

**OS LIMITES DA GARANTIA DE
EMPREGO DA GESTANTE**ARI PEDRO LORENZETTI¹**I - Da aquisição do direito**

Já se vão mais de dez anos desde que a Constituição Federal instituiu a garantia de emprego à gestante, e até hoje seus limites ainda não foram definitivamente delineados pela doutrina e jurisprudência. Algumas das questões em aberto dizem respeito exclusivamente à situação da empregada gestante, enquanto outras são comuns a outras formas de proteção ao emprego.

Em sentido amplo, a expressão *garantia de emprego* compreende todas as medidas ou técnicas destinadas a proporcionar ao trabalhador o primeiro emprego, a permanência nele e, caso venha a perdê-lo, a obtenção de uma nova colocação no mercado de trabalho. Nessa acepção, a garantia de emprego representa uma forma de dar eficácia ao princípio do *direito ao trabalho*, previsto no art. 6º da Constituição Federal². A garantia de emprego de que ora tratamos, contudo, refere-se apenas ao segundo aspecto, isto é, à garantia de permanência no emprego, também conhecida como estabilidade.

Dispõe o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal que os trabalhadores urbanos e rurais têm, entre outros, o direito à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, estando tal garantia na dependência de lei complementar que a regulamente. Prevendo o constituinte a demora na edição de referida norma, estabeleceu, desde logo, tal garantia à empregada gestante, com eficácia imediata.

Não é preciso muito esforço para demonstrar o acerto de tal previsão. A proteção à maternidade tem um sentido de preservação da própria espécie humana, ao mesmo tempo que, de certa forma, visa a socializar os custos da renovação da força de trabalho. Justifica-se, assim, que o empregador, que se beneficia da mão-de-obra disponível, contribua para formação do trabalhador do futuro.

A estabilidade gera, para o empregador, uma obrigação negativa, qual seja, a vedação à dispensa injustificada. Em relação à gestante, conforme

1. Juiz do Trabalho Substituto do TRT 18ª Região.

2. ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991. p. 95.

verificado, restou proibida a despedida arbitrária ou sem justa causa. Segundo o art. 165 da CLT, é arbitrária a despedida que não se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Não tendo o constituinte atribuído à expressão outro sentido, em princípio, dever-se-ia entender que adotou a definição já expressa pelo legislador ordinário. Como, porém, ao lado da despedida arbitrária, referiu-se à despedida sem justa causa, tem-se que restringiu o sentido daquela, limitando-a às hipóteses de dispensas sem motivos técnicos, econômicos ou financeiros que as justifiquem. De qualquer modo, a dispensa da empregada em razão de sua conduta é também uma despedida justificada.

Segundo Eduardo Antônio Dantas Nobre, “a falta disciplinar traduz a inobservância de normas e instruções emanadas da empresa com vistas ao seu normal funcionamento. O motivo técnico, por seu turno, conexiona-se com a produção, importando, no mais das vezes, na supressão necessária de seção ou estabelecimento. Já o motivo econômico ou financeiro é aquele que se prende à insolvência da empresa, que deixa de adimplir suas obrigações negociais, seja em consequência de acontecimento de força maior, seja em decorrência de peculiaridades inerentes à conjuntura econômica nacional ou regional”³.

Tais circunstâncias, contudo, não precisam ser demonstradas judicialmente pelo empregador senão quando provocado pela empregada despedida⁴. Vale dizer, não é exigido, para a dispensa da empregada gestante ou puérpera, o prévio ajuizamento de inquérito, com o intuito de provar o fato justificador da dispensa. Tal procedimento só é necessário quando expressamente a lei o exigir, o que não é o caso. Todavia, nada impede que o regulamento da empresa ou as normas coletivas estabeleçam a exigência de procedimento prévio para apuração dos fatos, como requisito para a validade da dispensa, em tais casos.

Caracterizada a natureza da garantia, é preciso definir seu alcance subjetivo. No particular, a questão limita-se a verificar se a empregada doméstica foi, ou não, contemplada com tal forma de estabilidade. Como o *caput* do art. 10 do ADCT reporta-se expressamente ao art. 7º, inciso I, da Constituição, não prevendo o parágrafo único do art. 7º, a aplicação daquele inciso aos domésticos, logo concluiu-se que a empregada doméstica não foi contemplada pelo constituinte com estabilidade em razão da gravidez. Portanto, o art. 10, II, *b*, do ADCT não garante a permanência da empregada doméstica no emprego pelo período nele

fixado. Se, analisada a questão sob o ângulo da finalidade do instituto, não se justificaria a exclusão da empregada doméstica daquela garantia, adotada a perspectiva do empregador, verifica-se que este, de regra, não teria condições de suportar os ônus da estabilidade. Na verdade, o que falta é uma compensação para a empregada doméstica por parte da Previdência Social, em razão dessa sua particularidade. De qualquer forma, à luz do direito positivo vigente, a exclusão da empregada doméstica do direito à estabilidade em razão da gravidez é questão praticamente pacificada.

Solucionada a questão dos limites subjetivos, passa-se a analisar o problema dos limites temporais. O art. 10, II, *b*, do ADCT estabeleceu que a estabilidade tem início com a confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto.

Largo dissenso instalou-se desde logo acerca do significado da expressão ‘*confirmação da gravidez*’. Pretendiam alguns, talvez por influência da regra inscrita no art. 543, § 5º, da CLT, que, também em relação à gestante, a estabilidade ficasse condicionada à comunicação formal daquele estado ao empregador. Entendendo que a proteção dirige-se mais à maternidade do que à discriminação no emprego, a jurisprudência, na esteira da Convenção 103 da OIT, adotou a interpretação de que a estabilidade resultante da gravidez tem caráter objetivo, não dependendo da ciência do fato pelo empregador, ao tempo da dispensa. Com efeito, não há confundir *confirmação* com *comunicação*, expressões de sentido bem diverso.

Todavia, para definir o termo inicial da estabilidade, não basta reconhecer que aquele direito não decorre da comunicação do estado gravídico ao empregador. Há que se definir o que deve ser entendido por *confirmação da gravidez*.

Segundo alguns, haverá confirmação da gravidez quando a empregada, submetendo-se a exame clínico, laboratorial ou por imagem, constata seu estado gravídico. Com efeito, referidos exames podem atestar, com segurança, a existência da gravidez. Todavia, fazer depender o direito à estabilidade da existência de um exame prévio à dispensa não nos parece a melhor interpretação da norma constitucional, uma vez que a estabilidade decorre do estado gravídico, não do laudo médico, do exame laboratorial ou do resultado da ultra-sonografia (métodos mais comuns), que simplesmente o atestam.

Não se pode, pois, atribuir ao vocábulo *confirmação*, utilizado pelo constituinte, o sentido de conhecimento do fato, mas o de certeza acerca de sua ocorrência. Assim, ainda que adquirida posteriormente, se há certeza de que, à data da comunicação da dispensa, a empregada já estava grávida, há que se

3. NOBRE, Eduardo A. Dantas. Tutela constitucional da relação de emprego. In: RODRIGUES, Aluísio, coord. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo, LTr, 1993. p. 146.

4. É o que prevê o parágrafo único do art. 165 da CLT, aplicável, sob esse aspecto, à gestante.

reconhecer seu direito à estabilidade.

A estabilidade passa a existir a partir do momento em que, com certeza, existe gravidez, e não apenas a partir do momento em que a gestante tem conhecimento do fato ou o comunica ao empregador. A causa geradora da estabilidade é, pois, a concepção, e não outra circunstância qualquer. Assim, se a empregada, após ter sido despedida, realiza exame médico que confirma que já estava grávida antes daquela data, confirmou-se a gravidez anterior à dispensa. *O que importa, portanto, não é o momento em que se adquire a certeza acerca da existência da gravidez, mas o momento a partir do qual, com certeza, a gravidez já existia.*

Ainda que o termo *confirmação* possa ter outras acepções, há de ser adotado aqui o sentido que é mais favorável ao beneficiário da norma, em face do princípio da proteção, que rege o Direito do Trabalho. Do contrário, seria sustentar que o fato gerador da estabilidade é o atestado médico ou a comunicação ao empregador, e não o estado gravídico em si. Nem a própria gestante precisa ter conhecimento do fato ao tempo da dispensa.

Nesse sentido, transcrevem-se as seguintes ementas:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento da gravidez pelo empregador e até mesmo pela empregada não retira o benefício da proteção constitucional à maternidade. Basta para a aquisição da estabilidade provisória a concepção ao tempo do vínculo empregatício. A responsabilidade objetiva do empregador dispensa a comunicação do estado gestacional como condição ao direito da obreira. O artigo dez, inciso dois das disposições transitórias da Constituição Federal não condicionou a proteção da obreira ao conhecimento da gestação pelo empregador, ao prever a estabilidade a partir da confirmação da gravidez. A confirmação se dá pelo fato consumado, que é a concepção. Revista parcialmente conhecida e provida. (TST, RR 306.364/96, Ac. 3ª T., Rel. Min. Antônio Fábio Ribeiro. DJU 06.06.97, p. 25314).

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A estabilidade de emprego conferida à empregada gestante, nos termos do art. 10, II, *b*, do ADCT, independe do conhecimento das partes do estado gravídico da empregada, no momento da dispensa injusta e do acerto rescisório, tendo em vista ter havido a concepção e o início da gestação na vigência do contrato de trabalho. A Carta Magna, ao estabelecer que “fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada

gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, prescindiu do critério subjetivo (ciência da gravidez), fundando-se em dados objetivos caracterizados pela gravidez da empregada e pela dispensa injusta, com vistas a atingir os fins sociais de proteção à mãe e ao nascituro, sendo certo que o estado gravídico não se prova pela data do atestado médico, mas pela aferição, contida neste atestado, do início da fecundação. (TRT 3ª Região, RO 886/98, Ac. 4ª T., Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira. DJMG 12.09.98, p. 9).

O termo inicial da estabilidade, portanto, é o instante a partir do qual, com certeza, havia gravidez. Irrelevante o momento em que se obtém tal certeza. Ainda que o comprovante da gravidez seja posterior à dispensa, revelando ele que a concepção ocorreu antes, confirmou-se a gravidez inibitória da despedida imotivada. Em síntese, não se pode confundir a *confirmação* da gravidez (certeza da existência do fato), com a *comprovação* daquele estado (aquisição da prova que confere aquela certeza).

Apesar disso, não pode ser exigido do empregador que respeite a estabilidade da gestante senão a partir do momento em que passa a ter ciência do fato gerador daquele direito. Todavia, a circunstância de desconhecer o estado gravídico da empregada, fato que pode ser ignorado inclusive por esta, não torna válida a dispensa. O desconhecimento do fato só exime o empregador da responsabilidade pelos efeitos da despedida imotivada relativos ao período em que ignorava o estado gravídico. Assim que tomar conhecimento de que ao tempo da dispensa a empregada estava grávida, deve o empregador promover sua imediata reintegração, sob pena de responder pelas conseqüências de sua omissão.

Destarte, se, para adquirir estabilidade, a empregada não precisa comunicar ao empregador seu estado gravídico, para que possa extrair daquele direito todas as suas conseqüências, deve demonstrar que o empregador teve ciência do fato, ainda que após a despedida. Caso contrário, mesmo que a dispensa fosse vedada, não se pode imputar nenhuma responsabilidade a quem a promoveu desconhecendo, sem culpa sua, a existência de fato impeditivo.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem admitida como válida a fixação, em norma coletiva, de um prazo dentro do qual a empregada deve comunicar seu estado gravídico ao empregador, sob pena de perda do direito (SDI-I, OJ nº 88). Tal exigência, contudo, só pode ser aceita em relação à empregada despedida, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é possível, mediante cláusula normativa, estabelecer a exigência de comunicação ao empregador como requisito para o

gozo do benefício (STF, RE 234.186-SP, Ac. 1ª T., 05.06.2001, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Todavia, em relação à empregada despedida, não se poderia impor ao empregador a responsabilidade pelas conseqüências do descumprimento de uma obrigação que ele sequer conhece. Fora desse caso, porém, é nula a cláusula convencional que permita a renúncia ou transação, pela gestante, de seu direito à estabilidade (TST/SDC, OJ nº 30).

Quanto ao término do período estabilitário, a norma constitucional procurou basear-se em um elemento objetivo, para não deixar margens a dúvidas: cinco meses após o parto. Todavia, nem sempre que o produto da concepção é expelido do útero, tem-se, tecnicamente, um parto. Do ponto de vista médico, fala-se em parto a partir do momento em que o feto se apresenta viável, ou seja, em condições de manter-se vivo fora do útero materno. A expulsão do embrião ou feto do útero antes disso é tida como abortamento. Tradicionalmente, tinha-se como limite entre uma e outra forma de cessação da gravidez, o sexto mês de gestação⁵. Todavia, os avanços da medicina têm permitido que crianças nascidas antes disso consigam sobreviver. Atualmente, conforme relatam Inajá e Sylvio de Borba, a Obstetrícia não mais trata como abortos os nascimentos ocorridos a partir da vigésima semana de gestação⁶. Para efeitos de estabilidade, portanto, deve-se adotar o atual conceito médico de parto, isto é, a expulsão ou retirada do feto do útero materno a partir da vigésima semana de gravidez. Antes disso, a expulsão do embrião ou feto denomina-se aborto, não garantindo à gestante o prolongamento da estabilidade após a cessação da gravidez.

Atingindo a gestação o período de vinte semanas, haverá um parto, sendo irrelevante o que dele resulte ou se o feto tem condições de sobrevivência. A sobrevivência ou a viabilidade do produto do parto não foram exigidas pelo legislador constituinte como requisito para o prolongamento do período de estabilidade após o parto. O nascimento sem vida, desde que ocorrido a partir da vigésima semana de gestação, também não afasta a estabilidade pós-parto.

Mesmo que haja interrupção dolosa da gravidez, desde que a gestante não tenha participado do crime (CP, art. 125) ou este não seja punível (CP, art. 128), terá ela direito à projeção da estabilidade, pois a

situação equivale ao do bebê natimorto. E, neste caso, a doutrina é acorde no sentido de que persiste a estabilidade. Caracterizada, porém, a conduta criminosa da gestante (CP, art. 124), sem exclusão da punibilidade, não há razões para deferir a proteção legal em questão, uma vez que o crime denota o desprezo justamente ao destinatário final da norma.

Além dos limites já analisados, a garantia de emprego à gestante deve observar as condições contratuais. Quando o contrato é estabelecido por prazo determinado, não tem a gestante o direito de permanecer no emprego além da data fixada para o seu término. Mesmo que o contrato tenha sido firmado por prazo indeterminado, se o empregador já pré-avisou a empregada da despedida, a partir daquele instante, estabeleceu-se uma data para o término do contrato. Logo, a gravidez superveniente ao aviso prévio não impede a consumação da dispensa.

Todavia, como o contrato a prazo pode ser fixado por até dois anos (CLT, art. 445), dentro do limite de duração estipulado, aplica-se plenamente a regra prevista no art. 10, II, *b*. Assim, nos contratos por tempo determinado, também não poderá o empregador promover a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante antes do termo final previsto⁷. A prévia fixação do termo final do contrato apenas limita a duração da estabilidade, não sendo suficiente para excluir sua aplicação⁸. Do contrário seria impor uma limitação injustificável à garantia constitucional.

II - Da inobservância do direito

Conforme já verificado anteriormente, a estabilidade gera para o empregador uma obrigação de não fazer, isto é, de não dispensar o empregado sem justificativa. As obrigações negativas, uma vez descumpridas, geram para o devedor a obrigação de desfazer o ato de que deveria abster-se e de indenizar o credor por eventuais prejuízos. Assim, em relação à gestante dispensada arbitrariamente, deverá o empregador reintegrá-la no emprego e pagar-lhe todas as vantagens do período de afastamento.

Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho mantém o entendimento anterior à atual Constituição, segundo o qual "a garantia de emprego à gestante não autoriza sua reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos" (Enunciado 244).

Apesar das críticas que lhe são dirigidas, pensamos que basta que se faça uma nova leitura, para que referido enunciado se adapte à situação atual.

7. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. "Estabilidades provisórias, contratos a prazo determinado e suspensões e interrupções do contrato de trabalho". In: *Revista Genesis*, n. 84, dez. 1999. p. 866.

8. Expressa, nesse sentido, a Lei nº 9.601/98, em seu art. 1º, § 4º.

5. FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991. p. 752. O *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* (2. ed. Editora Nova Fronteira, 1986), adota o conceito de parto apenas a partir da 28ª semana de gravidez.

6. BORBA, Inajá Oliveira de & BORBA, Sylvio Roberto Corrêa de. "A estabilidade provisória da gestante na Constituição de 1988". In: *Síntese Trabalhista*, v. 6, n. 70, abr. 1995, p. 20.

Uma mesma regra pode ser perfeitamente aproveitada em situações novas, desde que façamos dela uma releitura. Os grandes avanços jurisprudenciais foram assim construídos.

No caso, não podemos tratar os efeitos da estabilidade transitória sob o mesmo prisma da antiga estabilidade decenal. Nas hipóteses de estabilidade provisória, o valor do prejuízo é integralmente calculável, uma vez que o período de estabilidade é previamente definido. Assim, caso o empregador não tenha interesse em receber o empregado de volta, como regra, não há motivos para forçá-lo a reintegrar o trabalhador despedido. Eventualmente, nas hipóteses de estabilidade sindical e do cipeiro, a ausência do trabalhador na empresa poderia gerar prejuízo para os colegas de trabalho⁹. Todavia, em relação à gestante, não se pode alegar que haja prejuízo pelo fato de receber uma indenização, em vez de ser reintegrada. A indenização, no caso, trará efeitos muito mais benéficos, propiciando maior tempo e tranqüilidade à trabalhadora para dedicar-se aos cuidados do filho, antes ou pós-parto. Quanto à insegurança relativa ao futuro, não seria diferente caso fosse reintegrada no emprego.

O que não se pode extrair do enunciado 244, contudo, é que o empregador não tenha o direito de redimir-se da dispensa arbitrária e oferecer o emprego de volta. Nesse caso, a situação é diversa. Se colocado o emprego à disposição, ainda estando em curso o período de estabilidade, a não aceitação por parte da empregada, sem motivo justificado, implica a renúncia ao período restante.

Destarte, embora a empregada não possa obrigar o empregador a reintegrá-la, não pode ela recusar a oferta, uma vez que a opção existe apenas para aquele. Só o empregador é que pode escolher entre indenizar ou reintegrar, não podendo a gestante impedi-lo de cumprir a obrigação resultante da dispensa da forma que preferir. A dispensa arbitrária da gestante gera, portanto, para o empregador, o que a doutrina define como *obrigação facultativa*. De qualquer modo, o objeto da prestação continua sendo a reintegração, mas o devedor tem a faculdade de substituí-la pela indenização correspondente. Vale dizer, não se pode impor coercitivamente a reintegração da empregada se o empregador prefere a indenização. Esse é o sentido que deve ser atribuído hoje ao enunciado 244.

Assim, caso esteja ainda em curso o período estável, a empregada despedida só pode postular

9. É por isso que o parágrafo único do art. 165 da CLT consagra a reintegração como consequência da despedida arbitrária do cipeiro. Em relação ao dirigente sindical, a reintegração pode ser determinada inclusive liminarmente (CLT, art. 659, X).

a reintegração (que é o direito que decorre da dispensa arbitrária), acrescida da indenização pelo período de afastamento. Se a empregada postula apenas a indenização, ainda no curso do período de estabilidade temporária, salvo justificativa comprovada, pode-se entender que renunciou ao período restante da estabilidade. Todavia, antes de declarar a renúncia, o juiz deverá tomar o cuidado de indagar da empresa se tem interesse em receber a empregada de volta. Caso a resposta seja positiva, deverá consultar a empregada se, efetivamente, não quer voltar ao trabalho. Se esta aceita a oferta, a controvérsia está solucionada, limitando-se a indenização ao período de afastamento. Se a recusar, deve apresentar os motivos e sua prova, sob pena de, não o fazendo, ter-se por caracterizada a renúncia tácita¹⁰.

Se a empresa, em audiência, não concorda com o retorno da empregada, mesmo no eventual afastamento de sua tese de que não houve despedida arbitrária, não há porque entender que houve renúncia tácita, já que ficou evidenciado que a empresa absolutamente não quer a continuação do contrato. Em hipóteses tais, mesmo que o pleito tenha sido apenas de indenização e ainda esteja em curso o período de estabilidade, uma vez acolhida a tese da despedida arbitrária, a indenização deve abranger todo o período de afastamento, isto é até o término da estabilidade. Caso fique evidenciada a renúncia tácita, a indenização será devida até a data em que se configurou aquela.

Mesmo que o pedido seja de reintegração, caso o empregador, em audiência, ofereça o emprego de volta, a recusa da empregada em retornar ao trabalho, sem motivo justificado, implica renúncia ao restante do período de estabilidade. No caso, como a vontade de não retornar ao trabalho foi manifestada em audiência, é nessa oportunidade que se caracteriza a renúncia tácita.

Caso seja ultrapassado o período da garantia, antes do trânsito em julgado, naturalmente será limitada a obrigação do empregador à indenização até o termo final da estabilidade, mesmo tendo a empregada formulado pleito de reintegração (TST/SDI-1, OJ nº 106). Por outro lado, havendo condenação na obrigação de reintegrar, mesmo quando o período de estabilidade ainda esteja em curso, o empregador poderá optar pelo cumprimento da obrigação mediante indenização do período restante (prestação facultativa), caso não queira receber a empregada de volta.

Voltando ao tema da renúncia, convém analisar se a demora da empregada em postular em juízo o

10. BARROS, Alice Monteiro de. "Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial". In: *Síntese Trabalhista*, v. 8, n. 101, nov. 1997. p. 9.

reconhecimento de seu direito à estabilidade implicaria, também, renúncia tácita. É sabido que a dispensa arbitrária da empregada gestante caracteriza descumprimento de obrigação de não fazer. E, em casos tais, o empregador incide em mora a partir do instante em que pratica o ato de que deveria abster-se (CC, art. 961). Assim, nos estritos termos do direito positivo, bastaria que a empregada não deixasse escoar o prazo prescricional de dois anos, para não sofrer prejuízo algum em seu direito.

Tal conclusão, todavia, merece algumas considerações. Em primeiro lugar, conforme já referido, para que resulte alguma obrigação ao empregador em razão da dispensa, é preciso que esteja ciente do estado gravídico da empregada. Caso contrário, não se caracteriza a mora de sua parte e, portanto, não pode ser imposta a ele nenhuma responsabilidade, enquanto ignorar aquela situação. Portanto, embora o direito à estabilidade prescindida da comunicação ao empregador, este só responde pela sua inobservância a partir do momento em que estiver ciente de sua existência.

Por outro lado, convém reafirmar que a estabilidade garante a permanência no emprego, sendo a indenização apenas uma forma de compensar a impossibilidade da reintegração, ou uma opção do empregador, caso não a julgue conveniente. Todavia, a finalidade do direito é a subsistência do vínculo empregatício, com todas as suas conseqüências, no período da garantia. Assim, ainda que o empregador esteja em mora independentemente da interpelação da empregada, esta não pode simplesmente pretender uma indenização, uma vez que não é isso que a lei lhe garante.

A espera do transcurso do período de estabilidade ou de grande parte dele antes de ajuizar a ação para obter o reconhecimento do direito à estabilidade, portanto, caracteriza um abuso de direito, já que o objetivo do trabalhador não é mais a garantia do emprego propriamente dita, mas a indenização substitutiva daquele direito, livrando-se da obrigação de prestar serviços no período¹¹.

A questão se torna particularmente relevante quando o trabalhador, antes mesmo de postular o retorno ao antigo emprego, assume outro, para, após o decurso do período estável, buscar tão-somente uma indenização. Embora não se possa negar ao trabalhador o direito de prover sua sobrevivência, também não se pode permitir que transforme o direito à permanência no emprego numa forma de enriquecimento abusivo.

“A teoria do abuso de direito fundamenta-se na necessidade de se imporem limites éticos ao exercício

do direito”¹². Assim, condutas que, segundo o direito objetivo seriam permitidas, esbarram em limitações de caráter ético ou social, uma vez que *non omne quod licet, honestum est*.

Enquanto os atos ilícitos voltam-se diretamente contra a lei, os atos abusivos, aparentemente, com ela não colidem. O ato ilícito importa transgressão aos limites objetivos impostos pela própria lei, enquanto no abuso de direito, não há ofensa à letra da lei, mas aos limites sociais da norma. Mesmo investido de direitos reconhecidos pela lei, não pode seu titular dar-lhe destinação contrária à sua finalidade econômica e social, para os quais foram previstos.

Embora possamos nos servir da noção de culpa também para identificar o abuso de direito, neste caso, não se trata da culpa segundo seu conceito clássico, mas da culpa social, ou seja, desvio da missão social do direito. “A ação ou omissão negligente ou imprudente, caracterizadora da culpa, é a violação dos limites objetivos da lei, porque é a violação da obrigação legal preexistente; a ação ou omissão abusiva é apenas a violação da finalidade do direito, de seu espírito, sem que o agente transgrida os limites objetivos”¹³.

“Além dos limites objetivos fixados em lei, possui o direito limites de *ordem teleológica ou social*, que antepõe aos poderes objetivamente conferidos ao titular do direito, preceitos que vão além da legalidade expressa, que orientam o comércio jurídico entre os homens, sob a influência da *equidade*, da *boa fé* e do *bem da coletividade*.”

“A teoria do abuso de direito ou da relatividade dos direitos é a *manifestação concreta destas idéias*; é a reação contra a *amoralidade e certos resultados anti-sociais* que decorrem da doutrina clássica dos direitos absolutos. Ao invés do *direito-poder*, como prerrogativa soberana concedida ao indivíduo, o *direito-função* como prerrogativa concedida ao homem, para auferir todos os proventos que a lei lhe confere, sem ofensa aos interesses da comunhão social”¹⁴.

A aplicação da teoria do abuso de direito, no entanto, depende de uma análise circunstanciada de cada caso concreto. Nem sempre a demora no ajuizamento da ação traduz um abuso. Evidenciado-se, por exemplo, que não havia ambiente para a reintegração, ainda que a demanda seja tardia, não há que se reconhecer a existência de abuso de direito.

12. SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1999. p. 39.

13. LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 215.

14. *Idem, ibidem*, p.217.

11. *Idem, ibidem*, p.10.

Afinal de contas, o abuso só deve ser declarado quando for constatado que a empregada, sem sombras de dúvidas, fugiu a uma possível reintegração e quis apenas beneficiar-se da indenização, sem demonstrar qualquer intenção de prestar os serviços que lhe dariam direito às vantagens do período. Do contrário, estaríamos simplesmente esquecendo que quem se encontra em mora, e deve responder por ela, é o empregador (CC, art. 961), podendo este, caso tivesse interesse em obter a prestação de trabalho, chamar a trabalhadora, a qualquer momento, para reassumir suas funções, emendando, assim, a mora.

Todavia, uma vez reconhecido o abuso de direito, deve-se indeferir a indenização relativa ao período de afastamento, reconhecendo ao trabalhador tão-somente o direito à reintegração, se ainda persiste o direito à estabilidade. Se a ação é ajuizada ainda no curso do período estável, configurado o abuso, seus efeitos só alcançam o período de afastamento anterior à procura do Judiciário.

Tratando, ainda, das situações que fazem desaparecer o direito à estabilidade, cabe indagar se a extinção do estabelecimento também gera aquele efeito. Nos termos do art. 497 da CLT, que trata da estabilidade decenal, a extinção da empresa, salvo motivo de força maior, não elimina o direito à estabilidade, convertendo-se esta em indenização.

Segundo o entendimento jurisprudencial dominante, entretanto, em se tratando de estabilidade sindical, considera-se que a extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato torna aquela insubsistente (TST/SDI-1, OJ nº 86).

Compreende-se que assim o seja, uma vez que a estabilidade deferida ao dirigente sindical destina-se, antes de tudo, a proteger a categoria por ele representada. Mais do que um direito individual do beneficiado, a estabilidade, no caso, é uma proteção dirigida ao grupo profissional a que o trabalhador pertence. Assim, desaparecendo a categoria a quem o empregado deveria representar, não há razão para a permanência da estabilidade.

Contudo, em relação ao trabalhador que sofreu um acidente do trabalho, por exemplo, a garantia do emprego não foi prevista em benefício de terceiros, senão da própria vítima do infortúnio. É à sua completa recuperação que se destina a proteção legal. Assim, a extinção da empresa não fará desaparecer as razões pelas quais a estabilidade foi prevista no caso. Portanto, em relação ao acidentado, não se pode emprestar ao fechamento da empresa a eficácia de elidir o direito à estabilidade.

Em relação à empregada gestante, embora a finalidade da garantia de emprego se assemelhe muito mais à situação do acidentado, não se pode esquecer que, ao contrário deste, permite-se a dispensa por

motivos outros que não apenas os decorrentes de sua conduta. Conforme verificado acima, a proteção conferida à empregada gestante, ao contrário do que ocorre com o sindicalista e o acidentado, não veda a dispensa fundada em motivo técnico, econômico ou financeiro. O fechamento do estabelecimento, portanto, autoriza a dispensa da empregada gestante, por se tratar de uma despedida socialmente justificável. Assim como o desaparecimento da seção em que trabalha justificaria a dispensa, não se pode negar que esteja autorizada quando o estabelecimento por inteiro é desativado ou quando a própria empresa é extinta, uma vez que, no caso, fica evidenciada, quando menos, uma razão econômica ou técnica para a rescisão contratual.

Resta, por fim, analisar se o recebimento das verbas rescisórias implicaria renúncia ao direito de estabilidade. Tal entendimento não pode ser admitido¹⁵, ainda quando, além do recebimento das verbas rescisórias, a empregada saca o FGTS e se habilita ao recebimento do seguro-desemprego.

Afinal, não se poderia negar à trabalhadora o direito à sobrevivência própria e a de seu filho no período de afastamento. Negar-lhe o direito de socorrer-se dos meios legais que estejam ao seu alcance seria impor ao que teve seu direito violado a responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação. Não seria juridicamente aceitável que a empregada fosse obrigada a viver na penúria como requisito para obter o reconhecimento de seu direito.

Por ser ato dispositivo de direitos, a renúncia não pode ser presumida. Para que se configure, é preciso que resulte de fatos inequívocos, a demonstrar que o trabalhador intencionava, efetivamente, despojar-se de seu direito à estabilidade. E o simples recebimento de verbas rescisórias não tem esse significado.

Quanto ao seguro-desemprego, estando a trabalhadora desempregada, é legítimo o recebimento do benefício. O mesmo diga-se em relação ao saque do FGTS depositado. Mais cedo ou mais tarde, em face da dispensa sem justa causa, a trabalhadora teria acesso a tais parcelas. Não se haveria de censurá-la, portanto, por tê-lo feito no momento em que mais precisava delas. Acima de tudo, o motivo é nobre e o direito é legítimo.

III - Conclusões

a) A garantia de emprego conferida à gestante pelo art. 10, II, *b*, do ADCT é uma proteção contra a despedida que não esteja fundada em motivos de natureza disciplinar, técnica, econômica ou financeira. Tal garantia, entretanto, não se estende às empregadas domésticas.

15. BARROS, Alice M. de. *Op. cit.*, p. 11.

b) O fato gerador da estabilidade da gestante é a concepção. A confirmação da gravidez, portanto, não é o momento em que se adquire a certeza (comprovação) acerca da existência daquele fato, mas o instante a partir do qual, com certeza, a gravidez já existia. Ainda que a certeza seja adquirida após a rescisão do contrato, se restar provado que a gravidez era anterior, garantida estará a permanência no emprego.

c) Para a aquisição do direito, é irrelevante a ignorância da gravidez pelo empregador ou, mesmo, pela empregada. Todavia, o empregador só responde pelas conseqüências da inobservância daquele direito a partir do instante em que tiver ciência do fato gerador.

d) A interrupção da gravidez, antes da 20ª semana de gestação faz cessar imediatamente o direito à estabilidade. Após esse limite, independentemente do que dele resulte, a estabilidade projeta-se por mais cinco meses após o parto. Por outro lado, na interrupção da gestação prevista no art. 124 do Código Penal, fora das hipóteses do art. 128, não há razões para deferir a continuidade da proteção legal em questão, pois seria beneficiar quem atentou contra o bem jurídico tutelado pelo art. 10, II, *b*, do ADCT.

e) A garantia de emprego da gestante também se aplica aos contratos cujo termo final já esteja previamente estipulado, respeitado esse limite. Assim, não poderá o empregador promover a dispensa arbitrária ou sem justa causa antes do termo final previsto. A prévia fixação de um termo final ao contrato não exclui a aplicação da estabilidade provisória, apenas limita a duração desta.

f) A dispensa da gestante ou puérpera, por motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, não depende da prova de tais circunstâncias em prévio inquérito judicial, mas o regulamento da empresa ou as normas coletivas podem estabelecer exigência de que tais fatos sejam apurados em procedimento interno, sob pena de nulidade da dispensa..

g) A dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante gera, para o empregador, uma *obrigação facultativa*, cuja prestação exigível é a reintegração, podendo, contudo, o devedor optar por satisfazê-la mediante o pagamento da indenização substitutiva. Todavia, essa é uma faculdade exclusiva do empregador, não cabendo à empregada interferir em sua escolha. Assim, se a empresa oferece o posto de volta, a recusa por parte da trabalhadora, salvo se demonstrar a existência de motivo justificado, caracteriza renúncia ao direito.

h) A demora injustificada no ajuizamento da ação trabalhista visando o retorno ao emprego, quando evidencia que a gestante não pretendia voltar a trabalhar, mas apenas beneficiar-se da indenização substitutiva, caracteriza um abuso de direito. Em tais

casos, afastada a hipótese de renúncia e estando em curso o período estabilitário, a indenização só abrange o período posterior ao ajuizamento da ação, até o término da estabilidade ou até a reintegração, se for o caso. Se ajuizada a ação após o termo final da estabilidade, o abuso implica a ausência de qualquer direito. A questão do abuso de direito, contudo, deve ser analisada em cada caso concreto, pois não se pode esquecer que, em princípio, as conseqüências da despedida devem recair sobre o empregador inadimplente (CC, art. 961).

i) A despedida da empregada gestante ou puérpera em razão do fechamento do estabelecimento não se caracteriza como arbitrária.

j) O recebimento de verbas rescisórias, ainda quando o TRCT passe por homologação sindical, o saque dos depósitos de FGTS e o requerimento do seguro-desemprego, por si sós, não autorizam a conclusão de que houve renúncia ao direito à estabilidade.