

ESTABILIDADE PROVISÓRIA: renúncia x indenização

Ari Pedro Lorenzetti¹

RESUMO

As garantias de emprego suscitam variadas controvérsias, seja quanto ao reconhecimento do direito, à sua oponibilidade e, principalmente, em relação aos efeitos de sua inobservância pelo empregador, e se, neste caso, é devida, ou não, a indenização substitutiva. A proposta do presente artigo é de buscar soluções sistemáticas quanto aos efeitos da inobservância do direito à estabilidade provisória, com base, principalmente, nos critérios fixados pelo Direito Civil em relação à mora.

Palavras-Chave: Estabilidade provisória. Reconhecimento. Renúncia. Indenização. Empregada gestante. Trabalhador acidentado. Cipeiro. Dirigente sindical.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fatos constitutivos do direito. 3 Oponibilidade do direito. 4 Inobservância do direito. 5 Estabilidade da gestante. 6 Outros casos de estabilidade provisória. 7 Extinção do direito por motivo externo ao vínculo laboral. 8 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A garantia do emprego é tema muito caro ao Direito do Trabalho, embora sua aplicação ainda esteja restrita a situações especiais, não ostentando a abrangência idealizada pelo legislador constituinte, ao colocá-la no topo dos direitos fundamentais dos trabalhadores (CF, art. 7º, I). Afora os casos, cada vez mais raros, de estabilidade prevista nos regulamentos empresariais ou em normas coletivas, atualmente, restam apenas as garantias temporárias para situações específicas, como é o caso da gestante, do empregado que sofre acidente do trabalho, dos dirigentes

¹Juiz do Trabalho em Goiás, Especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Civil.

sindicais e dos integrantes das comissões internas de prevenção de acidentes, eleitos pelos trabalhadores.

Apesar disso, embora as hipóteses de garantia provisória do emprego sejam limitadas, os debates que suscitam são frequentes, tanto em relação à afirmação do direito quanto aos efeitos de sua inobservância pelo empregador. Algumas de tais questões, é verdade, já foram devidamente equacionadas pela doutrina e jurisprudência. Outras, porém, ainda aguardam uma solução mais adequada.

O propósito do presente estudo é justamente a abordagem dos principais pontos controversos acerca das estabilidades provisórias, seja quanto ao reconhecimento ou às consequências de sua inobservância pelo empregador.

2 FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO

Considerando que as hipóteses de garantia de emprego de que trataremos aqui decorrem de lei, convém analisar os requisitos para que o trabalhador adquira tal direito.

Em relação à gestante, a garantia de emprego está prevista no art. 10, inciso II, alínea “a”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos seguintes termos:

“Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa (...) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Quanto ao que se deve entender por “confirmação da gravidez”, a doutrina e a jurisprudência dominantes já assentaram que, como tal, deve ser considerado o próprio estado gravídico, independentemente do momento em que se obtém a certeza acerca de sua existência. Vale dizer, mesmo que o empregador ou a própria trabalhadora desconheçam o estado gestacional, isso não impede a aquisição do direito à garantia de emprego.

Em relação à estabilidade acidentária, o requisito legal é que haja afastamento do trabalho, em razão do infortúnio, por mais de quinze dias, uma vez que o art. 118 da Lei n. 8.213/91 prevê que a garantia de emprego, no caso,

estende-se pelo prazo mínimo de doze meses “após a cessação do auxílio-doença acidentário”. Diante disso, como tal benefício só é concedido pelo INSS quando o afastamento do trabalho exceder a 15 dias (Lei n. 8.213/91, art. 59), conclui-se que não haverá garantia de emprego em se tratando de acidentes de menor repercussão, ou seja, aqueles que não acarretam incapacidade laboral por período superior a uma quinzena.

E à mesma regra temporal se submetem os demais eventos ou enfermidades que, nos termos do art. 21 da Lei n. 8.213/91, se equiparam aos acidentes de trabalho.

Em relação aos cipeiros, a CLT só restringia a liberdade de dispensa imotivada aos membros titulares eleitos pelos empregados (art. 165). Todavia, a partir da Constituição Federal 1988, conforme entendimento jurisprudencial dominante, a mesma proteção foi estendida aos suplentes, uma vez que o disposto no art. 10, II, “a”, do ADCT não limita a vedação à despedida arbitrária aos cipeiros titulares (TST, súm. 339, I). Além disso, a norma constitucional citada passou a prever que o termo inicial da garantia de emprego, no caso, é a data da candidatura para a CIPA.

No que tange aos dirigentes sindicais, consoante o art. 543, § 3º, da CLT:

Fica vedada a dispensa do empregado sindicalizado ou associado, a partir do momento do registro de sua candidatura a cargo de direção ou representação de entidade sindical ou de associação profissional, até 1 (um) ano após o final do seu mandato, caso seja eleito inclusive como suplente, salvo se cometer falta grave devidamente apurada nos termos desta Consolidação.

Como se pode perceber, no caso, o fato gerador da garantia de emprego é o registro da candidatura para cargo de direção ou representação sindical, estendendo-se a restrição à despedida imotivada, em caso de eleição, inclusive para os cargos de suplência, até um ano após o término do mandato, a fim de dissipar eventuais ressentimentos decorrentes da atuação do empregado em favor da categoria.

Definidos os fatos em que se assenta a garantia de emprego, nas situações mencionadas, necessário se faz, agora, analisar os requisitos para que tal direito possa ser oposto ao empregador. É o que veremos a seguir.

3 OPONIBILIDADE DO DIREITO

A presença dos requisitos para a aquisição do direito à manutenção do vínculo laboral não é suficiente para que aquele se torne efetivo. Além disso, é preciso que seus beneficiários possam exigir a observância do direito pelo sujeito passivo, ou seja, pelo empregador. Para tanto, como regra, não basta que estejam presentes os fatos em que se assenta a garantia de emprego, sendo necessário, além disso, para a efetividade do direito à manutenção do vínculo laboral, que o empregador tenha ciência do fato que inibe a sua liberdade de dispensar o trabalhador imotivadamente, sem o que não se poderia censurar sua conduta, ainda que colida com os interesses dos beneficiários do direito.

Em relação à gestante, no entanto, conforme entendimento jurisprudencial assente, o momento em que o empregador toma conhecimento da gravidez é irrelevante para que o direito à permanência no emprego possa ser invocado pela obreira. Mais do que isso, ainda que a própria obreira desconheça o fato ou que as partes, de comum acordo, tenham definido previamente a duração do contrato, fixando uma data para o seu término, ainda assim subsiste o direito da gestante à permanência no emprego pelo período de estabilidade previsto na Constituição Federal, mesmo que, na última situação (pacto a termo), o vínculo exceda o período contratual preestabelecido (TST, súm. 244, III). Tal interpretação decorre da natureza do bem jurídico tutelado, uma vez que, no caso, o destinatário final da proteção jurídica é o nascituro, cujos direitos devem ser preservados inclusive quando, para isso, seja necessário readequar os limites do contrato. Aliás, o TST chegou ao cúmulo de reconhecer o direito à indenização do período estável mesmo que o empregador, por omissão da obreira, ignore o estado gravídico (TST, súm. 244, I), o que constitui um evidente equívoco, pois não se pode responsabilizar o empregador por fato que desconhecia, não raro por ter sido a gravidez intencionalmente ocultada pela trabalhadora despedida, até o exaurimento do período de garantia de emprego, com o intuito de apenas receber

uma indenização, sem contraprestação laboral.

Quanto à estabilidade acidentária, sua oponibilidade ao empregador prescinde de comunicação por parte do empregado, uma vez que, pelo menos em relação aos acidentes ocorridos no estabelecimento patronal, não há motivos para se questionar a ciência do empregador acerca do evento, por ser presumidamente conhecido por ele. Em se tratando de trabalhador externo ou de acidente de percurso, no entanto, é possível que o obreiro sofra o infortúnio e não possa avisar seu empregador. Todavia, de qualquer modo, o período estabilitário só terá início com a cessação do benefício previdenciário, o que depende do restabelecimento da saúde do obreiro e consequente retorno ao trabalho. Assim, eventual dispensa sem justa causa no período de convalescença será nula, por ser considerada obstativa à aquisição do direito à estabilidade, cuja implementação pende apenas de um termo, ainda que incerto. Por fim, uma vez cessado o benefício previdenciário, cabe ao trabalhador apresentar-se ao local da prestação laboral para reassumir suas funções. De todo modo, é pouco provável que transcorra longo período de tempo sem que chegue ao conhecimento do empregador eventual acidente envolvendo seus empregados, ainda que laborem externamente, principalmente nos dias de hoje, em que os meios de comunicação eletrônica são amplamente acessíveis.

Em relação aos representantes dos empregados nas Comissões Internas de Prevenção de Acidente, não cabe a alegação do empregador de que desconhecia tal condição, para fim de eximir-se do dever de reconhecer-lhes o direito à garantia de emprego. No caso, por serem as eleições organizadas pelo próprio empregador, terá ele plena ciência de quem são os candidatos e, concluído o pleito, também não poderá alegar ignorância acerca de quais foram os trabalhadores eleitos.

O mesmo não ocorre, porém, em relação aos dirigentes sindicais, uma vez que é possível que o empregador não tome conhecimento imediato de que este ou aquele empregado seu candidatou-se e foi eleito para algum cargo de direção da respectiva agremiação profissional. É por isso que, nesta situação, atribui a lei à entidade sindical o encargo de informar ao empregador a candidatura e, se for o caso, a eleição para cargo de direção sindical (CLT, art. 543, § 5º).

A despeito disso, a comunicação mencionada não tem caráter constitutivo do direito à estabilidade, servindo apenas como prova de que o empregador tinha ciência da garantia de emprego, a qual, conforme já referido

anteriormente, tem como causa a candidatura e, quando for o caso, a posterior eleição para o cargo de direção sindical. Assim, em se provando que o empregador tinha ciência inequívoca de tais fatos, quando da dispensa, resta suprida a falta de comunicação formal. Além disso, ainda que a comunicação ao empregador ou a ciência deste por outros meios, não tenha ocorrido no prazo mencionado no § 5º do art. 543 da CLT, tal circunstância não elide o direito à estabilidade. Todavia, se o empregador exerceu o direito de rescindir o contrato imotivadamente antes da ciência da candidatura e eleição, o direito à estabilidade não mais poderá ser oponível ao ato rescisório patronal². De todo modo, não é demais reiterar, a comunicação ao empregador, no caso, não se apresenta como ato constitutivo do direito à estabilidade, mas apenas como condição de sua eficácia em relação àquele. Assim, se, no ato da comunicação da dispensa, o empregador é informado do óbice, ainda assim deve prevalecer o direito à garantia de emprego.

4 INOBSERVÂNCIA DO DIREITO

Presentes os elementos que fazem surgir, para o trabalhador, o direito de não ser dispensado sem justa causa, e sua oponibilidade ao outro contratante, cabe-nos indagar agora acerca das consequências da inobservância de tal restrição, pelo empregador. Aparentemente a situação não deveria acarretar maiores indagações, uma vez que, se havia óbice à dispensa imotivada, mas, mesmo assim, foi ela levada a efeito pelo empregador, o caso seria de nulidade do ato rescisório e conseqüente restabelecimento do vínculo laboral indevidamente rompido. Tal solução, apesar de lógica, não atende às particularidades do caso, pois há situações em que não é conveniente o restabelecimento do vínculo, e outros, inclusive, em que tal medida implicaria submeter o trabalhador a condições que lhe acarretariam um dano ainda maior. Suponha-se o caso de um trabalhador com garantia de emprego que, além de ser dispensado sem justa causa, tenha sido agredido, física e/ou moralmente, pelo empregador ou seus representantes. Em tal hipótese, não faria sentido exigir que o obreiro retornasse ao trabalho e continuasse subordinado

2.Nesse sentido, aliás, a jurisprudência atual do TST: “É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho” (TST, súm. 369, I).

ao ofensor, uma vez que isso implicaria agravar os efeitos do dano. Diante disso, há que se admitir, nos casos em que a permanência no emprego seja prejudicial ao trabalhador, uma solução alternativa, convertendo-se a garantia de emprego em indenização substitutiva.

De todo modo, ainda que possível a reintegração, esta não será imediata, devendo-se analisar a existência do direito à indenização relativamente ao período compreendido entre a dispensa indevida e o retorno ao trabalho. Aparentemente, poderia parecer que tal matéria não comporta maiores questionamentos, mas é aí que começam as distorções. E, para que fique mais evidenciada a confusão que se verifica na prática, nesse particular, passaremos a analisar cada uma das situações de estabilidade provisória mencionadas nos capítulos anteriores e os efeitos de sua inobservância pelo empregador.

5 ESTABILIDADE DA GESTANTE

Em relação à gestante, já o dissemos anteriormente, a garantia de emprego decorre do próprio estado de gravidez, sendo oponível ao empregador mesmo que este não tivesse ciência do fato à época da dispensa.

Todavia, embora não seja necessária a ciência do empregador para que se reconheça o direito à garantia provisória do emprego e para que tal direito possa ser oposto ao empregador, disso não decorre que este se torne refém da trabalhadora, isto é, que possa a obreira optar entre permanecer no emprego ou exigir uma indenização substitutiva do período estável. Afinal, o que a Constituição lhe reconhece é o direito ao emprego, e não uma indenização equivalente.

Assim, só se poderá falar em indenização quando for o empregador quem inviabilizou o prosseguimento do contrato, por culpa ou dolo. Afinal, conforme já referido, o que a Constituição Federal garantiu à gestante foi o direito de permanecer no emprego, e não a faculdade de postular uma indenização substitutiva. Diante disso, a garantia de emprego só será convertida em indenização quando o restabelecimento do vínculo se tornar insustentável para a trabalhadora, sem que tenha ela dado causa a tal situação. Por outro lado, não é razoável defender que o empregador que dispensa uma trabalhadora fique refém desse risco, indefinidamente, mesmo tendo agido de boa-fé.

Afinal, em que se fundaria sua responsabilidade no caso? É certo que alguns julgados ou excertos doutrinários sustentam que o empregador deve responder, no caso, em face da condição do nascituro, ao qual não se poderiam imputar as consequências dos atos ou omissões, provenientes de sua genitora, que lhe sejam prejudiciais. Tal argumento, no entanto, não pode ser aceito. Fosse assim, haver-se-ia que considerar nulo inclusive eventual ato demissionário da gestante, além de ser absoluta a vedação à sua dispensa, inclusive por justa causa. Com efeito, embora, em última análise, a proteção seja dirigida ao nascituro, ela só se materializa em razão do vínculo laboral mantido com sua genitora. E quanto à validade da demissão espontânea ou ao cabimento da dispensa por justa causa da empregada grávida, não há dúvidas de que a resposta seja afirmativa, não dando guarida a jurisprudência e a doutrina a teses em sentido oposto.

Diante disso, se é cabível a dispensa por justa causa da trabalhadora gestante, e se não há óbice a que esta se demita, por qual motivo se poderia sustentar que as omissões da genitora não possam repercutir sobre a proteção jurídica do nascituro? Por qual fundamento, pois, a inércia da gestante em pleitear o retorno ao emprego, diante do desligamento sem justa causa, deveria ser suportada pelo empregador que agiu de boa-fé, por desconhecer o fato obstativo à dispensa imotivada, não tendo sido informado daquele óbice pela obreira? Nem se diga que tal consequência decorre do fim da norma, que é a tutela do nascituro. Ora, tal objetivo, conforme se extrai inequivocamente do texto constitucional, deve ser obtido pela preservação do contrato de trabalho com sua genitora, e não mediante indenização. Não fosse assim, a trabalhadora que se demite espontaneamente durante o período de gravidez ou no curso dos cinco meses que se seguem ao parto, ou, ainda, quando fosse dispensada por justa causa no mesmo período, também deveria ser indenizada pelo direito à estabilidade não usufruído, o que deixa evidenciado o equívoco do argumento de que a proteção ao nascituro obrigaria o empregador a despeito da conduta da obreira.

Todavia, se o empregador tem ciência da gravidez, mas, mesmo assim, promove a dispensa imotivada, a questão acerca de sua responsabilidade não se reveste de dificuldade alguma, uma vez que se conforma às disposições do Código Civil, acerca do inadimplemento das obrigações.

Com efeito, consoante o art. 390 do Código Civil, “nas obrigações

negativas, o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster”. Essa é exatamente a situação do empregador que promove a dispensa sem justa causa de empregado acobertado pela vedação à despedida imotivada. Por outro lado, prevê ainda o Código Civil que “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (art. 395). E completa: “se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos” (art. 395, parágrafo único).

Ora, tais disposições são inteiramente aplicáveis ao empregador que, ciente da garantia de emprego – o que implica uma obrigação de não fazer –, ainda assim dispensa imotivadamente a obreira. Em tal situação, resta evidenciado que é o empregador quem incide em mora, que tem início assim que praticado o ato de que ele deveria abster-se (CC, art. 390). E, caso se torne, por algum motivo, inviável o retorno ao emprego, deverá a obreira ser indenizada pelo período estável remanescente.

Todavia, a mesma solução não pode ser aplicada às situações em que o empregador não tinha ciência da gravidez ao tempo do desligamento da obreira. Afinal, ainda segundo as regras previstas pelo Código Civil, “não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial” (art. 397, parágrafo único). Diante disso, se o empregador não tinha ciência da gravidez, quando da dispensa da trabalhadora, não pode ser considerado em mora pelo simples fato da dispensa, visto que ignorava o obstáculo, motivo pelo qual não pode responder pela omissão ou demora da obreira em informar-lhe o óbice à despedida imotivada. Por conseguinte, em relação às verbas trabalhistas relativas ao período compreendido entre a data da dispensa e a data da notificação da ação trabalhista, só responderá o empregador se a obreira demonstrar que ele tivera ciência da gravidez antes de ser chamado a juízo. Caso contrário, estar-se-ia reconhecendo à gestante dispensada imotivadamente, sem que conhecesse o empregador o seu estado gravídico, a opção entre retornar ao emprego ou converter tal direito em indenização substitutiva. E, para isso, bastaria que ocultasse do empregador a gravidez até o esgotamento do período estável, para só então postular em juízo a reparação pelos prejuízos sofridos, mesmo tendo sido ela própria quem lhes deu

causa, por não haver informado a existência do óbice à dispensa sem justa causa.

A solução apreendida por parte da doutrina e da jurisprudência, de desvincular a responsabilidade do empregador da ciência do estado gravídico da obreira, representa uma evidente subversão das regras de boa-fé, uma vez que, em muitos casos, injustificadamente, confere o direito a uma reparação exatamente à parte que deu ensejo à demora na efetivação de seu direito à permanência no emprego, forçando, por conseguinte, sua conversão em indenização equivalente. Trata-se, pois, de um gritante equívoco e estímulo à má-fé, em benefício de quem agiu de modo desleal.

Por outro lado, parcela da doutrina e jurisprudência, deixando de lado as regras relativas à boa-fé e à mora, defende que a indenização, em caso de dispensa do trabalhador estável, só deva abranger o período de estabilidade remanescente ao tempo do ajuizamento da ação visando ao restabelecimento do vínculo laboral rompido indevidamente.

Neste caso, tentando evitar abusos por parte dos trabalhadores, comete-se outro equívoco, tão ou mais reprovável. Com efeito, pelo tempo transcorrido entre a dispensa indevida e o pleito judicial de reintegração ao emprego deve responder quem estiver em mora, seja o empregador ou o empregado. Assim, quando, mesmo ciente de que o obreiro não pode ser dispensado sem justa causa, ainda assim a empresa rescinde, injustificadamente, o contrato laboral, é o empregador quem incide em mora, uma vez que, consoante prevê o art. 398 do Código Civil, “nas obrigações provenientes de ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou”. E, no caso, resta evidente a prática do ilícito trabalhista, uma vez que a dispensa imotivada atenta contra norma de tutela ao obreiro. E nem se diga que tal norma também poderia ser aplicada ao empregador quando não tivesse ciência do impedimento, pois, neste caso, a omissão não é a ele imputável, razão pela qual não incorre em mora (CC, art. 396).

Como se pode perceber, a solução para o caso está delineada de modo claro, lógico, justo e objetivo nas normas do Código Civil, aplicáveis subsidiariamente ao Direito do Trabalho, por força do art. 8º, parágrafo único, da CLT. E, nesse particular, é pertinente lembrar a lição de *Antônio Menezes*, quando afirma que qualquer aperfeiçoamento que se busque no Direito do Trabalho deve começar pelo aproveitamento do material científico já elaborado pela teoria geral do

Direito Civil, somando-lhe novos elementos. Caso contrário, isto é, se ignoradas as lições do Direito Civil, pretendendo tudo construir desde a base, o que se consegue produzir é apenas um “espetacular retrocesso”³.

E o que vem ocorrendo nos tribunais, além de confirmar tal previsão, instaurou um verdadeiro caos, uma vez que cada um aplica ao caso a solução que a si mesmo pareça mais acertada. Por um lado, há os que, na mesma linha do TST⁴, deferem indenização de todo o período estável remanescente ao tempo da dispensa, inclusive nos casos em que a obreira tenha sido desligada do emprego poucos dias depois da concepção, quando nem ela própria sabia de seu estado gravídico, e mesmo sem dar notícias do fato ao empregador antes da citação para a ação trabalhista, por vezes com pedido de reintegração apenas para constar, uma vez que, fatalmente, até a solução da demanda, já estará exaurido o período estável. Aliás, consoante a jurisprudência do TST, mesmo que a ação tenha sido ajuizada no curso do período estável, pode a empregada inclusive recusar imotivadamente a oferta de retorno ao emprego, sem prejuízo do direito à indenização integral⁵. De outra parte, há os que negam o direito à indenização em relação ao período compreendido entre a dispensa indevida e a data do ajuizamento da ação, mesmo que visível o estado gravídico ao tempo do desligamento. Por fim, e na mesma linha, há os que negam toda e qualquer indenização pelo só fato de a obreira ter ajuizado a reclamação trabalhista após exaurido o período estável, sem levar em conta se o empregador teve, ou não, ciência da gravidez antes disso⁶.

3. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 647.

4. “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” (TST/SDI-I, OJ n. 399).

5. “RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RECUSA À REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. Conforme tem reiteradamente decidido esta Corte Superior, o direito à garantia provisória da gestante é irrenunciável, pois sua instituição não visa apenas proteger a trabalhadora, mas tem por destinatário o nascituro. Assim, ainda que haja recusa, pela reclamante, à reintegração ao emprego, e não esteja configurada a má-fé do empregador ao rescindir o contrato de trabalho sem ciência da gravidez, tais fatos não eliminam a ilegalidade da denúncia unilateral desmotivada do contrato de trabalho, fato gerador da garantia prevista no art. 10, II, b, do ADCT. Cabível, assim, a indenização substitutiva. Recurso de revista a que se dá provimento” (TST, RR 0002034-59.2012.5.03.0020, Ac. 6º T., 05.06.2013, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. DEJT 07/06/2013).

6. “GESTANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO DEPOIS DE ESGOTADO O PRAZO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RENÚNCIA TÁCITA CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA INCABÍVEL. A finalidade da norma ao vedar a dispensa arbitrária da empregada gestante, nos termos do art. 10, II, b, do ADCT, é proteger a maternidade e a continuidade do emprego, este imprescindível à manutenção da empregada e do seu filho durante e após o período estável. Todavia, quando a trabalhadora formula pedido de reparação, quando já exaurido o prazo da estabilidade provisória, patente é a sua intenção em receber apenas a vantagem pecuniária e não o restabelecimento do vínculo de emprego. Esse, porém, não é o sentido da norma, evidenciando, assim, renúncia tácita à garantia de emprego ofertada na lei. Consequentemente, não há que se falar em indenização substitutiva” (TRT 18ª Região, RO 0010660-08.2012.5.18.0131, 1ª T., Rel. Des. Eugênio José Cesário Rosa. DEJT 18.12.2013, p. 118).

Definitivamente, trata-se de um lamentável retrocesso, conforme bem definiu o citado professor lusitano, se confrontadas tais soluções com as especificadas pelas regras já testadas e aprovadas pela secular experiência do Direito Civil.

A partir das normas tomadas de empréstimo do Direito Civil, ramo jurídico do qual se originou o Direito do Trabalho, existem parâmetros lógicos, claros e seguros para solucionar a questão, conforme os quais, em resumo, deve-se indagar sempre de quem é a mora. Sendo ela do empregador, que dispensou o obreiro mesmo ciente de que não poderia fazê-lo, não importa quanto tempo o trabalhador demore para ir à Justiça, uma vez que, no caso, é o empregador quem está em mora e, por conseguinte, sobre ele é que devem recair os seus efeitos. Assim, desde que observado o lapso prescricional, não pode o obreiro sofrer redução alguma no valor das reparações cabíveis em razão do tempo transcorrido entre a lesão a seu direito e a propositura da ação reparatória. Por outro lado, se, ao tempo do desligamento, o empregador não tinha conhecimento de óbice algum à dispensa imotivada, cabe ao trabalhador dar-lhe ciência do obstáculo, sob pena de arcar com as consequências de sua inércia em perseguir as reparações em juízo.

Somente assim, isto é, atribuindo as consequências da mora a quem lhe deu causa, é que se promoverá a justa solução do litígio, impedindo que alguns se valham da própria torpeza para obter vantagens indevidas.

Naturalmente que a situação da empregada gestante é a que se presta à maior incidência de tentativas de transferir indevidamente à parte contrária os ônus da própria mora. Assim ocorre quando o empregador, ciente do estado gravídico da obreira, ainda assim, promove a dispensa sem justa causa e, depois, pretende excluir da condenação a indenização relativa ao período compreendido entre a data do desligamento e o ajuizamento da ação, ou até o próprio julgamento da causa, alegando a malícia da obreira. Por outro lado, em relação à trabalhadora, também se verifica a busca de vantagem indevida nos casos em que, sem dar ciência de seu estado gravídico ao empregador, quando este o desconhecia, retarda a propositura da ação trabalhista, no intuito de obter apenas a indenização, por não ter interesse em manter-se no emprego. Em ambas as hipóteses, é manifesta a má-fé, devendo ser coibidas as tentativas de obter vantagens indevidas.

6 OUTROS CASOS DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Conforme já referido, a particularidade da gestante decorre do fato de o direito à permanência de emprego não decorrer de situação relacionada com o contrato de trabalho, mas de um estado pessoal. Todavia, alguns dos abusos verificados nas hipóteses de estabilidade decorrente da gravidez também podem ocorrer em relação às demais situações de estabilidade provisória, com a particularidade de, nestes casos, ser mais fácil desnudar as artimanhas, uma vez que, em relação à estabilidade do dirigente sindical, impõe-se a prova da ciência ao empregador, enquanto nos casos do cipeiro e do trabalhador que foi vítima de acidente do trabalho, é presumível a ciência do empregador quanto à situação que garante àqueles a permanência no emprego, exceto se a dispensa se operar por justa causa. Diante disso, em tais casos, o empregador não pode alegar ignorância do obstáculo à dispensa imotivada.

De todo modo, independentemente de qual seja a causa da garantia provisória de emprego, sempre que houver pleito de indenização substitutiva da estabilidade (ainda que relativa a apenas parte do período), há que se indagar quem deu ensejo à inobservância do direito do trabalhador: se foi ele próprio, que não informou ao empregador o óbice à dispensa imotivada, ou se foi o empregador que, mesmo ciente do impedimento, extinguiu o vínculo laboral injustificadamente. No primeiro caso, é o trabalhador quem deve assumir os prejuízos relativos ao período compreendido entre a dispensa indevida e o retorno ao emprego, se ainda houver tempo para isso, ou ao período remanescente da estabilidade. Na outra situação, isto é, se o empregador estava ciente do óbice à dispensa imotivada, mas, mesmo assim, a levou a efeito, é ele quem deve indenizar o obreiro pelos danos suportados, sendo irrelevante, neste caso, o tempo transcorrido entre a dispensa imotivada e o pleito de retorno ao emprego ou da indenização pela inobservância do período estável. Nessa última hipótese, o único limite a ser observado pelo trabalhador é o prazo prescricional.

Não é difícil concluir, assim, que, na maioria dos casos, quem auferiu vantagens indevidas com a (des)orientação atual da jurisprudência é o empregador, uma vez que a única hipótese em que a ciência do fato obstativo não é requisito para a constituição do direito é em relação à gestante e, mesmo nesta hipótese, pelo menos nos estágios mais avançados, dificilmente a gravidez passará despercebida

do empregador.

Em se tratando de dispensa por justa causa, caso não subsista motivo suficiente para respaldá-la, a demora do empregado estável em buscar a justiça para reverter a causa da rescisão não pode prejudicá-lo. Com efeito, se, ao final, restar demonstrado que a justa causa não deve prevalecer, tem-se o reconhecimento de que a dispensa foi indevida. Diante disso, é o empregador quem deve assumir as consequências de seu ato infundado, sendo ele quem incidiu em mora, por dispensar o trabalhador sem justo motivo, mesmo estando proibido de fazê-lo. Logo, era do empregador o encargo de emendar a mora, mediante convite ao empregado para retornar ao trabalho. Se não o fez e ficou aguardando que o obreiro questionasse a ruptura contratual, deve arcar com as consequências do tempo transcorrido entre a dispensa e o desfecho do processo, não se podendo imputar responsabilidade alguma ao empregado pela demora no ajuizamento da demanda, visto que a mora era patronal.

Em qualquer caso, havendo ajuizamento de ação trabalhista pelo empregado estável, visando ao reconhecimento da nulidade da dispensa e consequente restabelecimento do vínculo, se o empregador propuser o retorno ao posto de trabalho, mais o pagamento das verbas relativas ao período de afastamento, e houver recusa injustificada por parte do obreiro, a partir de então, invertem-se as posições, passando a mora para o trabalhador. Todavia, é todo pertinente salientar que não basta a simples oferta do emprego, uma vez que, nos termos do art. 401 do Código Civil, para purgar a mora, o devedor terá que oferecer a prestação a que se encontra obrigado “mais a importância dos prejuízos decorrentes” da data em que foi feita a oferta.

E tal complemento é importante, uma vez que a simples oferta do emprego, em muitos casos, não passa de uma tentativa fácil de se livrar dos efeitos da mora, não tendo, em geral, o empregador interesse algum no retorno do obreiro ao antigo posto de trabalho. Diante disso, sabendo que a relação já se encontra desgastada, inclusive em decorrência de ter o trabalhador buscado a Justiça, a oferta não raro visa apenas a forçar um acordo ou a reduzir, ao final, o valor da condenação, ou até, dependendo do que entender o Juiz, a obter a absolvição, fundada na suposta renúncia do empregado. Diante disso, ainda que o pagamento relativo ao tempo de estabilidade já transcorrido não ocorra imediatamente, o reconhecimento da

dívida é pressuposto para que se inverta a situação de mora, quando a empresa coloca o posto de trabalho à disposição do empregado dispensado indevidamente.

Além disso, importante ressaltar que, sendo a mora do empregador, a rejeição da oferta de retorno ao emprego, ainda que injustificada, não configura renúncia ao direito à estabilidade relativamente ao período já transcorrido. Só haverá, no caso, renúncia ao período estabilitário remanescente, e isso caso a justificativa apresentada para a recusa do emprego não seja acolhida pelo juízo. Quando exaurido o período estabilitário, não há que se exigir sequer que o trabalhador apresente os motivos pelos quais não aceita o emprego de volta, uma vez que a indenização se limitará ao período coberto pela garantia de emprego.

Não é demais reiterar que, quando a mora é do empregador, pode o obreiro que foi despedido indevidamente simplesmente ficar aguardando que a outra parte purgue a mora, não podendo ser responsabilizado pela omissão de quem agiu de modo ilícito. No caso, se a oferta do emprego só foi apresentada depois de transcorrido integralmente o período estabilitário, quem deve responder pela mora é o empregador, não podendo o obreiro ser punido pelo fato de aquele não tomar a iniciativa de rever o seu ato oportunamente.

Por outro lado, e essa é uma situação frequentemente verificável em relação à gestante, se o empregador não tinha ciência da garantia de emprego ao tempo da dispensa, e a obreira não o informa disso, só vindo a ajuizar a ação visando ao reconhecimento da estabilidade depois de transcorrido parte do prazo, só fará jus à indenização quanto ao período remanescente à época da propositura da demanda, e isso se o empregador se recusar a recebê-la de volta ao trabalho, injustificadamente. Se a ação foi ajuizada depois de exaurido o período de garantia de emprego, na mesma situação, isto é, sem que o empregador tivesse ciência, até então, do estado de gravidez, não se pode dizer que tenha ele incorrido em mora, razão pela qual não se poderá impor-lhe o dever de indenizar a obreira por um prejuízo a que ela própria deu causa.

Em qualquer hipótese, não se pode falar em abuso de direito sem verificar de quem é a mora. Sendo esta do empregador, não se pode qualificar como abusiva a atitude do obreiro que aguarda o transcurso do período estabilitário, no todo ou em parte, para ajuizar ação visando a obter as indenizações cabíveis. Afinal, é sobre o empregador que devem recair os prejuízos decorrentes do atraso

no reconhecimento do direito, no caso, pois era ele quem deveria sair do estado de inércia e reparar o seu erro. Não fosse assim, também se deveria considerar abusiva a espera do trabalhador para ajuizar a ação, qualquer que seja o seu objeto, apenas no último dia do lapso prescricional. Não faz sentido, portanto, invocar a teoria do abuso do direito para beneficiar a parte que se acha em mora, uma vez que cabe a esta emendá-la, e não à parte que já sofre as consequências da afronta a seu direito. E o que é pior: ao imputar, automaticamente e sem justificativa plausível, o caráter abusivo à conduta do obreiro, no caso, estar-se-á premiando, indevidamente, o empregador que não cumpre suas obrigações.

Se o trabalhador, dispensado indevidamente, comparece a juízo para postular tão somente a indenização do período estabilitário remanescente, ao tempo da dispensa e ainda não exaurido, incumbe-lhe provar a inviabilidade do retorno ao emprego. Caso não demonstre a existência de algum óbice, no entanto, comumente tem-se decidido que houve renúncia à estabilidade, o que, mais uma vez, não nos parece acertado, ainda mais quando não se leva em conta a questão relativa à mora. Com efeito, se o empregado foi indevidamente dispensado sem justa causa, quem está em mora é o empregador. Diante disso, cabe a ele responder pelos efeitos da estabilidade não observada no período compreendido entre a dispensa injusta e a retomada do vínculo ou até o término do período estabilitário. Assim, se o obreiro não foi chamado para reassumir suas funções e ingressa em juízo postulando apenas a indenização do período estabilitário, não se pode dizer que esse ato importe renúncia à estabilidade, seja em relação ao período transcorrido, seja quanto ao período remanescente. E mesmo que indevidamente se interpretasse o ato do trabalhador, no caso, como renúncia, esta não poderia abranger o período pretérito, considerando que quem deve responder pela mora, no caso, é o empregador, e houve pleito indenizatório. Só se poderia interpretar que houve renúncia caso, indagado especificamente se pretende reassumir suas funções, se for rejeitado seu pleito indenizatório, o trabalhador respondesse negativamente. De todo modo, neste caso, a renúncia só ocorreria diante de tal manifestação, e não pelo simples fato de haver postulado tão somente a indenização. De todo modo, não se poderia falar em renúncia tácita, uma vez que a vontade manifestada foi no sentido de obter a indenização, única opção que lhe resta em relação ao período já transcorrido.

Demais disso, enquanto ato dispositivo, a renúncia deve ser interpretada

sempre restritivamente. E o fato de haver postulado apenas a indenização não importa que tenha renunciado ao direito, senão o contrário, pois o que pretende é justamente haver os efeitos do direito que não foi observado pelo empregador.

7 EXTINÇÃO DO DIREITO POR MOTIVO EXTERNO AO VÍNCULO LABORAL

Não apenas por renúncia, expressa ou tácita, do trabalhador pode o direito à garantia de emprego desaparecer. Existem outras situações em que a garantia de emprego desaparece, além, como é natural, da morte do trabalhador. Segundo o entendimento jurisprudencial dominante, em se tratando de estabilidade sindical, a extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato também faz cessar a estabilidade provisória dos respectivos dirigentes (TST, súm. 369, IV).

Compreende-se que assim o seja, uma vez que a estabilidade deferida aos sindicalistas destina-se, antes de tudo, a proteger a categoria por eles representada. Mais do que um direito individual do beneficiário imediato, a estabilidade, no caso, é uma medida de proteção dirigida à categoria representada. Assim, desaparecendo, no âmbito da empresa, a categoria que o empregado deveria defender, não há razão para a manutenção da estabilidade, uma vez que, pelo menos em tese, não há o risco de o trabalhador sofrer alguma retaliação por sua atividade sindical. E o mesmo raciocínio se aplica ao caso dos membros das comissões internas de prevenção de acidentes, nos casos em que o empregador encerra suas atividades ou deixa aquela de ser obrigatória.

Em relação ao trabalhador que foi vítima de acidente do trabalho, a garantia do emprego não foi prevista em benefício de terceiros, senão do próprio obreiro. É à sua completa recuperação que se destina a proteção legal. Diante disso, a simples extinção da empresa não faz desaparecer as razões pelas quais a estabilidade foi prevista, no caso. Por conseguinte, em relação ao acidentado, não se pode emprestar ao fechamento da empresa a eficácia de fazer cessar os direitos advindos da estabilidade provisória. Por outro lado, dados os fundamentos em que se assenta a garantia de emprego, no caso, deve ser ela reconhecida inclusive em

se tratando de contratos por prazo determinado⁷, ou quando a doença ou acidente ocorrerem no curso do período de aviso prévio⁸, a fim de que o obreiro possa usufruir do tempo necessário para o completo restabelecimento de suas condições laborais.

No caso da empregada gestante, embora a norma constitucional não limite a possibilidade da dispensa aos casos em que a motivação for o comportamento da obreira, uma vez que também faz referência à despedida não arbitrária, que é aquela fundada em motivo técnico, econômico ou financeiro, a jurisprudência adotou uma interpretação mais restritiva, só reconhecendo a licitude da dispensa, no caso, se for motivada por justa causa. Diante disso, a simples extinção de um estabelecimento não torna lícita a dispensa da empregada gestante, ainda que se trate de uma despedida socialmente justificável e, portanto, não arbitrária.

Todavia, por ter como destinatário final o próprio nascituro, a norma que veda a dispensa imotivada da gestante perde sua razão de ser em caso de morte daquele. Assim, em caso de morte do feto ou recém-nascido, desaparece a causa para a proteção legal à genitora.

Subsistindo, porém, a situação que a norma legal objetivou tutelar, não se pode interpretar o simples fato de o trabalhador ter recebido as verbas rescisórias ofertadas pelo empregador como renúncia ao direito de estabilidade, ainda quando, além do recebimento das verbas rescisórias, o trabalhador efetua o saque do FGTS e se habilita ao recebimento do seguro-desemprego.

Afinal, não se poderia negar ao obreiro o direito à sobrevivência própria e à de sua família após o desligamento do emprego, ainda que de modo irregular. Impedir que se valha dos meios legais disponíveis seria impor ao trabalhador, que já teve seu direito à permanência no emprego indevidamente suprimido, o ônus pelo inadimplemento da obrigação patronal. Assim, não é aceitável que o obreiro seja obrigado a viver na penúria como condição para obter o reconhecimento de

7. "CONTRATO DE SAFRA. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. CABIMENTO. O direito à estabilidade provisória, previsto no art. 118 da Lei nº 8.213/1991, não excetua o exercício à modalidade de contratação por prazo determinado. Logo, a legislação especial não veda a incidência no caso de pactos de duração determinada, como o contrato de safra" (TRT 18ª Região, RO 0003390-07.2012.5.18.0171, Ac. 1ª T., Rel. Des. Geraldo Rodrigues do Nascimento. DEJT 30.10.2013, p. 10).

8. "CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO. ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. A superveniência do auxílio-doença acidentário no curso do aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado, não retira do empregado o direito à garantia de emprego prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991" (TRT 18ª Região, RO 0175700-43.2009.5.18.0003, Rel. Des. Daniel Viana Júnior. DEJT 29.11.2012, p. 50).

seu direito ou a reparação equivalente.

Demais disso, por ser ato dispositivo de direitos, a renúncia não pode ser presumida. Para que se configure, é preciso que haja fatos inequívocos a demonstrar que o trabalhador intencionava, efetivamente, despojar-se do direito à permanência no emprego. E o simples recebimento de verbas rescisórias não se reveste de tal significado.

Além disso, estando o obreiro fora do mercado de trabalho, sem que tenha dado causa a tal situação, é legítimo o recebimento do seguro-desemprego. E o mesmo vale para o saque do FGTS depositado, e respectiva multa. Mais cedo ou mais tarde, em face da dispensa sem justa causa, o trabalhador teria acesso a tais valores. Não há motivos, portanto, para censurá-lo, por recorrer a eles no momento em que mais tinha necessidade. Acima de tudo, o motivo é nobre, e o direito é legítimo.

8 CONCLUSÕES

De tudo o que foi exposto acima, podemos assentar as seguintes conclusões:

a) A garantia de emprego à gestante decorre do fato objetivo da gravidez, ainda que confirmada esta após a dispensa, desde que já existente ao tempo do desligamento;

b) Não estando o empregador ciente da gravidez quando da dispensa imotivada, não subsiste razão para atribuir-lhe a responsabilidade pelo período estável senão a partir do momento em que for informado daquele fato, pois é somente a partir de então que incide em mora;

c) Cabe à gestante a prova de que o empregador estava ciente da gravidez ao tempo da dispensa. Embora o conhecimento da gravidez não seja condição para o reconhecimento do direito, não se pode atribuir ao empregador os efeitos da mora, se não tinha ciência do fato gerador da estabilidade.

d) Em relação às demais modalidades de estabilidade provisória, a ciência do fato é requisito para o reconhecimento do direito, sendo, porém, presumida em relação ao trabalhador acidentado e ao cipeiro. Por outro lado, em relação ao dirigente sindical, a comunicação da eleição e posse ao empregador não

é elemento constitutivo do direito, mas apenas requisito de oponibilidade, podendo ser provada a ciência do fato por outros meios;

e) O empregador responde pelos prejuízos decorrentes da dispensa injustificada a partir da data em que tomou ciência do óbice ao desligamento imotivado e se manteve inerte. Diante disso, no caso da gravidez, se esse fato era conhecido do empregador ao tempo da dispensa, incide ele em mora desde a data do rompimento contratual, em razão do que responde pelas consequências de seu ato, independentemente da data em que a trabalhadora ajuizar ação visando à reintegração ou indenização do período estabilitário não respeitado, estando a obreira sujeita apenas ao prazo prescricional;

f) Sendo o fato gerador da estabilidade conhecido do empregador, que ainda assim promoveu a dispensa imotivada, desde que observado o prazo prescricional, é irrelevante o tempo transcorrido entre o desligamento do emprego e o ajuizamento da ação visando ao reconhecimento da nulidade da dispensa injustificada e a consequente indenização do período estabilitário não observado, dado que não se poderia transferir ao empregado os efeitos da mora patronal em rever a rescisão contratual indevida.

g) A responsabilidade pelo período de estabilidade não respeitado deve recair sobre a parte que estava em mora, e incide em mora a trabalhadora dispensada sem justa causa que não comunica a gravidez ao empregador, quando este a desconhecia;

h) Sendo o fato gerador da garantia de emprego conhecido do empregador, que, mesmo assim, promove a dispensa imotivada, incide ele em mora, e nela persiste até o instante em que coloque o emprego novamente à disposição do obreiro e se proponha a indenizar o período contratual que deixou de ser executado por culpa sua.