

DIREITO À ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE: UMA ANÁLISE ACERCA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Danielle Gonçalves de Moraes

RESUMO

Trata-se da análise acerca da evolução de um tema com grande discussão e relevância social no Direito Trabalhista, considerando as recentes alterações nas normas do ordenamento jurídico brasileiro, nota-se um significativo avanço no que diz respeito ao direito de estabilidade da empregada gestante. Apresenta-se um tema vasto, através do método dedutivo por meio de pesquisa em doutrinas, jurisprudências, legislação, que visam conceder maior proteção ao nascituro, buscando proporcionar dignidade em seu início de vida. O presente artigo tem como objetivo analisar as modificações no âmbito jurídico, relativas à garantia de emprego da mãe trabalhadora, com foco nos casos de contrato por prazo determinado, gravidez no curso do aviso-prévio e a recente edição da Lei Complementar 146/2014.

Palavras-Chave: Estabilidade. Gestante. Princípios norteadores. Lei Complementar. Direito Trabalhista

ABSTRACT

This is an analysis of the evolution of a topic with great discussion and social relevance in Labor Law, considering the recent changes in the norms of the Brazilian legal system, there is a significant advance regarding the right to stability of the pregnant employee. It presents a vast theme, through the deductive method through research in doctrines, jurisprudence, legislation, which aim to grant greater protection to the unborn child, seeking to provide dignity in their early life. This article aims to analyze the changes in the legal sphere, relating to the employment guarantee of the working mother, focusing on cases of fixed-term contracts, pregnancy in the course of prior notice and the recent edition of Complementary Law 146/2014.

Keywords: Stability. Pregnant. Guiding principles. Complementary law. Labor Law.

Danielle Gonçalves De Moraes

Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Pós Graduada em Direito Cível pela Faculdade do Ministério Público; Advogada;

1. INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é um ramo do Direito com normas e princípios próprios, cuja finalidade é disciplinar as relações do trabalho bem como tutelar a parte que teoricamente é mais frágil, qual seja, o trabalhador. Entre diversos pontos que protegem o trabalhador nesta esfera do direito, tem-se as estabilidade que são formas de garantia do emprego diante de determinadas situações, podendo estas serem definitivas ou provisórias. Dentre as estabilidades provisórias vislumbra-se especificadamente a estabilidade da gestante prevista na própria Constituição Federal nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata-se de uma garantia de emprego para a mulher que ao seu estado gravídico, tem dificuldades de buscar um novo emprego, precisando ter segurança para uma boa recuperação e também para garantir os devidos cuidados ao filho recém-nascido. Justifica-se a explanação de tal assunto, tendo em vista sua grande relevância social ao dificultar com que o empregado seja demitido a qualquer tempo, garantindo-lhe maior segurança neste caso, para que a mãe sustente a si mesma e ao seu filho em um momento tão delicado e importante, porém, ao exercer tal direito de forma extrapolada a empregada desvirtua a real finalidade do instituto e causa uma insegurança jurídica ao empregador que, acredita não ter mais vínculo com aquela empregada e depois de um certo lapso temporal é cientificado que precisa indenizá-la por uma dispensa indevida, sem mesmo saber que era indevida na época, por exemplo. Objetiva-se por meio do método dedutivo de pesquisa, tendo em vista a amplitude do tema, trazer através de doutrinas, legislação, artigos científicos e jurisprudências, em primeiro lugar trazer conceituações acerca do direito à estabilidade da gestante, bem como explicar acerca de seus princípios norteadores e de sua aplicação. Busca ainda conceituar o abuso de direito e demonstrar algumas formas de sua caracterização no exercício ao direito da estabilidade gestacional, tendo em vista que tal instituto tem como finalidade tutelar mulher grávida e nascituro, garantindo-lhes uma segurança de sustento e maior dignidade em razão do direito social ao emprego e, algumas empregadas tentam desvirtuar tal função. Traz ainda como foco a problemática da caracterização do abuso ao exercício do direito à estabilidade por algumas empregadas que o utilizam de forma exorbitante, ou seja, abusando de seu direito e, ao final demonstrar algumas possibilidades para a tentativa de evitar a ocorrência de tal abuso. Espera-se que ao final de todo o exposto no decorrer do artigo, seja possível de forma clara, ter uma visão

acerca da conceituação e aplicação do tema no cenário jurídico atual, de forma com que se verifique a importância do instituto e de sua utilização correta pela empregada ao pleiteá-lo, bem como se vislumbre possibilidades de coibir àquelas que utilizam seu direito de forma deturpada, desvirtuando a finalidade do instituto e trazendo insegurança jurídica aos empregadores, além de ter uma percepção, opinião e visão de solução para a problemática exposta.

2- DA ESTABILIDADE GESTACIONAL

A empregada gestante tem direito à estabilidade no emprego que é prevista pela Constituição Federal e Disposições Transitórias art.10,II ,b, segundo a qual é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante no momento que se confirma seu estado gravídico e até cinco meses após o parto.

Durante o período de estabilidade da gestante, esta faz jus ao recebimento do salário maternidade que é custeado pela Previdência Social, porém, tal pagamento passa a ser de responsabilidade do empregador caso o mesmo a dispense neste período sem justa causa (BARROS, 2013). Garantia com previsão no artigo 6º, e artigo 7º inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

A garantia de emprego da empregada gestante tem como fundamento o fato de que a mulher durante a gravidez e por um período posterior ao parto não conseguiria um novo emprego já que precisa recuperar-se e cuidar de seu filho (MARTINS, 2012).

Além dos princípios gerais do direito com por exemplo, a boa fé nos contratos de trabalho, a estabilidade da gestante tem como princípios norteadores os princípios da continuidade da relação de emprego e o da proteção cujo respaldo encontra-se no princípio da causalidade da relação da dispensa (TÚLIO; CASAGRANDE).

Sabe-se que na relação empregatícia o empregado é juridicamente dependente ao empregador, tendo em vista sua hipossuficiência em relação a ele portanto, o princípio

da proteção tem por finalidade compensar juridicamente o empregado em face de tal desvantagem (NASCIMENTO, 2011), de forma com que tal princípio seja uma forma de proteger no plano jurídico o empregado que é a parte hipossuficiente em relação ao desequilíbrio do contrato de trabalho (DELGADO, 2012).

Outro princípio que visa a proteção do empregado - no caso em tela a gestante - é o princípio da continuidade de relação de emprego, que objetiva preservar o contrato de trabalho fazendo com que o empregado permaneça na empresa podendo trabalhar com tranquilidade, exercendo sua função com mais qualidade e garantindo a empresa um serviço com profissionais capacitados (GARCIA, 2012).

Vislumbra-se ainda que o empregado ao ser admitido em uma empresa, passa a ter uma segurança e estabilidade econômica e pretende que tal relação seja contínua para que possa realizar seus planos pessoais através de sua renda (CASSAR, 2015).

Além das vantagens econômicas do trabalho, o sentimento de segurança do empregado que possui um trabalho duradouro faz com que produza melhor e também tenha crescimento pessoal, familiar e tenha um melhor bem estar físico e psicológico (VICENTE JÚNIOR, 2014). Quanto a causalidade, ou seja, a relação entre a causa, efeito obtido pela ação ou omissão, e o fato acontecimento (dano) (GONÇALVES, 2012) diz respeito ao fato de que, a empregada não pode ser demitida sem justa causa simplesmente por estar grávida, e precisar dedicar-se ao seu filho ou ter alguns cuidados especiais consigo mesma. Não só a proteção da empregada é objetivada com a garantia de emprego da gestante, mas também a do nascituro, pois, o legislador objetivou não tutelar apenas a mulher gestante, mas sobretudo a criança já que tendo segurança no emprego poderá recuperar-se do parto e conviver com seu filho no começo de sua vida, momento este o mais importante (DANTAS, 2009).

Tendo em vista que se trata de assunto de interesse público, e em razão de ser direito social garantido pela Constituição, tal estabilidade ultrapassa a proteção ao empregada, tutelando também sua gestação e o nascituro (DELGADO, 2012).

No mesmo sentido, o salário possui caráter alimentar para o trabalhador e conseqüentemente para o recém-nascido, portanto, tutelar o emprego traz uma segurança para a mulher gestante que está de certa forma com sua força produtiva reduzida de que terá possibilidades de sustentar as necessidades de seu filho ao nascer (PEREIRA, 2015).

Assim, fica claro que além do que visa o direito do trabalho que é a proteção do empregado, o direito a estabilidade da gestante procura também proteger o nascituro, a criança já que a empregada/mãe precisa de seu trabalho e remuneração não só para ela, mas também para dar uma vida digna ao seu filho, bem como dar a ele todos os cuidados necessários a um recém-nascido. Para a confirmação do direito a estabilidade da gestante possuem duas principais teorias, quais sejam a subjetiva, que sustenta que a empregada deve confirmar, ou seja, comprovar/demonstrar para o empregador sua gravidez; e a objetiva, a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal conforme RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, onde a confirmação da gestação basta ser por parte da empregada já que em detrimento da proteção ao nascituro o empregador tem responsabilidade objetiva (MARTINS, 2012).

Contudo, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante claramente pretende tutelar direitos da empregada e principalmente do nascituro, tendo em vista que possuindo um emprego a mulher terá maior tranquilidade para cuidar do filho em seus primeiros meses de vida já que terá segurança quanto ao seu emprego. Ao tutelar o emprego da gestante portanto, é possível com que direitos básicos de qualquer pessoa ou trabalhador, como a dignidade da pessoa humana tanto da mulher quanto da criança; os direitos sociais previstos no artigo 6º; os direitos da criança previstos no artigo 227, e a proteção à família do artigo 226, todos da nossa Constituição Federal sejam garantidos (ALMEIDA, 2010).

2.1-ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

O contrato por prazo determinado, conforme disposto no art. 443 § 1º da CLT, é aquele “cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada”.

A Súmula 244 do TST, em seu inciso III, determina que o direito à estabilidade da empregada gestante também se aplica ao contrato por prazo determinado, conforme se lê:

SÚMULA nº 244 DO TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

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

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

e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

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

Porém, nem sempre foi assim. Tal inciso foi alvo de uma modificação no ano de 2012, quando até então não era reconhecido o direito da gestante de continuar no emprego diante da dispensa arbitrária, permitindo ao empregador, ao final do contrato, dispensar sem justa causa a mãe trabalhadora. A antiga redação da Súmula dispunha que:

SÚMULA nº 244 DO TST GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

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

III – 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.

Mesmo antes da referida modificação, o Supremo Tribunal Federal já havia decidido por algumas vezes que as empregadas por contrato a termo já faziam jus ao direito à estabilidade no emprego quando estivessem grávidas, conforme se pode observar:

CONSTITUCIONAL. LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, b do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII da Constituição e do art. 10, II, b do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento.

(STF - RE: 287905 SC, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 28/06/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ30-06-2006 PP-00035 EMENT VOL-02239-03 PP-00466 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 247-268)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORAS PÚBLICAS E EMPREGADAS GESTANTES. LICENÇA-MATERNIDADE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO. ART. 10, II, “B”, do ADCT. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que as servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação

da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 600057 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJE-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23- 10-2009 EMENT VOL-02379-10 PP-02124) EMENTA: SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO – ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, “b”) – CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 – INCORPORAÇÃO FORMAL AO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (DECRETO Nº 58.821/66) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO – DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO ÓRGÃO PÚBLICO COMPETENTE – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O acesso da servidora pública e da trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. - As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT nº 103/1952. - Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico- administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes.

(RE 634093 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-232 DIVULG 06-12-2011 PUBLIC 07-12-2011 RTJ VOL-00219- PP00640 RSJADV jan., 2012, p. 44-47)

Mais uma vez, é evidente no ordenamento jurídico pátrio uma mudança que visa a proteção à maternidade, aos direitos da empregada gestante e à vida digna do nascituro, apresentando assim uma visão mais humana em relação à empregada gestante com contrato de experiência, temporário ou qualquer outro contrato a termo.

2.2 DA ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO

Sobre o aviso-prévio, Sérgio Pinto Martins aduz que “aviso prévio é a comunicação que uma parte do contrato de trabalho deve fazer à outra de que pretende rescindir o referido pacto sem justa causa, de acordo com o prazo previsto em lei, sob pena de pagar indenização substitutiva.” (MARTINS, 2007, p. 384) Assim como nos contratos a termo, a obreira que engravidar no curso do aviso prévio, ainda que indenizado, terá garantia de emprego, nos moldes do art. 10, II, “b” do ADCT, conforme dispõe art. 392-A da CLT, acrescentado pela lei 12.812/2013. Leia-se:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Mesmo que a concepção tenha ocorrido durante o período do aviso-prévio, a trabalhadora não perderá seu direito de não ser despedida até cinco meses após o parto. Porém, antes da modificação do inciso III da Súmula 244 do TST, instituindo a garantia de emprego às gestantes que possuíam contratos a termo, aquelas que engravidassem no curso do aviso-prévio indenizado não fariam jus à garantia, somente se a gestação se desse antes deste aviso-prévio.

Sérgio Pinto Martins, antes mesmo da modificação da súmula, já entendia que “provando a empregada gestante que, durante o aviso-prévio, está grávida, mesmo recebendo aviso-prévio indenizado, fará jus à garantia de emprego, em razão de que o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso-prévio indenizado.” (MARTINS, 2007, p. 414) No que se trata da empregada doméstica gestante, esta, assim como no contrato por prazo determinado, tem estabilidade provisória também durante o curso do aviso-prévio. Este direito ficou assegurado através da Lei Complementar 150/2015, que trouxe, além da garantia de emprego advinda da gravidez, diversos direitos para a categoria de empregados domésticos. O parágrafo único do art. 25 da referida lei aduz sobre tal direito: Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na

alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com isso, a mãe trabalhadora pôde ficar mais confortável quanto à sua permanência no emprego caso viesse a engravidar no curso do aviso prévio, tendo garantida a estabilidade provisória até cinco meses após o parto, estabelecida no art. 10, II, “b” do ADCT.

2.3 ESTABILIDADE NOS CASOS DE MORTE DA GESTANTE

No ano de 2014, houve uma inovação no que diz respeito ao direito à estabilidade da gestante, desta vez, tratando da morte desta. A Lei Complementar 146, de 25 de junho de 2014, confere a garantia de emprego a quem detiver a guarda da criança, no caso da morte da genitora, conforme se extrai da leitura:

LEI COMPLEMENTAR Nº 146, DE 25 DE JUNHO DE 2014 Art. 1º O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho.

A proposta encontrava-se no Projeto de Lei nº 62, que tramitava no Congresso Nacional, da ex-deputada Nair Lobo, sendo aprovado por unanimidade no Plenário, com 61 votos. A empregada que vier a falecer no curso de sua estabilidade, deixando a criança aos cuidados do seu cônjuge ou qualquer outra pessoa, repassará automaticamente a estabilidade à qual fazia jus a quem ficar responsável pelo menor, caso este responsável seja empregado. A lei é omissa no que tange o tempo de estabilidade que o terceiro virá a ter, porém o que se entende, sendo razoável, é que o tempo a que fará jus a pessoa que detiver a guarda da criança será o tempo que restou de estabilidade da empregada. Segundo a leitura do art. 10, II, “b” do ADCT, entende-se que a estabilidade, seja da gestante ou de quem detiver a guarda da criança no caso do falecimento da genitora, será de cinco meses após o parto, independentemente do momento, desde que esteja dentro do período da garantia de emprego da gestante. Sendo assim, se ocorreu o falecimento no parto, o terceiro terá cinco meses de garantia de emprego. Já se, por alguma complicação, a morte se der um mês após o parto, por exemplo, o terceiro não poderá ser dispensado sem justa causa nos próximos quatro meses. Uma

segunda interpretação, esta menos razoável que a primeira já citada, é que o terceiro terá cinco meses de estabilidade, a partir do falecimento da empregada gestante. Porém, esta interpretação vai de encontro ao que está previsto no ADCT, sendo, provavelmente, descartada. A norma tem como objetivo geral a proteção ao nascituro, assim como as outras modalidades de garantia de emprego da mãe trabalhadora, e visa fazer com que a criança não fique desamparada com a morte de sua genitora, concedendo maior segurança a quem ficar responsável pelo menor, retirando a possibilidade de ser dispensado sem justa causa durante o tempo da garantia. É de fácil vislumbre o grande passo dado pela norma brasileira, posto que, ao estender a garantia de emprego da gestante a um terceiro no caso de falecimento daquela, este fato recairá diretamente sobre o menor. Este menor necessita de cuidados em tempo integral principalmente durante os primeiros meses, e seu tutor poderá dedicar-se sem o receio de ser despedido, o que só poderá ocorrer em alguma hipótese que gere a justa causa. Além de cuidados especiais, é evidente que a manutenção do emprego de quem detiver a guarda da criança só trará benefícios a esta, pois seu sustento depende única e exclusivamente do seu novo responsável, e uma possível perda de emprego geraria graves danos ao menor.

3 - A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O direito do trabalho visa preferencialmente prezar pela continuidade do trabalhador em seu emprego a fim de dar-lhe uma vida com maior dignidade e segurança. Seguindo tal ideia há duas figuras que, de certa forma impossibilita que o empregado seja dispensado: garantias de emprego e estabilidade (DELGADO, 2012). A garantia de emprego é gênero do qual a estabilidade faz parte. A garantia de emprego é toda forma de inibição ou desestímulo à dispensa e incentivo a admissão visando sempre diminuir o desemprego, sendo caracterizado como instituto de cunho social, econômico e político. Já a estabilidade, é um instituto trabalhista que restringe ao empregador dispensar determinados empregados em virtude de algumas situações (CASSAR, 2015). A estabilidade possui relevância social ao garantir que o empregado que precisa trabalhar, tenha segurança de não ser dispensado a qualquer momento, garantindo sua fonte de sustento pessoal e familiar já que a própria Constituição Federal garante direitos sociais, dentre eles os trabalhistas, os quais permitem com

que os hipossuficientes com a força de seu trabalho tenha uma melhoria - material - em sua situação de vida, garantindo maior dignidade, com base em um dos princípios norteadores do direito, qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 1º inciso III da Constituição Federal (ARAÚJO, 2014). Tal instituto pode ser analisado de forma jurídica e econômica, sendo que economicamente é o direito de fato ao emprego, conforme fundamentos da Constituição que o traz como direito social, enquanto juridicamente, caracteriza o direito de o empregado permanecer no emprego em alguns casos, mesmo que o próprio empregador não queira (FUCK, 2001). A estabilidade jurídica, ou seja, a advinda da lei, é aquela que limita o poder potestativo do empregador de demitir sem justa causa o empregado, a qual possui duas vertentes: obrigação de não fazer para o empregador de não dispensar sem justa causa; e direito de trabalhar do empregado; mesmo que contra a vontade do empregador, podendo esta ser definitiva ou provisória (CARVALHO, 2014). Do ponto de vista da estabilidade econômica tem-se que esta é um objetivo que todos pretendem alcançar, porém o empregado muitas vezes possui menores possibilidades. Por tal motivo, o Estado interfere, buscando formas de garantir o emprego visando maiores possibilidades econômicas e segurança para o empregado. Assim, a estabilidade econômica além da jurídica tende a garantir a mínima dignidade da pessoa (NASCIMENTO, 2011). No presente artigo tratamos da estabilidade provisória, que é uma garantia de emprego adquirida em razão de circunstância temporária prevista por lei onde, ao contrair alguma das hipóteses, o empregado tem seu vínculo empregatício mantido até o término da referida situação (DELGADO, 2014). A gestação é um dos fatos geradores que previsto em lei dá o direito a estabilidade provisória da empregada visto que, nesse período a mulher além de suas necessidades pessoais, adquire novas responsabilidades com o nascimento de um filho, sendo extremamente necessário o recebimento de sua remuneração (CASSAR, 2011). A empregada gestante possui a mencionada garantia desde o começo da gravidez até cinco meses após o parto, não podendo ser demitida sem justa causa, conforme disposto no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (CASSAR, 2015).

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição: (...) II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...) b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Durante o período de estabilidade da gestante, esta faz jus ao recebimento do salário maternidade que é custeado pela Previdência Social, porém, tal pagamento passa a ser de responsabilidade do empregador caso o mesmo a dispense neste período sem justa causa (BARROS, 2013). Garantia com previsão no artigo 6º, e artigo 7º inciso XVIII, ambos da Constituição Federal.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...]

A garantia de emprego da empregada gestante tem como fundamento o fato de que a mulher durante a gravidez e por um período posterior ao parto não conseguiria um novo emprego já que precisa recuperar-se e cuidar de seu filho (MARTINS, 2012). Além dos princípios gerais do direito com por exemplo, a boa fé nos contratos de trabalho, a estabilidade da gestante tem como princípios norteadores os princípios da continuidade da relação de emprego e o da proteção cujo respaldo encontra-se no princípio da causalidade da relação da dispensa (TÚLIO; CASAGRANDE). Sabe-se que na relação empregatícia o empregado é juridicamente dependente ao empregador, tendo em vista sua hipossuficiência em relação a ele portanto, o princípio da proteção tem por finalidade compensar juridicamente o empregado em face de tal desvantagem (NASCIMENTO, 2011), de forma com que tal princípio seja uma forma de proteger no plano jurídico o empregado que é a parte hipossuficiente em relação ao desequilíbrio do contrato de trabalho (DELGADO, 2012). Outro princípio que visa a proteção do empregado - no caso em tela a gestante - é o princípio da continuidade de relação de emprego, que objetiva preservar o contrato de trabalho fazendo com que o empregado permaneça na empresa podendo trabalhar com tranquilidade, exercendo sua função com mais qualidade e garantindo a empresa um serviço com profissionais capacitados (GARCIA, 2012). Vislumbra-se ainda que o empregado ao ser admitido em uma empresa, passa a ter uma segurança e estabilidade econômica e pretende que tal relação seja contínua para que possa realizar seus planos pessoais através de sua renda (CASSAR, 2015). Além das vantagens econômicas do trabalho, o

sentimento de segurança do empregado que possui um trabalho duradouro faz com que produza melhor e também tenha crescimento pessoal, familiar e tenha um melhor bem estar físico e psicológico (VICENTE JÚNIOR, 2014). Quanto a causalidade, ou seja, a relação entre a causa, efeito obtido pela ação ou omissão, e o fato acontecimento (dano) (GONÇALVES, 2012) diz respeito ao fato de que, a empregada não pode ser demitida sem justa causa simplesmente por estar grávida, e precisar dedicar-se ao seu filho ou ter alguns cuidados especiais consigo mesma. Não só a proteção da empregada é objetivada com a garantia de emprego da gestante, mas também a do nascituro, pois, o legislador objetivou não tutelar apenas a mulher gestante, mas sobretudo a criança já que tendo segurança no emprego poderá recuperar-se do parto e conviver com seu filho no começo de sua vida, momento este o mais importante (DANTAS, 2009). Tendo em vista que se trata de assunto de interesse público, e em razão de ser direito social garantido pela Constituição, tal estabilidade ultrapassa a proteção ao empregada, tutelando também sua gestação e o nascituro (DELGADO, 2012). No mesmo sentido, o salário possui caráter alimentar para o trabalhador e conseqüentemente para o recém-nascido, portanto, tutelar o emprego traz uma segurança para a mulher gestante que está de certa forma com sua força produtiva reduzida de que terá possibilidades de sustentar as necessidades de seu filho ao nascer (PEREIRA, 2015). Assim, fica claro que além do que visa o direito do trabalho que é a proteção do empregado, o direito a estabilidade da gestante procura também proteger o nascituro, a criança já que a empregada/mãe precisa de seu trabalho e remuneração não só para ela, mas também para dar uma vida digna ao seu filho, bem como dar a ele todos os cuidados necessários a um recém-nascido. Para a confirmação do direito a estabilidade da gestante possuem duas principais teorias, quais sejam a subjetiva, que sustenta que a empregada deve confirmar, ou seja, comprovar/demonstrar para o empregador sua gravidez; e a objetiva, a teoria aceita pelo Supremo Tribunal Federal conforme RE 259.3218/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, onde a confirmação da gestação basta ser por parte da empregada já que em detrimento da proteção ao nascituro o empregador tem responsabilidade objetiva (MARTINS, 2012). Contudo, verifica-se que a estabilidade provisória da gestante claramente pretende tutelar direitos da empregada e principalmente do nascituro, tendo em vista que possuindo um emprego a mulher terá maior tranquilidade para cuidar do filho em seus primeiros meses de vida já que terá segurança quanto ao seu emprego. Ao tutelar o emprego da gestante portanto, é possível com que direitos básicos de qualquer

peessoa ou trabalhador, como a dignidade da pessoa humana tanto da mulher quanto da criança; os direitos sociais previstos no artigo 6º; os direitos da criança previstos no artigo 227, e a proteção à família do artigo 226, todos da nossa Constituição Federal sejam garantidos (ALMEIDA, 2010).

4-DIREITO À ESTABILIDADE DA GESTANTE E SUA EVOLUÇÃO

A estabilidade da gestante não é um direito antigo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que somente com a Constituição Federal de 1988 passou a ser garantida a todas as mulheres já que anteriormente somente algumas categorias profissionais por meio de suas convenções coletivas de trabalho possuíam tal direito (NASCIMENTO, 2011). A empregada gestante segundo a CLT em seu artigo 392, tinha somente 12 semanas de licença gestante e não possuía estabilidade alguma. Com o advento da Constituição de 1988 em seu artigo 7º o período de licença foi estendido para 120 dias, sendo ainda que conforme artigo 10, II, b dos Atos das Disposições Transitórias que durante a gravidez e por 5 meses após o parto a empregada é estável, ou seja, não pode ser dispensada de seu emprego sem justa causa (NASCIMENTO, 2011). Inicialmente, a empregada gestante tinha direito somente a indenização do período estável e não a garantia de emprego que possui atualmente, tendo em vista que a súmula 244 conforme resolução administrativa nº 15/85 tinha a seguinte redação: “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” (BORGES, 2012). Após a Constituição de 1988, a empregada gestante passou a ter direito então, a receber indenização referente ao seu período estável em dinheiro ou ainda, sendo possível a sua reintegração ao trabalho caso tenha sido dispensada de forma irregular (CASSAR, 2015). Além do período de estabilidade garantido pela Constituição, há ainda a possibilidade de que a empregada gestante tenha seu período estável estendido por mais 60 dias, desde que a empresa tomadora de serviços faça parte do Programa Empresa Cidadã (Lei 11.770/08), sendo assim, a empregada deve solicitar tal benefício no primeiro mês da licença que já lhe é garantida e ao final desta, inicia-se a contagem de mais 60 dias, período este também pago pela Previdência Social, tendo a empresa benefícios para o pagamento de impostos (BARROS, 2009). Conforme entendimento consolidado do TST, a súmula 244 regulamentava que a empregada gestante fazia

jus a garantia de emprego, ou seja, a estabilidade com a indenização do período ou a reintegração ao seu trabalho, portanto só nos casos de contrato de trabalho por tempo indeterminado, já que o término dos contratos a termo não caracterizaria a dispensa arbitrária, a qual é vedada durante a gravidez tendo em vista que empregador e empregada tinham ciência da data que findaria o contrato (RIBEIRO, 2012). A súmula 244 do TST então, possuía a seguinte redação:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT) (exOJ 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 (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000).

Dessa forma, a empregada grávida no curso de contratos de trabalho por tempo determinado não gozavam da estabilidade das demais empregadas gestantes, devido ao fato de que o término do contrato de trabalho não caracterizava a situação prevista pelo ordenamento jurídico, ou seja, não se trata de dispensa arbitrária já que ambas as partes tinham conhecimento da data final do acordo. Diante das discussões acerca da súmula e do fato de que a estabilidade busca tutelar os direitos da mãe trabalhadora e também do nascituro, é necessário então esclarecer alguns pontos. Primeiramente surge a dúvida se a confirmação da gravidez para o empregador é requisito para que a empregada goze de sua estabilidade, porém, como é expresso no inciso I da súmula 244 do TST não há a necessidade confirmação para o mesmo, tendo em vista a teoria da responsabilidade objetiva do empregador pelo empregado, sendo a comunicação apenas um requisito, não podendo o empregador esquivar-se da garantia da empregada sob alegação de desconhecimento (BORGES, 2012). Pode-se verificar conforme decisão do TST:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONFIRMAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ PARA O EMPREGADOR. INEXIGIBILIDADE. Nos termos da Súmula nº 244, item I, do TST, - o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b do ADCT) -. Recurso de Revista a que se dá provimento. TST - RECURSO DE REVISTA: RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900. Relator: Fernando Eizo Ono. Data do Julgamento: 26/11/2008.

Dá-se ao empregador a responsabilidade objetiva no que tange aos direitos estabilitários da empregada gestante, tendo em vista que sua finalidade vai além da simples proteção a empregada, tutelando também os direitos da maternidade e a proteção do nascituro (TST - RR-1239-59.2013.5.09.0664, Relator: Mauricio Godinho Delgado. DJ: 04/03/2015) Há ainda a possibilidade de a própria empregada desconhecer seu estado gravídico no momento da dispensa, o que também não afasta seu direito a estabilidade, já que a garantia de emprego neste caso não é exclusivamente para tutelar a empregada, ora gestante, mas essencialmente do nascituro, dessa forma, basta que haja a confirmação de que a gravidez ocorreu durante o contrato de trabalho (TRT 3 - RO - 00351-2012-038-03-00-9, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, DJ: 24/07/2012). Verifica-se o entendimento conforme o julgamento do TST:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. IRRELEVÂNCIA DO CONHECIMENTO PELO EMPREGADOR OU PELA EMPREGADA DO ESTADO GRAVÍDICO OCORRIDO DURANTE O CONTRATO DE TRABALHO. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. O atual posicionamento desta Corte é no sentido de se conferir a garantia de estabilidade provisória à trabalhadora a partir do momento da concepção, ocorrida no curso do contrato de trabalho. Essa garantia não visa apenas à proteção objetiva da gestante mas, sobretudo, a tutela do nascituro. Nesse sentido, nos termos do que recomenda a Súmula nº 244, I, do TST, não se afigura indispensável para o reconhecimento da garantia de emprego que a confirmação da gravidez da reclamante tenha ocorrido antes da rescisão contratual. Assim sendo, para a garantia da estabilidade provisória da gestante é irrelevante que o empregador, e também a empregada, tenham conhecimento do estado gravídico [...]. Processo: 00351-2012- 038-03-00-9-RO, Relatora: Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, Data do Julgamento: 24/07/2012.

No que tange a confirmação, há entendimentos de que esta deve ser para a própria empregada, sendo necessário a confirmação do estado fisiológico da gravidez durante o contrato de trabalho para que tenha acesso aos seus direitos constitucionais,

independente de notificação ao empregador (JORGE NETO, 2011). Mas, ainda se deve mencionar que há correntes contrárias, no sentido em que acreditam que a empregada deve comprovar a gravidez ao empregador sob pena de não ter direito a estabilidade, porém, é vedado pela própria Consolidação das Leis do Trabalho a exigência de exames pelo empregador à mulher para que comprove gravidez, sendo que a confirmação de sua gestação é íntima da mulher (CASSAR, 2015).

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;

Ressalta-se ainda que, atualmente tendo em vista que o texto legal menciona que a vedação diz respeito à admissão ou para a continuidade do contrato de trabalho alguns entendem que é legítimo que exija exame para verificar se a empregada está ou não gestante no momento da ruptura do contrato. Devido ao fato de que antes da Constituição de 1988 a empregada não tinha qualquer estabilidade, o período de gestação da empregada era somente convertido em pecúnia e a mesma recebia salário e demais direitos por indenização, após a Constituição há a possibilidade de reintegração ao emprego enquanto durar sua estabilidade (CASSAR, 2015). Assim, reintegração é a volta do empregado ao trabalho após a dispensa arbitrária no curso de sua estabilidade, voltando com toda as vantagens que tinha antes da demissão, como se o contrato de trabalho nunca tivesse cessado (SARAIVA, 2009). Verifica-se então que o inciso II da súmula 244 do TST deixa para que conforme a situação seja possível que seja determinado para que a empregada volte ao seu trabalho, exercendo-o da forma que o exercia antes da demissão ou para que nos casos de impossibilidade do retorno, todo o período de estabilidade seja convertido em indenização pecuniária (BARROS, 2009). Podendo vislumbrar tal entendimento ainda segundo Sabongi e Almeida:

[...] a empregada gestante deve pleitear a reintegração ao emprego, em caso de ruptura do contrato de trabalho, antes do término do período estabilitário. A indenização apenas é cabível diante da inviabilidade da reintegração, ou seja, nas seguintes situações: (a) quando já se encontrar exaurido o período estabilitário; ou (b) a critério do magistrado, caso entenda inexistir ambiente para reintegração (aplicação analógica do art. 496 da CLT c/c Súmula 396, II, do TST).

Outro ponto discutido acerca da estabilidade da gestante, é o inciso III da súmula 244 do TST tendo em vista que garantia o direito a estabilidade somente para as gestantes cujo contrato de trabalho fosse por prazo indeterminado já que nos contratos a termo não há a dispensa arbitrária já que ambas as partes sabem quando finda a

relação de emprego (GARCIA, 2012).

A Constituição de 1988 trouxe a garantia de emprego para a empregada gestante, porém, não fez distinção do direito a empregada gestante em curso de trabalho com contrato por prazo determinado ou indeterminado, tutelou simplesmente os direitos da empregada gestante (RIBEIRO, 2012). Em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar posição em sentido contrário ao inciso III da súmula 244 do TST, no sentido de conceder estabilidade nos contratos de trabalho por prazo determinado, isto após várias decisões do Supremo Tribunal Federal no sentido de garantir a várias empregadas gestantes em cargos comissionados, contratadas a título precário, o direito a estabilidade provisória (FRANCO FILHO, 2012). Como por exemplo, pode-se vislumbrar:

EMENTA: LICENÇA-MATERNIDADE. CONTRATO TEMPORÁRIO DE TRABALHO. SUCESSIVAS CONTRATAÇÕES. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ART. 7º, XVIII, DA CF. ART. 10, II, B, do ADCT. RECURSO DESPROVIDO. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7º, XVIII, da CF e do art. 10, II, b, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento. STF: RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 287.905. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 28/06/2005.

Em 2010 pela primeira vez o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que a Constituição assegura o direito a gestante, independente da modalidade de contrato de trabalho (FRANCO FILHO, 2012), como podemos observar no seguinte julgado:

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. RESCISÃO ANTECIPADA. ESTABILIDADE ASSEGURADA. Estabelece o art. 10, II, “b”, do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo qualquer restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa à tutela do nascituro. O item III da Súmula nº 244 desta Corte Superior não constitui impedimento a que se reconheça a estabilidade provisória da gestante, na espécie, visto que a extinção da relação de emprego não se deu em face do término do prazo de experiência, mas sim pela rescisão antecipada do contrato, por ato da empresa, configurando, portanto, dispensa sem justa causa de empregada coberta por estabilidade provisória constitucional. Precedentes do STF, de cuja orientação dissentiu o acórdão recorrido, violando preceito constitucional. TST, RR: RR 194040-35.2006.5.02.0472. Relator: Ministro Waldir Oliveira da Costa. Data do Julgamento: 09/06/2010.

Após então diversas decisões favoráveis a concessão da estabilidade para empregadas gestantes que possuíam vínculo de emprego por meio do contrato de experiência, em 2012 pela resolução nº 185/2012 o item III da súmula 244 do TST foi alterado, permitindo então com que as empregadas que ficassem gestantes independentemente do tipo de contrato de trabalho (determinado ou indeterminado) teriam direito à estabilidade, passando então a ter a seguinte redação: “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” (FRANCO FILHO, 2013). Como exemplo pode-se vislumbrar nos textos da Revista Legislação do Trabalho:

[...] O art. 10, II, b, da ADCT, da CF veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante [...]. Essa garantia fundamental reafirma a Convenção n. 3 da OIT, que estabelece, em seus arts. 3 e 6 a ilegalidade da dispensa da empregada gestante enquanto perdurar a licença maternidade. Logo, o contrato de experiência não constitui óbice à estabilidade provisória da gestante, na medida em que a norma do art. 443 da CLT, ao regular a contratação por prazo determinado, não tem o condão de afastar o direito à estabilidade provisória. A jurisprudência do STF e TST é também no sentido de que a empregada gestante, mesmo contratada a título precário, tem direito a estabilidade provisória [...] (Revista LTR. 77-10/1256). [...] a justificativa legal decorre do fato de que a relação de emprego ainda se encontra em vigência, já que o aviso prévio, cumprido ou não, integra o contrato de trabalho para todos os efeitos (art. 487, § 1º da CLT) [...] (Revista LTR. 77-06/615).

Válido ainda é mencionar acerca de alguns pontos acerca da estabilidade da gestante, como por exemplo, a situação onde há a dispensa da empregada gestante antes do período da licença maternidade. Assim, caso a empregada seja dispensada arbitrariamente durante sua gestação, cabe ao empregador nos moldes da legislação já citada (independente do tipo de contrato de sua ciência) indenizar pecuniariamente todo o período que ainda resta de gestação e estabilidade para a empregada (BARROS, 2009). Outro ponto importante é a questão do nascimento com ou sem vida da criança, ou ainda a morte logo após o parto. Não há entendimento pacífico sobre o tema já que alguns acreditam que é cabível a estabilidade já que o fato gerador é o parto, enquanto outros entendem que é devido a gestante somente o descanso de duas semanas previsto no artigo 395 da CLT. (CASSAR, 2015). Verifica-se que a estabilidade da gestante busca proteger a mãe e o nascituro, assim independe se a criança nasce com ou sem vida já que a mulher necessita recuperar-se fisicamente e psicologicamente, tendo

portanto o direito à estabilidade (TRT 3- Processo 0000600-17.2014.5.09.0014, Relator Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, DJ: 23/06/2015). Válido ainda mencionar ainda acerca da mãe adotiva, já que esta possui direito a licença maternidade porém, não faz jus ao direito estabilitário (CASSAR, 2015). Outro ponto a deixar claro é que mesmo que a descoberta da gestação seja no curso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a empregada faz jus a estabilidade, em conformidade com a Lei 12.812/2013, que cria o artigo 391-A da CLT (CASSAR, 2015). No que diz respeito a estabilidade da gestante ainda, é importante destacar qual o momento para que a empregada possa pleitear seus direitos, porém, tal assunto será discutido em tópico posterior.

5- ABUSO DE DIREITO DO EXERCÍCIO DA ESTABILIDADE

A gestante tem direito a pleitear seu direito a estabilidade em até dois anos conforme previsto no Art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, porém, em alguns casos pode-se vislumbrar a ocorrência abuso do exercício de tal direito conforme disposto a seguir.

5.1- Abuso de direito

Sabe-se que a teoria do abuso de direito tem origem no direito medieval, onde era verificada nos atos emulativos, ou seja, aqueles atos que visavam obter proveitos sobre terceiros, assim causando-lhes prejuízos (BARROS, 2005). Tendo em vista que tal instituto não era expresso no Código Civil de 1916 sendo que, apenas por interpretação a partir do artigo 160, inciso I do mencionado Código de que a prática de atos em desconformidade com o ali disposto poderia configurar conduta abusiva (BRITO, 2011): “Art. 160. Não constituem atos ilícitos: I. Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (BRASIL, 1916).” Apesar do fato de o Código de 1916 adotar a teoria subjetiva, e da necessidade de interpretação inversa do artigo de lei, a ideia do abuso de direito como princípio foi sendo aceito por doutrina e jurisprudência, assim como sendo utilizada por outros ramos do direito (BRITO, 2011). O primeiro instituto a fazer menção ao abuso de direito no ramo privado foi o Código de Defesa do Consumidor, e posteriormente o Código Civil de 2002 em seu artigo 187, fazendo assim com que tal instituto alcançasse o princípio da boa-fé e a limitação do

exercício do direito: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002)” (BRITO, 2011). O abuso de direito é aplicável em todos os ramos do direito e existe a partir do momento em que o titular de algum direito o exerce de forma com que gere afronta a princípios do direitos e cause lesão a terceiros (HIGA, 2013). Tendo em vista que aquele que abusa de seu direito o exerce porém, prejudicando terceiros, sua teoria tem como base o fato de que não se pode alegar desconhecimento do direito para realizar determinado ato, visando assim equilíbrio nas relações de forma com que sejam priorizados os interesses coletivos aos individuais (FERREIRA, 2013). A caracterização do abuso de direito é portanto, uma linha frágil entre o exercício do direito subjetivo e o abuso do mesmo direito. Ora, o direito do indivíduo possui previsão legal porém, ao pleitear, exercer tal direito o mesmo ultrapassa os limites de seu direito objetivando uma vantagem exagerada ou seja, que vai além do permitido de forma com que prejudique terceiros (VIANNA, 2009). Atualmente fala-se que o abuso de direito independe de culpa, sendo que o agente utiliza de seu direito de forma contrária a sua finalidade social. O agente não desvirtua a lei objetivamente, mas sim sua finalidade (GONÇALVES, 2014). Assim, não verifica-se culpa ou dolo para a configuração do abuso do direito, bastando a constatação do desvio da finalidade do mesmo em seu exercício anormal (VENOSA, 2014). Ressalta-se ainda que a ideia do abuso de direito não está atrelada apenas aos atos emulativos, ou seja, aqueles que visam prejudicar outrem mas, naqueles que independente de vontade de causar danos utilizam de seu direito de forma incoerente ou objetivando apenas interesse próprio (RODRIGUES, 2003). Conclui-se portanto que o sujeito que possui determinado direito subjetivo incorre no abuso do mesmo caso contrariar o princípio da boa-fé, bons costumes, moral e a finalidade da própria norma que tutela tal direito, ocasionando responsabilidade do mesmo por eventuais danos que causar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011). Tendo em vista que o abuso de direito está no Título dos atos ilícitos nos Código Civil, é pertinente fazer a diferenciação dos dois institutos. No abuso de direito o agente de certa forma está exercendo seu direito mas violando os valores atrelados a ele. Já no ato ilícito o indivíduo age em desconformidade com a norma. Nas duas hipóteses o sujeito está em desconformidade com o ordenamento jurídico, porém, praticando o ato ilícito está agindo claramente em desconformidade com a lei, já no abuso de direito

está utilizando tal lei contrariando sua finalidade (BARROS, 2005). A caracterização do abuso de direito pode ser por várias modalidades, sendo que é válido que algumas delas sejam aqui destacadas. A primeira é o princípio da vedação ao comportamento contraditório (*Venire contra Factum Proprium*), que advém da violação ao princípio da confiança (OLIVEIRA, 2013).

Tal princípio está relacionado ao princípio da boa-fé objetiva, da confiança e lealdade, sendo que deve haver a limitação das atitudes dos indivíduos em prol da sociedade, ou seja, visa uma solidariedade social. Assim, a vedação diz respeito a atitudes contrárias as já praticadas pelo indivíduo anteriormente para que não haja uma violação de expectativas já criadas anteriormente podendo assim gerar prejuízos a outrem (PRETEL, 2009). Outro instituto que pode-se analisar no campo do abuso de direito é a *supressio* (conforme doutrina alemã: *Verwirkung*), onde os direitos de um indivíduo da relação são suprimidos, diminuídos em razão de sua inércia ao pleiteá-lo, fazendo com que a outra parte acredite que tal direito não seria mais exercido. Há no mesmo campo a *surrectio* sendo que a atitude de um gera expectativa de direito em outrem (MEZZOMO, 2006). Conclui-se portanto, que entre as duas teorias há uma correspondência já que em uma relação haverá supressão de direitos para uma das partes - *supressio* -, enquanto para a outra haverá um aumento nos direitos que este esperava - *surrectio* (OLIVEIRA, 2013). A teoria *tu quoque* ou ninguém poderá beneficiar-se da própria torpeza, também pode ser utilizada para falar do abuso de direito tendo em vista que, tal teoria leciona que uma pessoa não pode utilizar de sua torpeza para invocar determinada norma jurídica a seu favor e posteriormente a violar, ou vice versa (LEITE, 2010). No direito do trabalho verifica-se a compatibilidade do instituto tendo em vista que a própria CLT dispõe em seu artigo 8º, que nos casos omissos nesta serão supridos pelos outros ramos do direito naquilo que for compatível. Assim, o fato de o princípio norteador do direito do trabalho ser o da proteção para igualar empregador e empregado juridicamente, não há incompatibilidade em utilizar o instituto do abuso de direito nos casos em que lhe couber (AMARAL, 2005). Diante todo o exposto conclui-se que, o abuso de direito é um instituto de difícil caracterização tendo em vista que embora seja recorrente no cotidiano, há a necessidade de uma análise de certa forma subjetiva já que o direito do indivíduo é tutelado mas, o mesmo ao exercê-lo o faz de forma desmesurada agindo em desconformidade com princípios básicos do direito como boa fé, indo contra costumes e o que é “bem visto” pela sociedade e podendo até

prejudicar terceiros.

5.2- Possibilidades de caracterização de abuso de direito no exercício à estabilidade da gestante

No decorrer do artigo é possível vislumbrar os princípios norteadores da garantia de emprego, ou estabilidade provisória da gestante e como esta é tutelada pelo direito brasileiro, podendo citar como exemplo a súmula 244 do TST e o artigo 10, II, 'b', do ADCT. Conforme exposto, a empregada gestante faz jus à reintegração ao emprego ou a indenização do período de estabilidade nos casos de dispensa sem justa causa. Ocorre que, não há especificação legal do prazo em que a empregada pode ingressar com reclamatória pleiteando os direitos advindos da estabilidade gestacional, sendo então utilizado o prazo prescricional do Artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Federal, ou seja, dois anos. No mesmo sentido há manifestação do Tribunal Superior do Trabalho no texto da Orientação Jurisprudencial 399:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010) O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Não há o que questionar quanto a existência do direito da empregada quanto a estabilidade, porém, devemos analisar a seguinte situação: a empregada é desligada da empresa sem justa causa e está gestante nesse momento, porém, de forma imotivada, ajuíza reclamatória pleiteando somente indenização do período e nega-se a reintegrar ao emprego. Ou ainda o ajuizamento é após o período estável, mas ainda no prazo prescricional da Constituição, não sendo mais possível sua reintegração, somente indenização pecuniária esta não estaria incorrendo em um abuso de direito? Extrapolando seu exercício mesmo que este seja devido? Há entendimentos de que tendo em vista que a responsabilidade do empregador é objetiva, é cabível a conversão do período em dinheiro já que o ato da dispensa realizada pelo empregador

tem mais gravidade que a demora do ajuizamento da ação pela empregada (CASSAR, 2015). Porém, há entendimentos no sentido de que não é mais cabível as vantagens da estabilidade àquelas que por desleixo deixa transcorrer o período da estabilidade para pleitear tal direito, é o que será mostrado a seguir.

ESTABILIDADE DA GESTANTE. AÇÃO PROPOSTA APÓS O PERÍODO APTO À REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA E DEFERIDA. INTEGRAÇÃO DO PERÍODO INDENIZADO AO CONTRATO DE TRABALHO. POSSIBILIDADE. Para fins de reconhecimento da estabilidade da gestante, é irrelevante a propositura da ação após o fim do período estabilitário, uma vez que assegurada a indenização correspondente aos salários e demais direitos daí resultantes, a exemplo do FGTS mais 40%, férias e 13º salário e integração desse período ao tempo de serviço a ser anotado na CTPS, item II da Súmula 244 do TST (TRT 5 - RR 0000036- 84.2012.5.05.0025. Relator: Renato Mário Borges Simões. DJ 04/11/2013). Grifo nosso.

Há entendimentos que o ajuizamento após escoado o período de estabilidade não configura o abuso de direito, desde que tenha observado o prazo prescricional da Constituição é devida a indenização do período estabilitário, tendo em vista que o empregador possui responsabilidade objetiva e tal instituto visa a proteção das necessidades da pessoa e do nascituro (TST-RR-19600-18.2007.5.02.0313. Relator: Ministro Vieira de Melo Filho. DJ: 10/06/2015). Ocorre que não se pode tratar a empregada gestante como incapaz ou doente, assim, estabilidade justifica-se então devido ao fato de a gestante ter dificuldades de ingressar em um novo emprego com um filho recém-nascido, garantindo tal direito para a proteção ao nascituro. Contudo, a indenização só deve ser concedida se não for mais possível a reintegração ao emprego, não fazendo jus a indenização caso deixar terminar o período de estabilidade já que não deu oportunidade para o empregador de reintegrá-la, tendo em vista que mostra desinteresse da empregada na manutenção do emprego almejando apenas a indenização pecuniária (MARTINS, 2012). Além das disposições doutrinárias, há diversos julgados mostrando casos concretos onde foi reconhecida a abusividade no exercício da estabilidade da empregada gestante, conforme disposto a seguir. Em que pese o desconhecimento por parte do empregador ser irrelevante para a caracterização do direito à estabilidade, verifica-se que em alguns casos a própria empregada obsta com que lhe seja concedido tal direito ao violar princípios da boa-fé e informação. A empregada realiza exame demissional somente após a confirmação da gravidez e não

a informa no mencionado momento; não científica o empregador nem a entidade sindical no momento da homologação acerca de seu estado gravídico e, diretamente ajuíza reclamationária pleiteando indenização do período estabilitário sem cumprir o papel principal da garantia que é a proteção ao emprego. Verifica-se ainda que, recebeu parcelas do seguro desemprego e da licença maternidade no período estabilitário o qual requer indenização. (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO). Percebe-se nesses casos que a empregada descumpriu com preceitos éticos e morais, princípios da lealdade e boa-fé objetiva visando somente a indenização e não a proteção à maternidade e ao emprego. Recusa a reintegração ao emprego de forma injustificada obstando de forma maliciosa com que o empregador cumprisse sua obrigação, sendo então indevida a conversão em indenização pecuniária. O mesmo entendimento é mantido em sede recursal já que as atitudes da empregada não demonstram mera recusa à reintegração, o que não afastaria seu direito à estabilidade, mas demonstra que a mesma agiu de maneira contrária aos costumes moralmente aceitos pelo direito ao criar embaraços para o empregador pretendendo apenas indenização e não a finalidade real do instituto da estabilidade (TRT 3 - Relator: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho. RO 02611-2013-043-03-00-7 RO). Em muitas hipóteses percebe-se que a empregada obsta seu retorno ao emprego ou ajuíza reclamationária com uma demora imotivada não visando a garantia de emprego que lhe é dada, mas apenas indenização pecuniária "já que possui tal direito". Em outro caso, a empregada é dispensada grávida e, ajuíza reclamationária seis meses após a dispensa pleiteando indenização do período, porém, o empregador alega que na CCT da categoria há uma cláusula que autoriza a empregada gestante renunciar tal direito, porém tal cláusula é nula, sendo concedido direito à indenização em primeira instância. (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014). Em sede de recurso, a reclamada afirma que ao pleitear somente a indenização, a empregada pretende somente dinheiro e não a real finalidade da estabilidade que é a garantia de emprego. O Tribunal concorda no ponto em que a empregada ajuizou ação em momento ainda oportuno à sua reintegração ao emprego, porém, pleiteia somente indenização ficando evidenciado apenas seu interesse pecuniário sem prestar serviço algum ficando perceptível a caracterização do abuso de direito da empregada não sendo devida a indenização (TRT 18 - RO-0010853-45.2014.5.18.0004. Relator (a) Gentil Pio de Oliveira. DJ 30/10/2014).

Verifica-se que ao ajuizar a reclamatória dentro do prazo da estabilidade ou ainda cientificando o empregador acerca da gestação, a empregada garante não só seu direito mas também a possibilidade de o empregador dar a oportunidade de reintegração da mesma ao trabalho e assim utilizar sua força de trabalho para pagamento dos salários do período e não apenas ao pagamento posterior de salário sem ter usufruído de seu labor. Pode ocorrer dúvidas do motivo pelo qual o empregador reintegraria a ex empregada, mas a resposta é simplesmente porque tal possibilidade é decorrente da lei, ou seja, a empregada é estável e ele pode simplesmente indenizá-la pelo período estável, ou pagar o período em troca do trabalho da funcionária (SANTOS JUNIOR, 2010). Outra situação mostra que a empregada ajuizou reclamatória pleiteando indenização do período estável somente após um ano do nascimento da criança, sem qualquer justificativa na demora para o ajuizamento, sendo impossibilitada reintegração e verificada interesse na indenização pecuniária, sendo em primeira instância indeferido tal pedido. (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Ao analisar tal situação o Tribunal entende que não há fatos que comprovem que a empregada informou ao empregador acerca da gestação, e demorou de forma imotivada para pleitear seus direitos estáveis. Ocorre que em razão do Princípio da Segurança Jurídica, o empregador não pode ficar sempre submisso as normas protetivas e que não é pelo fato de estar gestante que a empregada pode não mais trabalhar e receber por tal período (TRT 3 - RO 0001191-14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Há no caso em tela, interesse em contrariar a função de garantia de emprego para a empregada visando a proteção ao nascituro para simplesmente receber dinheiro por tal direito, não podendo utilizar da Constituição que tutela a empregada gestante para gerar enriquecimento ilícito, sendo ainda que somente em hipóteses de exceção que há pagamento sem efetivo trabalho e não em qualquer situação. Verifica-se ainda que a empregada não demonstrou qualquer justificativa para ajuizamento da reclamatória somente após tanto tempo não sendo então cabível conceder indenização para a empregada (TRT 3 - RO 0001191- 14.2013.5.03.0003. Relatora: Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos. DJ: 28/06/2015). Verifica-se em parte da doutrina e em diversos julgados o mesmo posicionamento no que tange à reintegração ao emprego, ora, se a função do direito à estabilidade é manutenção do emprego então somente se esta não for justificadamente possível passa a ser cabível a conversão em

indenização pecuniária. Mais um caso mostra que reclamante estava em contrato de trabalho por tempo determinado e foi dispensada gestante, incontroverso a questão da estabilidade quando ao tipo de contrato de trabalho. Ocorre que a indenização pecuniária somente ocorre em casos de impossibilidade de reintegração ao trabalho, no entanto verifica-se no caso em tela que o empregador, tendo em vista possuir responsabilidade objetiva no caso em tela, reconsiderou a dispensa e deu a alternativa de reintegração ao emprego à empregada já que ainda estava em tempo. Porém, a mesma recusou evidenciando a busca emulativa pela indenização pecuniária. (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015).

Não houve qualquer comprovação de justificativa plausível para a recusa, sendo requerida somente a indenização do período sem qualquer pedido de reintegração, ficando evidenciado o abuso do direito da empregada não sendo cabível o pagamento do período estabilitário (TRT 1 - RO 0011101-13.2013.5.01.0006. Relator: Desembargador Antônio Carlos de Azevedo Rodrigues DJ: 19/05/2015). Além de todo o exposto há que vislumbrar ainda o fato de a empresa que não tinha ciência do estado gravídico da empregada, e após um longo período de tempo ser surpreendida com uma reclamatória pleiteando indenização, tal situação contraria além da finalidade da estabilidade o princípio da segurança jurídica. Verifica-se que em outra situação que a empregada foi demitida grávida e ajuizou reclamatória pleiteando indenização de sua estabilidade. Oportuno mencionar que a reclamada colocou à disposição da reclamante seu emprego e de forma escrita, sendo que a própria reclamante confirma tal fato e recusa-se a retornar ao emprego, alegando ser insustentável a convivência com a reclamada. Porém, não há indícios ou comprovação de tal alegação, sendo que as testemunhas alegaram que ambas tinham um bom relacionamento antes da dispensa, sendo ainda que uma delas teria ouvido que a dispensa teria sido em razão de apresentação de atestado médico falso pela reclamante (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012). Conforme entendimento do judiciário, caracterizaria enriquecimento ilícito conceder a indenização do período estabilitário, tendo em vista sua renúncia ao negar-se a voltar ao trabalho oferecido pela reclamada sem qualquer comprovação de impossibilidade do seu retorno. Em recurso a decisão é mantida não pelo fato de renúncia mas, pelo fato de que a empregada em momento algum comprovou que não haveria

possibilidade de retornar ao emprego que foi novamente oferecido pela empregadora e recusado, sendo evidenciado abuso no exercício do direito já que pretendia apenas indenização descaracterizando assim, a finalidade da estabilidade (TRT 3 - RO 0000919-46.2011.5.03.0114. Relator(a): Ricardo Antônio Mohallem. DJ 05/06/2012) Contudo, verifica-se que a intenção do instituto da estabilidade da gestante é assegurar o emprego da mulher em um período delicado para que esta possa manter seu filho e ao ajuizar a reclamatória após uma demora imotivada a empregada não demonstra interesse na real finalidade do instituto, abusando então de seu direito, utilizando-o de forma extrapolada, não fazendo jus a ele. Diante todo o exposto questiona-se como evitar a caracterização do abuso do direito já que a empregada muitas vezes ajuíza reclamatória após ou próximo do fim do período de estabilidade, deixando o empregador “submisso às normas protetivas” conforme mencionado acima. Uma das alternativas seria que no momento da entrega do aviso prévio, o empregador entregue à empregada documento afirmando que será nulo o referido aviso caso a mesma esteja gestante, ou venha a ficar durante o curso de possível projeção de aviso prévio indenizado. Na situação a mesma deve retornar ao trabalho em 30 dias, sob pena de estar renunciando à estabilidade gestacional e incorrendo em abandono de emprego (CASSAR, 2015). Alternativa seria, dar à empregada a possibilidade de inclusão do teste de gravidez no exame demissional, porém, tal hipótese possui controvérsias. Verifica-se que seria uma das únicas formas de o empregador, no momento da demissão ter certeza se a empregada está ou não gestante, mas por outro lado pode haver, um certo constrangimento para a mulher ao realizar o exame (LINO, 2013). Sob o ponto de vista legal temos a Lei n.º 9.029/1995 que veda práticas discriminatórias e realização de exames, e o artigo 373-A, inciso IV da CLT que traz a vedação de exigência de exame de gravidez para admissão e/ou permanência da empregada.

Vejamos que tais hipóteses legais vedam a discriminação e realização de exames no que tange a permanência ou manutenção do emprego, sendo que a possibilidade da realização do teste de gravidez no momento da demissão sendo no aviso prévio ou ao final deste não contrariando a legislação no que tange a vedar exames na admissão e permanência, e em caso positivo não estaria ferindo a legislação já que iria garantir o emprego da empregada tendo em vista sua estabilidade (LINO, 2013). No mesmo sentido a realização de exame de gravidez na demissão não configura dano moral tendo em vista que não gera dano evidenciado ou situação vergonhosa para a

empregada, não caracterizando ato ilícito que enseja configuração de dano moral (TRT 3 - RO 01150-2014-033-03-00-9, Relator Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, DJ: 27/02/2016). Diante todo o exposto, conclui-se que é claro o direito da empregada gestante à estabilidade, porém, em alguns casos a empregada utiliza de seu direito de forma abusiva, deixando assim de fazer jus ao mesmo.

6-CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como foco apresentar as modificações ocorridas nas normas jurídicas no que diz respeito à estabilidade da empregada gestante, trazendo seus aspectos mais importantes nos casos em que a gravidez ocorre durante o curso do aviso-prévio, contrato por prazo determinado e nos casos do falecimento da gestante. É indubitável a evolução dos direitos conferidos à mulher, e principalmente, à gestante. Este último se dá principalmente pelo fato da proteção ao nascituro, que desperta uma maior preocupação do legislador, o que gerou grandes avanços nas normas jurídicas brasileiras nos últimos anos. A gestação é uma fase na vida da mulher que necessita de cuidados maiores, e conseqüentemente, um amparo especial no emprego. Com o crescente número de mulheres no mercado de trabalho, acompanhado das constantes lutas pelos seus direitos, as normas jurídicas de proteção à gestante vêm sofrendo alterações, estas trazendo novos benefícios.

Para que sejam asseguradas condições de vida dignas ao nascituro, tanto no aspecto social, quando emocional e econômico, é necessário, ao menos, garantir o emprego à mãe trabalhadora, para que esta possa se fazer presente e proporcionar à criança o necessário para que viva adequadamente. Observa-se que restou comprovado que a gestante tem ganhado uma atenção maior no ordenamento jurídico pátrio, tendo assegurada a estabilidade em casos antes esquecidos pelo legislador. Apesar de ainda, no Brasil, a proteção à maternidade não se dar a passos largos, é notório o grande desenvolvimento, se comparado há alguns anos atrás, quando a empregada gestante poderia ser demitida a qualquer momento, apenas pelo fato de estar grávida. Com isso, nota-se que, apesar da ainda grande discriminação contra a mulher trabalhadora, esta, quando se encontra em estado gravídico, recebe proteção à maternidade, estando protegida pelo instituto da estabilidade da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, inclusive quando a gravidez acontece nos

contratos a termo e no curso do aviso prévio.

O direito à estabilidade está atrelado a vários princípios do direito trabalhista, dentre eles o seu basilar, qual seja, o da proteção que no caso em tela qual seja, a estabilidade da gestante, visa tutelar não só a empregada, mas também seu filho recém-nascido que é totalmente dependente da mãe, e esta precisa ter segurança e o principal um emprego para que possa cuidar com dignidade de seu filho. A estabilidade da gestante está eivada de fundamentos que lhe baseiam, como a já mencionada proteção, a continuidade do emprego que não deve ser rompido em um momento delicado para a mulher, boa-fé nos contratos e entre os contratantes - empregador e empregada - além da sua função social, tanto do emprego quanto da estabilidade, ambos garantidos pela Constituição Federal. A legislação não deixa dúvidas quando aos direitos do período estabilitário da mulher gestante, estando este previsto no artigo 10, inciso II, alínea b dos Atos Das Disposições Constitucionais Transitórias, Súmula 244 do TST, artigo 7º da Constituição Federal, dentre outros, sendo que a mulher desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto possui estabilidade. Ocorre que em alguns casos há a caracterização do abuso de direito, ou seja, a empregada gestante possui o direito à estabilidade, porém, o utiliza de forma exagerada, ultrapassando os limites morais e a real finalidade do direito em questão. Como demonstrado algumas empregadas somente ajuízam reclamações trabalhistas após escoado o período estabilitário, ou mesmo sem que este esteja findo mas, em tempo impossível de reintegrar-se ao emprego, sendo possível somente a indenização pecuniária que é uma exceção, pois, a finalidade do instituto é a segurança, a manutenção de emprego, e não de dinheiro simplesmente. Há casos ainda onde é possível reintegrar-se e o próprio empregador faz tal proposta e, é a própria empregada quem nega, evidenciando novamente a intenção apenas de auferir vantagem pecuniária do direito, configurando então abuso do exercício do direito à estabilidade, não sendo cabível então a indenização pecuniária. Importante mencionar que mesmo com o ajuizamento de forma tardia há entendimentos de que não configura abuso de direito pelo simples fato de ter sido 29 realizado ainda dentro do período prescricional da Constituição, pensamento este que não se compartilha no presente artigo. Verifica-se portanto, que não resta dúvidas acerca da importância do instituto do direito à estabilidade da gestante, que é um direito social, bem como que a empregada possui tal direito, mas para exercê-lo a empregada deve utilizar da boa-fé que é princípio basilar do Direito, a fim de atingir a finalidade do instituto e não

deixar o empregador a mercê do tempo e de incerteza quando ao término do vínculo com determinada empregada. Mas, como há aquelas que distorcem a finalidade do direito, deve haver uma forma de inibição e/ou prevenção, e como exemplo citamos a possibilidade por meio de previsão de instrumentos coletivos de a empregada ter a opção de fazer teste de gravidez no momento de sua demissão, ou ainda que os empregadores passem a informar a empregada no momento da demissão que, em caso de gravidez ocorrida ainda dentro do contrato de trabalho, esta deve retornar ao emprego para exercer seu direito estável conforme disposto em lei, formas estas que auxiliariam a empregada a usufruir de seu direito de forma mais rápida, sem que haja um processo judicial e também traria maior segurança ao empregador. Diante todo o exposto, conclui-se que a empregada possui sim o direito à estabilidade, porém, deve pleiteá-lo de forma com que sua finalidade, qual seja, a manutenção do emprego e segurança para a empregada e nascituro seja cumprida, sendo necessário agora que além da utilização da boa-fé pelas empregadas que forem utilizar de tal direito, seja possível com que empregador e judiciário tenham formas de combater aquelas que ainda utilizem de tal instituto de forma abusiva.

O direito à estabilidade está atrelado a vários princípios do direito trabalhista, dentre eles o seu basilar, qual seja, o da proteção que no caso em tela qual seja, a estabilidade da gestante, visa tutelar não só a empregada, mas também seu filho recém-nascido que é totalmente dependente da mãe, e esta precisa ter segurança e o principal um emprego para que possa cuidar com dignidade de seu filho. A estabilidade da gestante está eivada de fundamentos que lhe baseiam, como a já mencionada proteção, a continuidade do emprego que não deve ser rompido em um momento delicado para a mulher, boa-fé nos contratos e entre os contratantes - empregador e empregada - além da sua função social, tanto do emprego quanto da estabilidade, ambos garantidos pela Constituição Federal. A legislação não deixa dúvidas quando aos direitos do período estável da mulher gestante, estando este previsto no artigo 10, inciso II, alínea b dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, Súmula 244 do TST, artigo 7º da Constituição Federal, dentre outros, sendo que a mulher desde a confirmação de sua gravidez até 5 meses após o parto possui estabilidade.

Diante todo o exposto, conclui-se que a empregada possui sim o direito à estabilidade, porém, deve pleiteá-lo de forma com que sua finalidade, qual seja, a manutenção do emprego e segurança para a empregada e nascituro seja cumprida,

sendo necessário agora que além da utilização da boa-fé pelas empregadas que forem utilizar de tal direito, seja possível com que empregador e judiciário tenham formas de combater aquelas que ainda utilizem de tal instituto de forma abusiva.

7-REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, João Alves de. **Breves comentários à Lei 12.812/2013, que incluiu o art. 391-A À CLT: Estabilidade da Gestante no Curso do Aviso prévio.** Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador. Salvador/BA, 2013. Disponível em <http://goo.gl/C82xQT> . Acesso em: abril de 2016.

ALMEIDA, Vanessa Corrêa de. **Há estabilidade provisória da empregada gestante no contrato de experiência?** Uma visão crítica da súmula 244, III/TST. Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF, 2010. Disponível em <http://goo.gl/bsN49e> . Acesso em: março de 2016.

ARAÚJO, Miebt Oliveira de, **Estabilidade Provisória da Gestante.** Universidade Estadual da Paraíba. Campina Grande/PA, 2014. Disponível em <http://goo.gl/I0fV21> . Acesso em: março de 2016.

BAHIA, Tribunal Regional do Trabalho 5ª Região, **Processo RR0000036-84.2012.5.05.0025.** Relator: Renato Mário Borges Simões. Data do Julgamento: 04/11/2013, Data da Publicação: 04/11/2013. Disponível em <http://goo.gl/C5dPDJ>: Acesso em: maio 2016.

BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm . Acesso em 05/10/2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 38ª ed. São Paulo: Ltr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2007

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Processo RR 2436000662002502 2436000-66.2002.5.02.0900**, Relator: Fernando Eizo Ono, Data do Julgamento: 26/11/2008, 4ª Turma, Data da publicação: 05/12/2008. Disponível em: <http://goo.gl/BMle6q> . Acesso em: abril de 2016.

_____. **RE 600057** SC. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5411174/agregno-recurso-extraordinario-re600057-sc> > Acesso em 13/10/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR 1072020115180006**. Disponível em: < <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20979130/recurso-de-revista-rr1072020115180006-107-2020115180006-tst> > Acesso em 13/10/2015.

HIGA, Flávio Costa, **Abuso do direito na relação de emprego** - uma visão teórico-sistêmica, RKL Escritório de Advocacia, 2013. Disponível em: <http://goo.gl/RAINVy> . Acesso em: maio de 2016.

BRASIL, **Lei nº 3.070, de 1 de janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em <http://goo.gl/c0O6gb> Acesso em: maio de 2016.
BRASIL, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, institui o Código Civil. Disponível em <http://goo.gl/eSx66> . Acesso em: maio de 2016.

Artigo publicado originalmente na Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 128/2021 | p. 183 - 207 | Nov - Dez / 2021 | DTR\2021\47741