

PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - COGEAE

GABRIELA PEREIRA GOUVEIA

**GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE E SUAS
PARTICULARIDADES**

SÃO PAULO

2017

GABRIELA PEREIRA GOUVEIA

**GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE E SUAS
PARTICULARIDADES**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo – COGEAE, como
sendo um requisito parcial para a obtenção
do título de especialista em Direito do
Trabalho

Orientadora: Professora Zélia Maria
Cardoso Montal

SÃO PAULO/SP

MARÇO/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER E DA ESTABILIDADE NO EMPREGO	8
1.1 - Evolução histórica da proteção à maternidade.....	10
1.2 - Histórico da estabilidade da gestante no Brasil.....	11
1.2.1 - A estabilidade da gestante com o advento da Carta Magna de 1988	15
CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO DE TRABALHO	18
2.1 - O princípio da boa-fé objetiva	18
2.2 - O princípio da continuidade da relação de emprego.....	19
2.3 - O princípio da igualdade	21
CAPÍTULO 3 - GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE	24
3.1 - Conceito. Tipos de estabilidade	24
3.1.1 - Estabilidade e garantia de emprego: distinção.....	25
3.1.2 - Licença-maternidade e a estabilidade provisória da gestante.....	28
3.2 - A estabilidade da gestante	31
3.2.1 - O que se entende por confirmação da gravidez.....	31
3.2.2 - A exigência do exame de gravidez	34
3.2.3 - A garantia de emprego da gestante no contrato de experiência	38
3.2.4 - A garantia de emprego durante o aviso prévio	44
3.2.5 - A garantia de emprego da mulher no emprego na hipótese de interrupção da gravidez.....	46
3.3 - A garantia de emprego da gestante e a súmula 244 do TST	49
CAPÍTULO 4 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E A CONDUTA DA EMPREGADA GESTANTE.....	59
4.1 - Responsabilidade civil do empregador. Conceito.....	59

4.1.1 - Responsabilidade subjetiva.....	60
4.1.2 - Responsabilidade Objetiva.....	60
4.2 - Abuso de direito	62
4.2.1 - A conduta da empregada gestante e a demora no ajuizamento da ação	64
4.3 - O pedido de demissão da empregada gestante.....	67
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75
Livros.....	75
Sites	76

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise acerca do instituto da garantia de emprego concedida à empregada gestante, que tem como uma de suas finalidades, evitar qualquer tipo de discriminação, considerando a nítida natureza social da medida, que se preocupa em tutelar a maternidade, e, conseqüentemente, o direito à vida do nascituro.

Neste sentido, temos o artigo 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no qual restou vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da trabalhadora gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Além disso, em vários dispositivos de nossa Carta Magna, foram consagrados esses valores como direitos fundamentais, como, podemos exemplificar através do artigo 6º, *caput*, que elenca os direitos sociais e, dentre eles a proteção à maternidade e à infância; o artigo 201 que dispõe acerca dos beneficiários da previdência social, incluindo a gestante; o artigo 203, mais especificamente em seu inciso I, que trata da assistência social e seus objetivos na sociedade, como a proteção à família, maternidade, infância, etc.; dentre outros.

A matéria em debate desperta interesse tanto na classe empresária, como na classe trabalhadora, visto que se trata de tema que ainda gera muitas dúvidas e debates.

Com a nova redação da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, esse debate aumentou, eis que a estabilidade da empregada gestante, estendeu-se aos contratos por prazo determinado, com alguns posicionamentos atuais diversos acerca do contrato de trabalho temporário, que são demonstrados durante o desenvolvimento do trabalho.

Antes da nova redação da súmula 244 do TST, a empregada que fosse contratada para ativar-se em qualquer tipo de contrato por prazo determinado e, ficasse grávida não teria garantia de emprego, visto que o entendimento era de que a mesma estava ciente do prazo de início e término da vigência do pacto laboral.

Durante o desenvolvimento do trabalho, trazemos entendimentos recentes acerca das consequências para o empregador que vem a rescindir o contrato de trabalho com a empregada que se encontra grávida, tendo ciência ou não deste fato, bem como as peculiaridades desta situação.

Ao longo do trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudências e doutrinas referentes ao tema abordado e seus desdobramentos, tudo disposto em 04 (quatro) capítulos.

O primeiro capítulo apresenta a evolução histórica do papel da mulher no mercado de trabalho, discorrendo acerca dos direitos conquistados em decorrência da busca incessante pela valoração do trabalho por elas realizado e, proteção legal nas particularidades da gestação e amamentação até a Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo discorre acerca de três princípios do contrato de trabalho, que se relacionam com o tema do presente trabalho, que são o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da continuidade da relação de emprego e, o princípio da igualdade. Estes princípios atendem aos interesses das pessoas que se socorrem ao direito do trabalho, no sentido de garantir a integração dos trabalhadores na estrutura dinâmica empresariais, e assegurar melhores condições de trabalho e vida.

O terceiro capítulo traz a definição de estabilidade e garantia de emprego, sendo que a garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade é espécie, que tem como objetivo a manutenção da relação empregatícia. E, considerando isto, podemos esclarecer de forma rápida que a garantia de emprego é concedida à empregada gestante geralmente em qualquer tipo de contrato de trabalho (por prazo determinado ou indeterminado), desde a concepção, até mesmo se esta ocorrer durante o aviso prévio, independentemente da ciência dela e do empregador. Além disso, fazemos algumas ponderações acerca da garantia de emprego quando ocorre o infortúnio da interrupção da gravidez de forma natural.

Por fim, temos o quarto e último capítulo, que trata da responsabilidade civil do empregador no caso da empregada gestante, que, neste caso, para a maioria da jurisprudência é objetiva, baseada na teoria do risco, na qual a empresa assume os riscos da atividade econômica, se tornando responsável pelos danos sofridos pelo empregado e, pela

indenização decorrente deste prejuízo. Também tratamos da teoria do abuso de direito, quando a gestante não dá ao empregador a chance de inseri-la novamente no quadro de funcionários da empresa, apenas ingressando com reclamação trabalhista após passado o período da estabilidade, embora, dentro do prazo prescricional bienal previsto no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal.

CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRABALHO DA MULHER E DA ESTABILIDADE NO EMPREGO

Considerando que a concepção de igualdade entre homens e mulheres sempre foi pauta de discussão, o direito passou a promover mudanças com a finalidade de se chegar ao ideal com relação aos direitos da mulher e proteção ao trabalho, já que esta passou a sair de casa e ir para o mercado de trabalho formal.

Contudo, ressalte-se que mesmo atuando no mercado de trabalho, ainda tinha papel essencial dentro de casa, no trato com os filhos e a casa e, portanto, possuía responsabilidades além das normalmente atribuídas aos homens.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹ nos esclarece que:

Durante a Revolução Industrial, principalmente no século XIX, observaram-se péssimas condições de trabalho, com a utilização do trabalho de mulheres, que recebiam salários inferiores.

As mulheres estavam expostas a trabalhos prejudiciais à saúde, com longas jornadas, colocando em risco a sua segurança e a sua vida, recebendo salários inferiores aos pagos aos homens.

Tendo em vista as terríveis consequências, para as famílias e para a sociedade, decorrentes da situação acima narrada, teve início o surgimento de legislação de proteção ao trabalho das mulheres, primeiramente na Inglaterra, tendência que se seguiu na França e em outros países da Europa.

Após essa fase de formação da legislação protecionista ao trabalho da mulher, observou-se que, justamente em razão das referidas leis, as mulheres eram muitas vezes discriminadas no mercado de trabalho. Os empregadores preferiam não contratar o trabalho feminino, por serem as suas regras mais restritivas, com diversas proibições, gerando preferência pelo trabalho do homem.

Temos também um relato muito interessante, feito pela autora Silvia Regina da Rocha², na época em que a Constituição de 1988 havia acabado de ser

¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 2 ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2010. Pág. 569/570

² ROCHA, Silvia Regina da. O trabalho da mulher à luz da Constituição de 1988 / Silvia Regina da Rocha. – Rio de Janeiro: Forense, 1991. Pág. 01/02

promulgada, mas que, contudo, conseguimos verificar que mesmo após quase trinta anos, a história continua muito semelhante:

Historicamente, a dominação da mulher antecede a todas as outras opressões, mesmo as de classe, de raça e de propriedade. No momento que a mulher passou a prestar o serviço do lar, e esse serviço não é valorizado nem mesmo por ela, os padrões sociais relevantes culturalmente passaram a ser os masculinos. O desequilíbrio econômico é, sem dúvida, a principal causa da supremacia jurídica do marido na sociedade conjugal, pois enquanto ao homem competia o papel de provedor, arcando sozinho com essa responsabilidade, deveria ter mais direitos, atingindo-se, dessa forma, o “equilíbrio”. Constata-se, em todas as classes, que o homem não tem jornada dupla de trabalho e ganha mais do que a mulher.

No Brasil, embora não se disponha de estatística precisa, cada vez mais a mulher demonstra sua capacidade e assume posições de comando. De acordo com o Conselho Permanente da Mulher Executiva da Associação Comercial, no Rio de Janeiro, hoje existem mais de 600 mulheres no Brasil ocupando cargos de chefia, como empresárias, diretoras e gerentes de empresas privadas e estatais.

Segundo publicação da Revista MANCHETE de 1º julho 89, (ps.20-21) o preconceito entre os sexos no mercado de trabalho é flagrante. A mulher recebe salários mais baixos que os homens mesmo nas atividades maciçamente exercidas por mulheres, independentemente de sua experiência profissional, com raras exceções. De acordo com a pesquisa nacional por amostra de domicílio, PNAD de 87, o rendimento médio da mulher trabalhadora representa apenas 52% do recebido pelo homem trabalhador. No magistério, por exemplo, onde as mulheres contribuem com a maioria absoluta da categoria, o salário do homem é de 5,3 salários mínimos, enquanto o delas não chega a 2,0.

Já no que tange à estabilidade, temos que a primeira norma brasileira a tratar do assunto foi a chamada Lei Eloy Chaves (Decreto n. 4.682/23), que foi motivada pela estabilidade decenal concedida aos ferroviários. Após esta Lei, a estabilidade foi estendida a outras categorias, como os funcionários das empresas de navegação marítima, transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, água e esgoto, dentre outros.

Sérgio Pinto Martins³ demonstra que:

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho / Sérgio Pinto Martins. – 5 ed. – São Paulo : Dialética, 2009. Pág. 156/157

A CLT, de 1943, disciplinou a estabilidade nos artigos 942 a 500. Todo empregado que completasse dez anos na empresa não poderia ser dispensado, salvo motivo de falta grave, devidamente verificada em inquérito judicial para sua apuração, ou por força maior efetivamente comprovada (art. 492 da CLT).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 estabeleceu um sistema alternativo entre estabilidade ou fundo de garantia, ou seja, havia um sistema optativo para o obreiro: “estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente” (art. 158, XIII). A Emenda Constitucional n. 1, de 1969, não alterou essa orientação: “estabilidade, com indenização ao trabalhador ou fundo de garantia equivalente” (art.165 da CLT). A Constituição de 1988 modificou o sistema que até então vinha sendo seguido, pois extinguiu a estabilidade e a alternatividade que existia com o fundo de garantia, eliminando-a ao estabelecer, no inciso I, do artigo 7º: “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. A Lei n. 7.839, de 12 de outubro de 1989, no seu artigo 12, ressaltou o direito adquirido dos trabalhadores que à data da promulgação da Constituição de 1988 já tinham direito à estabilidade no emprego. O atual artigo 14 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, que trata do FGTS, fez a mesma ressalva.

Por fim, conceitua o instituto da estabilidade essencialmente como direito do empregado continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, contanto que não exista nenhum evento que motive a sua despedida.

1.1 - Evolução histórica da proteção à maternidade

Cumprе esclarecer que durante a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII, a procura dos empresários era mais pelo trabalho feminino do que pelo masculino, visto que as mulheres percebiam menores salários, sem nenhuma distinção relacionada a carga horária de trabalho ou atividades dos homens e, tampouco proteção em decorrência de gestação ou amamentação.

Conforme explica Amauri Mascaro Nascimento⁴:

As primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 201

do menor.

Em 19.8.1942, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16:30 horas. Na França, em 1948, surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Na Alemanha, o Código Industrial, de 1891, também se ocupou do problema, fixando algumas normas mínimas. Uma das mais expressivas regulamentações é o Tratado de Versalhes, que estabelece o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, inserido em algumas Constituições, dentre as quais a do Brasil destinada a impedir a exploração salarial da mulher.

A regulamentação jurídica da empregada, nos diferentes países, ocupa-se dos seguintes aspectos: a) proteção à maternidade, com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinadas a atender à situação de mãe; b) defesa do salário, objetivando-se evitar discriminações em detrimento da mulher; c) proibições, quer quanto à duração diária e semanal do trabalho, quer quanto a determinados tipos de atividades prejudiciais.

Podemos entender que passaram a ser levadas em consideração algumas das particularidades da mulher e desta forma ocorreram pequenas conquistas na forma de direitos e garantias às mulheres, que geraram o fim de algumas desigualdades.

1.2 - Histórico da estabilidade da gestante no Brasil

Num cenário de profundas modificações na posição e no peso da classe trabalhadora após a Primeira Guerra Mundial, viu-se necessária a criação de um organismo internacional, com função precípua de proteção social e garantia de direitos fundamentais, e assim se criou a Organização Internacional do Trabalho.

Em sua Convenção de n. 3 (ratificada pelo Brasil), que trata da proteção à maternidade no trabalho, gerou-se o direito a licença à maternidade antes e depois do parto, garantia do seu emprego de volta quando do término da licença, ajuda econômica paga pelo Poder Público, dentre outros direitos, como algumas medidas de precaução relacionadas aos valores devidos em espécie para que se evitasse a discriminação do trabalho feminino, conforme nos ensina Arnaldo Sussekind⁵.

⁵ SUSSEKIND, Arnaldo. 1917 – Direito internacional do trabalho / Arnaldo Sussekind – 3 ed. atual. e com novos textos – São Paulo : LTr, 2000. Pág. 396/397

Proteção à maternidade

A Conferência Internacional do Trabalho (OIT) realizou a sua primeira conferência em 1919, na cidade de Washington. E, preocupada em proteger a empregada em razão da maternidade, evitando, ao mesmo tempo, que essa proteção motivasse discriminação contra o trabalho feminino, nela aprovou a Convenção n. 3, assegurando à gestante:

o seu afastamento do trabalho durante seis semanas subsequentes ao parto (art. 3, alínea a);

O recebimento de prestações monetárias no curso desse licenciamento, cujo valor, fixado pela autoridade competente, deveria ser suficiente para sua manutenção e a de seu filho, e pago “pelo Tesouro Público ou por um sistema de seguro” (art. cit., alínea c).

Em 1952 foi aprovada a Convenção n. 103, que reviu a de 1919, ampliando para 12 semanas, no mínimo, a licença obrigatória da empregada, com o período pós-parto nunca inferior a seis semanas (art. III); e, para desestimular a discriminação contra o trabalho feminino, sobretudo, da mulher casada, estatuiu que:

“As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos por fundos públicos” (art. IV, n. 4);

“Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade, e toda taxa cobrada na base dos salários pagos ou para fornecer essas prestações, devem ser pagas de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente pelos empregadores e empregados” (art. IV, n. 7);

“Em hipótese alguma deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que emprega” (art. IV, n. 8).

Esse tratado, adotado no mesmo ano em que a Conferência aprovou a Convenção sobre as normas mínimas de seguridade social, é de aplicação geral, beneficiando as mulheres empregadas em empresas públicas e privadas (art. 1). Mediante apresentação, de um certificado médico, no qual se indique a data presumida do parto, será assegurado à mulher um repouso mínimo de 12 semanas, o qual deverá ter, após o parto, duração não inferior a seis semanas, ainda que, para este fim, tenha de ser prorrogada a licença global (art. 3). No curso desse período de repouso a mulher terá direito a receber prestações em dinheiro e assistência médica (art. 4, parágrafo 1º).

As prestações de maternidade do seguro social não poderão ser inferiores a dois terços dos ganhos anteriores da mulher, no período determinado pela legislação nacional (art. 4, parágrafo 6º).

Para amamentação do filho será assegurada à mulher intervalos remunerados e integrantes da jornada de trabalho (art. 5).

A estabilidade no emprego está garantida à gestante, considerando-se ilegal sua despedida durante o período de repouso obrigatório ou que o aviso prévio antes concedido expire após o início da licença para

maternidade (art. 6).

Com o advento do Decreto Lei n. 5.452/1943, que criou a Consolidação das Leis do Trabalho foi dedicado um capítulo que trata somente das proteções à mulher quanto ao trabalho. Contudo, em vista da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trata do princípio da igualdade, os artigos destinados à mulher na CLT, encontram-se revogados, conforme veremos a seguir. Contudo, há que se ressaltar o histórico do cenário nacional da época, como nos ensina Luiz Marcelo F. de Góis⁶:

(...) É que com a redemocratização política do Brasil iniciada na década de 1980, nosso país retomou uma postura de compromisso com o respeito aos direitos humanos frente à comunidade jurídica internacional. Essa postura culminou na edição, em 1988, da Constituição Federal, onde nosso país ratifica a obediência aos preceitos humanistas internacionais (art. 4º, II).

Evidência disso já se verifica do próprio Preâmbulo da Constituição, que projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Mas ainda assim, décadas após a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, que defende uma sociedade com valores supremos como os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, justiça, dentre outros, podemos notar que tais sonhos ainda permanecem distantes da realidade do país, conforme acertadamente defende Luiz Marcelo F. de Góis⁷. Esclarece ainda que:

Sim. Trabalhar é um direito social. Mais do que isso, é um dos fundamentos da República (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e base de toda a ordem social (art. 193, CF). É uma forma de inclusão, de fazer com que o ser humano se sinta útil para si, sua família e coletividade; integrado com os demais; incluído. Capaz de contribuir para um bem comum e ainda de se proporcionar algum conforto material dentro de uma sociedade capitalista que procura associar o

⁶ GÓIS, Luiz Marcelo F. de – Direitos Humanos e direito do trabalho / Flávia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. – São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 143

⁷ GÓIS, Luiz Marcelo F. de – Direitos Humanos e direito do trabalho / Flávia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. – São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 131/133

consumo à realização e ao sucesso.

(...)

Logicamente, não se ignora que o Brasil não dispõe de postos de trabalho para todos. A escassez de vagas, por si só, autoriza que as empresas selecionem para seus quadros aqueles trabalhadores mais aptos ao serviço, conferindo àquelas o direito de, licitamente, não admitir os menos preparados. A negativa ao trabalho dos não selecionados, nessas hipóteses, embora também contribua para a dificuldade de concretização da dignidade humana, é contingência inerente ao sistema capitalista de países em desenvolvimento como o Brasil.

Entretanto, muitas vezes o que se percebe é que a seleção feita pelo empregador não se pauta simplesmente no critério de aptidão para o trabalho. Empregados mais velhos são comumente preteridos em favor dos mais jovens. Mulheres ainda hoje por vezes perdem quando concorrem com homens. (...)

Renato de Sousa Resende⁸ reforça essa ideia esclarecendo que:

O desemprego, como de conhecimento corrente, traz malefícios com ampla repercussão social. Traz prejuízos individuais, familiares e sociais, repercutindo nos números da criminalidade. É inegável que, depois de um tempo, o trabalhador tem natural diminuição da capacidade produtiva e muitas vezes acontece que, a essa altura, já não consiga, em face de sua velhice (ou do que o mercado laboral considere como velhice), alcançar novo posto de trabalho.

Obviamente que a “relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar” (artigo 7º, I), não soluciona o problema da conformação do novo capitalismo.

Há de se imaginar como abarcar na proteção do Direito do Trabalho aqueles que foram expulsos e que não encontram garantia social suficiente para o desenvolvimento da dignidade de sua personalidade.

No entanto, vale lembrar que a proteção contra o desemprego deve-se fazer em duas frentes. Mediante o alargamento da influência do Direito do Trabalho àqueles que atualmente estão excluídos de sua proteção e, por outro lado, assegurar àqueles que se encontram sob a égide da proteção social a sua permanência.

O valor do “emprego” é resguardado nacional e internacionalmente, em nível constitucional, como direito fundamental atrelado à dignidade da pessoa e à centralidade do trabalho e também nos diplomas internacionais.

Podemos verificar que desde o pós-guerra da Primeira Guerra Mundial até

⁸ RESENDE, Renato de Sousa – Direitos Humanos e direito do trabalho / Flávia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. – São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 105

o presente momento, o que se busca com relação à mulher grávida é o auxílio financeiro do Poder Público, bem como medidas de precaução para evitar a discriminação do trabalho feminino e por fim, a garantia do emprego quando do término da licença maternidade. E, mesmo com todos esses meios para o seu resguardo ainda podemos notar que muitos empregadores acabam por optar por homens para o trabalho ao invés de uma mulher que seja mais qualificada, por exemplo.

1.2.1 - A estabilidade da gestante com o advento da Carta Magna de 1988

O artigo 5º da Constituição Federal, mais especificamente em seu *caput* e inciso I, tratam do princípio da igualdade, que consagra a ideia de todos serem iguais perante a lei. Contudo, de acordo com Pedro Lenza⁹ não se busca apenas uma igualdade formal, e sim a igualdade material, que determina que a lei deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, máxima esta proferida por Rui Barbosa em discurso em 1920.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁰ esclarece que:

No período contemporâneo, a igualdade passou a ser discutida em três diferentes concepções: a igualdade absoluta ou tudo igual para todos, a igualdade proporcional ou tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais e a igualdade material ou a cada um segundo as suas necessidades, reação contra a igualdade puramente formal.

Mais recentemente, como mostra o estudo de Amartya Sen, “Desigualdade reexaminada”, a ideia de igualdade nos põe diante da heterogeneidade básica dos seres humanos, sem a qual não é possível verificar desigualdades, e a multiplicidade de variáveis ou fatores de comparação. A escolha da variável, entre as diversas que podem ser escolhidas, preordena a discussão e altera a conclusão. A igualdade, na perspectiva de uma variável, pode não coincidir com a igualdade sob outra escolha de avaliação, assim como as avaliações da mesma variável podem ser diferentes segundo os valores de cada pessoa. A igualdade é um exercício de comparação. Mede-se algum

⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado / Pedro Lenza – 12 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2008. Pág. 595

¹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 123

aspecto específico de uma pessoa com o mesmo aspecto de outra pessoa. Duas pessoas podem ser desiguais em um aspecto, mas iguais, se é que isso é possível, em outro. Assim, também, as sociedades, as normas éticas e o direito positivo. Vê-se, logo, que o estudo da igualdade é a verificação das desigualdades.

De acordo com Maurício Godinho Delgado¹¹:

É evidente que a Constituição não inviabiliza tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe. A maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem – e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo).

Ainda, apenas a título de curiosidade, podemos citar a Lei nº 9.029/1995 e o artigo 373-A da CLT que tratam da vedação da discriminação contra mulher no mercado de trabalho, por meio da proibição da exigência de atestados de gravidez e esterilização, bem como outras práticas discriminatórias, para admissão ou permanência da mulher no trabalho, publicar anúncios de emprego contendo especificação de sexo, idade, cor ou situação familiar (salvo quando a natureza do trabalho exigir), dificultar promoções no âmbito profissional em razão do sexo ou estado gravídico, etc. Tais considerações são feitas para que se evite a ocorrência de tais situações que agridem os direitos fundamentais da mulher.

Acerca deste tema, Amauri Mascaro Nascimento¹² nos ensina que:

A Convenção n. 111, de 1958, da Organização Internacional do Trabalho, nesse mesmo sentido, declara que “discriminação é toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”... admite distinções

¹¹ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado. 12. ed. – São Paulo : LTr, 2013. Pág. 817

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 122

ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego (estatura, idade, boa imagem etc.). Igualdade nacionais e estrangeiros em matéria de previdência social (Convenção n. 118, de 1964), coíbe a prática discriminatória no acesso ao emprego (Convenção n. 122, de 1964), proclama a igualdade de oportunidades e tratamento para ambos os sexos (Convenção n. 156, de 1981), veda a discriminação na dispensa do empregado, estabelecendo que “não constituem causas justificadas para o término do contrato de trabalho as diferenças de sexo, estado civil, responsabilidades familiares ou a gravidez” (Convenção n. 158, de 1982) e exalta a necessidade de readaptação profissional e formação de pessoas inválidas, respeitada a igualdade de oportunidades, de tratamento entre homens e mulheres inválidos (Convenção n. 159, de 1983) e sobre o emprego e reabilitação dos portadores de deficiência (Convenção n. 159, de 1993).

Assim, conclui-se que as mulheres devem ser tratadas de forma igualitária, sendo a elas dado tratamento específico somente naquilo que as diferem como amamentação, gestação, etc. Isso nos faz pensar que o tratamento diferenciado é exatamente para manter as relações de gênero igualitárias, considerando a dependência do recém-nascido com a mãe e todas as peculiaridades envolvendo a relação mãe e filho.

CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRATO DE TRABALHO

Os princípios gerais do direito são considerados como fontes subsidiárias aqui no Brasil, conforme preconiza a Lei de Introdução ao Código Civil, mais especificamente em seu artigo 4º.

Por outro lado, considerando que a diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, vez que este não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador, podemos concluir que aqui os princípios são a base da relação contratual de trabalho, já que este se trata de seu princípio fundamental e que embasa todos os demais aplicados ao Direito do Trabalho, que norteiam a relação entre empregado e empregador.

2.1 - O princípio da boa-fé objetiva

A boa fé objetiva no contrato de trabalho tem grande importância, eis que pode assumir a função de suprir lacunas que as partes, neste caso, empregada e empregador não são capazes de prever, limitar direitos, bem como sistematizar a fundamentação de decisões judiciais. Este princípio atua em todas as fases do contrato: na formação do vínculo, na celebração contratual, na sua execução e, por fim, até mesmo após o seu término.

Nessa linha de raciocínio temos os ensinamentos de Alice Monteiro de Barros¹³:

Esse princípio possui dimensão objetiva, que incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais.

(...)

O fundamento da boa-fé consiste em opor valores éticos com o objetivo de evitar os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico. Dessa forma, o princípio da boa-fé exerce uma função flexibilizadora dos institutos jurídicos, entre os

¹³ Barros, Alice Monteiro de – Curso de direito do trabalho / Alice Monteiro de Barros. – 4 ed. ver. e ampl. – São Paulo - : LTr, 2008. Pág. 187/188

quais se situa o contrato de trabalho.

Desde a fase das negociações pré-contratuais, a boa-fé deverá presidir o comportamento das partes. Mesmo antes de o contrato ter sido concluído, as partes devem agir com retidão, conforme os valores éticos e sociais juridicamente protegidos e implícitos nas relações trabalhistas. A violação desse dever implica ressarcimento do dano emergente (gastos realizados) e do lucro cessante, que poderia ser obtido em outra contratação que não se realizou, dada a frustração da negociação anterior, sem prejuízo da compensação pelo dano moral acaso verificado. Dá-se, na hipótese, “abuso da liberdade de não contratar”, que constitui abuso de direito.

Uma vez celebrado o contrato de trabalho, a boa-fé adquire uma relevância singular, considerando que o empregado é sempre uma pessoa física. A relação de emprego gerada por esse contrato é impregnada de uma “dimensão humana” e de um “conteúdo ético” não encontrados em outros tipos de contrato. O direito do empregado de não ser discriminado e o direito à dignidade guardam coerência com os valores pessoais e morais, que estão acima dos direitos patrimoniais envolvidos nessa relação contratual.

O caráter contínuo do contrato de trabalho explica a existência dos poderes diretivo e disciplinar do empregador, dos quais decorre o dever de obediência, de fidelidade e de diligência do empregado.

O conteúdo do princípio da boa-fé manifesta-se de várias formas, entre as quais: por meio do dever do empregado de cumprir ordens legais, guardar segredos profissionais, executar suas atividades com zelo e cuidado, evitando danos, agir honestamente, bem como abster-se de concorrer com o empregador.

Considerando todo o exposto, podemos afirmar seguramente que durante a vigência do contrato de trabalho, a relação entre as partes, empregada e empregador deve ser guiada pela boa fé, que determina certos deveres, como de informação e esclarecimento, bem como certas formas de agir, e, caso não seguidas, terão consequências de acordo com cada caso concreto.

Desse modo, as partes devem agir com lealdade, cooperando mutuamente para atingir a finalidade do pacto que celebraram, considerando ainda alcançar o maior objetivo, que é a função social do contrato de trabalho.

2.2 - O princípio da continuidade da relação de emprego

O princípio da continuidade da relação de emprego e o princípio da proteção ao empregado deram origem ao instituto da estabilidade.

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha assegurado a estabilidade absoluta do trabalhador, a interpretação das normas referentes às indenizações devidas, quando da dispensa do empregado sem justa causa, sugere a presunção da duração do contrato de trabalho por tempo indeterminado.

Esse princípio proporciona a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresarial e permanência do vínculo empregatício daquele trabalhador protegido pelo Direito do Trabalho. Em razão dessa permanência e integração, o Direito do Trabalho pode assegurar melhores condições de trabalho, de acordo com Maurício Godinho Delgado¹⁴.

Amauri Mascaro Nascimento¹⁵ trata do princípio da proteção ao emprego de forma bastante didática, senão vejamos:

Lembre-se que a Constituição Federal (art. 7º, I) proíbe a dispensa arbitrária. A proteção da maternidade da mulher também é valorizada pelo Direito do Trabalho, por meio de normas legais que a tutelam na admissão, durante o vínculo e por ocasião da dispensa. As estabilidades especiais são outra forma de garantia do emprego durante períodos que se justificam pelas situações especiais em que se encontra o trabalhador, como a estabilidade do dirigente sindical, para que não sofra retaliações do empregador diante da sua condição de sindicalista; a estabilidade do membro da CIPA por motivos semelhantes; a estabilidade da gestante para evitar a sua discriminação, entre outras.

Também, de acordo com Maurício Godinho Delgado, a continuidade da relação de emprego gera três correntes de repercussões favoráveis ao empregado:

A primeira consiste na majoração dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva ou até mesmo por conquistas do próprio empregado, em razão do seu tempo de serviço, como eventuais promoções.

¹⁴ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado. 12. ed. – São Paulo : LTr, 2013. Pág. 200/2001

¹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 131

A segunda corrente abarca o investimento na formação educacional e profissional do empregado em que o empregador realizará em decorrência do longo contrato de trabalho. Essa corrente, portanto, cumpre verdadeiro papel social.

Por último, a terceira corrente reside na afirmação social do empregado, tendo em vista que terá um lastro econômico e jurídico superior daquele empregado que trabalha em condições precárias em trabalho informal.

Podemos concluir, que considerando que a mãe muitas vezes trata-se da provedora do lar, resta nítida a importância deste princípio e de suas consequências práticas no direito pátrio.

2.3 - O princípio da igualdade

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da igualdade. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Cumprido ressaltar que com relação ao mercado de trabalho, as únicas diferenças que deveriam existir entre homens e mulheres deveriam ser apenas no aspecto físico e na maternidade, contudo, não é o que ocorre até os dias atuais.

Cabe transcrever pensamentos de Luciana Caplan¹⁶:

A igualdade formal e seu impacto nas relações sociais

Historicamente, o discurso idealista da igualdade – um dos pilares da construção da democracia a partir dos ideais burgueses do século XVIII – apresentou-se como universal, mas o que se verificou, na prática, foi a construção de uma ordem jurídica que acabou por assegurar concretamente essa igualdade de condições de exercício de direitos tão somente aos homens, ocidentais, brancos e proprietários. Estes, pois, os iguais: todos e todas as demais, por motivos de etnia, gênero, origem territorial, classe social etc.,

¹⁶ Direitos humanos e direito do trabalho / Flavia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. - - São Paulo: Atlas, 2010. Pág. 118 à 120

diferentes. É a “reducción de la condición de ser humano al occidental, blanco, varón y rico, que sería por tanto el verdadero y único sujeto del Derecho, de los derechos redundantemente humanos”. A compreensão desse fato é fundamental na superação de eventuais preconceitos existentes, em especial no tocante à discriminação em razão da origem de classe, bem como de opressões sofridas por trabalhadoras e trabalhadores negros ou de outras etnias igualmente discriminadas, por exemplo.

Se hoje pensamos que a escravidão humana não se justifica em nenhuma hipótese, nem sempre foi esse o pensamento da humanidade ocidental. Também sustentamos a igualdade, ao menos formal, entre homens e mulheres. No entanto, não apenas essa igualdade não é constatada na vida cotidiana como, há pouco tempo, sequer era reconhecida no plano ideológico. A história dos direitos humanos, portanto, “[...] ha sido la historia de la lucha por alcanzar esse reconocimiento, por extender la noción de seres humanos más allá del cliché inicial”. Não estamos diante de direitos prontos, rígidos, acabados que esperam apenas ser descobertos pela razão humana. Estamos diante de produtos culturais resultantes de processos culturais contínuos e, até o presente. “[...] igualdad y libertad han tenido caminos escabrosos”.

Diante do reconhecimento concreto da igualdade exclusivamente entre os homens proprietários, também os trabalhadores e trabalhadoras restaram excluídos, nada obstante a maior parte dos seres humanos enquadrarem-se como tal, deixando de ser considerados como verdadeira e integralmente sujeitos de direito, dada sua necessidade de vender a força de trabalho como condição de sobrevivência.

E os direitos sociais por eles arduamente conquistados vêm sendo tratados, hoje, como custos de mercado a serem eliminados, pretendendo-se um retorno à situação anterior de maior discriminação dos obreiros e obreiras. Tudo isso como se fosse natural, ao final, a defesa de apenas alguns poucos seres humanos, que teriam tudo garantido, al lado de muitos outros, que nenhuma garantia teriam.

A condição humana de alguns privilegiados seria, assim, oriunda do que Javier de Lucas chamou de “lotería del nacimiento”, ou seja, critério de sorte pelo nascimento em uma condição (humana) ou outra (vista como não humana, desumana, ou de exclusão).

Embora a igualdade formal moderna tenha construído um arranjo de poder diverso do pré-moderno, a discriminação permaneceu, sob um discurso igualitarista cínico. Abolidos os privilégios estamentais da nobreza e do clero, a origem social e territorial, bem como outras características do ser humano que o acompanham no nascimento, passaram a ditar as condições de sua existência. É verdade que o capitalismo sustenta a tese da mobilidade social a partir do potencial individual.

Também é certo que, de tempos em tempos, surge algum exemplo de que efetivamente essa hipótese é viável na prática. No entanto, não há dúvidas de que a discriminação permanece forte, mesmo em alguns desses casos (veja-se a forte questão racial nos Estados Unidos, por exemplo, onde muitos negros ascendem socialmente, bem como o racismo brasileiro, muitas vezes dissimulado diante

daqueles que “sabem permanecer em seu lugar”, dada a ausência de oportunidade de melhores condições de vida digna).

Não se trata, pois, de simples estruturas sociais desiguais que forjariam indivíduos “iguais”, eis que estes já apresentam características excludentes em razão dos preconceitos existentes em face de cor de pele, origem social, gênero, etc. e que não são construídos a posteriori, mas determinados no momento de vinda ao mundo. Nesse aspecto, as condições da pré-modernidade foram alteradas em favor do homem burguês mas, diante da ausência de igualdade material, não foram suprimidas de todo, escondidas sob o manto de uma condição humana pertencente apenas a um grupo de homens.

Em razão disso, podemos entender os motivos que levam a necessária manutenção de normas para dirimir a discriminação em face das mulheres. Como exemplo, cita-se o artigo 461 da CLT que assegura a igualdade de salário a trabalho de igual valor, independentemente do sexo.

Igualmente, o artigo 391 da CLT, impede a dispensa da empregada pelo fato de ter contraído matrimônio ou estar grávida. Além deste artigo, a demissão da empregada gestante também é obstada pela garantia de emprego provisória, conforme previsão do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT e súmula 244 do TST.

Tratando mais especificamente da súmula 244 do TST, devemos nos atentar ao fato de que os princípios constitucionais relacionados a uma visão mais humanitária, que privilegia os direitos sociais, foram fundamentais na alteração da norma supramencionada.

O princípio da igualdade que estabelece o tratamento igual a todos perante a lei, influenciou diretamente no tratamento mais igualitário entre empregadas contratadas por prazo determinado e contratadas por prazo indeterminado. Com isso, as distinções entre garantias e direitos foram eliminadas, evitando-se, assim, as dispensas arbitrárias e/ou discriminatórias.

CAPÍTULO 3 - GARANTIA DE EMPREGO E ESTABILIDADE

Cumpra esclarecer que o principal fundamento da garantia de emprego e, por consequência, da estabilidade, é o princípio da continuidade da relação empregatícia. Apesar de alguns entenderem que a Constituição Federal de 1988 enfraqueceu o princípio supramencionado, ao adotar medidas como o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como sistema obrigatório para todos os trabalhadores, esta também impôs mecanismos que dificultaram ou até mesmo impediram o direito do empregador de dispensar o empregado, criando as garantias de emprego e estabilidades, que é o que veremos a seguir.

3.1 - Conceito. Tipos de estabilidade

De acordo com Amauri Mascaro do Nascimento¹⁷, podemos conceituar a estabilidade de duas formas, através do conceito econômico e, através do conceito jurídico.

O conceito econômico trata do dever do Estado em promover medidas destinadas a manutenção da estabilidade econômica almejada por todos, que até mesmo transcendem os limites da relação de emprego. Ele exemplifica:

Assim, é técnica de estabilidade econômica, por exemplo, uma política de emprego que todo Governo deve ter considerada a economia moderna como uma economia de trabalho na qual a maior parte da população ativa é constituída de assalariados. É também medida de estabilidade econômica a implantação de uma rede de agências de colocação para que os trabalhadores despedidos encontrem um novo emprego. Igualmente, o seguro-desemprego é técnica de estabilidade econômica, uma vez que permite a manutenção do ganho do trabalhador desempregado, razão pela qual existe em diversos países, exemplo que também foi seguido pelo Brasil. É possível, sob o ângulo econômico, dizer que o Fundo de Garantia é uma medida de estabilidade. É uma medida de estabilidade econômica porque forma um pecúlio, uma poupança para o trabalhador.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 407/408

Em consonância com os exemplos citados acima, também podemos entender que a garantia de emprego da empregada gestante também se torna uma forma de segurança da trabalhadora na criação e subsistência de sua família.

Desta forma, concluímos que a estabilidade econômica se refere ao conjunto de atos que tende a acabar com a insegurança econômica do trabalhador, cercando-o de garantias para que a sua subsistência não sofra maiores abalos.

Já a estabilidade, de acordo com o conceito jurídico trazida pelo autor, temos outra visão, visto que esta expressão se relaciona apenas com a demissão do empregado.

O doutrinador explica que muitos falam em estabilidade própria e imprópria, outros falam de estabilidade absoluta e relativa, enquanto que ele prefere entender que há estabilidade – que equivale a estabilidade própria ou absoluta –, e medidas que dificultam a dispensa do empregado – que condizem a estabilidade imprópria ou relativa.

Amauri Mascaro Nascimento afirma que a estabilidade no emprego se funda no princípio da causalidade da dispensa e assim, a conceitua como sendo o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto inexistir uma causa relevante expressa em lei e que permita a sua dispensa. Afirma ainda que, esta medida difere das demais destinadas a dificultar a dispensa do empregado, porque neste caso não há impedimento, e, exemplifica com o caso da indenização, visto que o empregado pode ser despedido, mas se a dispensa não se fundar em justa causa, ele tem direito a indenização.

3.1.1 - Estabilidade e garantia de emprego: distinção

Amauri Mascaro do Nascimento¹⁸, exemplifica a estabilidade e a garantia de emprego e conclui que a garantia de emprego trata-se de instituto muito mais

¹⁸ Nascimento, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 408

amplo do que a estabilidade, senão vejamos:

Se, por exemplo, uma lei obriga as empresas a admitirem determinado número de menores, essa é uma lei de garantia de emprego, mas não é uma lei de estabilidade. Outro exemplo está nas leis que existiam na Europa, obrigando cada empresa a ter certo número de mutilados de guerra. Seria o caso também de uma lei ordenando um número de vagas a serem preenchidas por maiores de 45 anos de idade, como já houve no Brasil, com o Decreto-lei n. 4.362, de 1942. São leis hoje vigentes em nosso país: o art. 429 da CLT, sobre imposição de emprego de menores aprendizes; o art. 513 da CLT, sobre prioridade de admissão de trabalhadores sindicalizados; e o Decreto n. 78.339, de 1976, sobre programas ministeriais de colocação de trabalhadores. Bastam essas indicações para mostrar que garantia de emprego é figura mais ampla que estabilidade no emprego.

Já Maurício Godinho Delgado¹⁹ ensina que ambas impossibilitam a ruptura contratual arbitrária pelo empregador, contudo a estabilidade tem caráter permanente e indefinido no tempo, enquanto que a garantia de emprego é por tempo definido e portanto, provisória, conforme segue:

O segundo relevante incentivo à permanência do contrato de trabalho, construído em harmonia com o princípio da continuidade da relação empregatícia, é o estabelecimento de duas figuras correlatas contingenciadoras da extinção contratual: a estabilidade e as garantias de emprego.

As duas figuras são extremamente próximas, já que ambas restringem as alternativas de extinção do contrato de trabalho. Ambas voltam-se, de modo essencial, contrariamente ao exercício unilateral do poder empregatício pelo empregador, inviabilizando a ruptura contratual arbitrária pelo empregador, isto é, a dissolução do contrato sem motivo considerado relevante pelo Direito. Não obstante a forte proximidade entre duas figuras, elas não se confundem.

Estabilidade é a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador.

Na tradição jurídica brasileira, a estabilidade somente tem sido deferida por norma heterônoma estatal de estrita origem legislativa (antiga estabilidade celetista e recentes hipóteses estabilitárias mencionadas pela Constituição de 1988). Contudo, não se pode considerar inválida, necessariamente, estabilidade concedida pela estrita vontade unilateral do empregador. É claro que a natureza do empregador (entidade estatal, por exemplo, em contraponto com

¹⁹ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado.

entidade privada) e o caráter do próprio ato concessivo deverão ser avaliados pelo intérprete e aplicador do Direito no tocante ao juízo avaliativo da licitude da concessão.

Garantia de emprego, por sua vez, é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantia têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando). Na tradição jurídica brasileira, as garantias de emprego (ou estabilidades provisórias) têm sido fixadas por regras jurídicas de origem e status diversificados: sejam regras heterônomas estatais, de status constitucional ou legal (ilustrativamente, garantias de emprego do dirigente sindical e do empregado acidentado), sejam regras heterônomas estatais de origem judicial (por exemplo, garantias de emprego em decorrência de sentença normativa), sejam regras autônomas, derivadas da negociação coletiva (ilustrativamente, garantias de emprego após vigência de convenção ou acordo coletivo de trabalho, ou garantias pré-jubilamento). Não é também inviável, do ponto de vista jurídico (embora seja incomum), que a vontade unilateral do empregador conceda garantia de emprego.

Os institutos da estabilidade e garantias de empregos são relevantes contingenciamentos à ruptura contratual por ato do empregador.

Sérgio Pinto Martins²⁰ vai no mesmo sentido que Maurício Godinho Delgado, pois entende que:

A verdadeira estabilidade era a estabilidade por tempo de serviço, em que se considerava estável o empregado que tivesse 10 anos na empresa. Garantia de emprego é, porém, o nome adequado para o que se chama de estabilidade provisória, pois, se há estabilidade, ela não pode ser provisória.

Podemos concluir pela somatória de todas as teorias adotadas acima e concluir que a garantia de emprego é gênero enquanto a estabilidade é espécie, assim como outras medidas existentes, a fim de manter a relação empregatícia.

Ao fazermos essa distinção, podemos considerar que a garantia de emprego é instituto mais abrangente do que a estabilidade, pois estabelece princípios

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Curso de Direito do Trabalho / Sérgio Pinto Martins. – 5 ed. – São Paulo : Dialética, 2009. Pág. 155

voltados às políticas públicas em busca do emprego e valores sociais do trabalhador, enquanto que a estabilidade pode ser considerada como aquela por tempo de serviço, dos empregados com mais de 10 (dez) anos de empresa.

Conclui-se que trata-se de um direito fundamental conferido ao empregado, que o protege contra a dispensa imotivada ou arbitrária.

3.1.2 - Licença-maternidade e a estabilidade provisória da gestante

De acordo com Maurício Godinho Delgado²¹, antes de partirmos para as práticas atuais acerca da licença maternidade, é necessário fazer uma análise histórica do instituto, senão vejamos:

O tratamento jurídico conferido aos efeitos trabalhistas do afastamento da obreira em virtude da chamada licença maternidade sofreu significativa alteração no Direito do país. Por essa razão, a análise do enquadramento dessa situação contratual supõe o prévio exame da evolução normativa a respeito do problema.

Aspectos Legais – Duas fases são importantes na evolução legal sobre o presente tema no Brasil: antes do efetivo cumprimento dos critérios da Convenção Internacional 103 da OIT, de 1952, e após o início desse cumprimento.

De fato, até a década de 1970, o Brasil, embora subscritor da Convenção 103 da OIT (Decreto de promulgação n. 58.820/1966), não conferia efetiva eficácia social ao critério jurídico acobertado pelo diploma internacional. Dispunha esse diploma que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (art. IV, 8, Convenção 103, OIT). Entretanto, pela lei cumprida no país (art. 392, CLT), o empregador é que suportava, diretamente, o pagamento de todas as parcelas contratuais trabalhistas durante o afastamento de sua empregada.

Por isso, no modelo tradicional então vigorante, o período de afastamento maternidade era, inquestionavelmente, interrupção no contrato de trabalho.

A Lei n. 6.136, de 1974, trouxe importante ajuste na ordem jurídica interna nesse aspecto. Não apenas assegurou prazo de afastamento maternidade de 12 semanas (ou seja, 84 dias, conforme prazo da Convenção 103/OIT), como estipulou que os salários do período do afastamento ficariam sob encargo da Previdência Social (as verbas do

²¹ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado. 12. ed. – São Paulo : LTr, 2013. Pág. 1106/1107

salário maternidade passaram a ter, obviamente, desde então, natureza previdenciária).

O critério da Convenção 103 (e da Lei n. 6.136/74) manteve-se incorporado pelas leis previdenciárias subsequentes do país (hoje, Lei n. 8.213/91, art. 71). A Constituição da República ampliou o prazo de afastamento para 120 dias (art. 7º, XVIII), cabendo os respectivos encargos à Previdência Oficial (Lei n. 8.213/91).

(...)

Novo acréscimo de 60 dias à licença maternidade surgiu com a Lei n. 11.770/2008 (DOU de 10.9.08): para tanto, é necessário que o empregador adira ao Programa Empresa Cidadã, criado pelo diploma legal (art. 1º, caput e § 1º), passando a se valer de incentivo fiscal (art. 5º). A autorização para instituição do mencionado programa no âmbito das entidades da administração pública direta, indireta e fundacional foi fixada pela própria Lei n. 11.770 (art. 2º). Este acréscimo de 60 dias (voluntário, como se percebe) soma-se também à licença recebida para adoção ou obtenção de guarda judicial.

Há duplo mecanismo de pagamento do salário maternidade: ou se faz diretamente pelo INSS à segurada ou se faz por meio do próprio empregador, que, em consequência, realiza compensação contábil frente ao conjunto de recolhimentos previdenciários a serem efetivados no respectivo período. A primeira sistemática sempre se aplicou à empregada doméstica, desde sua inserção no sistema previdenciário; por curto período (de novembro de 1999 até agosto de 2003, em face da mudança trazida à Lei n. 8.213/91 pela Lei n. 9.976, de 26.11.99), esta mesma sistemática também se aplicou a todas as demais obreiras beneficiárias do salário maternidade (empregadas e trabalhadoras avulsas). No entanto, a contar de setembro de 2003 (Lei n. 10.710, de 05.08.03, alterando, mais uma vez, a Lei n. 8.213/91), o pagamento direto pelo INSS atinge apenas às seguintes parturientes vinculadas ao Direito do Trabalho: doméstica, avulsa e empregada adotante de criança ou que obtiver sua guarda judicial para fins de adoção. Já a segunda sistemática de pagamento (feito diretamente pelo empregador, que procede à compensação contábil pertinente) tem favorecido, tradicionalmente, às seguradas empregadas comuns (Lei n. 8.213/91: art. 71 e seguintes). Embora este critério tenha sido sustado entre fins de 1999 até agosto de 2003, em face da Lei n. 9.976/99, ele retornou à prática previdenciário trabalhista desde setembro/03 (Lei n. 10.710/03), aplicando-se, pois, à ampla maioria das seguradas empregadas.

Cumprido esclarecer que a empregada gestante tem direito à licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias sem prejuízo de seu emprego e salário, sendo que tal instituto está previsto em nossa Carta Magna, mais especificamente em seu artigo 7º, inciso XVIII, bem como no artigo 392 da CLT.

O início da licença ocorre, em regra, no 28º dia antes do parto e mediante apresentação de atestado médico por parte da empregada, contudo, em caso de parto

antecipado a licença é assegurada com a mesma duração, ou seja, 120 (cento e vinte) dias.

Insta salientar que a Lei de n. 11.770/08 criou o Programa Empresa Cidadã, com a finalidade de ampliar o direito de licença a maternidade para 180 dias. Contudo, para usufruir deste benefício, a gestante deve apresentar requerimento exposto até o final do primeiro mês após o parto.

No que se refere aos salários do período de licença, estes são pagos pela empresa de forma direta a empregada gestante, contudo, este é um ônus suportado pela Previdência Social com a finalidade de proteção a mulher, visto que após o pagamento do salário à empregada, a empresa deduz o respectivo valor das contribuições previdenciárias que recolheria ao órgão.

Cabe ainda esclarecer o objetivo da licença maternidade, de acordo com o posicionamento de Amauri Mascaro do Nascimento²², conforme segue abaixo transcrito:

A licença tem dois objetivos: possibilitar à mulher a recuperação física do parto e a possibilidade da presença da mãe com a criança em tão importante período. Este segundo motivo levou o legislador, em 2002, a conferir, à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, o direito à licença (CLT, art. 392-A). Portanto, não só a mãe biológica, mas, também, a adotiva tem o direito à licença, porque em ambos os casos a presença da mãe perto da criança é igualmente importante porque a lei (CC, art. 1596) declara que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Já o instituto da estabilidade provisória, garante a empregada gestante a vedação de sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, com previsão expressa no artigo 10, inciso II, letra “b” do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias e também no artigo 391-A da CLT.

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 204

Logo, o único pressuposto para o gozo dessa garantia é a confirmação da gravidez, independentemente de sua prévia comunicação ao empregador ou mesmo a celebração de contrato por prazo determinado.

Essa garantia tem caráter social, ultrapassando o interesse da empregada gestante, uma vez que possui finalidade quanto à existência e bem-estar da criança.

3.2 - A estabilidade da gestante

Conforme exposto acima, a estabilidade da gestante está prevista no artigo 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988, que dispõe acerca da proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O doutrinador Gustavo Filipe Barbosa Garcia²³ esclarece que:

A referida estabilidade é, portanto, provisória, de modo que, como esclarece a Súmula 244, inciso II do TST: “A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se de durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Cabe destacar que a Lei 11/324, de 19 de julho de 2006, acrescentou à Lei 5.859/1972 o seguinte dispositivo:

“Art. 4º - A. 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”.

Logo abaixo, veremos as particularidades atualmente discutidas sobre o tema.

3.2.1 - O que se entende por confirmação da gravidez

O termo “confirmação da gravidez” é utilizado no artigo 10, inciso II, letra

²³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 2 ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2010. Pág. 419

“b”, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 e indica o início do período de estabilidade concedido à empregada gestante. Contudo, temos discussão acerca deste tema, visto que alguns dizem que a estabilidade se inicia na data da gravidez em si, outros dizem que se inicia da data da confirmação da gravidez pelo médico, enquanto que ainda há uma terceira corrente que diz que se inicia da data da comunicação por parte da empregada ao empregador.

Vólia Bomfim Cassar²⁴ esclarece que:

A gestação é o fato jurídico que faz a empregada adquirir o direito à estabilidade. A comunicação é mero requisito da prova do ato e não de substância. Sendo assim, o empregador, mesmo que desconheça o estado gravídico da empregada, não pode demiti-la, porque sua responsabilidade é objetiva.

(...)

Não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência quanto à data do início da estabilidade da gestante, já que o art. 10, II, b, do ADCT menciona como início a confirmação da gravidez, sem especificar se esta deve ou não ocorrer na vigência do pacto.

Para Valentin Carrion o fato de a empregada ter confirmado seu estado gravídico após a ruptura do contrato de trabalho, mas com data de concepção anterior a esta, dá à trabalhadora o direito à reintegração ou à indenização pelo período posterior à confirmação, perdendo o direito aos salários do período compreendido entre a dispensa e a confirmação.

Alice Monteiro e Sérgio Pinto advogam que a empregada despedida, já que tinha confirmado sua gravidez e ingressa em juízo depois de transcorrido parte do período estável, só terá direito às vantagens patrimoniais decorrentes da estabilidade a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista.

(...)

Entretanto, a jurisprudência majoritária se posiciona no sentido de que a empregada terá direito à reintegração ou indenização desde a CONCEPÇÃO (se esta se deu no curso do contrato de trabalho), pois este é o marco inicial da estabilidade, mesmo que a confirmação para a gestante tenha ocorrido após a “dispensa”. Este entendimento visa proteger a gestante, independentemente de qualquer outra medida objetiva, como atestados, exames ou comprovações do estado gravídico. Baseia-se na responsabilidade objetiva do empregador. Ademais, o prazo prescricional para pedido de reparação de lesão trabalhista é de dois anos contados da extinção do contrato.

²⁴ Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1145

Jorge Neto e Cavalcante²⁵ esclarecem que:

Há várias teorias a respeito da estabilidade da gestante. Dentre elas, destacam-se a objetiva e a subjetiva.

A teoria objetiva é baseada na confirmação da gravidez para a própria empregada, logo, a estabilidade no emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador.

(...)

Pela jurisprudência do TST, o que elidia a teoria objetiva era a presença da cláusula normativa que obrigasse a comprovação, o que se fazia por intermédio de um prazo decadencial. A natureza era decadencial. Decorrido o referido prazo previsto na cláusula normativa, sem a efetiva comprovação, havia a perda do direito. Para o TST, a presença dessa cláusula nas negociações coletivas não feria a norma constitucional, a qual reconhecia (e ainda reconhece) a validade dos acordos e das convenções coletivas de trabalho (art. 7º, XXVI), valorizando a autonomia privada coletiva.

Pela teoria subjetiva, a empregada deve comprovar o estado gravídico para o empregador, por intermédio da apresentação do atestado médico ou exame laboratorial.

O STF, no AI n. 448572/SP, pelo voto do Min. Celso de Mello, entendeu que a empregada gestante tem o direito à estabilidade provisória, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva.

(...)

Diante das duas posições: (a) alguns julgados admitem a estabilidade, mesmo após a rescisão contratual, quando a empregada já tinha a ciência da gravidez, independente do conhecimento do empregador, condicionando os salários a partir do ajuizamento da demanda. Justificam a posição, declinando que, ante a ausência do conhecimento pelo empregador, não pode dizer que o mesmo tenha agido de má-fé; (b) outras decisões ainda reconhecem a estabilidade, mesmo quando a gestante vem a ter a confirmação da gravidez após a rescisão.

Diante disso, podemos concluir que a “confirmação da gravidez” a que se refere o artigo 10, inciso II, letra “b”, do ADCT e que garante a estabilidade da grávida em seu emprego, se refere à concepção propriamente dita.

²⁵ JORGE Neto, Francisco Ferreira. Curso de Direito do Trabalho / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. – 2 ed. – São Paulo : Atlas, 2011. Pág. 381/382

3.2.2 - A exigência do exame de gravidez

Essa determinação encontra óbices em dois valores fundamentais, que são o direito à intimidade e vida privada e, o direito de não ser discriminada, visto que submeter a mulher a esse tipo de tratamento, fere o princípio da igualdade e até mesmo o da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não há razões para caracterizar como ato de discriminação, quando se solicita que a empregada realize exame de gravidez, quando da dispensa.

Cumprido esclarecer que as empresas são proibidas, por lei, de exigir testes de gravidez de suas empregadas durante os exames admissionais ou ao longo do contrato de trabalho, sob pena de caracterizar ato de discriminação.

Neste sentido temos os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado²⁶ que explica o seguinte:

As posteriores Leis n. 9.029, de 13.4.1995, e n. 9.799, de 26.5.1999, vieram acentuar o combate à discriminação da mulher trabalhadora.

O primeiro desses diplomas proíbe a “adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação família ou idade” (art. 1º da Lei n. 9.029/95; grifos acrescentados). Com respeito especificamente à mulher considera também práticas discriminatórias a exigência de declarações, exames e medidas congêneres relativamente a esterilização ou estado de gravidez (art. 2º, Lei n. 9.029/95). Veda, ainda, a lei a indução ou instigamento ao controle de natalidade. Porém não considera como tal “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” (art. 2º, Lei n. 9.029/95).

A Lei n. 9.029/95 estabelece (art. 4º), sem prejuízo de penalidades administrativas mencionadas no art. 3º do diploma, que o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes tipificados na lei, faculta ao empregado optar entre duas alternativas reparatórias: ou a reintegração (o texto legal usa o verbete readmissão) com “ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais”, ou, ao revés, a “percepção, em dobro, da

²⁶ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado.

remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais” (art. 4º)

Partilham do mesmo entendimento Amauri Mascaro Nascimento²⁷ e Vólia Bomfim Cassar²⁸, esclarecendo que de fato, o empregador não tem o direito de exigir exame de gravidez à empregada, conforme segue:

Não pode o empregador obrigar a empregada a se submeter ao exame médico de esterilização ou de gestação, porque considerado crime pelo art. 2º da Lei n. 9.029/95 e proibida a prática pelo art. 373-A, da CLT. O exame médico periódico e demissional exigido pelo art. 168 da CLT não inclui o de sangue ou de urina, mas tão somente os superficiais ou os necessários para exercício da função.

Entretanto, cumpre mencionar posicionamentos recentes da Justiça do Trabalho que defendem a ideia de que o empregador pode solicitar o exame no momento da dispensa, com o objetivo de evitar futuras reclamações trabalhistas neste sentido. Vejamos:

02. Recurso ordinário interposto pela Reclamada. 02.01. Dano moral. Teste de gravidez. Particularidades.

A própria Reclamante admite que o “teste de gravidez” teria sido solicitado por uma empregada da Reclamada “após ter ... sido notificada da dispensa” (fls. 4, nº 6) e a proibição de quaisquer práticas discriminatórias, pela Lei nº 9029/95, somente “para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção” (artigo 1º), bem como veda o “rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório” (artigo 4º). Em nenhum momento, a restrição foi imposta em relação ao trabalhador já dispensado do emprego, ou seja, “após ter ... sido notificada da dispensa” (fls. 4, nº 6).

Essa questão já foi examinada por Márcio Túlio Viana, nos seguintes termos: “A norma atua, como se vê, em dois momentos. Primeiro, no pré-contrato, quando o trabalhador ainda está procurando um emprego. Depois, na fase do contrato, quando já existe um vínculo jurídico entre as partes”. “Nada diz a lei sobre o pós-contrato, talvez porque, aparentemente, já não haveria possibilidade prática de discriminação. Mas as aparências enganam: basta notar que o contrato pode continuar gerando efeitos que se estendem no tempo, como no caso de complementação de aposentadorias” (A Proteção

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág. 203

²⁸ Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1146

Trabalhista contra os Atos Discriminatórios (Análise da Lei nº 9.029/95), “in” Discriminação, LTr, S. Paulo, 2000, pág. 357, nº 3.1).

No caso dos autos, a própria inicial não deixou nenhuma dúvida de que a “orientação” (sic – fls. 4) para que a Reclamante se submetesse ao teste de gravidez teria ocorrido somente “após ter ... sido notificada da dispensa” (fls. 4, nº 6), o que revela que o resultando do teste não poderia levar à prática de qualquer ato discriminatório em relação à Reclamante, pelo simples fato de que ela já havia sido dispensada.

Caso o resultado fosse positivo, a Reclamante poderia dele se beneficiar e até mesmo ser reintegrado no emprego, o que somente levaria ao afastamento da ocorrência da prática de qualquer ato discriminatório contra ela. Por outro lado, o tipo penal previsto no artigo 2º da Lei nº 9029/95 não pode ser interpretado isoladamente, mas em consonância com o artigo 1º da mesma Lei, e este último “Nada diz a lei sobre o pós-contrato”, como bem ressaltado por Márcio Túlio Viana. Além disso, o referido tipo penal define como crime a prática discriminatória consistente na “exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez” (artigo 2º, inciso I), obviamente com o objetivo de restringir o “acesso à relação de emprego, ou à sua manutenção” (artigo 1º) ou mesmo ao “rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei” (artigo 4º). Ora, a “exigência” mencionada no artigo 2º, inciso I, da Lei em questão, não pode ser afastada da idéia de “imposição”, quando a própria Reclamante relata que teria sido “orientada pelo Sr. João Goil a falar com a funcionária do departamento de crédito da reclamada” e esta “pediu para que a reclamante urinasse no recipiente para fins de pasmem “fazer o teste de gravidez” (fls. 4, nº 6). A orientação alegada teria sido utilizada no sentido de encaminhamento e o ato de pedir noticiado na inicial guarda bastante proximidade com o de “solicitação”, não podendo ser equiparados à “exigência” contida no tipo penal em comento.

Por último, convém ressaltar que a Reclamada negou ter feito qualquer exigência à Reclamante e que o resultado do teste de gravidez somente poderia trazer benefícios a ela, caso em que era de exigir-se um mínimo de prova dessa alegação, o que não foi providenciado pela Reclamante (fls. 52/53). A Reclamada não admitiu que o teste fosse obrigatório (fls. 52/53), a Reclamante já tinha pleno conhecimento de sua dispensa (fls. 4) e nenhuma prova foi produzida sobre esse fato (fls. 52/53), caso em que não resta nenhuma dúvida de que o dano moral não restou configurado e a indenização respectiva deve ser afastada da condenação.

Uma vez afastada a prática de qualquer ato discriminatório, não se justifica a expedição de ofícios ao Ministério Público do Trabalho e ao Ministério Público Estadual (fls. 190/191). (TRT/15ª Região – Acórdão nº 024248/2002 – Recurso Ordinário – Processo nº 02247-2001-114-15-00-9 – Recorrente: Casas Bahia Comercial Ltda. – Recorrida: Mary Rosa de Aguiar - 9ª Vara do

Em consonância com isto, segue abaixo transcrição de notícia de julgamento da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que esclarece que a inclusão do teste de gravidez nos exames demissionais não causa direito à indenização por danos morais.

Incluir teste de gravidez em exame demissional não gera indenização
6 de março de 2016, 9h42

Incluir testes de gravidez em conjunto de exames demissionais não é suficiente para causar qualquer constrangimento moral. Com esse entendimento, a 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região não acolheu pedido de indenização feito por trabalhadora. Para o colegiado, a obrigação de indenizar exige a prática de ato ilícito atribuído ao empregador ou alguém a seu mando, que resulte em prejuízo ao trabalhador. E isso não aconteceu, segundo a decisão.

Para os desembargadores, ficou constatado que o exame aconteceu com conhecimento da trabalhadora e que, além do mais, não lhe ocasionou qualquer constrangimento. Já na versão da autora da ação, ela teria sido vítima de assédio moral, pois a empresa incluiu o exame sem seu consentimento, e o fato violou sua intimidade e vida privada.

De acordo com o relator, desembargador Júlio Bernardo do Carmo, cujo voto foi acolhido pelo colegiado, o reconhecimento do dano moral e sua reparação têm como objetivo ressarcir o íntimo sofrimento humano, assegurando a convivência respeitosa e a dignidade do trabalhador. Mas, para o julgador, no caso, o procedimento da empresa não ofendeu os direitos de personalidade da reclamante, nem gerou dano ou lesão passíveis de reparação.

Chamaram a atenção do desembargador as declarações de uma testemunha. Ela disse que o exame só foi feito na época da dispensa da reclamante porque ela vinha de uma quarta gestação e a empresa não queria dispensá-la se estivesse grávida. A testemunha também afirmou que a empregada tinha plena ciência do exame de gravidez, o qual, inclusive, tinha acesso com a senha do sistema. *Com informações da Assessoria de Imprensa do TRT-3.*

Revista Consultor Jurídico, 6 de março de 2016, 9h42³⁰

29

http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:AafnYqkUE6gJ:www.trt15.jus.br/voto/patr/2003/011/01129203.doc+exig%C3%AAncia+teste+gravidez+demiss%C3%A3o&site=jurisp&client=dev_index&output=xmI_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8

³⁰ <http://www.conjur.com.br/2016-mar-06/incluir-teste-gravidez-exame-demissional-nao-gera-indenizacao?imprimir=1>

Desse modo, podemos entender que no uso de seu poder diretivo, pode o empregador solicitar que a empregada realize o teste de gravidez quando do ato da demissão, para que caso de resultado negativo, possa efetivar a demissão com segurança, pagando-lhe apenas as verbas rescisórias condizentes à dispensa sem justa causa ou, mantê-la no emprego até que cesse sua estabilidade provisória, em caso de confirmação da gestação.

Tal medida evita futuras discussões na Justiça do Trabalho acerca deste tema e garante vantagens para ambos, já que a gestante fica ciente e tranquila da sua estabilidade e percepção de salário até cinco meses após o parto e o empregador, por sua vez, permanece com a empregada no labor e fica resguardado pela previdência social quando do período relativo à licença maternidade, visto que é reembolsado do valor pago à gestante durante o período do referido benefício.

Dessa forma, podemos concluir que vem se tornando cada vez mais forte o entendimento de que o pedido – não a exigência, já que fica ressalvado o direito da empregada de negar a se submeter ao referido exame –, de teste de gravidez juntamente com os demais exames demissionais, não se trata de discriminação e sim de medida preventiva e securitária para empregada e empregador.

3.2.3 - A garantia de emprego da gestante no contrato de experiência

Conforme já exposto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 instituíram-se os direitos sociais com o propósito de assegurar aos brasileiros e estrangeiros uma vida com um patamar mínimo de vida digna. Além de outras garantias, o artigo 7º do Diploma traz uma série de direitos destinados à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Em meio a isso, cumpre destacar a proteção à empregada gestante, vez que para eliminar qualquer chance de dispensa arbitrária, discriminatória e sem justa causa, a legislação estabeleceu a garantia de emprego a essa trabalhadora, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Muito embora tal regra fosse considerada um avanço, não protegia de fato todas as empregadas gestantes e, conseqüentemente não protegia todos os nascituros, já que de acordo com a súmula 244 do TST, os contratos de trabalho por prazo determinado não estavam incluídos nessa proteção.

Na época, acreditava-se que a extinção do contrato de experiência se encerrava pelo término do prazo, e não em razão de dispensa arbitrária ou sem justa causa. O item III da súmula que ditava que essa estabilidade não poderia ser aplicada a esse tipo de contrato, conforme segue abaixo:

Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Portanto, era possível dispensar a trabalhadora gestante durante a relação de trabalho estabelecida por contrato de experiência. Apenas a título de esclarecimento, o contrato de experiência nas palavras de Alice Monteiro de Barros³¹ é:

(...) modalidade de ajuste a termo, de curta duração, que propicia às partes uma avaliação subjetiva recíproca: possibilita ao empregador verificar aptidões técnicas e o comportamento do empregado e a este último analisar as condições de trabalho.

Contudo, no ano de 2012, foi dada nova redação a este item da súmula 244 do TST, com a finalidade de estender a proteção com garantia de emprego a todas as empregadas gestantes e aos seus filhos, senão vejamos:

Súmula nº 244 do TST

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

(...)

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória

³¹ Barros, Alice Monteiro de – Curso de direito do trabalho / Alice Monteiro de Barros. – 4 ed. ver. e ampl. – São Paulo - : LTr, 2008. Pág. 478

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

A partir de então, todas as empregadas gestantes, inclusive as que estavam sob o regime do contrato por prazo determinado, teriam a garantia de estabilidade pelo prazo determinado no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias de nossa Carta Magna.

Conforme mencionado acima, antes da nova redação da súmula 244 do TST, a empregada gestante não teria direito a estabilidade provisória em contrato por prazo determinado, tendo em vista que estaria ciente da data final do termo, não podendo criar expectativas após esse prazo.

Maurício Godinho Delgado³² nos ensina o seguinte sobre o tema:

A primeira das exceções não era reconhecida pela jurisprudência até recentemente, tendo se tornada hegemônica apenas a partir do ano de 2010 na maioria das turmas e na Seção de Dissídios Individuais I do Tribunal Superior do Trabalho. Em 2012, pacificou-se no item III da Súmula 378, como visto.

A segunda das exceções aqui apontadas não era reconhecida pela jurisprudência trabalhista até 2011, tendo contra si até mesmo o antigo texto da Súmula 244, III, da Corte Superior Trabalhista. Trata-se da garantia da gestante e do nascituro, que também foi reconhecida pela Constituição da República (art. 10, II, “b”, ADCT da CF/88). Felizmente, contudo, a jurisprudência evoluiu, consagrando tal garantia também nos contratos a termo, em conformidade com a nova redação conferida ao item III da Súmula 244 pelo TST em setembro de 2012: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

(...)

Por longos anos, entretanto, compreendeu a jurisprudência que tal proteção não seria estendida contratos a termo, mas somente àqueles de duração indeterminada (nesta linha, a antiga redação do item III da Súmula 244 – alterada, por fim, em 2012).

Sofreu críticas a linha jurisprudencial trabalhista precedente. Isso porque tal garantia de emprego resulta também de irreprimível força

³² Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado.

constitucional, desde 5.10.1988, ultrapassando, ademais, o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde e assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestão e da criança recém-nascida.

Havendo, desse modo, interesse público com relação à tutela da mãe trabalhadora, de sua gestação e subsequente parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascitura, ganha destaque a garantia constitucional, afastando óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT).

O Supremo Tribunal Federal tem prolatado diversos julgados na linha afirmativa dessa garantia mesmo em vínculos administrativos precários, de duração determinada, colocando em questão, desse modo, o império da interpretação há tempos dominante no plano trabalhista. Felizmente, em 2012 o TST alterou sua antiga interpretação, conferindo nova redação garantista ao item III da Súmula 244.

De acordo com a transcrição acima, a jurisprudência do trabalho passou a sofrer críticas acerca de seu posicionamento decorrente da não concessão de estabilidade provisória nos contratos de experiência.

E isso decorre do fato de que, com base nos princípios constitucionais, a garantia de emprego às empregadas gestantes tem fins de saúde e assistência social, tanto para a mãe como para criança, sendo interesse da sociedade como um todo. Desta forma, não deveria haver diferenciação nas grávidas inseridas nos contratos por prazo indeterminados, das inseridas nos contratos por prazo determinado, como é o de experiência.

Cabe fazer um apontamento acerca dos contratos temporários e a publicação de recente notícia acerca de decisão judicial³³ que trata da não concessão de estabilidade de uma grávida contratada para trabalho temporário, senão vejamos:

33

http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias?p_auth=d8N66CCo&p_p_id=101_INSTANCE_89Dk&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_89Dk_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fexport_journal_article&_101_INSTANCE_89Dk_groupId=10157&_101_INSTANCE_89Dk_articleId=21477778&_101_INSTANCE_89Dk_targetExtension=pdf

Gestante contratada para trabalho temporário não consegue estabilidade provisória

Uma trabalhadora temporária que buscava o reconhecimento da estabilidade provisória garantida à gestante teve seu recurso rejeitado pela Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Admitida em pela Job Center do Brasil Ltda. para prestar serviços à Elevadores Otis Ltda. como assistente administrativa pelo prazo de 90 dias, renovado por igual período, ela foi dispensada ao final do contrato. A recorrente alegou que a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), que julgou improcedente seu pedido, contrariou a nova redação da Súmula 244, item III, do TST, e pretendia o pagamento integral dos salários e demais verbas desde a dispensa até cinco meses após o parto. Para o relator do recurso, ministro Hugo Carlos Scheuermann, o reconhecimento da garantia de emprego à empregada gestante não combina com a finalidade da Lei 6.019/74, que regulamenta o trabalho temporário, "que é a de atender situações excepcionálíssimas, para as quais não há expectativa de continuidade da relação", destinado ao atendimento de acréscimo extraordinário de serviços. "Não se pode desvirtuar o objetivo da lei, principalmente quando ela própria exige que as condições dessa modalidade de contratação sejam muito bem esclarecidas ao trabalhador". Scheuermann salientou ainda que a legislação previdenciária não deixa a trabalhadora gestante ou o nascituro em desamparo. Súmula 244. O relator explicou que a Súmula 244 faz referência genérica a contrato por tempo determinado, e que os precedentes que orientaram sua redação e as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria não apreciaram as particularidades que envolvem o trabalho temporário em relação à garantia de emprego para a gestante. O tema, a seu ver, ainda comporta discussão no âmbito do TST, pelas características peculiares desse tipo de contratação. Para o ministro, o trabalho temporário, apesar de garantir alguns direitos ao trabalhador, como remuneração equivalente à recebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, "é uma forma de relação precária", com prazo que não pode exceder três meses, salvo autorização pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Essa modalidade de contratação, no seu entender, difere do contrato por prazo determinado, regulado nos artigos 479 a 481 da CLT. "O trabalho temporário possui regramento próprio, inclusive quanto às consequências decorrentes da rescisão antecipada", esclarece. Scheuermann divergiu do relator do processo, desembargador convocado Marcelo Lamego Pertence, que provia o recurso para deferir o direito à estabilidade, mas ficou vencido. (Lourdes Tavares/CF) Processo: RR-1143-41.2014.5.02.0070

Na notícia transcrita acima, o relator esclarece que a súmula 244 faz menção generalizada acerca da sua aplicação nos contratos a termo e, que os precedentes que orientaram sua redação e as decisões do Supremo Tribunal Federal, não apreciaram as particularidades que envolvem o trabalho temporário em relação à garantia de emprego para a gestante. Desta forma, afirma ainda que o tema comporta discussão no âmbito do TST, pelas características peculiares desse tipo de

contratação.

Vale lembrar, portanto, que é fato que o item III da súmula em estudo, informa que a estabilidade provisória contida no artigo 10, inciso II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, será concedida até mesmo para as empregadas gestantes inseridas em contratos de trabalho por prazo determinado.

Amauri Mascaro Nascimento³⁴ nos ensina o seguinte sobre contrato de trabalho temporário e por prazo determinado:

Não se confunde também as figuras do trabalhador temporário e do empregado contratado a prazo certo. Aquele é contratado pela empresa de trabalho temporário, que o envia para prestar serviços ao seu tomador ou cliente. Assim, a presença física do trabalhador temporário nas dependências do tomador ocorre não porque mantém um vínculo direto com este, mas porque lá está em nome da empresa de trabalho temporário. O empregado contratado a prazo certo está numa empresa porque tem um contrato de trabalho direto com ela, que, por tal motivo, responderá por seus direitos e o subordinará. Observa-se, dessa maneira, que as necessidades transitórias de pessoal de um empregador podem ser satisfeitas de dois modos diferentes, com empregados a prazo certo ou com trabalhadores temporários.

Considerando todo o exposto, cabe frisar que a proteção se destina à empregada gestante e, conseqüentemente ao nascituro, por ter manifestos fins de saúde e assistência social. Desta forma, podemos entender que no caso em questão, ou seja, da exclusão da proteção no caso da empregada gestante contratada de forma temporária, retornamos novamente ao tempo em que a jurisprudência trabalhista sofria severas críticas em vista de seu posicionamento acerca da desproteção das empregadas gestantes contratadas por prazo determinado.

Isso se deve ao fato de que, a garantia de emprego decorre de norma constitucional que visa interesse público com relação à tutela da mãe trabalhadora e de seu filho sem distinções, afinal, a criança que vai nascer, precisa de alimento,

³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág 183

vestuário, medicamentos, itens de higiene etc., assim como os filhos das mães que estão inseridas em contratos por prazo indeterminado e determinado.

Por todo o exposto, entendemos que o item III da súmula 244 do TST pode ser aplicada às gestantes contratadas para o trabalho temporário.

3.2.4 - A garantia de emprego durante o aviso prévio

O conceito doutrinário quanto ao aviso prévio é tido, como uma comunicação que uma parte faz à outra de sua intenção de rescindir o contrato de trabalho, conforme nos ensina Amauri Mascaro Nascimento³⁵:

Aviso prévio quer dizer comunicação que a parte que quer rescindir o contrato sem justa causa deve fazer à outra. Significa, também, o período durante o qual, após essa comunicação, o empregado ainda ficará trabalhando na empresa. Tem o sentido, finalmente, de pagamento em dinheiro do empregador ao empregado relativo a esses dias, mesmo que o trabalho não seja prestado.

Dessa tríplice natureza, comunicação, tempo e pagamento, deve resultar o seu conceito.

Aviso prévio é a comunicação da rescisão do contrato de trabalho pela parte que decide extingui-lo, com a antecedência a que estiver obrigada e com o dever de manter o contrato após essa comunicação, até o decurso do prazo nela previsto, sob pena de pagamento de uma quantia substitutiva, no caso de ruptura do contrato.

Neste caso, paga a quantia substitutiva e dispensado o empregado de cumprir o tempo que corresponderia ao aviso prévio se tivesse que prestá-lo no serviço, esse tempo é, da mesma forma, mesmo sem a prestação de serviço, contado como efetivo tempo de trabalho (CLT, art. 487, § 6º).

O artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, prevê o direito dos empregados urbanos e rurais ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias.

No que se refere ao tema tratado no presente tópico, temos a redação do

³⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho/Amauri Mascaro Nascimento – 39ª ed. – São Paulo: LTr, 2014. Pág 441

artigo 391-A da CLT que estabelece o direito da gestante à garantia de emprego mesmo que tenha engravidado durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado e não cumprido, visto que o contrato de trabalho ainda continua ativo.

Em consonância com isto, temos o artigo 487, § 1º da CLT que esclarece que a falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo deste período, garantida sempre a integração desse lapso no seu tempo de serviço.

A Orientação Jurisprudencial de n. 82 da SDI-1 do TST 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.

Além disso, um dos efeitos decorrentes da concessão do aviso prévio é a possibilidade de reconsideração, na qual as partes de comum acordo mudam de ideia e decidem manter o contrato de trabalho como era antes, conforme esclarece o artigo 489 da CLT.

Quando do pedido de demissão por parte da empregada, há discussão, contudo, o que tem prevalecido é o entendimento de que não é garantida a estabilidade provisória neste caso, já que o artigo 10, II, letra b, do ADCT, trata dos casos decorrentes de dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à manutenção do vínculo no período correspondente, uma vez que o aviso prévio integra o contrato de trabalho, para todos os efeitos, inclusive para incidência da estabilidade no emprego. Portanto, ocorrida a concepção no curso do aviso prévio, isto é, na vigência do contrato de trabalho, seja ele indenizado ou não, há a incidência da garantia de emprego a que se refere o artigo 10, II, letra b, do ADCT, resguardando a gestante contra a ruptura contratual arbitrária ou sem justa causa.

3.2.5 - A garantia de emprego da mulher no emprego na hipótese de interrupção da gravidez

Conforme exposto anteriormente, garante-se o emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto (ADCT, artigo 10, inciso II, alínea b). Todavia, o dispositivo constitucional deixou de prever a hipótese ou não do direito à estabilidade em caso de aborto não criminoso.

Diante disso, a jurisprudência majoritária tem entendido que em caso de interrupção da gravidez por aborto não criminoso, a estabilidade provisória do ADCT não se aplica, contudo, reserva-se à mulher direito a repouso remunerado de 2 (duas) semanas, nos termos do artigo 395 da CLT.

Vólia Bomfim Cassar³⁶ afirma o seguinte sobre o tema:

Independente do nascimento com vida da criança ou da interrupção da gestação por aborto espontâneo, tem a trabalhadora estabilidade enquanto estiver grávida. A controvérsia quanto à manutenção da estabilidade surge a partir da interrupção da gravidez ou pelo nascimento sem vida da criança.

Para a medicina, considera-se aborto a perda do embrião e parto o nascimento com ou sem vida do feto. O embrião se torna feto após a 12ª semana completa de gestação.

(...)

Para os casos de nascimento sem vida, ou com morte pós-parto da criança, a doutrina e jurisprudência não afinam no mesmo diapasão.

A primeira corrente entende que houve parto, assim entendido como o nascimento com ou sem vida da criança, (ou após a 12ª semana completa, conforme a medicina, ou após a 23ª semana de gestação, conforme a previdência), este é o fato gerador da estabilidade, na forma da interpretação literal do dispositivo constitucional.

Portanto, teria a mulher a mesma estabilidade que a mãe que acabou de parir seu filho com vida.

A segunda corrente, em sentido contrário, equipara o nascimento sem vida ao aborto, mesmo que após a 12ª ou 23ª semana, acarretando apenas o direito ao repouso previsto no art. 395 da CLT. Argumentam que em caso de morte de filho (em outra fase da vida) a CLT garante apenas o descanso de dois dias – art. 473, I da CLT, logo o repouso

³⁶ Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1148 à 1150

remunerado de duas semanas é mais benéfico que a regra geral. Ademais, a estabilidade de cinco meses após o parto destina-se à criança, à maternidade, o fato não ocorreu.

Não concordamos com esta corrente, pois a gestante que perde seu filho após a 12ª semana, seja no início ou no fim da gestação, além da perda irreparável, sofre com a queda brusca dos hormônios, que geram efeitos colaterais mais graves, tanto psicológicos, como físicos. Além do mais, se a própria previdência garante a licença maternidade nestes casos, porque o empregador não garantiria a estabilidade, já que não terá prejuízos financeiros com este afastamento?

Alice Monteiro de Barros³⁷ segue no mesmo sentido, vejamos:

Por aborto, entendia-se a interrupção da prenhez antes que o feto fosse viável, isto é, antes que o feto pudesse viver fora do útero materno, o que ocorria dos sete meses da gestação em diante. A morte do feto é requisito indispensável. Em face do avanço científico e tecnológico, o conceito de aborto sofreu alteração no decorrer dos anos. Atualmente, é definido pela doutrina “como a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal. O conceito de viabilidade fetal é discutido. No momento, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, consideram-se inviáveis fetos com menos de 20 semanas de idade gestacional ou peso inferior a 500 gramas. Excepcionalmente, fetos com essas características sobrevivem. A vigésima semana é contada a partir do primeiro dia da última menstruação. O aborto pode ser espontâneo ou provocado. O primeiro é consequência de estados patológicos da mãe ou do feto, impeditivos de prosseguimento da gestação. O provocado pode ser legal ou criminoso. Legal é o aborto provocado nos casos em que a lei o autoriza. Criminoso é o provocado fora dos casos legais.

Se a gravidez for interrompida em virtude do aborto não criminoso, evidenciado por atestado médico do SUS, à empregada será concedido um repouso remunerado de duas semanas (art. 395 da CLT), ficando a cargo da Previdência Social o pagamento correspondente, desde que mantida a relação de emprego, (art. 95 do Decreto n. 3.048, de 1999). A licença se justifica por motivos de ordem fisiológica.

Vale observar que a legislação brasileira só assegura a licença em caso de aborto, se esse não for criminoso. Entretanto, verifica-se que o art. 131, II, do texto consolidado, em face da nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.921, de 25 de julho de 1994, ao considerar o aborto ausência legal computada para fins de férias, já deixa de mencionar o fato de não ser ele criminoso, preocupando-se apenas com a saúde da empregada. Logo, a par dos problemas éticos que envolvem a questão, inexistente justificativa para se condicionar a licença a que alude o art. 395 ao aborto não criminoso, mormente se

³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008. Pág. 1090/1091

considerarmos que 50% da mortalidade materna na América Latina é proveniente de aborto clandestino e o Brasil possui aproximadamente a cifra de 5.000 mortes por ano, de mulheres no ciclo gravídico puerperal. Na hipótese de aborto, deverá a empregada comunicar o fato ao empregador ou ao Juízo se já tiver ajuizado a ação, sob pena de incorrer na prática de omissão dolosa, induzindo o julgador a emitir pronunciamento não condizente com a verdade.

No que se refere à natureza deste lapso, a saudosa doutrinadora³⁸ nos ensina que:

Esse afastamento melhor se situa como hipótese de suspensão do contrato. A começar que o principal traço utilizado pela doutrina – o salário – para caracterizar a interrupção está ausente.

Ocorre, na hipótese, cessação temporária da obrigação de prestar um trabalho e da obrigação correspondente de pagar salário, por um período razoável, inconfundível com a interrupção contratual, cuja ausência do trabalhador não afeta propriamente a relação jurídica, que continua em plena atividade, salvo “exclusivamente” no que tange à prestação de serviços, que fica paralisada.

Tal tema foi discutido pela Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (Goiás), conforme transcrição abaixo da notícia de decisão judicial³⁹:

Gestante tem direito à estabilidade provisória até duas semanas após aborto espontâneo

Uma ex-empregada da empresa Projeto Mares Construtora e Incorporadora Ltda obteve na justiça trabalhista o direito a estabilidade provisória desde a data da dispensa imotivada até duas semanas após o aborto sofrido. A decisão é da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (GO), que confirmou que, pelo fato de a trabalhadora ter sofrido aborto não criminoso, faz jus à indenização substitutiva do período em que esteve grávida até duas semanas após a interrupção da gravidez, conforme o art. 395 da CLT.

A trabalhadora foi admitida pela empresa mediante contrato de experiência. No dia seguinte ao vencimento do contrato a obreira fez exame que comprovou a gravidez, fato que, segundo o relator do processo, desembargador Geraldo Nascimento, já garante a estabilidade provisória no emprego. Nesse caso, entretanto, a

³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho / Alice Monteiro de Barros.

– São Paulo : LTr, 1995. Pág. 255

³⁹ <http://www.trt18.jus.br/portal/noticias/gestante-tem-direito-a-estabilidade-provisoria-ate-duas-semanas-apos-aborto-espontaneo/>

trabalhadora sofreu aborto não criminoso cerca de três meses após sua saída da empresa. “Nesse cenário, o lapso temporal a ser indenizado corresponde ao compreendido entre a data da dispensa obstativa e o término das duas semanas após a interrupção da gestação, segundo dispõe o art. 395 da CLT”, explicou o magistrado.

Para o relator, o fato de o empregador, e até mesmo a empregada, desconhecer a gravidez, no ato da dispensa imotivada, não tem o condão de afastar o direito constitucional à estabilidade provisória da gestante. “A responsabilidade objetiva patronal dispensa a comunicação do estado gestacional como condição ao direito da obreira. O art. 10, II, “b”, do ADCT, da CF/88, ao assegurar a garantia no emprego a partir da confirmação da gravidez, não condicionou a proteção à maternidade ao conhecimento da gravidez pelo empregador consoante Súmula nº 244, I, do TST”, comentou.

Em relação ao pedido de indenização por danos morais, sob a alegação de que a dispensa em período de estabilidade gestacional teria sido discriminatória, o desembargador-relator considerou que não ficou provado que a trabalhadora teria sido dispensada por estar grávida. O magistrado observou também que não há nos autos nenhuma prova testemunhal ou documental que demonstre que a empresa tenha faltado com a boa-fé, motivo pelo qual ele reformou a decisão para excluir a indenização. Assim, a Primeira Turma condenou a empresa ao pagamento de indenização substitutiva do período em que a trabalhadora esteve grávida e reformou a decisão de 1º grau com relação à indenização por danos morais.

Processo: RO-0010750-69.2013.5.18.0102

Desse modo, podemos concluir que fica resguardado à empregada o direito à estabilidade provisória desde a concepção até a data do aborto, sendo que a explicação para tanto é de que o direito à estabilidade visa tutelar o nascituro.

Contudo, considerando que essa previsão constitucional tem caráter social, podemos concluir que a mulher que teve a gravidez interrompida de forma natural, ou seja, por motivo alheio à sua vontade e, conseqüentemente, passa por momento de desequilíbrio emocional e, muitas vezes familiar, deve ter a garantia de emprego garantida por pelo menos este lapso temporal.

3.3 - A garantia de emprego da gestante e a súmula 244 do TST

Nossa Constituição Federal garante à empregada gestante estabilidade no emprego desde o momento da confirmação da gravidez, de acordo com a previsão nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias artigo 10, II, “b”: “Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a

confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Desde muito tempo, é uma constante a preocupação dos tribunais de todo país com a empregada gestante e a vida do nascituro, visto que antes mesmo da promulgação da nossa atual Carta Magna, o Tribunal Superior do Trabalho já previa através da súmula 244, com redação original no ano de 1985, a seguinte orientação:

Nº 244 Gestante - Garantia de emprego: Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985
A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.

Considerando o caráter social da estabilidade de emprego da empregada gestante, podemos notar que a cada alteração da sua redação, a súmula 244 do TST segue priorizando a garantia da dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1, III da Constituição Federal. Atualmente, a redação é a seguinte:

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

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)

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

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Para que não restem dúvidas acerca do tema, podemos fazer uma pequena análise das inserções e alterações ocorridas na súmula 244 do TST, conforme segue:

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade;

Cumpra novamente esclarecer que o que determina a estabilidade da empregada grávida não é a comunicação ao empregador e sim, a concepção durante o contrato de trabalho.

Quanto ao momento do conhecimento do estado gravídico e início da estabilidade, segue abaixo ementa de acórdão no qual foi aplicado os ensinamentos acima:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão lavrado em processo submetido ao rito sumaríssimo depende de demonstração inequívoca de afronta direta à Constituição da República ou de contrariedade a Súmula de jurisprudência uniforme desta Corte. Comprovada a gravidez no momento da despedida, irrelevante eventual desconhecimento pelo empregador, segundo o entendimento consagrado na Súmula 244, item I, desta Corte. Afronta ao art. 10, inciso II, alínea -b-, do Ato das Disposições Constitucionais não configurada. Aplicação do art. 896, § 6º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 172040-42.2002.5.12.0039 , Relatora Juíza Convocada: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 25/05/2005, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005)⁴⁰

Cumpra esclarecer que tal medida baseia-se na responsabilidade objetiva do empregador e visa a proteger gestante e nascituro, já que normalmente as mulheres só têm ciência de seu estado gravídico após semanas de gestação, sendo que as punir com a perda da estabilidade por não informar seu estado no momento da rescisão contratual, vai de encontro com tudo o que foi defendido até o momento.

Alice Monteiro de Barros⁴¹ segue na mesma posição, senão vejamos:

Sustenta uma corrente doutrinária que a confirmação é um “ato formal a ser praticado; caberá à interessada a demonstração da gravidez, porém só depois que o fizer será protegida. Diverge o critério agora adotado da concepção objetivista sufragada pelos Tribunais do

⁴⁰ <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>

⁴¹ BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho / Alice Monteiro de Barros.

Trabalho...” (grifou-se.

Continuamos nos filiando às correntes doutrinária e jurisprudencial que entendem que a gravidez da empregada vincula-se à teoria do risco objetivo, do risco social, porquanto o Direito do Trabalho não protege, simplesmente, o conhecimento da gravidez, nem sua divulgação, mas a gestação, na sua grandeza biológica.

O termo “confirmar” não altera o critério objetivista, sufragada pelos tribunais do trabalho, segundo o qual a “garantia de emprego” e a licença maternidade independem da comunicação da gravidez ao empregador.

Ora, confirmar significa ratificar, tornar uma coisa certa, dar certeza, mostrar a verdade, demonstrar, comprovar, enquanto comunicação pressupõe mensagem, informação que alguém presta a outrem. A primeira não exige a presença de outra pessoa, a segunda sim. Ou seja, pode-se confirmar um fato para si mesmo. Já a comunicação se faz para outrem. Com esse argumento, conclui-se que o termo confirmação, no dispositivo constitucional em exame, não tem sentido de aviso que deva ser feito pela empregada ao empregador. Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego.

Para que não restem dúvidas quanto ao tema, também cabe esclarecer que já houve entendimento de que a estabilidade poderia ser perdida em caso de falta de comunicação ao empregador quando determinado em cláusula de norma coletiva ou ainda, por conta de prazo máximo estabelecido para esta comunicação, conforme ensinava a Orientação Jurisprudencial de n. 88 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho.

Contudo, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a estabilidade para gestante é direito indisponível não comportando transação para reduzi-lo, sendo nula qualquer cláusula de convenção ou acordo coletivo que estabeleça requisitos para obtenção da estabilidade. Nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 30 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho:

Nos termos do art. 10, II, “a” do ADCT a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Fica claro, portanto, que independente de qualquer notificação, constatada a gravidez da empregada durante o contrato de trabalho, inclusive no período do aviso prévio indenizado, faz jus à garantia provisória de emprego nos termos do artigo 10, II, "b" do ADCT, podendo ser demitida apenas se cometer falta grave prevista no artigo 482 da CLT.

Dando sequência ao estudo, partimos para o item II, que segue abaixo transcrito:

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

Conforme já exposto anteriormente, a redação original da súmula 244 previa o pagamento dos salários e vantagens correspondentes ao período de estabilidade, não autorizando a reintegração.

Com relação a este tema, Vólia Bomfim Cassar⁴² esclarece o seguinte:

A antiga redação da Súmula nº 244 do TST consagrava que a gestante não tinha direito à reintegração, mas sim à indenização (salários e demais direitos) do período. Esta posição se explicava porque a gestante não tinha qualquer estabilidade legal antes da Carta de 1988, logo, sua estabilidade estava prevista em norma autônoma, de natureza privada, cuja infração acarreta a respectiva indenização.

Após a Constituição a gestante dispensada sem justa causa terá direito à reintegração enquanto estiver em curso sua estabilidade, salvo quando o julgador perceber que há animosidade entre empregada e empregador, quando poderá converter esta reintegração no valor pecuniário substitutivo. Por este motivo, a redação da súmula foi alterada – vide Súmula nº 244, II, do TST.

Diferente é a situação da doméstica, pois sua reintegração depende da concordância expressa do empregador, já que a casa é o asilo inviolável. Não autorizando, terá ela direito aos salários do período.

Nesse mesmo sentido, convêm colacionar posicionamento jurisprudencial

⁴² Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1146

desse período anterior à nossa Carta Magna, que corrobora com a explanação supra:

GESTANTE - GARANTIA NO EMPREGO - INDENIZAÇÃO SALARIAL - Independente da ciência do empregador, a gravidez da empregada, para a percepção de seus direitos. O que é de essência é a objetividade do fato e, não o conhecimento do empregador. O art. 10, II, b, ADCT, visou impedir a despedida arbitrária da empregada gestante, que, por recepção do art. 165, consolidado, ajustasse o que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Ainda, não conferiu o legislador estabilidade no emprego, mas sim garantia de emprego. Daí ser a razão da indenização salarial e, jamais ao direito de reintegração, como expresso no Enunciado da súmula 244, do C - TST. (TRT-09ª R. - RO 9.307/92 - 2ª T. - Ac. 11.856/93 - Rel. Juiz Lauro Stellfeld Filho - DJPR 08.10.1993)⁴³

Antes mesmo da alteração ocorrida em 2003, a jurisprudência dos Tribunais já trazia o novo posicionamento de garantia do emprego, e, não mais apenas a indenização dos direitos trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho, nos casos de real possibilidade jurídica de reintegração da trabalhadora durante o período de estabilidade.

Com a alteração, que inseriu a redação do inciso II da súmula 244, finalmente fixou-se a garantia de emprego ao determinar a reintegração e não indenização, isso enquanto a mulher estiver no período de estabilidade, impedindo assim a discriminação da mulher gestante a qual deve ser integrada ao ambiente de trabalho.

Jorge Neto e Cavalcante⁴⁴ levantam algumas problemáticas sobre este tema:

O primeiro problema que se pode destacar ocorre quanto a trabalhadora prejudicada ingressa em juízo requerendo a sua reintegração vários meses depois da dispensa.

Apesar da lesão ao direito da trabalhadora ter sido ocasionada por culpa do empregador, considerando que o direito não ampara ao que dorme, além dos princípios da razoabilidade e da boa-fé, a jurisprudência acabou por excluir a indenização pecuniária dos meses

⁴³ <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71589760/djpa-10-06-2014-pg-1879>

⁴⁴ JORGE Neto, Francisco Ferreira. **Curso de Direito do Trabalho** / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. – 2 ed. – São Paulo : Atlas, 2011. Pág. 376/378

em que a trabalhadora se manteve inerte, reconhecendo-a apenas a partir do ingresso da ação.

Outro problema envolvendo a estabilidade temporária ocorre quando a ação trabalhista é proposta após o término do prazo da estabilidade temporária, mas ainda no prazo constitucional da prescrição de dois anos. Nesses casos, o objeto da ação é a indenização pecuniária pela dispensa indevida no período de estabilidade.

É o que explica Alice Monteiro de Barros⁴⁵:

A Constituição da República de 1988 ampliou a garantia de emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988).

Considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do art. 165 da CLT. Afora das hipóteses de dispensa, fundada nas razões mencionadas, o objetivo da Constituição é proteger o emprego contra resilição unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, em princípio, é a reintegração no emprego, diante do fim perseguido pela normativa em questão. Se a decisão for proferida quando já não houver possibilidade de reintegrá-la serão devidos os salários e demais direitos correspondentes ao respectivo período entre a data da despedida e o final da estabilidade (súmula n. 244, inciso II, e súmula n. 396, inciso I do TST). Não haverá nulidade por julgamento extra petita da decisão que deferir salário quando o período for de reintegração, por aplicação analógica do art. 496 da CLT (súmula n. 396, inciso II do TST).

Para evitar que a reintegração em exame não se efetive, sugerimos seja inserida no art. 659 da CLT, à semelhança do que se verificou com o dirigente sindical, uma antecipação de tutela para esses casos de garantia de emprego, que põem em risco direitos relevantes das partes, como o direito ao emprego e à prestação laboral correspondente. Essa medida já está prevista na legislação da Nova Zelândia, especificamente para a empregada gestante.

Determinada a reintegração no emprego, porque nula a despedida, eventual recusa da empregada configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo justificável.

⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

Prosseguindo, segue a transcrição do item III da referida súmula:

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A mudança ocorrida em 2012 demonstra a real preocupação do judiciário com o nascituro e a garantia do emprego para as mulheres gestantes admitidas através de contrato por tempo determinado.

Cumprе ressaltar que a redação antiga do item III da súmula 244 do TST, previa que a gestante admitida mediante contrato de experiência (contrato por prazo determinado) não tinha o direito da estabilidade provisória concedido às empregadas gestantes que estavam em contrato por prazo indeterminado, o que permitia o empregador contratar a título de experiência, por exemplo, e ao final do contrato, dispensar arbitrariamente ou sem justa causa a trabalhadora grávida.

De acordo com Maurício Godinho Delgado⁴⁶:

Essa garantia, dotada de força constitucional, ultrapassa o âmbito do interesse estrito da empregada grávida, por ter manifestos fins de saúde assistência social não somente com respeito à própria mãe trabalhadora como também em face de sua gestação e da criança recém-nascida.

Havendo, desse modo, evidente interesse público com vista às proteções à mãe trabalhadora, sua gestação e parto, além do período inicial da maternidade, interesse público que se estende também à criança nascituro, ganha destaque a garantia constitucional, afastando óbice criado pela Consolidação das Leis do Trabalho com respeito aos contratos a termo (art. 472, § 2º, CLT).

Há que se registrar, contudo, que a jurisprudência trabalhista por longo período não absorveu essa situação excetiva, considerando incompatível com contratos a termo a garantia de emprego da trabalhadora gestante parturiente (antigo item III da Súmula 244 do TST). Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal vinha brandindo com insistência a efetividade da garantia fixada pelo art. 10, II, "b", do ADCT da Constituição, mesmo nos casos de relações administrativas

⁴⁶ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado.

precárias e a prazo no âmbito da Administração Pública.

Reaberto o debate na comunidade jurídica, parece-nos irreprimível a tendência no alargamento da efetividade dos direitos humanos e sociais trabalhistas, em especial quando possuem matriz na própria Constituição. Foi o que, felizmente, acolheu o TST ao conferir nova redação ao item III de sua Súmula 244: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

Vólia Bomfim Cassar⁴⁷ explica o que ocorre nestes casos da seguinte maneira:

Em princípio, o termo final dos contratos a termo não é protraído em virtude da aquisição da estabilidade, pois o que a estabilidade impede é a despedida imotivada. O implemento do termo final acarreta a morte natural do contrato, não havendo dispensa, mas sim extinção normal.

Todavia, entendemos que o trabalhador estável, aí incluída a gestante, tem estabilidade durante o contrato, isto é, enquanto não for implementado seu termo final, impossibilitando a despedida imotivada antes deste, quando seria devida a indenização contida no art. 479 da CLT para as dispensas permitidas, sem justa causa.

A atual redação do inciso III da súmula nº 244 do TST é no sentido de que: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

Os precedentes normativos que embasaram a alteração do inciso III da súmula 224 são unânimes em apontar que o artigo 10, II “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 não limita a estabilidade da gestante pela modalidade de contratação de trabalho, visando sim a tutela do nascituro:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DESCONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELA EMPREGADA. CONFIRMAÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PACTO LABORAL. CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o fato gerador do direito da gestante ao emprego, sem prejuízo dos salários, surge com a concepção, independentemente da ciência do estado gravídico pelas partes e de a confirmação da gravidez ter ocorrido após a dispensa da empregada. Ademais, nos

⁴⁷ Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1150/1151

termos da Súmula 244, III, desta Corte, "a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado". Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 907-50.2012.5.04.0411, Relatora Ministra: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 14/12/2016, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 244, III, DO TST. I - Nos termos do artigo 10, II, "b", do ADCT, a empregada gestante faz jus à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. II - A seu turno, o item III da Súmula 244 do TST preleciona que "A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado". III - Constituindo o contrato de experiência espécie do gênero contrato por prazo determinado, amolda-se a hipótese dos autos ao disposto no verbete sumular em exame. Precedentes. IV - Assim, ao não reconhecer o direito à estabilidade provisória pleiteada, ao argumento de que não se estende tal direito às hipóteses de contrato de experiência, o Colegiado local efetivamente contrariou a Súmula 244, III, do TST. V - Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 1133-83.2015.5.02.0030, Relator Ministro: Antonio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 14/12/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

Dessa forma a estabilidade provisória passou a ser estendida também para aquelas gestantes que trabalham em contratos de experiência, temporárias e outras modalidade de contrato a termo, garantindo todos os direitos trabalhistas.

De todo o exposto, verifica-se que ao longo do tempo as mudanças ocorridas na súmula 244 do TST confirmam uma visão humanitária que privilegia os direitos sociais assegurando a efetividade do art. 1º, III da CF.

CAPÍTULO 4 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR E A CONDUTA DA EMPREGADA GESTANTE

O presente capítulo explana que os deveres do empregador decorrentes da relação de trabalho, temos a responsabilidade civil, que corresponde à obrigação de responder juridicamente pelas consequências originadas de algum ato ilícito praticado.

4.1 - Responsabilidade civil do empregador. Conceito

De acordo com Silvio Rodrigues⁴⁸, temos que a responsabilidade civil é como a obrigação que tem uma pessoa de reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam.

Cumprе esclarecer que, de acordo com Maurício Godinho Delgado⁴⁹, o contrato de trabalho se trata de ato jurídico complexo, que pode determinar multiplicidade de direitos e obrigações entre empregado e empregador.

Dentre os deveres do empregador decorrentes da relação de trabalho, temos a responsabilidade civil, que corresponde à obrigação de responder juridicamente pelas consequências originadas de algum ato ilícito praticado.

Considerando que a Consolidação das Leis do Trabalho não conceitua a responsabilidade civil do empregador – que pode ser dividida em objetiva ou subjetiva – e, que em seu artigo 8º é autorizada a aplicação subsidiária daquilo que não for incompatível com seus princípios fundamentais, podemos nos valer dos preceitos dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que esclarecem exatamente o dever de responder pelos atos praticados de forma ilícita, ou seja, por ação ou omissão,

⁴⁸ Rodrigues, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2003. Pág. 212

⁴⁹ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado. 12. ed. – São Paulo : LTr, 2013. Pág. 616

negligência ou imperícia.

4.1.1 - Responsabilidade subjetiva

A responsabilidade subjetiva do empregador, contudo, tem como pressupostos a culpabilidade do agente, seja na forma de culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo, que é a intenção de produzir resultado danoso a alguém, no caso o empregado.

A teoria da responsabilidade subjetiva entende que confirmação é a ciência do empregador, ou seja, a empregada tem o dever de informar o empregador sobre seu estado gravídico. Assim, somente após esse ato de confirmação a empregada passa a ter o direito à estabilidade.

Logo, entende-se, por essa teoria, que se a empregada não informar ao empregador antes da dispensa, ora porque não sabia, ora porque não quis, não terá direito à estabilidade prevista em lei.

Contudo, tal entendimento já se encontra superado, conforme esclarecido durante o presente trabalho, uma vez que a empregada não tem a obrigação de informar seu estado gravídico ao empregador, mas apenas estar grávida no momento da dispensa sem justo motivo.

4.1.2 - Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva no Direito do Trabalho é fundada na Teoria do Risco, independentemente de dolo e culpa, podendo ser vislumbrada no art. 2º, § 2º da CLT:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Nota-se que neste caso a empresa assume os riscos da atividade econômica, sendo que, portanto, se torna responsável pelos danos sofridos pelo empregado e, conseqüentemente, fica obrigada a indenizar àquele que sofreu prejuízos.

Desta forma, passa a responder pelo adimplemento de salários e demais encargos trabalhistas, o que se inclui nisso a garantia de emprego da empregada gestante, de acordo com os ditames exarados especificamente pelo artigo 927 do Código Civil.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - JBS AVES LTDA. - PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONCEPÇÃO NO CURSO DO CONTRATO DE TRABALHO - CIÊNCIA DO ESTADO GRAVÍDICO. O art. 10, inciso II, alínea "b", do ADCT veda, em termos expressos e inequívocos, a dispensa arbitrária ou imotivada da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A norma constitucional em tela estabelece a responsabilidade objetiva do empregador pelos salários e garantias próprias ao contrato de trabalho, durante todo o período ao longo do qual é assegurada a estabilidade, e o único pressuposto para que a empregada tenha reconhecido seu direito é a gravidez. A matéria já está pacificada no âmbito desta Corte uniformizadora, em que a Súmula nº 244 traduz a exegese da fonte formal do direito, sem aludir a nenhuma condição a que possa estar sujeito, pois se cuida de responsabilidade objetiva, cujo marco é o início da gravidez, e não a confirmação subjetiva dessa condição. Recurso de revista não conhecido. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. A condenação ao pagamento de honorários advocatícios no processo do trabalho não decorre pura e simplesmente da sucumbência. É imperiosa a observância conjunta dos requisitos afetos à prestação de assistência jurídica pelo sindicato profissional e à insuficiência econômica do autor, que não estão presentes no caso. Incidência das Súmulas nºs 219, I, e 329 do TST. Recurso de revista conhecido e provido. DESCONTOS FISCAIS E ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. O Tribunal Regional não se manifestou sobre os descontos fiscais e a atualização monetária pelo simples fato de tais tópicos não terem sido abordados nas razões do recurso ordinário interposto pela reclamada. Assim, não havendo o prequestionamento das controvérsias, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice na Súmula nº 297, I e II, do TST. Recurso de revista não conhecido. (RR - 20031-91.2014.5.04.0332 , Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 11/10/2016, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/10/2016) Assim preceitua o artigo 927 do Código Civil:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. § único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002)

Maurício Godinho Delgado⁵⁰ esclarece que:

Conforme se sabe, a Constituição estipulou que “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Em conformidade com a jurisprudência, tal garantia é objetiva, contando-se a partir da confirmação efetivada gestação – isto é, desde a concepção –, independentemente da ciência do fato pelo empregador até mesmo pela própria trabalhadora.

Pelo exposto durante todo o trabalho, podemos concluir que a responsabilidade civil objetiva, é a adotada atualmente na situação da dispensa da empregada gestante e, que a falta de ciência do empregador em nada muda o seu direito à garantia de emprego, já que o que a baliza é o momento da concepção.

4.2 - Abuso de direito

No artigo 187 do nosso Código Civil temos a teoria do abuso de direito, que preconiza que aquele que exerce seu direito o deve fazer de acordo com a finalidade proposta pelo ordenamento jurídico, ou seja, não deve deturpar a forma a se praticar o direito para se beneficiar em detrimento de terceiros.

Dessa forma, aquele que exerce seu direito de forma a ir de encontro com a finalidade social e boa-fé da sociedade como um todo, pratica abuso de direito. A teoria do abuso de direito tem como finalidade precípua, trazer equilíbrio nas relações sociais, já que prega a ponderação no exercício de seu direito, com o objetivo de conciliar os direitos individuais com os direitos da coletividade.

Pois bem, é notório que tem se tornado cada vez mais comum, o

⁵⁰ Delgado, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho / Maurício Godinho Delgado.

desvirtuamento da proteção destinada às empregadas gestantes através da garantia do emprego, visto o excessivo aumento de reclamações trabalhistas em que a mesma, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, ajuíza reclamação trabalhista após o término do período de estabilidade, visando apenas os salários que correspondem ao dito período e não, a reintegração e manutenção de seu emprego.

O instituto da garantia do emprego se baseia também no princípio da continuidade no emprego, que por sua vez, entende que muitas vezes, o salário da mãe é a única fonte de renda da família e, portanto, deve ter seu direito ao emprego e sustento da família garantido.

Desta feita, cumpre frisar que tal garantia no emprego decorre de uma relação laboral, que nada mais é do que um acordo de vontades pelo qual a empregada gestante se compromete, a prestar trabalho de forma não eventual e subordinado em proveito de outra pessoa física ou jurídica, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial, conforme preconiza o artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Seguindo essa linha de raciocínio, temos o artigo 496 da Consolidação das Leis do Trabalho que determina que caso a reintegração não seja aconselhável por conta de incompatibilidade entre empregado e empregador, esta pode ser convertida em indenização pecuniária. Dito isto, podemos entender que conversão de retorno ao posto de trabalho em dinheiro, não deve ser aplicada de forma indiscriminada nas relações laborais.

Portanto, ao aplicar a norma ao caso concreto nesta situação, podemos entender que a empregada gestante dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, que, após cientificar o empregador de seu estado gravídico – mesmo que esta notificação não tenha sido feita logo quando da comunicação da rescisão contratual, até porque muitas mulheres só descobrem o estado gravídico com semanas ou até meses de gestação –, este se recuse a inseri-la novamente nos quadros de funcionários da empresa, deve ingressar de imediato com reclamação trabalhista pleiteando a sua reintegração. E, caso haja o menor sinal de animosidade entre as partes, pode-se optar pela conversão da reintegração em indenização pecuniária dos

salários vencidos e vincendos e demais direitos devidos à gestante.

Esse posicionamento é muito aplicado no caso da empregada gestante que exerça às funções de doméstica, conforme explica Vólia Bomfim Cassar⁵¹:

Não se aplicava à doméstica a estabilidade prevista no art. 10, II, b, do ADCT, já que este artigo regulamentou provisoriamente o inciso I do art. 7º da CRFB. O parágrafo único do art. 7º da Constituição não inclui, dentre os direitos sociais estendido aos domésticos, o inciso I do mesmo art. 7º. Esta também era a posição da doutrina e jurisprudência majoritárias.

Aliás, a doméstica não tinha qualquer tipo de estabilidade.

Entretanto, após a antiga Lei nº 11.324/2006, a doméstica passou a ter direito à estabilidade, direito mantido na nova lei dos domésticos.

(...)

Defendemos que não cabe a reintegração compulsória da doméstica sem o consentimento expresso do patrão, uma vez que a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento expresso do morador (art. 5º, XI, CRFB). Logo, não pode o Judiciário obrigar alguém a suportar a presença de um estranho em seu lar. Isto quer dizer que o juiz deve deferir apenas a indenização substitutiva caso o empregador doméstico não aceite a reintegração.

Não há como reintegrá-la no período relativo à licença-maternidade (art. 392 da CLT). Tal conduta, como se disse, demonstra o seu desinteresse em trabalhar, em ser reintegrada no emprego. Ao contrário, sobressai o único propósito de receber a indenização pela suposta garantia de emprego. Cabe, por fim, destacar que a demora em requerer os efeitos da garantia de emprego implica em prejuízos ao empregador, na medida em que aumenta o valor a ser pago a título de indenização, sem que este tenha dado causa à mora, constituindo verdadeiro abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

4.2.1 - A conduta da empregada gestante e a demora no ajuizamento da ação

Cumpra esclarecer que sempre houve controvérsia acerca das consequências na demora no ajuizamento da ação no caso da empregada gestante

⁵¹ Bomfim, Vólia – Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015. Pág. 1151

dispensada de forma arbitrária e sem justo motivo.

De acordo com o que temos visto nos ditames atuais e considerando a segurança jurídica que deve ser levada em conta, temos que a garantia no emprego limita o retorno ao trabalho através da reintegração, se a propositura da ação trabalhista ocorrer durante o período vigente da estabilidade, caso contrário a garantia vai se restringir à indenização decorrente dos salários e demais direitos correspondentes ao período que lhe diz respeito, conforme determina o item I da súmula 396 do TST, abaixo transcrita:

Súmula nº 396 do TST

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

Por outro lado, sabe-se que o prazo prescricional para ajuizamento da reclamação trabalhista é de até 2 (dois) anos do término do contrato de trabalho, de acordo com o artigo 7º, inciso XXIX da nossa Constituição Federal. Desta forma, vale dizer que o prazo prescricional da gestante estável também é de dois anos da rescisão contratual, independentemente do término do período da garantia de emprego.

Abaixo segue notícia de julgado⁵² que ilustra bem o tema:

Ação ajuizada cinco meses após dispensa não afasta estabilidade provisória da gestante

A demora no ajuizamento de ação trabalhista não impede o reconhecimento da estabilidade provisória da gestante, desde que respeitado o prazo prescricional previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Esse foi o entendimento adotado pela Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho para dar provimento a recurso

⁵² http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/acao-ajuizada-cinco-meses-apos-dispensa-nao-afasta-estabilidade-provisoria-da-gestante

de uma empregada da Brasil IP Sul Ltda., prestadora de serviços da Embratel TVSAT Telecomunicações Ltda., e reconhecer seu direito à garantia provisória no emprego, mesmo tendo ajuizado a ação cinco meses após a demissão. A empregada foi contratada pela Brasil IP Sul como vendedora externa de produtos da Embratel e, pouco tempo depois, foi demitida sem justa causa. Quatro meses após a dispensa, foi confirmada a gravidez de 24 semanas, o que a motivou a ajuizar ação trabalhista para ser reintegrada no emprego ou receber indenização substitutiva pelo período de estabilidade. A empresa contestou o pedido e afirmou que a trabalhadora agiu de má-fé, pois teria trabalhado por um mês e depois "desaparecido", sem deixar endereço ou telefone para contato, razão pela qual o contrato foi encerrado. Já a Embratel sustentou o descabimento dos pedidos, visto que não havia qualquer vínculo empregatício entre ela e a trabalhadora. A 1ª Vara do Trabalho de Criciúma (SC) não acolheu o pleito da empregada e absolveu as empresas do pagamento de indenização pelo período estabilitário da gestante. Para o juízo, houve renúncia tácita à garantia provisória no emprego, já que a empregada, mesmo após começar a sentir os primeiros efeitos da gravidez, optou por permanecer em local desconhecido, não retornando mais ao trabalho. Essa decisão foi mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) quando da análise do recurso ordinário da empregada. Isso porque a demora no ajuizamento da ação, para o Regional, evidenciou seu desinteresse em manter-se no emprego. E, segundo os desembargadores, para a gestante fazer jus à estabilidade provisória, é necessário, "além da prova de que a concepção tenha ocorrido durante a vigência do contrato de trabalho, a demonstração do interesse na manutenção do emprego, com o ajuizamento da ação em prazo razoável, ou seja, tão logo tenha conhecimento da gravidez". Inconformada, a empregada levou o caso ao TST e afirmou não haver a possibilidade de renúncia tácita, pois a garantia provisória no emprego tem como maior beneficiado o nascituro. O relator do recurso na Quinta Turma, ministro Emmanoel Pereira, deu razão à trabalhadora e reformou a decisão regional. Primeiramente, o ministro explicou que, mesmo tardio, o ajuizamento da ação ocorreu dentro do período estabilitário e com respeito ao prazo bienal. Nos termos da Orientação Jurisprudencial nº 399 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1), essa demora não prejudica a garantia de emprego da gestante, pois foi observado o prazo prescricional. O relator também esclareceu que o simples fato de a empregada não retornar ao trabalho não pode ser entendido como renúncia à estabilidade, já que se trata de direito fundamental. "A estabilidade provisória foi instituída de forma objetiva como um direito devido a partir da confirmação da gravidez, objetivando assegurar a proteção ao nascituro", concluiu. A decisão foi unânime. (Letícia Tunholi/CF) Processo: RR-989-56.2011.5.12.0003

Contudo, outra situação que sempre gerou polêmica com relação à demora no ajuizamento da reclamação trabalhista, vai no sentido de que é muito fácil a ocorrência do desvirtuamento do real objetivo da garantia de emprego, visto que a empregada dispensada grávida pode demorar em ajuizar reclamação trabalhista, a

fim de que tenha somente direito à indenização, e não mais à reintegração.

A discussão sobre o tema ganha relevância por adentrar na seara dos direitos sociais decorrentes da proteção do trabalho da mulher e suas peculiaridades, como a questão ora discutida, que se trata da defesa da maternidade e dos interesses do nascituro.

A finalidade do dispositivo constitucional entre outras normas é a proteção do nascituro materializada na garantia de emprego e não na indenização, até porque uma mulher gestante, sem meios financeiros para se manter durante a gravidez, pode até não conseguir chegar ao final da gestação com o filho nos braços. Sendo assim, o ajuizamento da reclamação trabalhista após o período da estabilidade, sem fundadas razões, acaba por desvirtuar essa finalidade.

Logo, deve-se analisar o caso concreto e realizar uma verdadeira ponderação para verificar se a utilização do instituto é meramente indenizatória ou se efetivamente tem o condão de proteção à maternidade e conseqüentemente, ao nascituro.

4.3 - O pedido de demissão da empregada gestante

Ao longo do presente trabalho podemos vislumbrar que a empregada grávida tem o direito à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, sendo que algumas normas coletivas ainda têm como previsto a dilação desse prazo. Considerando o exposto, podemos concluir que a empregada somente pode ser demitida por justa causa em razão de alguma falta grave.

Entretanto, o questionamento que se fazia era com relação a validade da situação em que a empregada espontaneamente pede demissão e, para dirimir tal questão devemos verificar o que esclarece a jurisprudência atual do TST, conforme segue:

13.015/2014. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. GESTANTE. PEDIDO DE DEMISSÃO. VALIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA INDEVIDA. Nega-se provimento a agravo de instrumento quando suas razões, mediante as quais se pretende demonstrar que o recurso de revista atende aos pressupostos de admissibilidade inscritos no art. 896 da CLT, não conseguem infirmar os fundamentos do despacho agravado. Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (AIRR - 25460-78.2013.5.24.0021, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 14/12/2016, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

Neste mesmo sentido, segue notícia decorrente de decisão judicial⁵³ publicada no site do TST em julho de 2015, que expõe situação semelhante aos casos acima:

Gestante que pediu demissão não garante estabilidade provisória

Uma auxiliar de produção avícola que pediu demissão, obteve outro emprego e depois ajuizou reclamação trabalhista contra a primeira empregadora não terá direito à estabilidade provisória de gestante. Para a Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, quando a rescisão contratual ocorre por iniciativa da empregada, não se cogita o direito à estabilidade, pois não se trata de dispensa arbitrária ou sem justa causa. A trabalhadora disse que pediu demissão sem saber que estava grávida e que, durante o aviso prévio, ao comprovar o estado gravídico, pediu ao supervisor que desconsiderasse o pedido. Segundo ela, só procurou outro emprego porque teve a reintegração negada pela empresa. Na Justiça, pediu a declaração da nulidade do término do contrato de trabalho, a reintegração e a conversão das verbas referentes a estabilidade provisória em indenização. Em defesa, a empresa, situada na cidade de Salto do Lontra (PR), alegou que a trabalhadora distorceu os fatos e nunca demonstrou interesse em permanecer no emprego. Afirmou que, dois dias depois do término do aviso prévio, ela já estava empregada, e que a ação deveria ser ajuizada contra a nova empregadora. Durante audiência de conciliação, a empresa chegou a oferecer o emprego novamente, mas sem indenização pecuniária. O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) considerou nula a demissão, em razão de a empresa ter oferecido o retorno ao emprego. No recurso ao TST, o aviário argumentou que o fato de ter posto o emprego novamente à disposição não significava reconsideração do pedido de demissão, e

53

que apenas o fez em homenagem ao princípio da conciliação. O pedido foi acolhido pelo relator do processo, ministro Márcio Eurico Vitral Amaro. Para ele, os fatos relatados pelo Regional não invalidam o pedido de demissão da empregada. "Quando a rescisão contratual ocorre por iniciativa da empregada, não se cogita o direito à estabilidade prevista no artigo 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pois não houve dispensa arbitrária ou imotivada", concluiu. A decisão foi unânime, e já transitou em julgado. (Taciana Giesel/CF) Processo: RR-436-83.2011.5.09.0749

Segue abaixo notícia⁵⁴ decorrente de decisão recente do TST que vai neste mesmo sentido:

Empregada que pediu demissão sem saber que estava grávida não tem reconhecido direito à estabilidade

A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho não conheceu do recurso de uma ex-empregada da Sergipe Administradora de Cartões e Serviços Ltda. que pedia o reconhecimento da estabilidade provisória por gravidez, com a reintegração ao emprego ou indenização pelo tempo de estabilidade. O fundamento da decisão foi o fato de que a extinção da relação de emprego foi de iniciativa da empregada. Na reclamação trabalhista, ajuizada na 9ª Vara do Trabalho de Aracaju (SE), a trabalhadora afirmou que, quando pediu desligamento da empresa, já se sentia mal durante o trabalho. Ela classificou o pedido de demissão como "totalmente informal e descabido", e alegou que a falta de tempo para cuidar do filho que já tinha, devido à dupla jornada, levou a tal atitude impensada. Arrependida, pediu administrativamente a reintegração, mas não obteve resposta da empresa. Em sua defesa, a Sergipe sustentou que a ex-empregada solicitou a rescisão contratual por meio de carta de demissão, manifestando vontade expressa de se desligar da empresa. Assim, não haveria como reconhecer o pedido de reintegração decorrente da estabilidade gestacional. A empresa alegou ainda que a empregada só fez o pedido cerca de quatro meses depois da confirmação da gravidez. O juiz de primeiro grau afastou o direito à estabilidade provisória e eximiu a empresa de indenizar ou reintegrar a exfuncionária. O magistrado não encontrou nos autos provas de que a ela tivesse sido induzida a pedir demissão, ficando claro que o pedido foi espontâneo. O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região (SE) manteve a sentença. TST Em recurso ao TST, a trabalhadora insistiu no pedido de reintegração ou conversão em indenização, mas o relator, ministro João Oreste Dalazen, descartou o direito à estabilidade provisória, regra prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal para os casos de dispensa arbitrária ou sem justa

54

causa. Ele explicou que a regra representa garantia à empregada e proteção ao nascituro, mas não há fundamento jurídico para estendê-la à empregada que, livremente, decide rescindir o contrato. "Independentemente do estado gravídico da empregada, não há vedação ao exercício regular do direito à demissão, conferindo-se total validade ao seu ato", concluiu. A decisão foi unânime. (Marla Lacerda/CF) Processo: RR-20205-26.2012.5.20.0009

Assim, o artigo prevê o artigo 500 da CLT⁵⁵:

O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.

De forma originária, este dispositivo era originalmente aplicável à antiga estabilidade decenal prevista no texto celetista nos artigos 492 e seguintes. Contudo, a Constituição de 1988 o recepcionou de forma que, ao mesmo tempo em que eliminou de vez esse tipo de estabilidade com o sistema do FGTS, trouxe novas estabilidades provisórias de emprego.

O pedido de demissão de empregada detentora de garantia de emprego pressupõe, necessariamente, o cumprimento do requisito formal previsto no artigo 500 da CLT ao renunciar o direito de manutenção do vínculo.

Portanto, podemos entender que caso o pedido de demissão não seja formalizado com a assistência do respectivo sindicato ou perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho, nos termos do artigo 500 da CLT, é possível invalidar o ato, sendo desnecessária que a empregada venha eventualmente ter que comprovar vícios de consentimento.

É que, diante da indispensabilidade da assistência sindical, formalidade essencial prevista, torna-se desnecessário investigar a existência de vícios da declaração de vontade no pedido de demissão pela trabalhadora.

⁵⁵ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, 1943.

Além disso, a exigência de assistência sindical também tem a finalidade de evitar coação da empregada, ou seja, de atestar a ausência de pressão por parte do empregador.

Dessa forma, podemos concluir que caso o pedido de demissão seja considerado inválido, em respeito ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, o qual norteia esse ramo do direito, poderemos considerar que a ruptura do pacto laboral acaba por decorrer de iniciativa do empregador que, portanto, torna-se responsável pelas consequências do seu ato.

Nesse caso, entende-se que a empregada gestante se torna detentora de tutela legal a que se refere a garantia constitucional prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Por fim, cumpre ressaltar ainda, a hipótese da falta de assistência sindical ou de autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego no caso da empregada gestante que pediu demissão em contrato de trabalho inferior a um ano. De acordo com a jurisprudência atual, podemos concluir que não será declarado nulo o pedido de demissão, visto que os artigos 477, §1, da CLT e 10, II, "b", do ADCT, não possuem qualquer previsão expressa acerca da necessidade de homologação por parte destas figuras, quando a gestante com contrato de trabalho inferior a 1 (um) ano pede demissão.

Segue jurisprudência que trata do tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE (APRESENTADO EM FACE DO TEOR DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST). APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO NOVO CPC (LEI Nº 13.105/2015). NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ARTIGO 896, § 1.º-A, DA CLT. A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantida a decisão que negou seguimento ao Recurso de Revista, pois não observados os requisitos elencados no artigo 896, § 1.º-A, da CLT. Agravo de Instrumento conhecido e não provido. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. TEMA ACOLHIDO NO DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO NOVO CPC (LEI Nº 13.105/2015).

GARANTIA PROVISÓRIA. GESTANTE. DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. Considerando a premissa fática em que se baseou o acórdão regional, de que a iniciativa da ruptura do contrato de trabalho foi da Empregada gestante, há de se destacar a clareza do art. 10, II, alínea "b", do ADCT, ao vedar "a dispensa arbitrária ou sem justa causa" dos empregados ali mencionados. Nesse sentido, precedentes desta Casa. Sendo válido o pedido de demissão, é indevida a estabilidade prevista no art. 10, II, "b", do ADCT, não havendo de se falar, portanto, em violação do art. 500 da CLT - segundo o qual o "pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho", por não se tratar de empregado estável. Outrossim, considerando o tempo de serviço inferior a um ano, dispensável a assistência por parte da entidade sindical ou autoridade administrativa, à luz do contido no § 1.º do art. 477 da CLT. Recurso de Revista não conhecido. (ARR - 603-26.2015.5.03.0071, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 14/12/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2016)

Pelo exposto, podemos concluir que se a empregada está protegida pela estabilidade provisória gestacional, seu pedido de demissão só pode configurar renúncia, se efetivado com a assistência da entidade sindical ou do órgão do Ministério do Trabalho, a fim de atestar a veracidade do procedimento.

CONCLUSÃO

Procura-se, hoje, no mercado de trabalho, restringir a diferença entre homens e mulheres, somente no aspecto fisiológico. As conquistas das mulheres traçaram novos caminhos e fizeram com que fossem reconhecidas no mercado de trabalho.

No caso em debate, temos que a proteção à maternidade e ao nascituro, se inicia imediatamente no momento da concepção da criança, independentemente do conhecimento do estado gravídico da empregada pelo empregador, visto que por vezes, até mesmo a empregada não tem ciência de que está gestante no momento da rescisão contratual, conforme preleciona a súmula 244, I, do TST.

Tudo isso se deve ao fato de que a finalidade da norma é a garantia de emprego contra a dispensa injusta, de modo a impedir que a gravidez constitua causa de discriminação, assegurando, portanto, a continuidade do contrato de trabalho e, conseqüentemente, garantindo o bem-estar do filho da trabalhadora.

Com efeito, vem se tornando cada vez mais comum a solicitação de exame de gravidez quando da rescisão contratual de trabalho, com o objetivo de evitar futuras reclamações trabalhistas decorrentes da garantia de emprego da empregada grávida, fato este que auxilia na manutenção de uma relação mais honesta e clara por ambas as partes, decorrentes do princípio da boa-fé, que deve ser utilizada em qualquer relação jurídica.

Devemos levar em conta que, antes mesmo da tutela legal incidente sobre a maternidade ter relação com a proteção ao trabalho, ela é de natureza social, que decorre necessariamente dos valores supremos de uma sociedade comprometida com a gestação, infância, vida e a dignidade humana. Portanto, resta inequívoca a intenção do legislador constitucional quando da determinação constante do artigo 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No tocante a demora no ajuizamento da ação, temos que a estabilidade decorrente da gravidez durante a vigência do contrato de trabalho, garante o retorno

ao trabalho através da reintegração, se a propositura da ação trabalhista ocorrer durante o período vigente da estabilidade, caso contrário a garantia vai se restringir à indenização decorrente dos salários e demais direitos correspondentes ao período que lhe diz respeito, conforme determina o item I da súmula 396 do TST.

Defendemos a ideia de uma análise ponderada, visto que supondo que a empregada comprove que após cientificar o empregador de seu estado gravídico – quando da comunicação da rescisão contratual ou em momento posterior –, este se recuse a inseri-la novamente nos quadros de funcionários da empresa, deve ingressar de imediato com reclamação trabalhista pleiteando a sua reintegração, evitando assim, uma inércia injustificada na propositura da ação que venha a ser considerada como abuso de seu direito, visto que consciente da estabilidade deixa transcorrer o período de garantia de emprego para apenas ser ressarcida, e, não mais ter que retornar ao trabalho.

Entendemos que a conversão da reintegração em indenização pecuniária dos vencimentos e demais direitos devidos à gestante, deveria ser apenas utilizada como meio alternativo em caso de animosidade entre as partes.

No mais, quando da ocorrência do pedido de demissão espontâneo da empregada, podemos concluir que contanto que a obreira esteja assistida pelo sindicato ou por autoridade competente do Ministério do Trabalho e Emprego, o ato se torna válido, com exceção dos casos de contrato de trabalho inferiores a 01 (um) ano de duração.

Por fim, ao longo de todo o trabalho pode ser verificada a preocupação do legislador em tutelar o maior direito, que é o direito à vida, sendo que em contrapartida, ambas as partes devem agir de boa-fé, a fim de que o instituto da garantia de emprego possa atingir seu verdadeiro objetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o direito do trabalho** / Alice Monteiro de Barros. – São Paulo : LTr, 1995

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

BOMFIM, Vólia – **Direito do Trabalho** / Vólia Bomfim Cassar. – 11ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÉTODO, 2015

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho** / Gustavo Filipe Barbosa Garcia. – 2 ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo: MÉTODO, 2010

GÓIS. Luiz Marcelo F. de - **Direitos Humanos e direito do trabalho** / Flávia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. – São Paulo: Atlas, 2010.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Curso de Direito do Trabalho** / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. – 2 ed. –

São Paulo : Atlas, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Curso de Direito do Trabalho** / Sérgio Pinto Martins. – 5 ed. – São Paulo : Dialética, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39 ed. São Paulo: LTr, 2014.

RESENDE, Renato de Sousa – **Direitos Humanos e direito do trabalho** / Flávia Piovesan; Luciana Paula Vaz de Carvalho, coordenadoras. – São Paulo: Atlas, 2010

ROCHA, Sílvia Regina da. **O trabalho da mulher à luz da Constituição de 1988** / Sílvia Regina da Rocha. – Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. vol. 4, São Paulo, Saraiva, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo, 1917 – **Direito internacional do trabalho** / Arnaldo Sussekind. – 3 ed. atual. e com novos textos. – São Paulo : LTr, 2000.

Sites

Acesso em 08/12/2016:

<http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:AafnYqkUE6gJ:www.trt15.jus.br/>

voto/patr/2003/011/01129203.doc+exig%C3%AAncia+teste+gravidez+demiss%C3%A3o&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8

Acesso em 16/12/2016:

http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/empregada-que-pediu-demissao-sem-saber-que-estava-gravida-nao-tem-reconhecido-direito-a-estabilidade

Acesso em 23/12/2016:

<http://www.trt18.jus.br/portal/noticias/gestante-tem-direito-a-estabilidade-provisoria-ate-duas-semanas-apos-aborto-espontaneo/>

Acesso em: 10/01/2017

<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/71589760/djpa-10-06-2014-pg-1879>

<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>

http://www.tst.jus.br/noticias?p_auth=OqJRg9AL&p_p_id=101_INSTANCE_89Dk&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_89Dk_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fexport_journal_article&_101_INSTANCE_89Dk_groupId=10157&_101_INSTANCE

_89Dk_articleId=14615183&_101_INSTANCE_89Dk_targetExtension=pdf

http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/acao-ajuizada-cinco-meses-apos-dispensa-nao-afasta-estabilidade-provisoria-da-gestante

Acesso em 16/01/2017:

http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias?p_auth=d8N66CCo&p_p_id=101_INSTANCE_89Dk&p_p_lifecycle=1&p_p_state=exclusive&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-2&p_p_col_count=2&_101_INSTANCE_89Dk_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fexport_journal_article&_101_INSTANCE_89Dk_groupId=10157&_101_INSTANCE_89Dk_articleId=21477778&_101_INSTANCE_89Dk_targetExtension=pdf