

A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE: LIMITES DA BOA-FÉ

ABREU, Márcia Silva de¹
MIRANDA, Fernando Hugo Rabello²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 A proteção à maternidade no Brasil; 2.1 A finalidade da estabilidade gestacional; 2.2 Os princípios que norteiam a proteção à maternidade no Brasil; 3 O início do período de estabilidade; 3.1 Classificação da estabilidade gestacional; 3.2 Diferença entre estabilidade gestacional, licença-maternidade e salário-maternidade; 4 A comunicação do estado gestacional ao empregador e a possível má-fé da empregada; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO

A estabilidade provisória é uma garantia de extrema importância concedida às mulheres durante o período gestacional e puerperal. Ela visa evitar que abusos sejam cometidos em decorrência do estado gravídico, preservando, dessa forma, a mãe e a sua criança. O período estabilitário gestacional, segundo prevê o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inicia-se com a confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto. Contudo, não existe na legislação pátria uma delimitação temporal correspondente à data em que o estado gravídico deverá ser informado à empregadora, o que causa certa imprecisão jurídica nesse sentido. Ante à inexistência de limitação temporal surgiram no Brasil duas teorias acerca do momento em que se inicia a estabilidade gestacional: a teoria subjetiva e teoria objetiva. Para a teoria subjetiva, a estabilidade gestacional tem início no momento em que o empregador é informado sobre a gravidez. Já a teoria

¹ Márcia Silva de Abreu é advogada trabalhista e Pós Graduada em Direito Processual e Material do Trabalho.

² Fernando Hugo Rabello Miranda é Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito pela Université Toulouse 1 Capitole (França) e Advogado.

objetiva, defendida pela maioria e aceita jurisprudencialmente, consagra o entendimento de que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador, sendo que a estabilidade é devida quando há a confirmação do estado gestacional. Portanto, para essa teoria, é desnecessário que a empregada comunique a sua gravidez ao empregador. A teoria objetiva é aceita pelos Tribunais Regionais do Trabalho e confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Observa-se que as decisões proferidas pelo TST em sentido favorável às Reclamantes que apenas ajuízam a reclamação trabalhista após o fim do período estabilitário não leva em consideração os deveres de boa-fé previsto nos artigos 187, 422 e 476 do Código Civil de 2002, incorrendo no *tu quoque* e no *venire contra factum proprium non potest*. Essas decisões, a nosso ver, incentivam o desvirtuamento da norma protetiva prevista constitucionalmente, cujo objetivo é a proteção da maternidade, da família e da gestante. Ao permitir que seja paga indenização, mesmo quando a conduta é eivada de má-fé, o Poder Judiciário impõe às empregadoras uma penalidade mesmo quando esta não tem conhecimento do fato, o que nos parece demasiadamente injusto. Como solução para esse impasse acredita-se na necessidade de implementação, na legislação trabalhista, de um limite temporal para o reconhecimento da estabilidade gestacional e pagamento da referida indenização, assim como existe na legislação trabalhista chilena, exposta anteriormente. O protecionismo exacerbado e aparentemente ilimitado concedido pelo Tribunal Superior do Trabalho, mesmo no caso do abuso do direito, pode acarretar para a empregada o enriquecimento ilícito, prática vedada em nosso ordenamento jurídico e que precisa ser revista com a finalidade de coibir o cometimento de abuso processual.

PALAVRAS-CHAVE: Estabilidade Gestacional; Abuso de direito; Má-fé; Enriquecimento ilícito;

ABSTRACT

Provisional stability is an extremely important guarantee granted to women during the gestational and puerperal period. It aims to prevent abuse being committed as a result of the pregnancy state, thus preserving the mother and her child. The gestational stabilization period, according to art. 10, II, b, of the Transitional

Constitutional Provisions Act, begins with confirmation of pregnancy and extends up to five months after delivery. However, there is no temporal delimitation in the national legislation corresponding to the date on which the pregnancy state should be informed to the employer, which causes a certain legal imprecision to this effect. In the absence of temporal limitation, two theories about the moment at which gestational stability begins: subjective theory and objective theory. For subjective theory, gestational stability begins at the time the employer is informed about the pregnancy. The objective theory, defended by the majority and accepted jurisprudentially, establishes the understanding that the important thing is the confirmation of pregnancy for the employee herself and not for the employer, and stability is due when there is confirmation of the gestational state. Therefore, for this theory, it is unnecessary for the maid to report her pregnancy to the employer. The objective theory is accepted by the Regional Labor Courts and confirmed by the Superior Labor Court. It is noted that the decisions issued by the TST in favor of the Claimants that only decide the labor claim after the end of the stabilization period does not take into account the good faith obligations provided for in articles 187, 422 and 476 of the Civil Code of 2002, Incurring in *tu quoque* and *venire contra factum proprium non potest*. These decisions, in our view, encourage the distortion of the constitutionally mandated protective norm, whose objective is the protection of maternity, family and pregnant women. By allowing indemnity to be paid, even when the conduct is committed in bad faith, the Judiciary imposes on employers a penalty even when the latter is not aware of the fact, which seems to us to be unfair. As a solution to this impasse, it is believed that there is a need to implement, in labor legislation, a time limit for the recognition of gestational stability and payment of the referred indemnity, as it exists in Chilean labor legislation, previously discussed. The exacerbated and seemingly unlimited protectionism granted by the Superior Labor Court, even in the case of abuse of law, may lead to illicit enrichment for the employee, a practice that is forbidden in our legal system and needs to be revised in order to curb the commission of abuse Procedural law.

KEYWORDS: Gestational Stability; Abuse of law; Bad faith; Illicit enrichment;

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis Trabalhistas preveem o direito concebido às mulheres gestantes da licença maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, cuja duração mínima será cento e vinte dias, segundo estabelecido no artigo 7º, XVIII, da CF/88 e artigo 392 da CLT.

Há de se considerar ainda que, de acordo com o artigo 10º, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Diante do indiscutível direito à estabilidade trabalhista e da vedação da dispensa arbitrária ou sem justa causa surgem os seguintes questionamentos a que se pretende responder no presente artigo - são eles: (1) a empregada é obrigada a informar o empregador tão logo tenha ciência do seu estado gravídico?; (2) qual o limite temporal que deve ser considerado para uma eventual reintegração da empregada grávida demitida sem justa causa?; (3) como e quando a boa-fé processual pode ser desrespeitada nos casos em que a empregada grávida seja demitida sem justa causa sem informar à empregadora sobre o estado gravídico?

Antes de responder aos questionamentos, pretende-se fazer uma breve explanação da licença-maternidade, sua evolução histórica, objetivos e motivos ensejadores da sua concessão. Finalizada a digressão acerca da licença-maternidade passar-se-á à análise dos três questionamentos propostos.

Rotineiramente, casos onde a estabilidade gravídica é desrespeitada acabam gerando demandas judiciais. Aquelas que se sentem lesadas socorrerem-se do Poder Judiciário com o objetivo de ver apreciada a lesão ou ameaça aos seus direitos.

Contudo, observa-se que no processo trabalhista brasileiro, muitas vezes, partes e advogados utilizam-se da falta de lealdade processual e da falta de boa-fé para que as suas demandas sejam julgadas da maneira que mais os favoreçam, sem que as consequências dos seus atos sejam levadas em consideração e sem que haja a devida condenação por litigância de má-fé – conforme preceituado nos artigos 79, 80 e 81 do CPC.

Diante disso, o presente trabalho consistiu em um apanhado doutrinário e jurisprudencial onde se buscou apontar os limites da boa-fé nas demandas jurídicas que envolvam a reintegração da mulher grávida demitida sem justa causa, buscando ainda desenvolver o preceito do *tu quoque*, previsto no artigo 476 do Código Civil de

2002, segundo o qual ninguém pode exigir uma prestação de outrem antes que cumpra as suas próprias obrigações contratuais.

2 A proteção à maternidade no Brasil

A proteção à maternidade passou a ser prevista na legislação pátria com a entrada em vigor do Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, o qual regulava as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, prevendo que era proibido à mulher grávida o trabalho durante um período de quatro semanas antes do parto e quatro semanas após o parto. O referido decreto ainda previa que as gestantes teriam direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, e, bem assim, a reverter ao lugar que ocupava.

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a prever que o ordenamento jurídico deveria se nortear no sentido de amparar a maternidade e a infância, prevendo em seu art. 138, incisos "c" e "f" que: Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: amparar a maternidade e a infância; e adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis.

A Constituição de 1934 também previa como direito dos trabalhadores a assistência médica e sanitária, concedendo à gestante descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, segundo previsão contida no art. 121, § 1º, alínea "h". Contudo, a referida Carta Política apenas estabelecia o prazo de três meses de licença maternidade com vencimentos integrais para as funcionárias públicas, conforme art. 170, inciso 10.

Pouco tempo após a entrada em vigor da Constituição de 1934 foi aprovada a Convenção nº 03 da OIT, a qual foi ratificada pelo Decreto nº 423, de 12 de novembro de 1935, e que trazia disposições acerca do emprego das mulheres antes e depois do parto. Igualmente ao Decreto nº 21.417-A, este instrumento normativo também proibia que as mulheres trabalhassem, mas aumentou o período de quatro para seis semanas após o parto e vedava a dispensa arbitrária em tal período. Previa-se ainda que a mulher devesse receber, durante tal período, uma

indenização suficiente para a sua manutenção e a do seu filho. Também se previa que a mulher teria direito aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira.

A Consolidação das Leis Trabalhistas promulgada em 1943 foi o primeiro instrumento nacional a trazer disposições acerca da proteção à maternidade, especificamente nos artigos 391 a 400. Em tal época, conforme dispunham os artigos 392 e 393, a mulher grávida era proibida de trabalhar no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto, sendo-lhe assegurados os salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho. Vislumbra-se que a CLT, em tal ponto, apenas reiterou o que já previa a Convenção nº 03 da OIT.

Convém observar que quando foi criada a CLT o responsável pelo pagamento dos salários enquanto a empregada grávida estivesse afastada do trabalho era o próprio empregador.

Pouco tempo após a criação da CLT foi promulgada a Convenção nº 103 da OIT, aprovada no Brasil pelo Decreto nº 58.820 de 14 de julho de 1966, a qual revisou a Convenção nº 03 e dispunha sobre a proteção à maternidade, aplicando-se “às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio.” (Artigo I, Decreto 58.820)

O artigo 3º da Convenção nº 103 ainda previa que a duração da licença seria de, no mínimo, doze semanas, sendo que pelo menos a sua metade deveria ser tirada obrigatoriamente após o parto. A licença maternidade, a partir de então, passou a ser um direito concedido às gestantes mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto. Previa-se ainda que caso o parto fosse realizado após a data presumida, a licença tirada anteriormente seria automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração posterior ao parto não poderia ser diminuída por esse motivo.

Quanto ao salário maternidade a Convenção nº 103 da OIT dispunha que em hipótese alguma o empregador deveria ser pessoalmente responsabilizado pelo custo das prestações referentes ao período de afastamento. Contudo, apenas em 1974, com a edição da Lei nº 6.136, o salário-maternidade foi incluído no rol de benefícios pagos pela Previdência Social, retirando o ônus dos empregadores ao pagamento de verbas salariais em tal período.

Apesar da alteração trazida pela supramencionada Lei, de 1974, o benefício recém criado apenas estava disponível às empregadas urbanas, sendo excluídas de tal concessão as empregadas domésticas, rurícolas e autônomas.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a licença maternidade foi ampliada para 120 (cento e vinte) dias e passou a ser estendida às empregadas urbanas, domésticas e também às trabalhadoras autônomas³, tendo em vista que a proteção à maternidade, especialmente à gestante, e à família passou a ter especial proteção da Carta Magna⁴⁵. Importante destacar que às trabalhadoras rurais o benefício de licença maternidade apenas passou a ser concedido após a promulgação da Lei nº 8.213/1991, a qual incluiu o salário-maternidade entre as espécies de prestação previdenciária do rurícola (art. 18, I, "f" e art. 71).⁶ (BARROS, 2016)

Diversas outras categorias de mulheres trabalhadoras passaram a ser abrangidas pela possibilidade da concessão do salário-maternidade, tais como a segurada especial (Lei nº 8.861, de 25 de março de 1994); contribuinte individual e facultativa (Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999); e também para aqueles (homens ou mulheres⁷) que adotarem ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (Lei nº. 10.421, de 15 de abril de 2002).

Visando dar efetividade ao direito ao trabalho pelas empregadas gestantes, a Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da

³ 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; (Constituição Federal de 1988)

⁴ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Constituição Federal de 1988)

⁵ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (Constituição Federal de 1988)

⁶ Nesse sentido o RR-28.591/91: "Licença gestante de 120 dias. Lei n. 8.213/91. Em sendo o pedido anterior ao advento da Lei n. 8.213/91, que regulamentou a licença gestante de 120 dias, prevista no novo ordenamento constitucional, inviável se mostra o deferimento da parcela. Revista conhecida e provida."

⁷ Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. (Lei nº 8.213/91)

relação jurídica de trabalho. A referida lei ainda caracteriza como crime as seguintes práticas discriminatórias: I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez; II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem: a) indução ou instigamento à esterilização genética e b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Outra grande inovação na legislação brasileira no tocante à proteção à maternidade foi trazida pela Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, a qual instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

Há de se observar ainda que, além do período de duração da licença-maternidade, todas as classes abrangidas por tal benefício também fazem jus à estabilidade provisória no emprego desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto⁸. Contudo para que possa fazer jus à estabilidade a empregada deverá informar ao empregador sobre a gravidez e é justamente neste ponto que existe um vazio normativo, pois não há qualquer previsão legal acerca de quando o estado gravídico deve ser comunicado ao empregador.

O direito à licença maternidade é insuscetível de disponibilidade, ou seja, nem mesmo com o consentimento da empregada gestante poder ser exigido o labor durante o período de licença, sob pena de arcar o empregador com o pagamento de salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o art. 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do art. 393 da CLT. (BARROS, 2016, p. 714)

No objetivo de conferir certa segurança jurídica nos julgados envolvendo o tema da estabilidade gravídica, o TST editou a Súmula nº 244, a qual tem o seguinte teor:

⁸ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 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. (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988)

Súmula nº 244 do TST

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

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.

Conforme vislumbra-se no teor do verbete acima colacionado, nem mesmo o desconhecimento do estado gravídico por parte do empregador é capaz de ilidir o direito à garantia do emprego ou indenização substituta – no caso em que não for possível a reintegração ao emprego.

A Súmula nº 244 do TST trouxe grande avanço à proteção da maternidade no Brasil ao pacificar o entendimento de que as mulheres admitidas mediante contrato por tempo determinado também fazem jus à estabilidade gestacional.

2.1 A finalidade da estabilidade gestacional

Durante o período gravidez a mulher passa por profundas modificações de ordem física e psicológica. Ela fica mais sensível, vulnerável, e também sofre com variações repentinas de humor. E por ser a responsável pela geração de uma nova vida é comum que tenha medos, dúvidas e sonhos sobre o que acontecerá com a chegada da criança. Tais expectativas são normais e esperáveis, pois a vida da futura mãe está prestes a mudar completamente com o filho que nasce. Sobre a experiência gestacional, Silva e Silva (2009, p. 394) apontam que:

A experiência de gerar um filho é um momento de destaque no ciclo vital da mulher e do homem com repercussões importantes para seus meios familiares. Assim, a gestação, invariavelmente, é um período de intensas mudanças no corpo e na psique da mulher, além das expectativas, planos e projetos desenvolvidos pela família. Tal processo de significação está intrinsecamente ligado ao envolvimento psicoafetivo da unidade familiar.

As mudanças são tão intensas que, muitas vezes, as mães sofrem de depressão pós-parto, chegando até mesmo a rejeitar o nascituro. Além disso, todas as mudanças vivenciadas pela gestante provocam interferências no nascituro,

motivo pelo qual, quanto mais tranquila a gestação, melhor para a criança. Portanto, a saúde física e mental do nascituro é diretamente ligada ao período gestacional e tudo o que a mãe viveu em tal período. (BRAIANI, 2005)

Com isso, observa-se que a proteção gestacional não direciona-se apenas à mãe mas também ao nascituro, que deverá ser resguardado em tal período. Nesta senda, Homero da Silva (2009, p. 166) explica que:

O tema da proteção à maternidade tem um duplo alcance: de um lado, prestigia efetivamente a gestante, para que ela não vivencie maiores sobressaltos no curso da gravidez, de consequências imprevisíveis e irremediáveis, mas também se procura garantir o nascituro, a fim de que ele tanto possa se desenvolver em condições mais favoráveis como, sobretudo, venha ao mundo em condições ao menos medianas de nutrição e higiene.

De forma semelhante, vale destacar trecho do Voto proferido pelo Ministro do TST José Roberto Freire Pimenta no acórdão proferido no Recurso de Revista nº 89100-42.2006.5.02.0044:

Com efeito, é pacífico que o objetivo maior de proteção da norma constitucional é resguardar o nascituro, e não a mãe, de modo que, ocorrendo a dispensa arbitrária, deve-se considerar abertas duas opções para a ex-empregada, sendo autorizado a esta a faculdade de eleger o modo como melhor estará protegida durante a gestação: a primeira, postular seu retorno ao trabalho, porque a dispensa estava vedada (somente sendo possível essa reintegração se esta se der durante o período de estabilidade, restringindo-se, do contrário, essa garantia aos salários e demais direitos correspondentes, nos termos do item II da mesma Súmula nº 244 desta Corte); e a segunda, buscar desde logo a reparação do ato praticado pelo empregador, mediante o pagamento da indenização pelo período correspondente.

O trecho do voto acima colacionada confirma o entendimento de que a estabilidade gestacional direciona-se, principalmente, à proteção do nascituro, sendo que a proteção da gestante vem em segundo plano.

O direito à proteção da criança tem fulcro constitucional, uma vez que o art. 6º da Carta Magna prevê que a proteção à maternidade e à infância são direitos sociais⁹. Percebe-se que a lei maior protege o instituto da “maternidade”, e não somente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo que o período

⁹ 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. (Constituição Federal de 1988)

gestacional é complexo e envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção. (MARTINEZ, 2016)

Diante das mudanças vividas no período da gravidez a mulher torna-se mais suscetível a abusos por parte do empregador. A gravidez não é doença e a gestante não pode ser tratada como doente ou incapaz (MARTINS, 2010). Contudo, caso uma mulher grávida seja demitida, muito dificilmente será contratada por outra empresa durante tal período, o que colocaria em risco o bem-estar da mãe e do nascituro, o que torna imperioso a sua proteção face aos abusos que podem ser cometidos pelo empregador.

2.2 Os princípios que norteiam a proteção à maternidade no Brasil

Conforme se viu anteriormente a proteção à maternidade destina-se a assegurar o pleno desenvolvimento da relação trabalhista durante o período gestacional, evitando o cometimento de abusos por parte dos empregadores durante a fase de transformação que se passa na vida das gestantes.

Muito se lutou para que a mulher ocupasse uma situação de igualdade no mercado de trabalho, luta essa que permanece em cena até os dias atuais. A discriminação no ambiente de trabalho é uma prática ilegal e que viola o princípio constitucional da igualdade previsto no art. 5º, caput e inciso I, da Carta Política¹⁰.

O princípio da igualdade, além de pregar que não deve haver distinção de salário entre homem e mulher que exerçam a mesma função, também visa à proteção das gestantes, que passam por um período delicado de mudanças em suas vidas.¹¹ A diferenciação na proteção concedida à mulher no período

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (Constituição Federal de 1988)

¹¹ Segundo aponta Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 909/910) a proteção diferenciada dispensada às mulheres do âmbito trabalhista funda-se em três premissas: "1) Fundamento fisiológico: a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado; 2) Fundamento social: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação necessita da presença da mãe. A mulher, por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. [...] Em síntese, a regulamentação jurídica da empregada, nos diferentes países, ocupou-se dos seguintes aspectos: a) capacidade para contratar trabalho, submetida a algumas restrições; b)

gestacional não importa em violação do princípio da igualdade, isso porque se trata de uma situação transitória e excepcional, cujo intuito é a proteção da vida do nascituro e da família.

Outro princípio que fundamenta a concessão da proteção à gestante é o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. A proteção da dignidade da pessoa humana envolve todos os aspectos da pessoa, em seu aspecto exterior, como a sua função profissional, e também em seu aspecto individual, como a sua privacidade, intimidade. (SCHIAVI, 2009) Trata-se de um norte que deve abranger a conduta de todas as pessoas.

O trabalho é um meio de efetivação da dignidade da pessoa humana, pois é através dele que se garante uma subsistência digna e capaz de suprir as suas necessidades¹². Tendo em vista que a gestação é um período que acarreta à mulher transtornos físicos, naturais e até psíquicos, torna-se imperiosa a sua proteção nesse momento, com o objetivo de preservar a sua própria dignidade e também do nascituro que está sendo gerado em seu ventre.

Permitir a discriminação das trabalhadoras gestantes seria ir contra a dignidade da pessoa humana e até mesmo contra a procriação da raça humana, tendo em vista que o bebê participa de todas as angústias e demais sensações vividas pela mãe.

3 O início do período de estabilidade

A gestação inicia-se na concepção e perdura até a realização do parto ou aborto prematuro. O período estável gestacional, segundo prevê o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inicia-se com a confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto.

proteção à maternidade, com paralisações forçadas, descansos obrigatórios maiores e imposição de condições destinadas a atender a sua situação de mãe; c) defesa do salário, objetivando-se evitar discriminações em detrimento da mulher; d) proibições, quer quanto à duração diária e semanal do trabalho, quer quanto a determinados tipos de atividades prejudiciais ao organismo do ser humano e que, portanto, devem ser reservadas somente para os homens."

¹² Corroborando essa afirmativa, Miraglia (2009, p. 151) aponta que: "Nesse contexto, o Direito do Trabalho consolida-se como o principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista. Cabe lembrar que a atividade estatal deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é o "centro convergente de direitos" de todo o ordenamento jurídico e a dignidade constitui o substrato mínimo a ser assegurado a todos igualmente."

Portanto, para que seja concedida a estabilidade gestacional, é preciso que haja certeza da gravidez, que deverá ser comprovada por exames ou laudo médico. Não basta que a mulher ache que está grávida, pois é preciso que tal situação seja confirmada.

Existem duas teorias acerca do momento em que se inicia a estabilidade gestacional: a teoria subjetiva e teoria objetiva.

Para a teoria subjetiva, a estabilidade gestacional tem início no momento em que o empregador é informado sobre a gravidez. Essa teoria, que é minoritária no direito brasileiro, prega que é necessário o conhecimento, real ou presumido, do estado gestacional da empregada pelo empregador no momento da dispensa imotivada, para que se lhe possa atribuir malícia no ato rescisório e consequente responsabilidade pelo pagamento do período referente à licença obstada. O raciocínio se estriba no art. 9º da CLT e 129 do CC/02, o qual, por sua vez, considera realizada a condição quando seu implemento for maliciosamente obstado pela parte. (BARROS, 2016) Corroborando esse entendimento, Sergio Pinto Martins assevera que:

A teoria da responsabilidade subjetiva entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador. A palavra confirmação deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, deve confirmá-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal, até identificando por escrito que está grávida, pois do contrário o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar atestado médico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez. Desconhecendo a empregada a sua gravidez quando da dispensa, menos ainda teria condições de saber o empregador. (MARTINS, 2010, p. 434)

Já a teoria objetiva, defendida pela maioria e aceita jurisprudencialmente, consagra o entendimento de que a gravidez consiste em um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher - trata-se da responsabilidade patronal. Portanto, para essa teoria, é desnecessário que a empregada comunique a sua gravidez ao empregador. Esse é inclusive o posicionamento contido no inciso I da Súmula 244 do TST: "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)"

Sobre essa teoria, Sergio Pinto Martins (2010, p. 434) pontua que:

A teoria da responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro. O STF já entendeu que a responsabilidade é objetiva (RE 259.3218/RS, Rei. Min, Ellen Gracie).

Essa teoria, apesar de ser a mais aceita, é capaz de gerar abusos, isso porque 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 e pelos bons costumes, segundo a previsão do art. 187 do CC/02.

3.1 Classificação da estabilidade gestacional

O termo estabilidade, segundo aponta Amauri Mascaro Nascimento (2011), tem duas acepções. A primeira acepção diz respeito à estabilidade do emprego, no sentido econômico, sendo o Governo responsável pela implementação de medidas destinadas a evitar que falte trabalho na sociedade. "Sendo um dever social, o trabalho deve merecer posição especial nos programas estatais, com a abertura de frentes de trabalho, serviços públicos de emprego, assistência pecuniária ao desempregado etc." (NASCIMENTO, 2011, p. 1156)

Para a segunda acepção, a estabilidade no emprego importa no direito do empregado em manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, sendo que esta subdivide-se em estabilidade definitiva e provisória.

A estabilidade definitiva, também conhecida como estabilidade decenal, não mais existe nas relações de trabalho brasileiras - uma vez que foi substituída pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

A estabilidade provisória, por sua vez, consiste em um direito conferido a alguns empregados com o objetivo de proteger situações especiais que podem surgir no decorrer da relação empregatícia. É chamada de provisória pois apenas persiste enquanto durar a situação especial.

A estabilidade provisória pode ser prevista em lei (em sentido amplo), convenções coletivas ou acordo coletivo de trabalho, no regulamento da empresa empregadora e até mesmo no próprio contrato individual de trabalho.

Essa espécie de estabilidade é relativa, pois poderá ser extinta diante do cometimento de falta grave ensejadora de demissão por justa causa, nos moldes do art. 482 da CLT. Caso não seja comprovado o cometimento de falta grave ensejadora de justa causa o empregado que se encontra no período de estabilidade deve ser reintegrado ao emprego, sendo-lhe pagos os salários a que teria direito no período da suspensão, por força do art. 495 da CLT.

A estabilidade gestacional pode ser classificada como relativa e não absoluta, pois segundo prevê o próprio art. 10, II, "b" do ADCT apenas é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante. A gestante pode também requerer a sua demissão do trabalho, hipótese em que deverá obrigatoriamente ser assistida pelo Sindicato ou pela autoridade competente, nos moldes do art. 500 da CLT, sob pena de invalidade do pedido de demissão¹³.

3.2 Diferença entre estabilidade gestacional, licença-maternidade e salário-maternidade

A estabilidade gestacional é a proibição de dispensa sem justa causa da mulher gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Observa-se que a estabilidade gestacional no período anterior ao parto apenas é aplicável à mulher gestante. No caso de falecimento da gestante durante o parto o direito à estabilidade no emprego será conferido a quem detiver a guarda do recém-nascido¹⁴.

¹³ Nesse sentido o TST vem consagrando o seguinte entendimento: "RECURSO DE REVISTA - ESTABILIDADE PROVISÓRIA DE GESTANTE - PEDIDO DE DEMISSÃO - TERMO DE RESCISÃO NÃO HOMOLOGADO PELO SINDICATO - CONTRATO DE TRABALHO INFERIOR A UM ANO - INVALIDADE O art. 500 da CLT preceitua que o pedido de demissão do empregado estável só se reveste de validade quando efetuado com a assistência sindical ou, se inexistente, perante autoridade competente, independentemente da duração do contrato de trabalho. Recurso de Revista conhecido e provido. (Processo: RR - 1085-79.2013.5.23.0008 Data de Julgamento: 09/09/2015, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11/09/2015.)" No mesmo sentido também foram encontrados julgados proferidos em idêntico sentido nos seguintes processos: RR-1072-67.2012.5.05.0024, RR - 806-72.2010.5.15.0024, RR - 49-36.2013.5.02.0024, RR - 1417-38.2013.5.09.0654 e RR - 461-09.2013.5.24.0006)

¹⁴ A Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014 estende a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho, prevendo em seu art. 1º que: "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 licença-maternidade, por sua vez, é o período de afastamento do trabalho posterior ao nascimento do bebê, sem que haja prejuízo salarial, cuja duração é de 120 (cento e vinte) dias, podendo ser prorrogado caso a seja participante do Programa Empresa Cidadã. Para a sua concessão, a empregada deverá notificar empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a data de ocorrência deste¹⁵.

No caso de aborto não criminoso ocorrido antes da 23ª semana de gestação, que gere feto morto, a gestante terá direito a um período de licença para recuperar-se do trauma e das consequências fisiológicas da gravidez frustrada (MARTINEZ, 2016). Também terá direito à licença o(a) empregado(a) que tenham obtido guarda judicial para fins de adoção de criança.¹⁶

A última hipótese de concessão da licença maternidade refere-se à hipótese de falecimento da genitora, hipótese em que é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono, nos moldes do art. 392-B da CLT.

Portanto, são quatro os fatos geradores da licença e do salário-maternidade: 1) Parto; 2) Aborto não criminoso; 3) Adoção ou guarda para fins de adoção; e 4) Morte da genitora.

Durante tais períodos o INSS será o responsável pelo pagamento dos salários correspondentes àquele período, o qual é denominado salário-maternidade e encontra-se previsto no art. 71 da Lei 8.213/91. Vale distinguir que a licença-maternidade é um instituto regido por regras trabalhistas, enquanto o salário-maternidade é regido por regras previdenciárias. (MARTINEZ, 2016) Sobre o salário-maternidade, Frederico Amado (2015, p. 436) ensina que:

¹⁵ Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste. § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico. § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo. (Consolidação das Leis Trabalhistas)

¹⁶ Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Consolidação das Leis Trabalhistas)

O salário-maternidade é um benefício previdenciário devido a todas as seguradas do RGPS, sem exceção, que visa a substituir a sua remuneração em razão do nascimento do seu filho ou da adoção de uma criança, pois nesse período é preciso que a mulher volte toda a sua atenção ao infante, sendo presumida legalmente a sua incapacidade temporária de trabalhar.

Por último importa destacar que o salário-maternidade poderá ou não exigir carência, dependendo do enquadramento da segurada. Para as empregadas, empregada doméstica e trabalhadora avulsa não haverá carência. Ao revés, a contribuinte individual, a segurada especial e a facultativa deverão comprovar a carência de 10 contribuições mensais anteriormente ao parto, que se for antecipado será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses do nascimento prematuro. (AMADO, 2015)

4 A comunicação do estado gestacional ao empregador e a possível má-fé da empregada

Apesar de a legislação pátria prever como direito a estabilidade trabalhista durante o período gestacional, inexistente qualquer determinação sobre quando a comunicação do estado gravídico deve ser realizada. Vale dizer que a empregada não é obrigada a comunicar a gravidez ao empregador; contudo, uma vez comunicada a gravidez, nasce o seu direito à estabilidade provisória, com consequente restrição do direito de o empregador dispensá-la, salvo por justa causa.

Nada impede, contudo, que a empregada gestante requeira a rescisão do seu contrato de trabalho, visto que a estabilidade gestacional é uma garantia conferida à gestante – garantia essa que, por não ser absoluta, poderá ser rejeitada por ela.

Devemos observar que a estabilidade durante o período gestacional visa assegurar o pleno desenvolvimento do contrato trabalhista, ou seja: compete à empregada a realização das suas atividades habituais e à contratante compete o pagamento da remuneração pelo serviço prestado. Não pode a empregada valer-se do estado gravídico para continuar recebendo sem que haja uma devida contraprestação, sob pena de enriquecimento ilícito.

Portanto, somente quando é obstada a continuidade do contrato trabalhista no período estável é que a empregadora deverá ser compelida a indenizar o

período de estabilidade provisória mesmo sem a contraprestação laboral da gestante.

Caso a empregada encontre-se grávida (e tenha conhecimento do estado gravídico) no momento em que recebeu o comunicado de aviso prévio, esta poderá¹⁷ comunicar o estado gravídico à empregadora. Contudo, se comprovado que a gravidez foi omitida com o objetivo de obter ajuizar futura reclamação trabalhista e obter vantagem pecuniária sem que tenha laborado, poderá ser configurada a má-fé¹⁸.

Ao abusar de um direito, no caso o direito à estabilidade gestacional, a agente comete um ato ilícito que não gera uma afronta direta à lei, mas a atinge indiretamente ao exercer esse direito desvirtuando a sua finalidade social e violando o princípio de boa-fé e os bons costumes.

Certo é que a Constituição Federal de 1988 vedou a dispensa arbitrária da empregada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Porém, conforme viu-se anteriormente, a Carta Magna prevê a garantia ao emprego e não à indenização. Para que haja contraprestação salarial é preciso que a empregada tenha laborado, sob pena de enriquecimento ilícito decorrente de uma conduta eivada de má-fé.

Deve-se pontuar, ainda, que o artigo 496 da CLT¹⁹ prevê que a indenização pelos salários sem que haja contraprestação somente deverá ser paga em casos excepcionais em que a reintegração da empregada estável seja desaconselhável.

¹⁷ A garantia de emprego é um direito potestativo da empregada gestante. Ela não poderá ser demitida sem justo motivo, mas nada impede que peça demissão do emprego. Nesse sentido o seguinte julgado: "PEDIDO DE DEMISSÃO. EMPREGADA GESTANTE. VALIDADE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. É válido o pedido de demissão da empregada gestante, uma vez que foi sua a iniciativa de romper o liame empregatício. O direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias engloba apenas os de dispensa arbitrária ou sem justa causa, não havendo qualquer restrição quando o pedido é apresentado pela gestante." (TRT5. RO 0001162-36.2014.5.05.0661. Julgado em: 20/10/2015. Publicado em: 28/10/2015)

¹⁸ Nesse sentido a decisão proferida pelo TST: "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - GESTANTE - CONHECIMENTO PELA RECLAMANTE DA CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO SEM A RESPECTIVA COMUNICAÇÃO AO EMPREGADOR Inaplicável, à espécie, o entendimento da Súmula nº 244, I, do TST, em razão da conduta da Reclamante que, deixando de observar o princípio da boa-fé, de que trata o art. 422 do CC, omitiu do empregador, a sua gravidez, no curso do aviso prévio. Recurso de Revista não conhecido. (TST. RR 11506-87.2013.5.18.0002. Julgado em: 17/08/2016. Publicado em: 09/09/2016. Relatora: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi)"

¹⁹ Art. 496 - Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o

O objetivo do direito à estabilidade gestacional é proteger o emprego durante tal período e até o quinto mês posterior ao parto, visando proteger não só a mãe, mas a entidade familiar como um todo. Portanto, no período de estabilidade, a empregada gestante terá direito à manutenção do emprego e da contraprestação pecuniária, e o empregador terá direito à prestação do serviço.

A má-fé da empregada pode ser configurada quando essa abusa do direito à estabilidade gestacional, apenas postulando a reintegração ao emprego ou a indenização substituta quando finalizado o período estabilitário.

O contrato de trabalho é considerado doutrinariamente como bilateral ou sinalagmático. Trata-se de um “negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.” (DELGADO, 2017, p. 574)

Apesar de o Direito do Trabalho ser caracterizado por normas imperativas, insuscetíveis de renúncia, o contrato de trabalho pode ser enquadrado no campo do direito privado, repousando no princípio da autonomia da vontade por meio do qual as partes assumem obrigações recíprocas. À obrigação de fazer, de prestar o serviço, corresponde uma obrigação de dar, pagar o salário, estipulado.²⁰ (BARROS, 2016)

Por estar enquadrado no ramo do direito privado, aos contratos trabalhistas aplicam-se as mesmas normas previstas para quaisquer outras espécies contratuais, como por exemplo a obrigatoriedade na observância da boa-fé.

O princípio da boa-fé objetiva tem como função o estabelecimento de um padrão ético de conduta para as partes das relações obrigacionais. A boa-fé jurídica deve ser compreendida como um verdadeiro princípio hermenêutico de atuação e pacificação do direito material.

tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte. (Consolidação das Leis Trabalhistas)

²⁰ Sobre a questão do sinalagma no contrato de trabalho, Martinez (2016, p. 272) aponta que: “O contrato de emprego é sinalagmático porque dotado de direitos, deveres e obrigações contrárias, opostas e equilibradas, de modo que a obrigação de um dos sujeitos seja fundamento jurídico da existência de outro direito, dever ou obrigação. Nesse sentido, não havendo trabalho, não há como existir contraprestação; não havendo contraprestação, não há como continuar a ser prestado o trabalho.”

Sobre a boa-fé no adimplemento dos contratos bilaterais, o art. 476 do Código Civil prevê que: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.” Ou seja: é preciso que ambas as partes cumpram a sua parte da obrigação para que o contrato se desenvolva de modo adequado e sem acarretar prejuízos ou vantagens indevidas para qualquer das partes. Sobre essa previsão legal, Flávio Tartuce (2017, p. 460) confirma que: “por esse dispositivo, uma parte somente pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação, se primeiro cumprir com a própria (modalidade de *exceptio doli*, relacionada à boa-fé objetiva).”

Além disso, o art. 422 também do Código Civil estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”²¹ O referido artigo traz em seu corpo uma norma que veda comportamentos contrários à boa-fé no desenvolver do contrato, também conhecida como vedação ao *tu quoque*.²² O art. 422 do CC consagra o entendimento de que a boa-fé objetiva deve ser interpretada como uma cláusula geral de todo e qualquer contrato e, com isso, toda e qualquer atuação das partes deverá respeitar essa regra.

Ao pretender a indenização após o final do período de estabilidade e antes da prescrição bienal a empregada viola o princípio da boa-fé contratual e incorre no *tu quoque*, exigindo a implementação do contrato pelo empregador sem que tenha cumprido o seu dever de informar o estado gestacional quando da demissão ou logo após a sua ocorrência.²³

²¹ A boa-fé no contrato de trabalho tem tamanha relevância que o Projeto de Lei nº 8.295/2014, da Câmara dos Deputados Federais, busca a inclusão, no art. 1º da CLT, do seguinte parágrafo único: “Nas relações a que se refere o caput deste artigo, é dever das partes proceder com probidade e boa-fé, visando ao progresso social do empregado e à consecução dos fins da empresa, em um ambiente de cooperação e harmonia.” O referido PL foi aprovado na Câmara dos Deputados Federais e encontra-se aguardando análise por parte do Senado Federal.

²² Sobre o *tu quoque* Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2006, p. 489/490) apontam que: “O *tu quoque* é um tipo específico de proibição de comportamento contraditório na medida em que, em face da incoerência dos critérios valorativos, a confiança de uma das partes é violada. Isto é, a parte adota um comportamento distinto daquele outro adotado em hipótese objetivamente assemelhada.

Ocorre o *tu quoque* quando alguém viola uma determinada norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação, com o fito de se beneficiar.”

²³ Aplicando a vedação do *tu quoque* à relação trabalhista o TRT da 19ª Região proferiu a seguinte decisão: “RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE. PRINCÍPIOS DE BOA-FÉ OBJETIVA. ABUSO DE DIREITO. TU QUOQUE. Consoante princípio da boa-fé objetiva, os interessados na celebração de um contrato devem se comportar com parâmetros razoáveis de boa-fé, procedendo com lealdade recíproca (art. 422 do Código Civil), a qual deve informar todos os contratos.

Segundo aponta Flávio Tartuce (2017), pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, uma pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva presente nos contratos bilaterais. O fato de a empregada se encontrar no lado mais fraco da relação contratual, sendo-lhe aplicável o princípio da proteção, não pode ser utilizado como um meio de deturpar a boa-fé contratual e obter um enriquecimento ilícito.

Com isso entende-se que não deve ser reconhecido à trabalhadora o direito pretendido quando a ação trabalhista é proposta após o término do prazo de estabilidade temporária, mas ainda no prazo constitucional de dois anos, sendo certo que admitir outra posição seria beneficiar a parte inerte, com desvirtuamento do instituto e com violação aos princípios da razoabilidade e boa-fé. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2010)

No mesmo sentido, Barros (2016) aduz que os direitos fundamentais devem ser exercidos de maneira que seja respeitado o princípio da boa-fé, sendo que o exercício desse direito em desconformidade com o que pretendeu o legislador é contrário à boa-fé não só quando utilizado para uma finalidade ou com uma função econômico-social distinta daquela para a qual tenha disso atribuída ao seu titular pelo ordenamento jurídico, mas também quando se exercita de modo ou circunstâncias que o fazem desleal.

Segundo aponta Alice Monteiro de Barros (2016), a solução para esse impasse seria a introdução, na legislação pátria, de um dispositivo semelhante ao previsto na legislação chilena²⁴, a qual prevê que a gestante tem o direito de

Caracterizado o abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil. Recurso desprovido." (TRT 19. RO 0001876-31.2014.5.19.0006. Relator: Des. Vanda Maria Ferreira Lustosa. Julgado em: 08/03/2016) Em tal caso a trabalhadora recusou-se a retornar ao trabalho mesmo após inúmeras tentativas comprovadas de solicitação de retorno ao trabalho por parte da empregadora, tendo apenas ajuizado a reclamação trabalhista com o objetivo de receber indenização compensatória referente ao período de estabilidade gestacional.

²⁴ Art. 201. [...] Si por ignorancia del estado de embarazo o del cuidado personal o tuición de un menor en el plazo y condiciones indicados en el inciso segundo se hubiere dispuesto el término del contrato, en contravención a lo dispuesto en el artículo 174, la medida quedará sin efecto y la trabajadora volverá a su trabajo, para lo cual bastará la sola presentación del correspondiente certificado médico o de matrona, o bien de una copia autorizada de la resolución del tribunal que haya otorgado la tuición o cuidado personal del menor, en los términos del inciso segundo, según sea el caso, sin perjuicio del derecho a remuneración por el tiempo en que haya permanecido indebidamente fuera del trabajo, si durante ese tiempo no tuviere derecho a subsidio. La afectada deberá hacer efectivo este derecho dentro del plazo de 60 días hábiles contados desde el despido. (CHILE, Código del Trabajo, 2016)

requerer a reintegração ao trabalho em um prazo de no máximo 60 (sessenta) dias após a demissão arbitrária.

Mas enquanto esse dispositivo permanece inexistente cabe à Justiça do Trabalho averiguar os limites da boa-fé naquilo que diz respeito ao estado gestacional e sua comunicação. Contudo, não há um consenso nas decisões do TST sobre esse tema.

Uma parte dos julgadores entende que no caso de a reclamação trabalhista ser ajuizada após a decorrência do prazo da estabilidade gestacional deve ser aplicada a OJ 399 da SDI-1 do TST, a qual prevê que não configura abuso do exercício do direito de ação o ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7.º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário.²⁵ Para esses julgadores não há má-fé ou abuso do exercício do direito quando a reclamação trabalhista é proposta após o final do período estabilitário e antes da prescrição bienal.

O STF já entendeu que a responsabilidade do empregador é objetiva e que o desconhecimento do estado gravídico não afasta o direito à indenização substituta aos salários. Já o TST vem consagrando o entendimento de que mesmo diante da recusa da empregada ao retorno ao emprego a indenização correspondente ao período da estabilidade é devida.²⁶ O fundamento para tal decisão baseia-se no fato de que a estabilidade gestacional é norma de ordem pública e, portanto, a gestante não poderia dela dispor.

Vale destacar que os julgadores que proferem esse entendimento filiam-se à teoria objetiva da responsabilidade, a qual entende que a garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua

²⁵ Nesse sentido foram proferidos os seguintes julgados do TST: E-RR - 89100-42.2006.5.02.0044; AIRR-1804-94.2011.5.02.0241; RR - 10586-42.2016.5.18.0121; RR - 52900-38.2008.5.09.0669; RR - 10620-72.2014.5.01.0052; AIRR - 276-47.2012.5.10.0021; RR - 2814800-51.2009.5.09.0041; RR - 11395-22.2016.5.03.0033; RR - 601-82.2014.5.03.0009; RR - 1386-76.2012.5.04.0303; RR - 552-63.2014.5.15.0023; RR- 830-37.2013.5.12.0038; RR 600-44.2009.5.18.0013; RR 11429-78.2013.5.18.0002

²⁶ "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/14 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. RECUSA À REINTEGRAÇÃO. A recusa à reintegração ao emprego pela gestante não constitui renúncia ao direito à indenização correspondente ao período de estabilidade. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido." (TST, RR - 1896-23.2014.5.12.0004, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 21/06/2017, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/06/2017)

confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro.

Já outra parte dos julgadores profere o entendimento contrário, afirmando que a Súmula nº 244, I, do TST não deve ser aplicada quando a Reclamante deixa de observar o princípio da boa-fé previsto no art. 422 do Código Civil, apenas postulando a reclamação trabalhista ao fim do período estável²⁷.

Corroborando esse entendimento, Sergio Pinto Martins (2010, p. 435) aponta que “o empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa.” Martins (2010, p. 436) ainda considera que:

No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Vislumbra-se que a trabalhadora, em tal situação, age de forma que o empregador não tenha conhecimento da situação e fique impossibilitado de tomar providências para a sua solução. Esse protecionismo exacerbado, mesmo no caso do abuso do direito, pode acarretar para a empregada o enriquecimento ilícito, prática vedada em nosso ordenamento jurídico.

5 Considerações Finais

A proteção à maternidade destina-se a assegurar o pleno desenvolvimento da relação trabalhista durante o período gestacional, evitando o cometimento de abusos por parte dos empregadores durante a fase de transformação que se passa na vida das gestantes. Ele é extremamente importante para assegurar que as mudanças vividas pelas mulheres durante a gestação e puerpério sejam o mais tranquilo possível e direciona-se não apenas à mãe, mas também ao nascituro, que deverá ser resguardado em tal período.

²⁷ Nesse sentido foram proferidos os seguintes julgados do TST: RR-11506-87.2013.5.18.0002; RR 19400-05.2003.5.04.0019; RR 22400-89.2003.5.15.0121; RR-19.505/2000-008-09-00.8; RR - 343143-14.1997.5.02.5555; RR 10314-36.2014.5.150110

O período estabilitário gestacional, segundo prevê o art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inicia-se com a confirmação da gravidez e se estende até cinco meses após o parto. Portanto, para que seja concedida a estabilidade gestacional, é preciso que haja certeza da gravidez, que deverá ser comprovada por exames ou laudo médico.

Acerca do momento em que se inicia a estabilidade gestacional existem duas teorias: a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Para a teoria subjetiva a estabilidade gestacional tem início no momento em que o empregador é informado sobre a gravidez. A empregada deve comprovar a existência da gravidez perante o empregador para que possa ser concedida a estabilidade.

Já a teoria objetiva consagra o entendimento de que a gravidez consiste em um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher e, portanto, é desnecessário que a empregada comunique a sua gravidez ao empregador para que faça jus à estabilidade provisória. Essa teoria consagra que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador.

A teoria objetiva é aceita pelos Tribunais Regionais do Trabalho e confirmada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Averiguou-se em pesquisa jurisprudencial realizada no âmbito do TST que a jurisprudência dessa corte vem fixando a tese de que não há abuso do direito mesmo quando a reclamação trabalhista é ajuizada após o fim do período estabilitário, desde que respeitada a prescrição bienal. A fundamentação para tal decisão baseia-se na Súmula no 244 e na OJ 399 da SBDI-1, ambas do TST.

As decisões proferidas pelo TST em sentido favorável às Reclamantes que apenas ajuízam a reclamação trabalhista após o fim do período estabilitário não leva em consideração os deveres de boa-fé previsto nos artigos 187, 422 e 476 do Código Civil de 2002, incorrendo no *tu quoque* e no *venire contra factum proprium non potest*.

O contrato de trabalho, considerado bilateral ou sinalagmático, depende, para sua efetivação, de prestações por ambas as partes; o trabalhador deve prestar os seus serviços e o empregador, por contrapartida, deverá remunerá-lo.

Essas decisões, a nosso ver, incentivam o desvirtuamento da norma protetiva prevista constitucionalmente, cujo objetivo é a proteção da maternidade, da

família e da gestante. Ao permitir que seja paga indenização, mesmo quando a conduta é eivada de má-fé, o Poder Judiciário impõe às empregadoras uma penalidade mesmo quando esta não tem conhecimento do fato, o que nos parece demasiadamente injusto.

Com isso, a Justiça Trabalhista propicia a busca pelo enriquecimento ilícito configurado ao receber uma indenização diante do desvirtuamento de uma norma de tamanha importância.

Como solução para esse impasse acredita-se na necessidade de implementação, na legislação trabalhista, de um limite temporal para o reconhecimento da estabilidade gestacional e pagamento da referida indenização, assim como existe na legislação trabalhista chilena, exposta anteriormente. O protecionismo exacerbado e aparentemente ilimitado concedido pelo TST, mesmo no caso do abuso do direito, pode acarretar para a empregada o enriquecimento ilícito, prática vedada em nosso ordenamento jurídico e que precisa ser revista com a finalidade de coibir o cometimento de abuso processual.

6 Referências

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

ANGHER, Anne Joyce. Litigância de má-fé. São Paulo: Rideel, 2005.

BRAIANI, Kátia Lirim Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso do direito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, São Paulo, n. 27, p. 167-177, 2005. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/Rev27Art9.pdf>. Acesso em: 24/01/2017

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acessado em: 24/01/2017.

_____. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452compilado.htm. Acessado em: 24/01/2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acessado em: 24/01/2017.

_____. Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp146.htm. Acessado em: 24/01/2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acessado em: 24/01/2017.

CHILE. Código del Trabajo. Dirección del Trabajo, Octubre 2016. Disponível em: http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/articulos-95516_recurso_1.pdf. Acessado em: 24/01/2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. Ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito processual do trabalho. 6a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, e, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. Direito do Trabalho. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Versão eletrônica)

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. O DIREITO DO TRABALHO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE SOCIAL DA PESSOA HUMANA NO CAPITALISMO. Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.49, n.79, p.149-162, jan./jun.2009. Disponível em: http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf. Acessado em 24/07/2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito Civil - Teoria Geral Tratado de Direito Privado, 4ª ed., 2006, Lumen Juris, Rio de Janeiro.

SCHIAVI, Mauro. Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador. Disponível em: http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf. Acessado em 07/07/2017.

SILVA, Laura Johanson da; SILVA, Leila Rangel da. Mudanças na vida e no corpo: vivências diante da gravidez na perspectiva afetiva dos pais. Esc Anna Nery Rev Enferm 2009 abr-jun; 13 (2): 393-401. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ean/v13n2/v13n2a22>. Acessado em 04/07/2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. Jurisprudências. Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>. Acessado em: 24/01/2017.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Jurisprudências. Disponível em: <http://www.trt2.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-jurisprudencial>. Acessado em: 24/01/2017.