do aviso prévio, não se caracterizando a estabilidade provisória pretendida pela autora)¹⁷⁴.

O terceiro argumento é referente exclusivamente ao aviso prévio indenizado, no qual os efeitos se limitam às vantagens econômicas obtidas no período. Desse modo, a proteção contra dispensa não está incluída nestes efeitos, sendo indiscutível que a gravidez ensejadora da garantia, deve ocorrer no curso do contrato de trabalho, mas se ocorrer dentro do período indenizado, não teria o condão de gerar a garantia¹⁷⁵.

¹⁷¹TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 6ª T., ED-RR 1858/2003-036-02-00.1, Min. Rel.: Aloysio Corrêa de Veiga, j. 16/05/2007, DEJT: 01/06/2007.

¹⁷²TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 7ª T., RR 3.800/2007-031-12-00.6, Rel. Juíza Convocada: Maria Doralice Novaes, j. 26/08/2009, DEJT: 28/08/2009.

¹⁷³TRIBUNAL REGIONAL TRABALHO, 1ª T., R0 01846-2008-103-10-00-5, Des. Rel.: Elaine Machado Vasconcelos, j. 27/10/2009, DEJT: 06/11/2009.

¹⁷⁴TRIBUNAL REGIONAL TRABALHO, 1ª T., R0 01846-2008-103-10-00-5, Des. Rel.: Elaine Machado Vasconcelos, j. 27/10/2009, DEJT: 06/11/2009.

¹⁷⁵TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, 5ª T., RR 1.031/2003-004-02-00.3, Min. Rel.: João Batista Brito Pereira, j. 16/11/2005, DEJT: 03/02/2006.

4.5.3. Confronto de Interpretações

Simplificando os argumentos utilizados para a concessão ou não da garantia ao emprego da gestante, pode-se fazer um confronto das argumentações pela tabela abaixo:

Aviso Prévio Gera Garantia no Emprego	Aviso Prévio Não Gera Garantia no Emprego
<ul style="list-style-type: none"> Garantir o emprego contra a dispensa injusta, de modo a impedir que a gravidez constitua causa de discriminação e a assegurar a continuidade do contrato de trabalho, além do bem-estar do nascituro; 	<ul style="list-style-type: none"> Impossibilidade de dispensa da empregada gestante, arbitrária ou sem motivação; se previamente ao início da gravidez, já havia termo para extinção do contrato, não se pode falar em dispensa arbitrária ou sem justa causa. Portanto, inexistiria garantia de emprego quando a gravidez tivesse sido iniciada no curso do aviso prévio indenizado ou trabalhado.
<ul style="list-style-type: none"> A garantia de emprego não encontra amparo apenas no ADCT, mas em toda a normatização constitucional; 	<ul style="list-style-type: none"> Aviso prévio é um direito potestativo do empregador de rescindir o contrato;
<ul style="list-style-type: none"> Aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho, para todos os efeitos, inclusive para incidência da estabilidade no emprego. 	<ul style="list-style-type: none"> Aviso prévio indenizado os efeitos se limitam as vantagens econômicas obtidas no período; desse modo, a proteção contra dispensa não está incluída nestes efeitos.

A finalidade da norma constitucional é na verdade a proteção do nascituro e da própria mãe, pois essa é uma questão social, que transcende os limites da relação de trabalho¹⁷⁶.

¹⁷⁶MOCELIM, Márcio José. *Gravidez Durante o Aviso Prévio Garante Estabilidade Provisória*. JTb, 28 de Junho de 2010.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo explicar como a legislação pátria regula e como a jurisprudência interpreta e aplica o aviso prévio perante a superveniência da gravidez da empregada, focando nos aspectos particulares dos institutos do aviso prévio e da legislação referente à garantia ao emprego da mulher.

Tentou-se evidenciar as possibilidades que a jurisprudência oferece para a gestante e para os empregadores que se encontram nesse lapso temporal do aviso concedido previamente ao início da gravidez.

Viu-se que a gestante tem garantia ao emprego desde o momento da concepção até 5 meses após o parto. Apesar de a norma constitucional falar que a estabilidade começaria apenas com a confirmação da gravidez a Súmula 244, inciso I, do TST, deixa claro que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. Portanto, desde a concepção, está garantida a estabilidade da empregada gestante.

Aludindo ao pensamento de Sérgio Pinto Martins o aviso prévio é a comunicação que uma das partes do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo estabelecido em lei, sob pena de pagar uma indenização substitutiva.

O aviso é o instrumento que fixa a data do término do contrato pela parte concedente do pré-aviso, concedendo às partes um prazo mínimo de 30 dias para o encerramento do contrato e durante o seu curso permanecem integrais os direitos e obrigações contratuais, incluído o tempo de serviço do trabalhador no período do aviso, ainda que indenizado.

Já a estabilidade representa uma limitação ao poder do empregador, pois ele não poderá dispor do empregado no momento em que julgar oportuno. Ocorrendo a estabilidade o aviso será suspenso, pois neste período o contrato de trabalho vigora normalmente. Vale lembrar que o legislador, ao garantir a estabilidade da gestante vedou, apenas a dispensa

arbitrária e sem justa causa. Portanto, como o aviso prévio não constitui dispensa arbitrária, mas na verdade constitui uma dispensa sem justa causa, ocorrendo o fato gerador da estabilidade, o aviso será suspenso e voltará a fluir findo o prazo da estabilidade.

O pilar da garantia ao emprego da gestante é sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela proteção constitucional à maternidade. A dignidade da pessoa humana é um princípio que consagra um valor que visa proteger o ser humano contra tudo que o deprecia. A finalidade da garantia ao emprego à gestante é a proteção à família.

Já há precedente na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST referente à estabilidade provisória durante a concepção no período correspondente ao aviso prévio. Segundo o Ministro Horácio Senna Pires relator do processo, o fato de a gravidez ter ocorrido durante o período do aviso prévio indenizado não é suficiente para afastar o direito pretendido porquanto, sendo de iniciativa do empregador a dispensa do cumprimento do aviso, a liberalidade patronal não pode servir como óbice ao pleito. A estabilidade da gestante, prevista no artigo 10, II, alínea "b", do A.D.C.T da Constituição Federal exige, para sua plena configuração, que a empregada esteja grávida na data de sua imotivada dispensa do emprego, ou seja, a estabilidade decorre do fato da própria gravidez. Sendo assim, se a dispensa for imotivada ou sem justa causa terá a empregada grávida direito à estabilidade mesmo no curso do aviso prévio¹⁷⁷.

A Ministra Rosa Weber do TST defende que, em respeito à vigência do contrato de trabalho, à dignidade da pessoa humana, à função social da empresa e à proteção à maternidade (artigo 10, II, b, do ADCT), é correta a extensão do alcance da garantia de emprego à trabalhadora que engravida no período do aviso prévio, pois não pode haver interpretação restritiva do Constituição Federal, visto que o bem tutelado é a própria vida do nascituro.

De nenhuma forma, este estudo objetivou esgotar a questão legal e constitucional sobre a eficácia do aviso prévio diante da superveniência da gravidez da empregada, mas acredita-se que, apesar de não parecer a solução mais justa para ambas as partes,

¹⁷⁷TRIBUNAL SUPERIOR TRABALHO, SBD-1, Ac. E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.0004. Min. Rel.: Horácio Senna Pires, j. 18/03/2010, DEJT: 09/04/2010.

a prevalência da garantia ao emprego da gestante é a solução mais lógica do ponto de vista jurídico, pois se sustenta tanto nos princípios que protegem a trabalhadora em geral quanto nos princípios constitucionais que protegem a família.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Manual de Direito do Trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Método, 2009.

BARROS, Alice Monteiro. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-direito-constitucional-contemporaneo>>. Acesso em: 05 abril 11.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

BURLAMARQUI, Paulo “A Lei n. 62 e a sua aplicação”, Rio de Janeiro, 1398, pág. 40 apud PAULA, Carlos Alberto Reis de Paula Editora LTr, São Paulo. 2ª ed.

CAMARGO, Antonio Bonival. *Princípios e Ideologias aplicados na Relação de Emprego*. São Paulo: Edipro, 2000.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Estabilidades provisórias, contratos a prazo determinados e suspensões e interrupções do contrato de trabalho*. Genesis, Curitiba: dezembro, 1999.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2006.

DISTRITO FEDERAL. Lei n. 8213 de 24.07.1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DOU de 25.07.1991;

DISTRITO FEDERAL. Lei n. 9029, de 13.04.95. 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. DOU de 17.4.1995;

DISTRITO FEDERAL. LEI n. 10.406, de 10.01.02. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002;

DISTRITO FEDERAL. Lei n. 11.324, de 19.07.06_ Altera dispositivos das Leis nºs 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. DOU 20.07.06

GIGLIO. Wagner D. *Justa Causa*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GOMES. Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAGANO, Octavio Bueno. *ABC do Direito do Trabalho*. 2ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 8ª ed., São Paulo: ATLAS, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 16ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso De Direito Civil Parte Geral*, 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

NETO, Franciso Ferreira Jorge e CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho Tomo I*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2004.

SAAD, Eduardo Gabriel, *CLT Comentada*. 40ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEIXEIRA, Arnaldo Susekind Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TST, 1ª T., R0 01846-2008-103-10-00-5, Rel. Des: Elaine Machado Vasconcelos, j. 27/10/2009
DEJT: 06/11/2009.

TST, 6ª T., ED-RR 1858/2003-036-02-00.1, Min. Rel: Aloysio Corrêa de Veiga, j. 16/05/2007,
DEJT: 01/06/2007.

TST, 7ª T., RR 3.800/2007-031-12-00.6, Rel. Juiza Convocada: Maria Doralice Novaes, j.
26/08/2009, DEJT: 28/08/2009.

TST, SDI-2, ROAR 357.754/97.5, Rel. Min: Ronaldo Leal . DJU 4.8.2000. Revista Síntese,
Outubro 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, 5ª Ed. São Paulo: ATLAS, 2005.

ZORNIG, Cristina Maria Navarro e GUNTHER, Luiz Eduardo. *Aviso Prévio na Justiça do Trabalho*. RDT 11-10, 31 de outubro de 2005 p.32.