

APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alinha direitos fundamentais. A plenitude desses postulados não pode ser - evidentemente - comprometida pela legislação ordinária e, muito menos, pelo aplicador do direito. Valessem os direitos fundamentais consagrados pelo legislador constituinte, decorrentes de tantos anos de sedimentação jurídica, por certo teríamos uma sociedade mais justa, menos violenta, não sealaria em exclusão, em discriminação, em tantos desajustes e desregramentos.

A proteção ao trabalho da mulher, durante a gestação e após o parto, tem privilegiada origem constitucional (art. 7º, XVIII). Sua observância, na plenitude de todas as suas variantes, não pode ser alvo de restrições.

Em "Estabilidade da gestante. Aspectos controvertidos sob uma nova ótica: a dos direitos fundamentais", a Dra. Júnia Zíslia Santos Vieira, com sensibilidade e rigor técnico, aborda o tema, revelando a sua visão a respeito de nuances que provocam a doutrina e a jurisprudência.

O artigo impressiona em forma e conteúdo: a possibilidade de sua publicação entusiasma a Escola Judicial. Valorizamos toda a produção intelectual - em especial quando se revelam talentos da 10ª Região (como a articulista que nos brinda).

Obrigado a Dra. Júnia Zíslia Santos Vieira e até a próxima edição.

Brasília, dezembro de 2004.

Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira
Juiz Vice-Coordenador da Escola Judicial
Coordenador Geral do Projeto

ESTABILIDADE DA GESTANTE ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOB UMA NOVA ÓTICA: A DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Júnia Zíslia Santos Vieira²

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. I – PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER, À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. 1.1. Aspectos Gerais. 1.2. Os direitos sociais no direito brasileiro. II - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO/IRRENUNCIABILIDADE. III – DA ESTABILIDADE. 3.1. Do instituto. 3.2. Garantia de emprego x estabilidade. 3.3. Renúncia. 3.4. Estabilidade da Gestante. 3.5. Limites. 3.6. Ingresso em juízo após exaurido o período estabilitário. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A questão do emprego é tema em voga na mídia, amplamente discutido, preocupação geral de economistas, sociólogos, juristas, membros dos três poderes e cidadãos comuns.

Para solucionar a falta do emprego, busca-se criar novos postos de trabalho, mas, especialmente, manter os já existentes, ainda que à custa de diminuição de direitos.

Essa preocupação com a manutenção dos postos de trabalho é a mola propulsora do presente estudo, no qual se pretende analisar a estabilidade da gestante, situando-a no contexto histórico mundial e nacional, inclusive sob o enfoque dos

¹ Artigo publicado no Caderno Jurídico Ano 3 V. 3 N. 5 Setembro/Octubre 2004.

² Analista Judiciário/Assistente 6 do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região; pós-graduanda pela Universidade Presbiteriana Mackenzie no Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho.

direitos humanos e constitucionais fundamentais, o princípio da proteção e a possibilidade de renúncia, passando pelas limitações que sofre o instituto da estabilidade para, ao final, discutir os limites temporais do exercício desse direito.

O tema é de importância singular, sobretudo tendo em vista a concepção moderna da garantia de emprego, sob o prisma dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Reflete a proteção imediata do nascituro, da família, e porque não dizer, o cuidado com a própria preservação da espécie humana, em razão da condição particular de procriadora da mulher empregada.

Trata-se de assunto atual, amplamente discutido na doutrina e jurisprudência, especialmente com a revisão da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, em posição de vanguarda a respeito do tema.

A estabilidade da gestante veio para impedir a dispensa imotivada naquele momento em que a empregada se encontra em situação de maior vulnerabilidade à dispensa e no qual o seu emprego se revela imprescindível à própria subsistência e do nascituro.

Remonta ao começo do século XX a idéia de proteção ao trabalho da mulher e das crianças, não sendo recente a criação de mecanismos aptos a assegurar a igualdade material mediante a desigualdade formal, objetivo do princípio protetor e razão de ser do Direito do Trabalho.

Em pleno século XXI, não se pode negar a crescente, para não dizer maciça, participação da mulher no mercado de trabalho, chegando a preponderar o sexo feminino em algumas atividades.

Propõe-se, desse modo, uma análise crítica do tema estabilidade gestacional como direito fundamental, tendo por objetivo primordial a proteção ao nascituro, especialmente quando o ingresso em juízo ocorra após exaurido o período estável, estável,

sob o prisma dos direitos humanos e fundamentais.

Pretende-se demonstrar, por fim, que o ingresso em juízo após exaurido o período estável não configura renúncia à estabilidade, por tratar-se de direito fundamental, indisponível e irrenunciável.

I – PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER, À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

1.1. Aspectos Gerais

Conquanto não seja nova a discussão acerca da proteção ao hipossuficiente, em especial da mulher e do menor, o estudo do assunto continua cada vez mais instigante.

Remonta ao começo do século XX a preocupação em limitar a jornada da mulher e das crianças, começando pelos trabalhos considerados perigosos e insalubres. Nesse contexto histórico também já se encontra a proibição de determinadas atividades durante os últimos meses de gravidez e o embrião do que se tem hoje em diversos países, a exemplo do Brasil, a licença-maternidade.

*Fábio Konder Comparato*³ traz como primeiro registro de proteção ao trabalho da mulher a Constituição Mexicana de 1917, em seu art. 123:

“[...]

II-A jornada máxima de trabalho noturno será de sete horas. Ficam proibidos os trabalhos insalubres ou perigosos para as mulheres em geral, e para os menores de dezesseis anos. Fica também proibido, a umas e

³ *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 180.

outros, o trabalho noturno industrial, bem como o trabalho, nos estabelecimentos comerciais, após as dez horas da noite.

V- As mulheres, durante os três meses anteriores ao parto, não realizarão trabalhos físicos que exijam esforço material considerável. No mês seguinte ao parto desfrutarão obrigatoriamente de descanso, devendo perceber salário integral, conservar o emprego e os direitos que houverem adquirido por seu contrato. No período de lactação, terão dois descansos extraordinários por dia, de meia hora cada um, para amamentar os filhos.”

A partir da Declaração Universal de 1948, começa a surgir a defesa internacional dos direitos humanos, com a adoção de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais, seja de alcance geral, como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, seja de alcance específico, como as Convenções Internacionais que objetivam afastar determinadas violações de direitos humanos, dentre elas a discriminação contra a mulher.

Observa-se desde a Declaração de Direitos Humanos (1948)⁴ as raízes da proteção à maternidade e a infância, no art. XXV:

“[...]”

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 236

(1966)⁵ também dedicou atenção especial ao assunto, nos artigos 23 e 24:

“1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

“1. Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado.”

Tendo em vista a necessidade de uma resposta específica a determinadas violações de direito, é que as mulheres passaram a ser vistas nas peculiaridades de sua condição social, respeitando-se as diversidades, assegurando-se-lhes um tratamento especial.

Nesse contexto, as Nações Unidas aprovam a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, tendo como fundamento a dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade, tendo sido ratificada pelo Brasil em 1984.

Os direitos humanos das mulheres foram reforçados pela Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 e pela Declaração e Plataforma de Ação de Pequim de 1995, dispondo que os direitos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.

Outro avanço nesse sentido foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), editada no âmbito da OEA em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995.

Esses instrumentos revelam o consenso internacional a

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. Cit.*, p. 315 e 316.

respeito da necessidade de se defender especificamente os direitos das mulheres, com o fim de promover a igualdade material e substantiva.

Cresce o desafio de transformar a igualdade meramente formal (legal) em igualdade real, substantiva, com a adoção de formas de inclusão social, objetivando combater a exclusão, que não deixa de ser uma espécie de violência.

Para Flávia Piovesan ⁶, “não há direitos humanos sem a plena observância dos direitos das mulheres, ou seja, não há direitos humanos sem que metade da população mundial exerça, em igualdade de condições, os direitos mais fundamentais”.

Questiona-se acerca da força jurídica vinculante e obrigatória dos tratados internacionais que conferem proteção ao trabalho da mulher. Observa-se, com efeito, que os Estados, de forma soberana, contraíram obrigações jurídicas internacionais no sentido de transformar a condição jurídica das mulheres.

Sabe-se, também, que esses instrumentos internacionais fortalecem e ampliam o alcance de proteção dos direitos da mulher no âmbito da ordem jurídica interna, seja reforçando direitos já existentes, seja criando novos. Para que sejam aplicados em sua plenitude, é imprescindível criar projetos voltados para os agentes jurídicos e destinados a divulgar a relevância da utilização desses instrumentos. Há no Brasil iniciativas pioneiras nesse sentido⁷.

Os direitos reprodutivos também gozam de tutela pelo direito internacional, por meio da Declaração e o Programa de Ação sobre População e o Desenvolvimento do Cairo (1994) e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim (1995).

A atenção para o assunto decorre da importância da reprodução na vida da mulher, a quem é atribuído, na maior parte

⁶ *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 219.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 233. A autora dá notícia da existência de cursos de capacitação em Direitos Humanos, tendo como destinatários delegadas de defesa da mulher, juizes, advogados públicos e organizações não-governamentais de defesa de direitos humanos.

das vezes, sob única responsabilidade, arcar com a gravidez, a criação dos filhos, detendo o ônus dessa opção inclusive quanto a práticas contraceptivas.

No entender de *Arnaldo Lopes Sússekind*, o gravame da proteção à maternidade é uma das formas de discriminação do trabalho da mulher.⁸

A atenção internacional também está voltada para a proteção das crianças e adolescentes. Exemplo desse cuidado é a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989 e vigente desde 1990. Esse é o tratado internacional de proteção de direitos humanos com o maior número de ratificações, cujo objeto é a idéia de desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-na verdadeiro sujeito de direito, de molde a exigir proteção especial e absoluta prioridade. Abarca direitos humanos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Os Estados-partes comprometeram-se a assegurar à criança assistência apropriada.

Ensina *Flávia Piovesan*⁹:

"no âmbito internacional, as crianças e os adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direito, condizentes com a sua especial situação de seres humanos em desenvolvimento. Os Estados devem assegurar-lhes o pleno desenvolvimento de suas capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e dignidade."

1.2. Os direitos sociais no direito brasileiro

No curso da história do nosso país, a mulher veio a passos lentos conquistando espaço na regulamentação do seu trabalho. A trajetória tem sido árdua, mas cercada de alguns avanços.

⁸ *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 279.

⁹ *op. cit.*, p. 283.

Dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, destaca-se, no art. 1º da CF/88, a dignidade da pessoa humana, como contraposição a qualquer forma de discriminação, completado pelo disposto no art. 3º: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, [...]".

No que tange aos direitos e garantias fundamentais merece destaque o art. 5º, que dispõe acerca do princípio da igualdade, no inciso I. Trata, ainda, o mesmo artigo, dos direitos implícitos, ou seja, os decorrentes dos princípios e do regime adotados pela Constituição Federal de 1988, além daqueles tratados nos instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

Constante do capítulo dos direitos fundamentais 'de Segunda Geração', no dizer de *Alexandre de Moraes*¹⁰, o art. 6º elenca como direito social a proteção à maternidade e à infância, ao passo que o art. 7º assegura licença à gestante e licença-paternidade, restando proibida a diferença salarial por motivos de raça, cor, sexo, etc.

*Manoel Gonçalves Ferreira*¹¹, ao comentar o inciso XVIII do art. 7º da CF/88, assevera que a "previsão para descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, atende a duas finalidades: por um lado, protege o trabalho da mulher, enquanto por outro atende a um elevado objetivo social, qual seja a defesa da família e da maternidade".

Além desses, no rol dos direitos sociais (CF/88, art. 6º) inclui-se o direito à saúde, como sendo o bem estar físico, social, e mental, não meramente a ausência de enfermidade.

O art. 227 da Carta Magna, por sua vez, inclui como dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, de forma

¹⁰ *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 56. O autor esclarece que os direitos sociais, ao lado dos econômicos e culturais, são direitos fundamentais de Segunda Geração.

¹¹ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 100.

prioritária, o direito à vida, à saúde e à convivência familiar e comunitária, dentre outros.¹²

É crescente a luta pela não discriminação da mulher no mercado de trabalho, em especial no que concerne às questões reprodutivas. Objetiva-se, assim, tendo por base o princípio da igualdade¹³, tratamento diferenciado àquela, com respeito às diferenças e à diversidade, uma vez que a igualdade de direito não garante a igualdade de fato, demandando medidas necessárias para romper a barreira do domínio masculino em alguns setores da sociedade, estimulando a participação feminina.

É certo que “se a democracia se confunde com igualdade, a implementação do direito à igualdade, por sua vez, impõe tanto o desafio de eliminar toda e qualquer forma de discriminação, como o desafio de promover a igualdade”.¹⁴

Dispõe, ainda, a CF/88, em seu art. 7º, inciso I, o direito do empregado à proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, estando essa proteção na dependência de lei que a regulamente.

Prevendo o legislador constituinte a demora na edição da norma, estabeleceu, desde logo, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade da empregada gestante, com eficácia imediata.

¹² CF/88, art 227: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

¹³ Esclarece José Afonso da Silva: “Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça” (in *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, p. 195).

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.*, p. 203.

Na esteira carta magna, o novel código civil brasileiro, ao tratar dos direitos da personalidade no art. 2º resguarda, desde a concepção, os direitos do nascituro¹⁵.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) também garante proteção à integridade física e moral da criança e do adolescente (artigos. 3º, 5º, 15, 17 e 18)¹⁶, tornando dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, a seu turno, dispõe de capítulo destinado à proteção à mulher, embora alguns artigos encontrem-se derrogados ou obsoletos pela Constituição Federal de 1988. Permanece a limitação ao trabalho com uso de força muscular superior a 20 ou 25 (CLT, art. 390)¹⁷; quanto às instalações adequadas ao trabalho feminino, dispõe o art. 389 do mesmo diploma¹⁸, ao passo que os artigos 391 a 393 da

¹⁵ CCB, art. 2º: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

¹⁶ Art. 3º: "A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade."

Art. 5º: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais."

Art. 15: "A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis."

Art. 17: "O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais."

Art. 18: "É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor."

¹⁷ CLT, art. 390: "Ao empregador é vedado manter a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a vinte (20) quilos, para o trabalho contínuo, ou vinte e cinco (25) quilos, para o trabalho ocasional."

¹⁸ O art. 389 da CLT disciplina o meio-ambiente de trabalho das mulheres, prevendo medidas de higienização, ventilação e iluminação, vestiários, instalações sanitárias e bebedouros em número adequado, fornecimento de equipamentos de proteção individual e creches para filhos em fase de amamentação.

CLT¹⁹ cuidam da proteção à maternidade. Há também o direito de mudar de função (CLT, art. 392, § 4º)²⁰, de rescindir o contrato prejudicial à gestação (CLT, art. 394)²¹ e o de dois intervalos especiais de meia hora cada para amamentação do filho até o sexto mês de idade (CLT, art. 396)²²; de contar com creche no estabelecimento, em determinada hipótese (CLT, art. 389, § 1º), e licença de duas semanas, em caso de aborto legal (CLT, art. 395)²³.

A Lei nº 9.799/99 trata da prevenção à discriminação da mulher relativamente ao acesso a empregos, concursos, promoções e salários, seja em razão de sexo, idade, cor ou situação

¹⁹ CLT, art. 391: "Não constitui justo motivo para rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamento de qualquer natureza, contratos coletivos (atualmente convenções coletivas) ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez."

CLT, art. 392: "A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário." [...]

CLT, art. 393: "Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher tem direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6(seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava."

²⁰ CLT, art. 392: " [...]

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I- transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II- dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares."

²¹ CLT, art. 394: " Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação."

²² CLT, art. 396: "Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único. Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente".

²³ CLT, art. 395: "Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas (2) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes do seu afastamento."

familiar, reiterando, da mesma forma, a proibição de exigência de atestado ou exame quanto a gravidez ou esterilização para admissão ou permanência no emprego, além de vedar revistas íntimas.

A proteção à maternidade tem um sentido de preservação da própria espécie humana, ao mesmo tempo em que busca socializar os custos da renovação da força de trabalho, justificando, assim, que o empregador que se beneficia da mão-de-obra atualmente disponível, contribua para a formação do trabalhador do futuro²⁴.

II - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO/IRRENUNCIABILIDADE

Princípio quer dizer, na linguagem corrente, “começo, início; aquilo que serve de base a alguma coisa; proposição lógica fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio; gênese, fonte, preceito, premissa”, segundo o Dicionário Houaiss²⁵.

Para *Maurício Godinho Delgado*²⁶, princípios “são proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que após inferidas, a ele se reportam, informando-o”.

No magistério de *Celso Antônio Bandeira de Mello*²⁷, *in verbis*:

“princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição

²⁴ LORENZETTI, Ari Pedro. *Os Limites da Garantia de Emprego da Gestante*. Revista do T.R.T. da 18. Região, Goiânia, GO, ano 4, n. 1, p. 39-46, dez.2001.

²⁵ HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2003, p. 536.

²⁶ *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, 2002, p 182.

²⁷ *Curso de Direito Administrativo*, 8. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545. Importa-se do Direito Administrativo essa lição do eminente mestre, dada a sua clareza e concisão.

fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

Um princípio é algo mais geral do que uma norma porque serve para inspirá-la, para entendê-la, para supri-la. E cumpre essa missão relativamente a número indeterminado de normas. Detém função integradora e interpretativa, assegurando uma adequada e eficaz aplicação das normas.²⁸

O princípio da proteção, também denominado tutelar ou tuitivo, razão de ser do próprio Direito do Trabalho, busca proteger uma das partes com o objetivo de, ao criar uma desigualdade formal, alcançar uma igualdade real entre as partes.

Américo Plá Rodríguez²⁹ entende que o princípio da proteção se expressa em três formas distintas de aplicação:

a) *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou intérprete para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao trabalhador;

b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas e

c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador.

²⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p 101.

²⁹ Op. Cit., p. 101.

Interessa, particularmente, neste estudo, a primeira delas, pela qual se aplica o princípio da proteção utilizando-se a interpretação mais favorável ao trabalhador.

Maurício Godinho Delgado³⁰ esclarece, de maneira profícua, o alcance do que seja a aplicação da norma mais favorável:

“como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo de aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho.”

Como decorrência lógica do princípio da proteção, surge o princípio da irrenunciabilidade, definido por Américo Plá Rodríguez como a “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio”.³¹

As normas trabalhistas de proteção do trabalho, cujo interesse primordial é o de toda a sociedade e não meramente individual, são imperativas, uma vez que não podem ter seu conteúdo alterado pela vontade das partes, prevalecendo a restrição da autonomia da vontade, em contraposição à soberania das partes contratantes na esfera cível. Presta-se essa restrição a assegurar as garantias fundamentais do trabalhador, diante do desequilíbrio existente no contrato de emprego.

³⁰ *Op. Cit.*, p. 194 e 195.

³¹ *Op. Cit.*, p. 142.

Num desdobramento ou projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, surge o princípio da indisponibilidade daqueles, como sendo a impossibilidade de despojar-se o obreiro das vantagens, benefícios e proteção que lhe conferem a ordem jurídica e o contrato.

A partir dessa idéia de conferir equilíbrio nas relações laborais é que surgiram as estabilidades, tidas como a impossibilidade transitória de rompimento do contrato pelo empregador, diante de circunstância que torne mais suscetível à dispensa o empregado.

III – DA ESTABILIDADE

3.1. Do instituto

Segundo o Dicionário Houaiss³², estabilidade quer dizer “segurança, manutenção, preservação”.

No vocabulário jurídico organizado por Deocleciano Torrieri Guimarães³³ consta efetividade, garantia.

Em latim, *ab-solutus*, traduzido como “perfeito, incondicionado, livre, desatado, sem peias, desembaraçado. Firmeza continuada, de longa duração e ininterrupta ao longo do tempo. Significa, usualmente, aquilo que está firme, assente, fixo”³⁴.

Na concepção jurídico-trabalhista “é o instituto de caráter tutelar³⁵ que consiste na impossibilidade de o empregador dispensar o empregado, salvo quando este tenha praticado falta grave”.

³² HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Op. Cit.*, p 297.

³³ *Dicionário Técnico Jurídico*. São Paulo: Rideel, 1995, p. 302

³⁴ ALISEDA, Jether Gomes. *Estabilidade e Garantia de Emprego: Uma Visão Crítica*. São Paulo: LTr, 2001, p. 43

³⁵ SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Estabilidade*. São Paulo: LTR, 2002, p. 27

O instituto da estabilidade surgiu para dar segurança ao empregado, o qual teria garantido seu posto de trabalho após alguns anos de trabalho.

Foi instituída pela primeira vez pela Constituição do México, de 1917.

A seguir, a Declaração Universal dos Direitos do Homem defende que "todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego".

No Brasil, a estabilidade nasceu no serviço público (Constituição Imperial de 1824, art. 149), garantindo aos oficiais não ser privados de suas patentes sem antes haver sentença judicial.

Todavia, para o setor privado somente surgiu com a Lei Eloy Chaves – 4.682/1923, destinada aos ferroviários com mais de dez anos de trabalho.

Em 1934, foi criada a estabilidade de dois anos aos bancários e, com a constituição do mesmo ano, a estabilidade dos servidores públicos foi galgada à categoria de garantia constitucional.

Sempre teve caráter social, razão por que inicialmente era tratada pela Previdência Social.

Com o advento da Lei nº 62, de 5 de junho de 1935, o instituto da estabilidade foi estendido a todos os empregados, à exceção dos rurais e domésticos.

A partir da publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1º de maio de 1943, foi estabelecida a estabilidade decenal a todos os empregados que contassem com mais de dez anos na mesma empresa, desde que não despedidos por falta grave ou circunstância de força maior (art. 492).

Em 1966, surgiu o regime de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (Lei 5.107) em caráter optativo, passando a ser obrigatório e excludente, em definitivo, da estabilidade, com o

advento da CF/88, resguardando-se tão-somente o direito adquirido.

No tocante à natureza jurídica do instituto, foram inúmeras teorias no sentido de justificar a existência da estabilidade. Dentre elas, *Zéu Palmeira Sobrinho*³⁶ cita a teoria proprietarista, a do termo contratual, a institucionalista, a da proteção ao posto de trabalho e a da equidade, à qual se filia o autor.

*Jether Gomes Aliseda*³⁷ adverte não se tratar de direito social, tendo em vista a possibilidade de ser consagrada por regras individuais (a proteção do direito do indivíduo). Não seria também contratual, por poder ser consagrada pela lei, acordos e convenções coletivas, não só por contratos individuais. Conclui, por fim, o autor, no sentido de, a despeito das discussões acerca do tema, prevalecer, no seu entender, a natureza trabalhista.

A classificação³⁸ da estabilidade, por sua vez, pode se dar:

- a) Quanto à possibilidade de reintegração: absoluta e relativa
- b) Quanto à eficácia da dispensa do empregado: própria e imprópria
- c) Quanto à acessibilidade: geral e especial
- d) Quanto à fonte normativa: contratual e legal
- e) Quanto ao termo final do tempo de gozo da estabilidade: provisória e definitiva

*Sérgio Pinto Martins*³⁹ defende que "a verdadeira

³⁶*Op. Cit.*, p. 35/36. Referido autor defende a teoria da equidade, no sentido de que essa proteção (estabilidade) existe não somente em face do interesse individual do empregado ou da categoria, mas, sobretudo em face da possibilidade de materialização da Justiça Social.

³⁷*Op. Cit.*, p. 41.

³⁸ Interessa, particularmente, ao estudo em questão, distinguir estabilidade absoluta da relativa e provisória da definitiva, conquanto os autores façam certa confusão entre esses critérios. As demais assumem menor relevância, tendo em vista o cerne da pesquisa.

³⁹ *Direito do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 344.

estabilidade era a estabilidade por tempo de serviço, pela qual se considerava estável o empregado que tivesse 10 anos na empresa. As demais estabilidades podem ser chamadas de provisórias, pois ficam circunstanciadas a determinado período de tempo, normalmente de 12 meses após o término do contrato”.

Entende-se, também, por estabilidade absoluta a que é decorrente de contratos individuais, convenções ou acordos ou dissídios coletivos.

Ao tratar do contrato de trabalho temporário, a Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1988, insere o dirigente sindical no rol das “estabilidades provisórias”.

Não é essa a posição de *Arnaldo Lopes Sússekind*⁴⁰, para quem a estabilidade do dirigente sindical é absoluta.

Para *Valentin Carrion*⁴¹ a estabilidade absoluta é aquela em que o empregado tem direito ao emprego e não ao salário, mesmo com a sua concordância. Essa visão também não parece muito aceita atualmente.

Conquanto se afigure paradoxal o termo estabilidade provisória, já que o estável é definido como permanente, o oposto de provisório, a doutrina e a jurisprudência nacionais têm se utilizado do termo para distingui-la de outra forma de estabilidade, a antiga estabilidade decenal.

3.2. Garantia de emprego x estabilidade

As expressões garantia de emprego e estabilidade são, comumente, usadas como sinônimos, embora a rigor não o sejam.

Como observa *Nei Frederico Cano Martins*⁴², “a expressão garantia de emprego constitui gênero, do qual a estabilidade no emprego é uma das espécies”.

⁴⁰ SÚSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, e VIANA, Segadas. *Op. cit.*, p. 704.

⁴¹ *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.344.

⁴² *Estabilidade provisória no emprego*. 1. ed., São Paulo: LTr, 1995, p. 20.

A expressão garantia de emprego, em sentido amplo, 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. Em sentido estrito, apenas a garantia de permanência no emprego, também conhecida como estabilidade⁴³.

Zéu Palmeira Sobrinho⁴⁴ distingue, com propriedade, os dois institutos:

“a estabilidade é a impossibilidade de dispensa do empregado, salvo por motivo de falta grave, enquanto a garantia do emprego compreende um contingente maior no qual, além da estabilidade, estão inseridas as medidas para assegurar a manutenção do empregado em seu posto e a inserção de determinada faixa de trabalhador ao mercado de trabalho.”

São garantias de emprego as políticas de inserção no mercado de trabalho, as cláusulas pelas quais uma empresa compromete-se a não promover a demissão em massa ou não efetuar a despedida arbitrária. Trata-se ainda de garantia de emprego a política governamental e a ação sindical com o fim de proporcionar emprego aos trabalhadores.

Na mesma linha o magistério de *Pedro Paulo Teixeira Manus*⁴⁵:

“a noção de garantia de emprego é mais ampla do que a idéia de estabilidade. Ao tratar da garantia de emprego podemos cogitar da estabilidade no emprego, ou pensar em outros temas correlatos, mas distintos.

⁴³ LORENZETTI, Ari Pedro. *Op. Cit.*, p. 39-46

⁴⁴ *Op. Cit.*, p. 28.

⁴⁵ *Manual de Direito do Trabalho: Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. Coordenador Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998, p. 523 e 524.

Já ao cogitarmos de estabilidade estaremos forçosamente falando de garantia de emprego, pois aquela é um dos aspectos abrangidos pela noção da garantia.”

“já a noção de estabilidade diz respeito diretamente ao direito de não perder o emprego, em última análise. Assim, ao cogitar de garantia de emprego estamos tratando de conceito mais amplo, que envolve também a noção de estabilidade.”

“dessa forma, utilizaremos a expressão estabilidade no seu correto significado de direito de não perder o emprego, reservando a expressão garantia de emprego à noção mais genérica, que abrange além da estabilidade a garantia de manutenção do atual emprego, ou a obtenção de outro.”

Tratando-se a estabilidade como uma restrição, ainda que momentânea, do direito potestativo do empregador de rescindir unilateralmente o pacto laboral, resta perquirir acerca da possibilidade de haver renúncia dessa garantia pelo empregado.

3.3. Renúncia

A renúncia é um ato jurídico unilateral pelo qual o titular de um direito dele se despoja⁴⁶.

Quanto ao momento em que ocorre, pode ser antecipada, durante e após o contrato de trabalho.

⁴⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, e VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, v. I, p. 216.

A respeito do tema, Alice Monteiro de Barros⁴⁷ desenvolveu importante estudo, do qual podem ser extraídos como elementos da renúncia a *manifestação de vontade* consciente, dirigida à produção de um *resultado prático* previsto pelo ordenamento jurídico; *ato unilateral* no Direito do Trabalho, podendo ser bilateral no Direito Civil, conforme a *natureza do direito* a que se renuncie; *certeza do direito* de que é objeto.

No Direito do Trabalho, está sujeita a restrições inexistentes nos demais ramos, tendo em vista que o legislador trabalhista deixa de lado a igualdade de direito preconizada pelos civilistas, para valer-se da igualdade de fato, tendendo a compensar, com uma "superioridade jurídica, a desigualdade econômica do trabalhador", por meio de uma proteção jurídica a ele favorável. Em consequência, as normas de Direito do Trabalho são, na maioria, imperativas, cogentes, limitando o Estado, deliberadamente, a autonomia da vontade em face da necessidade de proteger o economicamente fraco.

Essa limitação ocorre porque não seria razoável que o legislador cercasse o empregado de proteção, conferindo-lhe garantias mínimas para depois o deixar à mercê da própria vontade ou do empregador.

A irrenunciabilidade pode estar explícita na norma, como se dá com o disposto nos artigos 9º e 441 da CLT⁴⁸ ou implicitamente, como se dá com a limitação da jornada no art. 7º, XIII, da CF/88⁴⁹.

⁴⁷ *Limites da Renúncia e da Transação Judicial e Extrajudicial*. Revista Síntese, v. 8, n. 101. nov. 1997.

⁴⁸ CLT, art. 9º: "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação."

Art. 444: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos (atualmente convenções coletivas) que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes."

⁴⁹ "duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho."

Em contraposição, a renúncia, pelo trabalhador, deve ser admitida apenas de forma excepcional e, quando assim o for, deve estar conforme aos princípios do Direito Laboral. Isso em razão da presunção de estar vontade do obreiro potencialmente viciada pelo seu constante estado de hipossuficiência.

Todavia, o princípio da irrenunciabilidade não é absoluto, sob pena de perpetuar-se situações indesejáveis, ao mesmo tempo em que o empregado, ainda que detentor de estabilidade, não é obrigado a permanecer trabalhando indefinidamente para o empregador se assim não o desejar.

Poderá a renúncia ser expressa ou tácita, conforme haja manifestação de vontade ou atitude incompatível com a de quem pretende manter-se no emprego, respectivamente. Cita-se como exemplo de renúncia expressa o pedido de demissão do empregado estável⁵⁰, devidamente assistido pelo sindicato (CLT, art. 500) e do dirigente sindical integrante de CIPA ou até mesmo da gestante quando, em audiência, o empregador lhes oferece a possibilidade de retornar ao emprego e o empregado manifesta recusa injustificada à reintegração, sem demonstrar a incompatibilidade da manutenção do liame empregatício, nos termos do aresto a seguir:

“Empregada gestante. Estabilidade. Dispensada imotivadamente, se no momento da audiência de conciliação o empregador coloca à disposição da empregada o seu emprego de volta, a recusa de tal oferta demonstra a intenção de não manter o vínculo jurídico com a empresa, cabendo-lhe os salários e

⁵⁰ “Estabilidade. Renúncia. Embora a irrenunciabilidade constitua um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, a renúncia vem sendo admitida, em caráter excepcional, quando o empregado se manifesta livremente e de forma expressa perante o Juízo, despojando-se de um direito que lhe é assegurado por norma imperativa. Se a reclamada colocou o emprego à disposição do obreiro, por duas vezes, e ele se recusou a aceitá-lo, sem comprovar a incompatibilidade entre as partes, não prospera a conversão da reintegração assegurada pela Lei n. 8.213/91 em indenização” (T.R.T./3ª R., 2ª T., RO 6908/95, Relª Juíza ALICE MONTEIRO DE BARROS, julgado em 18.08.1995).

reflexos até a data em que o emprego foi colocado à sua disposição. Revista conhecida e provida" (TST, 1ª T., RR 100336/93.2, Ac. 3447/94, Rel. Min. Afonso Celso, DJ 23.09.1994).

Quanto à renúncia tácita ou presumida, a maioria dos autores⁵¹ não a admite, em face do princípio da irrenunciabilidade, por estar o instituto da estabilidade consagrado em preceito de ordem pública. Sustentam que a renúncia só poderá ser admitida em caráter excepcional, derivada de manifestação de vontade livre e consciente do obreiro, não por mera presunção.

A renúncia tácita à estabilidade também encontra resistência por grande parte dos juslaboralistas. *Alice Monteiro de Barros*⁵² entende não configurar renúncia presumida a despedida injusta de empregado portador de estabilidade legal, mesmo quando ele receba verbas rescisórias.

No curso do pacto laboral, a renúncia somente é aceita quando prevista legalmente, ao passo que, regra geral, não se permite a renúncia a direitos futuros. Exemplo disso é a edição do enunciado n. 199 do c. TST proibindo a pré-contratação de horas extras pelos bancários, por implicar renúncia prévia à jornada reduzida.

Afigura-se perigoso admitir-se a possibilidade de haver renúncia no rompimento do contrato, diante do fato de que várias parcelas decorrentes do vínculo empregatício somente se tornam disponíveis no instante da rescisão contratual, quando, por certo, a vontade do obreiro estaria seriamente comprometida, em razão dos alarmantes índices de desemprego⁵³.

⁵¹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. Cit.*

⁵² *Op. Cit.*

⁵³ "Ação rescisória. Violação de lei. Art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 1. A estabilidade constitucional prevista no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é direito patrimonial incorporado ao bem jurídico do trabalhador, portanto direito indisponível que não comporta qualquer tipo de transação. 2. Sentença

Em alguns casos está em jogo até mesmo o interesse coletivo, como ocorre com o dirigente sindical, não se mostrando possível a renúncia de estabilidade legal ou constitucionalmente assegurada pelo simples recebimento de verbas rescisórias, visto tratar-se do meio de subsistência até a obtenção de um novo posto de trabalho. A matéria não deixa de ser, contudo, controvertida.

Traz-se à colação aresto defendendo a irrenunciabilidade por ocasião da rescisão:

“Garantia de emprego. Recebimento de verbas rescisórias pela dispensa imotivada, sem ressalva. Renúncia tácita ao emprego não configurada. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas continua sendo uma das notas fundamentais e específicas do Direito do Trabalho. A renúncia aos direitos trabalhistas após a cessação do contrato de trabalho continua em princípio vedada, vez que seu caráter alimentar não desaparece com o fim da subordinação direta do empregado a seu empregador e o recebimento das verbas rescisórias constitui, na maioria das vezes, a garantia de subsistência do obreiro até a obtenção de novo emprego. Se a renúncia tácita pode ser deduzida de certos atos do trabalhador que evidenciem seu propósito de privar-se de determinados direitos, por outro lado não pode ela ser simplesmente presumida ou suposta somente porque a reclamante recebeu suas verbas rescisórias decorrentes de sua dispensa imotivada quando era detentora da garantia de emprego assegurada pelo artigo 55 da Lei n. 5.764/71. Quando se trata de renúncia ao próprio emprego,

(...segue)

que atribui validade à dispensa sem justa causa, ao fundamento de que foram pagas as indenizações trabalhistas, viola literalmente o art. 19 do ADCT. 3. Ação rescisória a que se nega provimento” (TST, SDI-RO/AR 24.611/91.5, Ac. 1409/92, Rel. Min. Francisco Fausto, DJ 14.08.1992).

é indispensável que não paire qualquer dúvida quanto à autenticidade da vontade do trabalhador em querer terminar com o contrato de trabalho existente" (T.R.T./ 3ª R., 3ª T., RO 16.119/95, Rel. Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, julgado em 13.09.1996).
grifamos

Em sentido análogo, também sedimentou o TST jurisprudência acerca da irrenunciabilidade do aviso prévio, dispositivo de ordem pública, cuja finalidade é proporcionar ao empregado, injustamente dispensado, meios de sobrevivência e certa tranqüilidade para procurar outro emprego.

Desse modo, são renunciáveis apenas os direitos nascidos do contrato entre as partes, pelo ajuste expresso ou tácito, quando inexistentes a proibição legal ou o vício de consentimento, sempre que não houver prejuízo ao empregado.

Apesar da moderna discussão acerca da flexibilização, e até mesmo desregulamentação, a renúncia continua sofrendo restrições no Direito do Trabalho, uma vez que não se pode desprezar condições mínimas de trabalho, mister em se tratando de proteção a direito fundamental.

3.4. Estabilidade da Gestante

A estabilidade da gestante, foco principal desse estudo, foi alçada, pela Constituição Federal de 1988, à condição de norma constitucional de proteção à maternidade, prevista expressamente no art. 10, II, 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Essa Carta ampliou a garantia de emprego, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Detém a estabilidade da gestante a qualidade de direito social, a despeito de prevista em norma constitucional transitória, visto fazer remissão à previsão do inciso I do art. 7º da CF/88, norma de eficácia limitada.

Espécie do gênero “Direitos Fundamentais”, os direitos sociais, na concepção de José Afonso da Silva⁵⁴, possuem os caracteres de historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Esclarece, na mesma esteira, o autor, que alguns direitos fundamentais podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não podem ser renunciados.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes⁵⁵ afirma que “os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista”.

E complementa Jorge Pinheiro Castelo⁵⁶ que o direito diretamente protegido não é o individual patrimonial da empregada gestante, mas direito não patrimonial, individual e difuso, desdobrado em direito da personalidade da empregada pertinente à função procriadora da mulher trabalhadora, e direito difuso não patrimonial da sociedade, relacionado com a garantia de futuras gerações.

O interesse diretamente protegido não é o da gestante em si, mas o do nascituro, que não sofrerá pela falta de emprego da sua genitora⁵⁷. Apenas de forma mediata protege-se o direito individual patrimonial da empregada.

Eduardo Gabriel Saad⁵⁸ leciona:

⁵⁴ Op. Cit., p. 166.

⁵⁵ Op. Cit., p. 187.

⁵⁶ Tutela antecipada de obrigação de fazer no Processo do Trabalho-a difícil caminhada em direção à modernidade e à efetividade. Revista LTr 63-08/1025.

⁵⁷ TEIXEIRA, Silvia Isabelle Ribeiro. Renúncia à Estabilidade Provisória do Empregado, constitucionalmente assegurada. Revista Síntese, v. 13, n. 153, p. 39-49. Porto Alegre: mar.2002.

⁵⁸ Constituição e Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr.

“a proteção da maternidade é feita por meio de normas imperativas, cogentes, que se sobrepõem ao ato de vontade de qualquer uma das partes. A empregada não pode renunciar à proteção que lhe dá a lei na gravidez, e o empregador que a dispensou sem saber do seu estado terá de suportar todos os encargos financeiros de seu ato.”

A gestante deverá ser reintegrada no emprego porque nula a despedida, configurando renúncia à estabilidade provisória sua recusa injustificada, salvo se comprovada a incompatibilidade entre as partes ou outro motivo plausível.

O mero recebimento de verbas rescisórias, porém, não configura, como dito alhures, renúncia à estabilidade, especialmente no caso da gestante, visto não se poder negar à empregada o direito à sua própria sobrevivência e à de seu filho no período do afastamento e, certamente, o montante das verbas rescisórias será, na maior parte das vezes, única fonte de sustento com que pode contar.

Entretanto, considerando-se não ser absoluto o direito à estabilidade, há certos contornos a serem observados.

3.5. Limites

Embora já transcorridos mais de dez anos desde a instituição da estabilidade da gestante pela Constituição Federal, até hoje os seus limites não foram definitivamente delineados pela doutrina e jurisprudência.

Afigura-se tamanha a relevância social do fato maternidade, que sua ocorrência, por si só, deveria rodear a empregada grávida da tutela legal, garantido-lhe o emprego⁵⁹.

⁵⁹ OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Confirmação da Gravidez e Garantia de Emprego*. Revista Trabalho e Doutrina, n. 9, p. 3-5, jun.1996.

Por isso, mesmo quando ignorada a gestação pelo empregador, ou, pela própria gestante, resta assegurada a permanência no emprego.

Nesse sentido a orientação jurisprudencial n. 88 do TST, recentemente revista, cuja redação atual é esta:

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

Antes disso o STF já havia decidido não ser possível, mediante cláusula normativa, estabelecer a exigência de comunicação ao empregador como requisito para o gozo do benefício (STF, RE 2234.186-SP, Ac. 1ª T., 05.06.2001, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Não pode, portanto, o empregador, furtar-se à responsabilidade objetiva pela estabilidade provisória da gestante ao argumento de desconhecer a gravidez, nem mesmo presumir-se a ocultação maliciosa do estado gravídico, tendo em vista ser o exame demissional uma obrigação legalmente prevista⁶⁰.

Com efeito, a Constituição Federal adotou como marco inicial da garantia a confirmação da gravidez, não a concepção nem a comunicação ao empregador. Seguiu a esteira da convenção 103 da OIT⁶¹, que prevê o caráter objetivo da estabilidade decorrente da gravidez, não dependendo da ciência do fato pelo empregador, quando da dispensa, inclusive porque nem sempre é conhecido pela própria gestante, especialmente se a concepção houver ocorrido há poucos dias ou meses, e estiver a gestação no seu estágio inicial.

O vocábulo confirmação quer dizer a certeza de que, à data da comunicação da dispensa a empregada já se encontrava

⁶⁰ CLT, art. 168, exige exame por ocasião da admissão, da dispensa e periódicos.

⁶¹ Ratificada pelo Brasil por meio do DL n. 24, de 29.05.1956, vigente desde 25.04.1958.

grávida, prestando-se os exames médicos, laboratoriais ou ultrassonográficos tão-somente a atestar esse estado pré-existente.

A estabilidade gestacional decorre, pois, do estado gravídico em si, embora os exames técnicos sejam necessários como prova, inclusive da data em que se iniciou a gestação, tendo em vista a precisão hoje alcançada pelo avanço tecnológico.

O que importa, assim, 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.⁶²

Colaciona-se arestos ilustrativos desse pensar:

“O estado gravídico não se prova pela data do atestado médico, mas pela aferição, contida neste atestado, do início da fecundação” (TST, RR 127.117/94.6, Ursulino Santos, Ac. 1º T. 6.614/94).

“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

⁶² LORENZETTI, Ari Pedro. Op. Cit., p. 41. O autor cita o seguinte aresto: “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. 3º T., Rel. Min. Antônio Fábio Ribeiro. DJU 06.06.97, p. 25314).

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 cerro que o estado gravídico não se prova pela data do atestado médico, mas pela aferição, contida neste atestado, do início da fecundação” (T.R.T. 3ª Região, RO 886/98, Ac. 4ª T., Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira. DJMG 12.09.98, p. 9).

Quanto ao alcance subjetivo, cabe a discussão se a doméstica foi, ou não, contemplada com a estabilidade da gestante. Caso analisada a questão sob a ótica da finalidade do instituto, não se justificaria a exclusão da empregada doméstica da proteção constitucional. No entanto, sob o enfoque do empregador, dificilmente este teria condições de suportar esse ônus.

À luz do direito positivo vigente, a exclusão da empregada doméstica do direito à estabilidade da gestante é quase pacífica, sob o argumento de que o caput do art. 10 do ADCT reporta-se expressamente ao art. 7º, inciso I, da CF/88, não prevendo o parágrafo único desse mesmo artigo a aplicação de seu inciso primeiro aos domésticos, conduzindo à conclusão de que a empregada doméstica não teria sido contemplada com a estabilidade provisória da gestante.

Adotada a perspectiva das condições contratuais, observa-se existir o direito também nos contratos por prazo determinado, porém, limitada a estabilidade ao termo final do contrato, conforme previamente acordado. No dizer de *Ari Pedro Lorenzetti*⁶³, “a prévia fixação de um termo final ao contrato não exclui a aplicação da estabilidade provisória, apenas limita a duração desta”.

⁶³ *Op. Cit.*, p. 46.

Segue-se o mesmo raciocínio para o contrato por prazo indeterminado, quando a empregada já foi avisada de sua dispensa a partir de determinada data. A gravidez superveniente (no curso) ao aviso prévio não impede a consumação da dispensa.

Quanto ao término da garantia constitucional, também foi adotado critério objetivo: cinco meses após o parto, assim considerada "a expulsão ou retirada do feto do útero materno a partir da vigésima semana de gravidez",⁶⁴ sendo certo que a sobrevivência ou viabilidade do produto do parto não foram exigidas pelo legislador constituinte.

Resta, por fim, analisar a questão dos limites temporais, especialmente as conseqüências jurídicas do ingresso em juízo no curso ou após exaurido o período estável.

3.6. Ingresso em juízo após exaurido o período estável

Ao discorrer acerca da importância da estabilidade, *Jether Gomes Aliseda*⁶⁵ preleciona:

"a estabilidade é salutar e conveniente, uma vez que estabelece a tranqüilidade para que o indivíduo possa desempenhar com competência e esmero seu trabalho, pois, ao saber que a sua colocação está garantida, não terá a preocupação de ver o seu patrimônio (trabalho) ser retirado a qualquer momento."

A estabilidade representa, outrossim, avanço social e econômico, supondo-se que o empregado, tendo seu emprego garantido, produziria mais e melhor, teria maior poder de compra, consumiria mais, melhorando a economia com a aquisição de um número maior de bens postos à venda pelos empregadores.

⁶⁴ FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal*. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991, p. 752, *apud* LORENZETTI, Ari Pedro. *Op. Cit.*, p. 42.

⁶⁵*Op. Cit.*, p. 104.

Os doutrinadores e a jurisprudência se dividem, sendo que parte deles defende que a gestante somente terá direito à estabilidade e, portanto, aos salários correspondentes, a partir do ajuizamento da ação, sob o fundamento principal de que o ingresso tardio em juízo subtrai do empregador a possibilidade de efetuar a reintegração, causando-lhe prejuízos.

Dentre eles, *Alice Monteiro de Barros*⁶⁶, assumindo posição pouco tolerante em relação ao ingresso tardio em juízo:

“se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como assegurar-lhe as vantagens pecuniárias correspondentes. A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado exercício abusivo do direito de ação. É que o direito deverá ser contido dentro de uma limitação ética, não podendo ser exercido em sentido contrário à sua destinação, causando dano ao empregador, pois se este vai pagar os salários deverá contar com a força de trabalho da empregada.”

Motivos relevantes sustentam opiniões em sentido contrário, no sentido de afirmar que o abuso de direito não pode ser presumido, demandando prova irrefutável de sua efetiva ocorrência, não se mostrando suficiente para caracterizá-lo o simples retardamento no ingresso em juízo.

Por tratar-se de exceção, e tendo em vista que a má-fé demanda prova robusta, a hipótese de abuso deve ser vista com muita reserva, analisando-se caso a caso, e restar efetivamente

⁶⁶ Op. Cit.

caracterizado, conforme salienta, com propriedade, *Ari Pedro Lorenzetti*⁶⁷ :

“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 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.”

*Zéu Palmeira Sobrinho*⁶⁸ assevera não haver sustentação legal para a tese que limita a indenização, além de partir da falsa premissa de que a inércia da gestante impossibilitou a sua reintegração e ser uma tentativa de cercear o exercício de um direito legítimo, reconhecido constitucionalmente. Diz ser essa interpretação desprovida de razoabilidade frente ao que norteia o Direito do Trabalho.

Diversamente do que se propala, não se incentiva aqui a percepção de salários quando inexistente a correspondente força de trabalho, nem mesmo apenar o empregador, mas tão-somente assegurar o exercício de direito constitucionalmente previsto, sem, contudo, cancelar o abuso, tendo em vista a necessidade da imposição de limites éticos ao exercício do direito.

Tanto assim é que se admite a renúncia quando, posto à disposição da obreira o retorno ao posto de trabalho, esta o recusa, sem demonstrar razão justificável que impeça a manutenção da relação empregada/empregador ou prejuízos à gestação.

Busca-se, por meio da estabilidade provisória, tão-somente garantir à gestante a segurança de que o seu estado

⁶⁷ Op. Cit., p. 45.

⁶⁸ Op. Cit., p. 106 a 108.

gravídico não será razão de discriminação no local de trabalho, bem como a tranqüilidade necessária ao bom termo da gestação, um parto bem sucedido, e dedicação integral, nos primeiros meses, aos incansáveis cuidados que demanda o recém-nascido, sem esquecer as alterações fisiológicas e psíquicas pelas quais passa a parturiente, decorrentes da variação hormonal.

O objetivo da Carta Política é proteger o emprego contra a rescisão do contrato de trabalho unilateralmente pelo empregador, impedindo, outrossim, que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho.

Portanto, o que se deve impor, caso dispensada a empregada, é a reintegração ao emprego, diante do fim perseguido pela normativa em questão, somente se convertendo em indenização quando, por razões temporais, já tenha decorrido o período estável, ou haja desgaste que impeça o convívio harmônico entre as partes e uma gestação sem complicações.

Embora haja entendimentos em sentido oposto⁶⁹, o ingresso em juízo quando já exaurida a garantia não configura renúncia, por tratar-se direito fundamental, indisponível e

⁶⁹ "ESTABILIDADE – Gestante. Ajuizamento da ação após exaurido o período de garantia no emprego. A empregada gestante que deixa fluir o prazo de garantia no emprego previsto no art. 10, II, b, do ADCT, para só então ajuizar ação trabalhista pleiteando indenização pelo período correspondente, frustra o objetivo do preceito constitucional, que é o de garantir à empregada nessa situação o direito ao trabalho e conseqüente contraprestação, durante a gravidez e nos primeiros meses após o parto. Indevida, pois, a indenização pleiteada" (TST – RR 630.814/2000.0 – 5ª T. – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 11.10.2002/10.11.2002).

"GESTANTE – Salários sem trabalho. A garantia prevista na CF ao emprego da trabalhadora gestante visa garantir e preservar a maternidade e a infância. Esta ressalva se faz necessária porque o pedido consubstancia-se em pagamento de salários quando deveria ser de reintegração ao emprego, se resistência ao emprego tivesse havido. A conversão da obrigação de fazer (reintegração ao emprego) em pagar (indenização de salários do período) é possível quando já fluído o prazo da estabilidade e impossível ou incompatível se mostra o restabelecimento do emprego, o que não é o caso dos autos. Salário é contraprestação de trabalho" (T.R.T. 4º R. – RO 00008.461/00-7 – 3ª T. – Rel. Juiz Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa – DOERS 06.05.2002/05.06.2002).

irrenunciável, não suscetível, pois, à transação, conforme entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial n. 30 da SDC do TST:

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

Não sendo possível a renúncia expressa por intermédio de negociação coletiva, maior razão tem-se para não admiti-la tácita e individualmente pela empregada sem a chancela sindical.

Por ser ato dispositivo de direitos, repise-se, a renúncia não pode ser presumida, ao contrário, deve resultar de manifestação inequívoca, caracterizando que a empregada desejava, efetivamente, despojar-se do seu direito à estabilidade.

Pertinente o aresto ilustrativo do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina:

“Constituindo norma de ordem pública, visando à proteção da maternidade, da infância e até do interesse dos nascituros, é irrenunciável pela empregada gestante o direito à estabilidade provisória instituído pela Constituição Federal” (Ac. 1º Turma, RO 149/91, rel. juiz Pedro de Almeida, DJSC 27.01.92).

Não se pretende aqui eternizar a empregada no

emprego, mas tão-somente assegurar-lhe tranqüilidade para recuperar-se física e psiquicamente e cuidar do nascituro, razão primordial da instituição dessa estabilidade provisória.

Além disso, nos casos legalmente previstos, detém o empregador o mecanismo da justa causa que, devidamente comprovada, afasta o direito à estabilidade.

Ora, não é lógico, nem foi essa a vontade do legislador, restringir o direito de ação da detentora da estabilidade gestacional, limitando o seu exercício ao lapso estabilitário, quando para os demais empregados sem estabilidade somente se tem por obstáculo a prescrição bienal e quinquenal (CF/88, art. 7º, XXIX). Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não o fez.

Essa a interpretação dada pela mais alta corte trabalhista do país, ao uniformizar sua jurisprudência, por meio da edição do enunciado n. 244 do TST:

“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 da estabilidade.”

No mesmo sentido as orientações jurisprudenciais da SBDI-1 do TST n. 106 e n.116. A primeira conduz no sentido de ser possível a indenização onde se compreendem os salários relativos ao período estabilitário já exaurido, sem configurar julgamento fora do pedido, mesmo quando só haja pedido de reintegração⁷⁰, ao passo que a segunda assegura a indenização quando, por já exaurido o período estabilitário, não se faça possível a reintegração⁷¹.

⁷⁰ “estabilidade provisória. Pedido de reintegração. Concessão de salário relativo ao período de estabilidade já exaurido. Inexistência de julgamento *extra petita*” (TST/SBDI-1/OJ 106)

⁷¹ “Estabilidade provisória. Período estabilitário exaurido. Reintegração não assegurada. Devidos apenas os salários desde a data da despedida até o final do período estabilitário” (TST/SBDI-1/OJ n. 116).

Observa-se, também, como já mencionado em linhas pretéritas, nessa mesma jurisprudência consubstanciada na OJ n. 88 da SBDI-1, revista recentemente por aquela Casa, não ser exigida, para fins de concessão da estabilidade gestacional, nem mesmo a ciência do empregador, ainda que constante tal ressalva de instrumento coletivo, num constante avanço em prol dos direitos humanos e da dignidade da pessoa.

Pelas razões citadas em linhas volvidas, também não guardam consonância com a redação do art. 10, II, "b", do ADCT, a limitação à data do ajuizamento da ação, conforme jurisprudência do TST:

"RECURSO DE REVISTA. EFEITOS PATRIMONIAIS DA INDENIZAÇÃO DEVIDA À GESTANTE. RETROAÇÃO À DATA DA DISPENSA IMOTIVADA E NÃO À DATA DO AJUIZAMENTO DA RECLAMAÇÃO. Não é demais salientar que a sentença concessiva de indenização substitutiva da garantia de emprego ou compensatória do ato patronal infringente da proibição da dispensa imotivada, classifica-se como sentença condenatória, desfrutando de efeitos retroativos que a doutrina restringe, em regra, à data da citação, por conta da norma do art. 219, do CPC, segundo a qual a citação válida, ainda que ordenada por juiz incompetente, constitui o devedor em mora. Mas é preciso interpretar esse artigo no contexto das modalidades de obrigações consistentes em obrigações de fazer, não fazer e de dar, determinantes, por sua vez, das duas conhecidas modalidades de mora, isto é, mora 'ex re' e 'ex persona'. Enquanto esta depende de provocação do interessado, a mora 'ex re' se materializa imediatamente com a lesão do direito. Dentre os casos em que se aplica a mora 'ex

re', destacam-se as obrigações negativas. Entre essas se inclui a obrigação de não despedir a gestante, pelo que o empregador incorre automaticamente em mora, cuja sentença que defere a indenização substitutiva ou compensatória, por conta de seu conteúdo condenatório, retroage à data da coibida rescisão contratual, afastada a limitação à data do ajuizamento da ação, a fim de prevenir descabida diminuição patrimonial do direito assegurado no artigo 10, inciso II, alínea "b", da Constituição. Recurso conhecido e provido" (Proc. Nº TST-RR-603.364/1999, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ de 17.10.2003).

"GESTANTE. SALÁRIOS CORRESPONDENTES AO INTERREGNO EXISTENTE ENTRE A DISPENSA E A PROPOSITURA DA AÇÃO. O artigo 10, inciso II, alínea 'b', do ADCT prevê o direito da gestante à estabilidade provisória no emprego, demarcando-o desde a data da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. Deste comando constitucional, nada há a admitir a interpretação restritiva, que permitiu a construção do entendimento desta Corte no sentido de provocar a redução do período estabilitário. Em verdade, a construção jurisprudencial quanto à demora da gestante em comunicar o seu estado ao empregador ou mesmo em ajuizar reclamação trabalhista provocar o deslocamento do marco inicial do período estabilitário para a data do ajuizamento da ação decorreu do raciocínio equivocado de ter a empregada gestante interesse em permanecer inerte, quando é evidente que tal postura somente propiciará prejuízos a quem lhes deu causa. Tal como sustentado na doutrina pátria, a

estabilidade assegurada no Texto Constitucional reveste-se de caráter dúplice, pois não só tem a finalidade de resguardar o direito da trabalhadora, mas, principalmente, proteger o nascituro" (Proc. nº TST-RR-612.351/1999, 1ª Turma, Rel. Min. Emmanoel Pereira, DJ de 07.11.2003).

No que tange aos efeitos do ingresso em juízo após exaurido o período estabilitário, *Zéu Palmeira Sobrinho*⁷² oferece importante contribuição, defendendo essa possibilidade sem qualquer restrição, na esteira do entendimento dominante atualmente no TST. Lista os argumentos principais para que não se limite a indenização à data do ajuizamento da ação:

a) a aludida tese não tem qualquer sustentação legal, já que em nenhum momento o legislador constituinte reportou-se à data do ajuizamento da reclamatória como termo inicial da estabilidade. O intérprete não pode prejudicar a quem o constituinte objetivou proteger.

b) parte da falsa premissa de que a inércia da gestante impossibilitou sua reintegração, porque o ato da dispensa gera efeitos jurídicos reparatórios. Com essa idéia de inércia da gestante, busca-se inverter a culpa do empregador que desrespeitou um direito social conquistado mediante penosa luta histórica.

c) é uma tentativa de cercear o exercício de um direito legítimo, reconhecido constitucionalmente (art. 7º, inciso XXIX, da CF/88). A inércia da gestante somente se verificará quando não vindicar seus direitos dentro do prazo previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88. É também

⁷² Op. Cit., p.106 a 108.

direito constitucional da empregada gestante, injustamente despedida, deliberar sobre a oportunidade e a conveniência do ajuizamento da ação trabalhista pertinente à estabilidade não observada.

d) despreza o uso moderado dos meios interpretativos aplicáveis no âmbito do Direito do Trabalho. A lei deve ser sempre interpretada com apurada destreza lógica, tarefa de bom senso e percepção acurada, de forma que saiba o intérprete que, se o legislador favoreceu a gestante, não lhe é cabível empreender construção interpretativa da qual dimanar prejuízo à destinatária da norma.

Ainda que assim não fosse, a própria etimologia da palavra reintegração conduz ao pagamento de salários como se dispensa não houvesse ocorrido.

Assegurada a estabilidade a partir da concepção devidamente atestada, é devida a reintegração ao emprego e salários desde a data da dispensa imotivada, ou, na impossibilidade de reintegração pelos motivos já explanados em linhas volvidas, os salários correspondentes, observados os mesmos critérios.

CONCLUSÃO

O presente estudo propôs a análise do tema estabilidade sob um novo enfoque, o de direito constitucional e humanitário, numa visão bem mais profunda. No decorrer da pesquisa, algumas conclusões foram obtidas de imediato, outras passa-se a enumerar a seguir.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a estabilidade da gestante foi alçada ao patamar de garantia constitucional, a partir da previsão expressa de proteção à

maternidade e à infância (CF/88, art. 6º) e da estabilidade da gestante (ADCT, art. 10, II, "b").

Além da necessidade de proteção ao emprego, outros fatores de ordem fisiológica e psíquica (recuperação) justificam a concessão de licença-maternidade, bem como de estabilidade provisória à empregada gestante. Porém, o principal fundamento da concessão de estabilidade provisória à gestante é a proteção ao nascituro, à família e à própria preservação da espécie humana.

As normas trabalhistas de proteção ao trabalho, porque de interesse de toda a sociedade, são imperativas, prevalecendo a restrição da autonomia da vontade.

Difere a garantia de emprego da estabilidade provisória, visto ser aquela o gênero do qual esta última é espécie. A primeira objetiva a proteção do emprego como um todo, desde a manutenção do posto de trabalho, quanto a criação de novos outros, ao passo que a segunda busca assegurar que, por determinado lapso temporal e, em razão de determinadas circunstâncias, o empregador tenha obstado seu direito potestativo de rescindir unilateralmente o contrato de trabalho.

Em razão da desigualdade econômica existente entre empregador e empregado, os direitos trabalhistas, em especial à estabilidade, gozam de presunção de irrenunciabilidade. Por isso, a renúncia somente é admitida excepcionalmente e conforme os princípios do direito do trabalho, mas sempre de forma expressa e inequívoca.

A responsabilidade do empregador, quanto à estabilidade da gestante é objetiva, independente da ciência da gravidez.

A estabilidade da gestante decorre do estado gravídico em si, sendo que os exames técnicos posteriores somente se prestam a assegurar a certeza da gravidez e a data provável de sua ocorrência (concepção).

A proteção constitucional em comento não alcança a empregada gestante doméstica, tendo em vista que o "caput" do art. 10, II, "b", do ADCT reporta-se ao art. 7º, I, da CF/88, ao passo que o parágrafo único desse mesmo artigo diz que o seu inciso primeiro não se aplica aos domésticos.

Ao contrário de afirmativas equivocadas, resta assegurada a estabilidade da gestante nos contratos a termo, porém, desde que limitada ao termo final previamente acordado.

Como direito fundamental que é, a estabilidade da gestante não pode ter o seu exercício restringido pelo intérprete, razão pela qual o ingresso em juízo após expirado o período estável ou o recebimento de verbas rescisórias não configura renúncia da empregada à estabilidade.

Não há de se falar em limitação à data do ajuizamento da ação, tendo a obreira como limite temporal tão-somente o disposto no art. 7º, XXIX da CF/88, por não ser dado ao intérprete restringir onde o legislador entendeu conveniente proteger.

Longe de se incentivar a percepção de salário sem trabalho, busca-se assegurar, outrossim, o exercício regular de direito constitucionalmente previsto, já que o abuso de direito demanda prova robusta e inconteste.

Objetiva-se garantir à gestante a segurança de que seu estado gravídico não será razão de discriminação no local de trabalho. Garante-se, mediatamente, o emprego, impondo-se caso dispensada a empregada gestante no curso do período estável a reintegração, somente convertendo-se em indenização substitutiva nas hipóteses em que já decorrido o período estável, em que houver desgaste tal entre as partes que impeça a manutenção do vínculo e/ou o bom termo da gestação e um parto sem complicações.

Sugere-se, a partir de então, a análise do instituto da estabilidade da gestante sob uma nova ótica, a de proteção a

direito difuso relacionado à função procriadora da mulher trabalhadora e à garantia de futuras gerações, tendo por alvo o nascituro.

A mesma regra pode ser vista de forma diversa, diante de um dado ou uma situação novos. Propõe-se, assim, uma releitura do tema, sendo certo que a igualdade não se impõe por normas ou regras, antes resulta de atuações concretas de modificações sociais, culturais e econômicas, além da efetiva fiscalização do cumprimento de normas constitucionais e legais que vedam a discriminação ao acesso e à manutenção do emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALISEDA, Jether Gomes. *Estabilidade e Garantia de Emprego: Uma Visão Crítica*. São Paulo: LTr, 2001.

AVELAR, Rogério. *Estabilidade da Gestante*. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, DF, v. 17, n. 815, p. 10-12, 15.06.2000.

BARBUDA, Cássio Everaldo Meyer. *Estabilidade da Empregada Gestante: Questões Polêmicas*. *Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 5. Região*, Salvador, BA, n. 2, p. 55-59, 1998

BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOSSA, Sônia. *Direito do Trabalho da Mulher no Contexto Social Brasileiro e Medidas Antidiscriminatórias*. São Paulo: Oliveira, 1998.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. [compilação de] Armando Casimiro Costa, Irany Ferrari, Melchíades Rodrigues

Martins. 31. ed., São Paulo: LTr, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n. 39, de 19.12.2002, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, acompanhada de legislação complementar. *Código Civil*. Obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, César Marques. *Trabalho da Mulher-Gestante-Garantia de Emprego*. Revista do T.R.T. da 1. Região, Rio de Janeiro, RJ, Ed. Aliancer, n. 29, p. 43-52, mai-out/2001.

CASTRO, Reginaldo Oscar de. (Coordenador). *Direitos Humanos : Conquistas e desafios*. Conselho Federal da OAB, Comissão Nacional de Direitos Humanos - Brasília: Letraviva, 1999, p. 211, 309 e 400.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVIS, Roberto. *Estabilidade da Gestante (Mais uma Interpretação)*. *Jornal Trabalhista*, Brasília, DF, ano 12, n. 547, p. 265-266.

DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FRANCO FILHO, Georgeron de Sousa. *Mecanismos de*

Proteção do Trabalho da Mulher. Revista Trabalho e Doutrina, São Paulo, SP, n. 9, p. 27-35, jun.1996.

GOMES, Ana Virgínia Moreira Gomes. *A Aplicação do Princípio Protetor no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

GUNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. *Estabilidade da Gestante: Aspectos Controvertidos*. Revista Justiça do Trabalho, v. 19, n. 224, p. 22-28, ago.2002.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss de Sinônimos e Antônimos*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 6. ed, São Paulo: Método, 2003.

LIMA, Firmino Alves. *Alcance da Expressão "Confirmação da Gravidez" no Art. 10, II, b, das Disposições Transitórias da Constituição Federal*. Revista Trabalho e Doutrina, São Paulo, SP, n. 9, p. 21-25, jun.1996.

LORENZETTI, Ari Pedro. *Os Limites da Garantia de Emprego da Gestante*. Revista do T.R.T. da 18. Região, Goiânia, GO, ano 4, n. 1, p. 39-46, dez.2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Manual de Direito do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Prof. Cássio Mesquita Barros*. Coordenador Bento Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed.São Paulo: Saraiva.

NASCIMENTO, Sônia Aparecida Costa . *O Trabalho da Mulher - Das Proibições para o Direito Promocional*. São Paulo: LTr, 1996.

NODARI, Alberto. *Estabilidade da Gestante – Uma Outra Interpretação*. Jornal Trabalhista, Brasília, DF, ano 12, n. 544, p. 195, 20.02.99.

OLIVEIRA, Antonio Carlos de. *Confirmação da Gravidez e Garantia do Emprego*. Revista Trabalho e Doutrina, São Paulo,

SP, n. 9, p. 3-5, jun.1996.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Estabilidade*. São Paulo: Ltr, 2002.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. *Enunciados do TST Comentados*. São Paulo: Ltr, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Temas de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorin. *A evolução dos sistemas de garantia de emprego*. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 60, n.8, ago. 1996.

ROMITA, Arion Sayão. *Proteção contra a despedida arbitrária (garantia de emprego?)*. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 53, n.4, abr. 1989.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional dos Interesses Trabalhistas-Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. São Paulo: LTr, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes; MARANHÃO, Délio e VIANA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. 19ª ed. São Paulo: LTr, 2000, v. I.

TEIXEIRA, Silvia Isabelle Ribeiro. *Renúncia à estabilidade Provisória do Empregado, Constitucionalmente Assegurada*. Revista Síntese, Porto Alegre, RS, v. 13, n. 153, p. 39/49, mar.2002.