

**REFLEXÕES A RESPEITO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 399 DA SDI-1
E O PRAZO PRESCRICIONAL PARA O INGRESSO JUDICIAL DA GESTANTE
VERSUS BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.**

*Luana Figueiró Silva Volpato¹
Guilherme Volpato de Souza²*

RESUMO: A garantia de emprego visa proteger a gestante da dispensa arbitrária. O direito do Trabalho além de tutelar o empregado, resguarda o Princípio da Proteção e o Princípio da continuidade da relação de emprego. A súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho no inciso I relata que o empregador não precisa ser comunicado do estado gestacional da obreira, para que essa seja abarcada pela garantia de emprego. No entanto, faz-se uma análise da relativização da referida súmula frente à legislação trabalhista da Argentina e do Chile, permitindo-se um breve discorrer sobre a legislação de ambos os países. Analisa-se o prazo prescricional de até 2 (dois) anos para a propositura da ação pela empregada detentora da garantia de emprego, conforme o Art. 10, inciso II, alínea "b" do ADCT. Não menos importante, estuda-se quando é feito o rompimento da relação de emprego e a empregada detentora da garantia fica inerte, vindo somente a propor Reclamatória trabalhista após escoar o prazo da garantia que lhe é devida. Posteriormente, analisa-se a boa-fé contratual da empregada gestante que foi omissa e a aplicabilidade da Orientação Jurisprudencial n.º 399 da SDI-1, do Tribunal Superior do Trabalho.

Palavras-chave: Boa fé-objetiva. Garantia de emprego. Gestante e relativização.

ABSTRACT: The job security is to protect the pregnant woman from arbitrary dismissal. The right of Labour as well as protect the employee, safeguard the principle of protection and the principle of continuity of employment. 244 A summary of the Superior Labor Court in item I, reports that the employer need not be given gestational status of worker, for that is embraced by the guarantee of employment. However, it is an analysis of the relativity of that scoresheet against the labor laws of Argentina and Chile, allowing himself a brief discourse on the laws of both countries. Analyzes the period of up to two (2) years for the bringing of the action by the holder of employed job security, according to Article 10, section II, paragraph "b" ADCT. Not least, it is studied when it is done the breakup of the employment relationship and the holder of the security employed is inert, only coming to propose labor court after draining the warranty period due to him. Subsequently, we analyze the contractual good faith that the pregnant employee was negligent and applicability of Jurisprudence Guideline. # 399 SDI-1, the Superior Labour Court.

Key-words: Employment guarantee. Pregnant. Relativization. Objective good faith.

¹ Advogada, graduada pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA em 2013. Pós Graduanda em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail. luanafigueirosilva@gmail.com.

² Advogado, graduado pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA em 2012. Pós Graduando em Direito Constitucional aplicado no Complexo de Ensino Damásio de Jesus. E-mail: guilhermevsouza@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo pensar o ordenamento jurídico pátrio no que tange a garantia de emprego da gestante durante o contrato de trabalho. Assim, frente a situações que modificaram o entendimento dos Tribunais superiores, bem como parte da doutrina, o assunto abordado tem gerado questionamentos acerca do tema.

Para tanto, se faz necessário apurar as transformações ocorridas no cenário atual, de forma a não estabelecer situação de insegurança jurídica ao empregador, bem como abuso de direito por parte da empregada gestante.

Nesse sentido, a estabilidade surge no Brasil através dos servidores públicos, que por intermédio da Lei n.º 2.924 de 1915 alcançaram o direito ao emprego estável, o qual vedava a despedida daqueles que tivessem 10 anos de serviço (MARTINS, 2013, p.448).

A estabilidade foi uma forma de dificultar as dispensas, uma vez que os empregados mais antigos ficavam propícios às doenças, logo, figuravam em evidência em se tratando de demissões.

Assim, foi por meio da Lei Eloy Chaves n.º 4.682 de 1923 que ratificou que os empregados apenas poderiam ser demitidos em caso de falta grave se obtivessem 10 anos de serviço ao respectivo empregador.

É de se ressaltar que em 1926 a estabilidade alcançou as demais categorias, como as empresas de navegação marítima ou fluvial (Lei n.º 5.109).

Com efeito, pode-se afirmar que os obreiros das empresas de água, luz, telefone e telégrafos conquistaram a estabilidade por meio do Decreto n.º 20.465 de 1930, seguidos pelos mineiros (Decreto n.º 22.096 de 1932) e os empregados da indústria.

Contudo, a estabilidade só usufruiu destaque constitucional por meio da carta de 1937, conforme transcrição a seguir:

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta, a

estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço; (BRASIL, 1937).

Posteriormente, em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) propôs o instituto, porém como alternativa a dispensa imotivada sob forma de indenização para os empregados que completassem os 10 anos de prestação de serviço. (MARTINS FILHO, 2012, p.163).

A Constituição de 1946 reconhecia o direito à estabilidade através do Art. 157, XII, mantendo esse direito.

Com a chegada da Emenda n.º 1, na Constituição de 1967, o empregado poderia optar pelo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ou pela estabilidade, ficando a critério do obreiro a escolha.

No ano de 1988, com a chegada da constituição cidadã, esta extinguiu com a estabilidade ao trabalhador brasileiro, contudo manteve o direito adquirido dos empregados que possuíam a estabilidade a época da sua promulgação.

Apesar do instituto da estabilidade não ter sido contemplado na Carta de 1988, o mesmo consta na maioria das constituições estrangeiras, assim sendo, consagrado pelo Direito Comparado (MARTINS FILHO, 2012, p.163).

Antes de adentrarmos nas características pertinentes a estabilidade que a legislação preconiza é necessário que se faça uma distinção entre estabilidade e garantias.

Nesse sentido, estabilidade e garantia de emprego, apesar de distintos, são institutos muito próximos, que englobam não apenas a garantia de emprego, mas também um mecanismo que restringe a dispensa (CASSAR, 2013, p. 1109).

Garantia de emprego, no magistério de Vólia Bomfim Cassar (2013), é uma política socioeconômica, vez que estabilidade é um direito do empregado.

Convém ressaltar que Maurício Godinho Delgado (2012, p. 1270) leciona que a estabilidade é uma vantagem de forma permanente, em face de uma circunstância que o empregador não tem o condão de controlar, a qual mantém o vínculo empregatício por um determinado período.

Dessa forma, a grande diferença entre garantia de emprego e estabilidade consiste no lapso temporal que a garantia confere.

A garantia de emprego, no entendimento de Franco Filho (2009, p.180) é a existência de um fato impeditivo de dispensa, por determinado período, salvo a prática de um ato que justifique a saída do obreiro, até que se expire esse tempo.

Inegável, portanto, que a classificação correta a ser adotada pela empregada gestante é que a mesma possui garantia de emprego, e não estabilidade, como explana Franco Filho (2009, p.180):

Devemos então, considerar que o que existe, a rigor, é uma garantia de emprego, que protege a mulher empregada por certo lapso de tempo, afim de preservar-lhe durante a maternidade; da ciência do estado gravídico até cinco meses após o parto. E assim é porque se trata de um direito que é exercido temporariamente, e, findo o prazo fixado, termina a garantia.

Quanto às estabilidades, estas podem ser caracterizadas como absolutas ou reais que são aquelas cujo empregado só poderá ser demitido se for comprovada a justa causa, ou seja, a prática de falta grave, que possui previsão no Art. 482 da CLT.

Ainda, existe a estabilidade relativa que é a estabilidade em que o obreiro pode ser dispensado por motivos técnicos, financeiros, disciplinares ou econômicos. (CASSAR, 2013, p.1111).

Deve-se expor ainda que, existem princípios constitucionais que embasam o instituto da estabilidade no emprego que são o Princípio da proteção e o Princípio da continuidade do emprego.

A relevância de conceituar estabilidade e garantia de emprego está ligada a este estudo, uma vez que o cerne dessa pesquisa trata-se da garantia da gestante durante o contrato de trabalho. Sabe-se que, de acordo com o Art. 10, II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a empregada gestante não pode ser dispensada desde o interregno da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Sabe-se também que o legislador constituinte, bem como a legislação trabalhista protege a mulher gestante, evitando, assim, o desemprego nesse momento em que o rendimento e o sustento se fazem primordial.

Todavia, quando se aborda o tema da estabilidade da gestante, alguns questionamentos surgem, tais como: a empregada gestante precisa comunicar o empregador do seu estado gravídico? Ou ainda, se a mesma deixar escoar o prazo

de 05 (cinco) meses após o parto, persiste a garantia de emprego? O ingresso tardio em juízo lhe garante a indenização da totalidade do período de estabilidade?

São essas indagações que fazem com que a estabilidade se torne um tema polêmico e relevante, que vem causando expressivas mudanças na jurisprudência.

Ao final, abordar-se-á a legislação internacional tangente à garantia de emprego da gestante, fazendo-se proposições a despeito de alterações legislativas que assegurem tanto a garantia da gestante e do nascituro, quanto o princípio da boa fé objetiva que deve estar presente nas relações de emprego.

1 A ESTABILIDADE DA GESTANTE NOS MOLDES DO ART. 10, II, “b” DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E TRANSITORIAS – ADCT.

Por se tratar de um direito social, a proteção à empregada gestante, encontra amparo contra a despedida arbitrária no Art. 7º, I e XVIII, Constituição Federal:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. (BRASIL, 1988).

Assim, por falta da norma regulamentadora do Art. 7º, inciso I, se faz necessária uma leitura conjunta do texto constitucional e do ADCT, as quais garantem a tutela no período compreendido entre a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Sob o prisma dessas redações permeiam-se dúvidas acerca da necessidade do conhecimento do estado gestacional pela própria obreira, ou ainda, a notificação ao empregador.

Nessa linha, ensina Cassar (2013, p. 1127) que a comunicação é mero requisito da prova, e que o empregador não pode demitir a empregada gestante por desconhecimento do estado gravídico, porque sua responsabilidade é objetiva.

No mesmo sentido, a Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) trata o tema de forma pontual, conforme transcrição abaixo:

Súmula 244, TST- **GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA**

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

[...]. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2012).

Com relação ao assunto abordado pela Súmula nº 244, inciso I, o empregador, ainda que desconheça o fato da empregada estar grávida, deve, segundo a súmula, manter a obreira empregada devido à garantia que a mesma possui.

Por fim, tanto a legislação quanto a jurisprudência tem firmado entendimento de que a gestante poderá requerer seu direito de garantia de emprego nos termos do art. 7, XXIX da Constituição Federal e Orientação Jurisprudencial nº. 399, da SDI-1, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

[...]. (BRASIL, 1988).

OJ-SDI1-399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TERMINO DO PERIODO DE GARANTIA DO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DE DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no Art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2010).

Da leitura do artigo da Constituição Federal e da Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho depreende-se que o prazo prescricional para o ajuizamento da reclamatória trabalhista é de até dois anos do término do contrato de trabalho, independentemente do término do período da garantia de emprego ou da oportunização ao empregador em restabelecer o vínculo empregatício.

As possibilidades retro citadas acarretam em propositura de demandas que por vezes não possuem o caráter de garantia de emprego ou reestabelecimento do mesmo. Em verdade, em variadas circunstâncias tem-se observado o intuito

meramente indenizatório do pleito judicial, desvirtuando-se do real propósito da garantia de emprego.

2 A EVOLUÇÃO DE PARTE DA JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE ADMITIR O PAGAMENTO DE VALORES QUANDO DO INGRESSO TARDIO EM JUÍZO. UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ NO CONTRATO DE TRABALHO.

Oportuno observar a evolução jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico no tocante ao presente assunto, ou seja, garantia de emprego da empregada gestante. Ao analisar-se a jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos anos de 2011 e 2013, percebe-se que no último ano as decisões reiteram a redação da OJ 399 da SDI-1 do TST, conforme ementas abaixo:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. Merece ser provido o recurso da reclamada, pois, considerando-se que a situação relatada na inicial demonstra a intenção da autora apenas em receber os salários pertinentes ao período de garantia do emprego, sem a respectiva prestação de trabalho, enquanto estava percebendo seguro-desemprego, e após ter aceitado a oferta de reintegração com pagamento dos salários a partir da data de notificação da presente ação, o que se encontra comprovado nos autos, nada mais é devido. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 5ª Turma. *Recurso Ordinário n.º 0000116-82.2010.5.04.0304*. Redator: Des. Leonardo Meurer Brasil, julgado em 03/03/2011, DEJT em 28/03/2011).

GESTANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. Sendo incontroversa a condição de gestante, encontra-se a empregada ao abrigo da garantia provisória no emprego prevista no artigo 10, inciso II, letra "b" do ADCT, não obstando o direito ao recebimento da indenização dos salários do período de estabilidade o ajuizamento da reclamatória trabalhista após exaurido o lapso constitucional. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 399 do TST. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 5ª Turma. *Recurso Ordinário n.º 0000160-55.2012.5.04.0232*. Redator: Clóvis Fernando Schuch Santos, julgado em 18/04/2013, DEJT em 26/04/2013).

Conforme de verifica da leitura do acórdão acima citado, de um lado encontra-se a empregada gestante, detentora da garantia de emprego, que propôs a ação trabalhista após exaurido lapso temporal oportuno. Ainda sim, em consonância com as decisões do Tribunal Superior do Trabalho, a empregada demandante possui direito de usufruir da garantia de emprego.

Dessa forma, é que o assunto abordado é de grande relevância por adentrar na seara dos direitos sociais, tais como a proteção à maternidade e à infância como elucida os Art. 6º, *caput* e Art. 227 da Constituição Federal. Outrossim, se faz necessário refletir, que por vezes, a própria gestante desconhece o seu estado gestacional, logo, tão pouco o empregador possui esse conhecimento.

Ainda, em virtude disso, há situações que a obreira sequer pleiteia a garantia de emprego, mas tão somente indenização que lhe é devida, demonstrando que seu *animus* é apenas pecuniário.

Com efeito, embora o direito do trabalho seja pró garantia de emprego e estão em pauta os fundamentos da proteção ao ser humano, é importante pensar que, deve existir transparência nas relações empregatícias, certificando-se a empregada que está em período gestacional, e conseqüentemente, confirmando ao empregador.

Contudo, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho encontra-se praticamente pacificada sobre a matéria, opondo-se sobre a necessidade de comunicar o empregador.

No entanto, o Superior Tribunal Federal, reconheceu repercussão geral da matéria suscitada no acórdão abaixo colacionado, em que se debate a necessidade do tomador de serviço ter ciência da gravidez.

VÍNCULO EMPREGATÍCIO - RESOLUÇÃO - GRAVIDEZ - AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA "B", DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CARTA DE 1988 - INDENIZAÇÃO DEFERIDA NA ORIGEM - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da necessidade de o tomador dos serviços ter conhecimento da gravidez, no caso de rompimento do vínculo empregatício por iniciativa dele próprio, para o pagamento da indenização prevista no artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 629.053/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/10/2011, DEJT em 01/02/2012).

Destarte, O Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal terem firmado entendimento acerca da desnecessidade do empregador ter ciência da gravidez da obreira, existem correntes doutrinárias em sentido contrário.

Atualmente, existem duas teorias que discorrem a respeito da garantia da gestante, são elas a teoria objetiva e a teoria subjetiva. A teoria Objetiva é a adotada

pelo TST e pelo STF, e aduz que a garantia de emprego conferida a trabalhadora gestante não necessita confirmação para o empregador. A referida teoria tem como finalidade não eximir o empregador das suas obrigações, por alegar desconhecimento da gravidez da empregada.

Em contrapartida, a teoria Subjetiva, assevera que a empregada deve comunicar ao empregador acerca de seu estado gestacional, vez que o empregador não pode ser responsabilizado no caso de desconhecimento da gestação.

O Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região julgou improcedente o Recurso de uma obreira, que depois de rescindido o contrato de trabalho, não tinha certeza da gravidez e reclamou a estabilidade, conforme se depreende da leitura do acórdão abaixo transcrito:

RECURSO ORDINÁRIO. GESTANTE. DISPENSA NÃO OBSTATIVA DO DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O artigo 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Portanto, segundo a norma constitucional atrás citada, somente a partir do momento em que a empregada confirma a sua gravidez é que estará protegida. A ausência de provas acerca da aludida confirmação até a data da dispensa, por meio de atestado médico ou exame firmado por médico, indica que esta não foi obstativa do direito da obreira. Recurso ordinário a que se nega provimento (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 3ª Turma. *Processo nº 0000896-84.2010.5.02.0075*. Relatora: Des. Mércia Tomazinho, julgado em 20/03/2012, DEJT em 27/03/201).

Em outra controvérsia judicial, tramitada no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, nos autos do Recurso Ordinário nº 0000816-08.2012.5.04.0007, o voto vencido da Relatora Desembargadora Iris Lima De Moraes oportunamente salientou que:

“A finalidade precípua do dispositivo constitucional antes mencionado é, pois, a proteção ao nascituro materializada na garantia de emprego e não a indenização, de modo que o ajuizamento da ação após o decurso do período da estabilidade, sem fundadas razões, desvirtua essa destinação, inclusive pela injustificada quebra da comutatividade do contrato.

Com os arestos acima colacionados observa-se de algum modo que em casos específicos os julgadores tem feito uma adequada ponderação entre a garantia de emprego e a utilização da mesma para fins exclusivamente indenizatórios.

Todavia, tal discussão não tem repercutido nos Tribunais Superiores. A título elucidativo, o TST no Recurso de Revista n.º 543917-89.1999.5.02.5555 , abaixo transcrito, reconheceu o direito de uma empregada pleitear a reintegração ou a indenização subsidiariamente, direito conferido pelo ADCT. Ocorre que já havia transcorrido 6 (seis) meses da data da rescisão do contrato de trabalho, porém, o Tribunal entendeu que o prazo prescricional de 2 (dois) anos elencado na Constituição Federal não havia se esgotado.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DECONHECIMENTO DA GRAVIDEZ PELO EMPREGADOR. **AÇÃO PROPOSTA APÓS EXAURIDO O PRAZO DA GARANTIA DO EMPREGO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** 1. A jurisprudência iterativa desta Corte uniformizadora consagra tese no sentido de que o desconhecimento da gravidez pelo empregador não o exime de responder pela indenização resultante da estabilidade assegurada à gestante despedida sem motivo justo. O exaurimento do período da garantia do emprego assegura o direito aos salários e demais vantagens correspondentes ao período de estabilidade, consoante o disposto nos itens I e II da Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho. 2. O direito assegurado à trabalhadora de postular a indenização decorrente da estabilidade provisória não é afetado pelo decurso do tempo, se proposta a ação antes do término do prazo prescricional previsto na Constituição da República. A demora no ajuizamento da ação não implica renúncia tácita à estabilidade. 3. **Tendo a reclamante ingressado com a reclamação trabalhista após seis meses da despedida pleiteando reintegração no emprego ou indenização, caso impossibilitado o retorno ao trabalho, a condenação do reclamado ao pagamento da indenização estabilitária encontra respaldo na Súmula nº 244 desta Corte superior.** Recurso de revista conhecido e provido. (sem grifos no original). (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *Recurso de Revista n.º 543917-89.1999.5.02.5555*. Relator: Ministro Emmanoel Pereira, Redator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, julgado em 13/12/2006, DJT em 15/06/2007).

Não se trata de punir a obreira por não comunicar o empregador, mas sim de existir a necessidade de fixação de um prazo a ser estipulado e reconhecido pela legislação para fins de que a empregada faça a devida comunicação, e conseqüentemente, seja protegida pela garantia de emprego.

Importa tecer, que existe a teoria do abuso de direito, reconhecida por alguns doutrinadores e aplicável ao Direito do trabalho. Apesar do Direito do Trabalho ter como âncora o Princípio da Proteção direcionado ao empregado, o polo hipossuficiente das relações de trabalho, tal corrente se estende ao empregador, e é totalmente compatível com o tema abarcado nesse estudo.

Assim, na busca de uma conceituação sobre abuso de direito Braiani (2005, p.173) comenta: “Enfim, o ato praticado dentro dos contornos da regularidade (não abusivo), é aquele que atende aos fins econômicos e sociais da própria lei, sendo exercido com observância dos princípios da boa-fé e dos bons costumes”.

E arremata: “O ato abusivo, ao contrário é exercido de maneira contrária aos fins econômicos e sociais a que se destina a lei, violando o princípio da boa-fé e dos bons costumes” (BRAIANI, 2005, p.173).

Com efeito, alguns doutrinadores aplicam a teoria do abuso de direito para o caso da obreira gestante propor reclamatória trabalhista após ter transcorrido o prazo de 5 (cinco) meses que lhe é concedido como garantia de emprego.

Oportuna é a explanação de MARTINS (2012, p.467), que se coaduna com o foco desse trabalho:

O empregador não tem como ser responsabilizado se a empregada não o avisa de que está grávida. Não se pode imputar a alguém uma consequência a quem não deu causa. Na data da dispensa não havia qualquer óbice a dispensa da trabalhadora, pois naquele momento não estava comprovada a gravidez ou era impossível constatá-la. Logo não houve dispensa arbitrária com o objetivo de obstar o direito a garantia de emprego da gestante.

Por seu turno, a partir da legislação trabalhista argentina, pode-se verificar a necessidade de relativização da Súmula nº 244 como outrora foi mencionado, vez que lá se exige a ciência do empregador para que a garantia de emprego alcance a gestante.

Além de país vizinho, a Argentina é país membro do MERCOSUL, e entende pela necessidade da prévia comunicação por parte da empregada. É o que se depreende da leitura da Ley 21.824/78 que regulamenta o contrato de trabalho na Argentina quanto à maternidade.

LEY DE CONTRATO DE TRABAJO: MODIFICACION SOBRE LICENCIA POR MATERNIDAD
(sanc. y prom. 27-6-1978; BO 30-6-1978)
[Norma citada. - D 390/76, RLO 374-15]
Art. 1º [Licencia por maternidad]. Sustituyase el art. 177 del regimen de contrato de trabajo según texto ordenado por el decr. 390/76, por el siguiente:
[...]

Art. 177. Prohibicion de trabajar. Conservacion del empleo. Queda prohibido el trabajo del personal femenino durante los 45 dias anteriores al parto y hasta 45 dias despues del mismo. Sin embargo, la interesada podra optar por que se le reduzca la licencia anterior al parto, que en tal caso no podra ser inferior a 30 dias; el resto del periodo total de licencia se acumulara al periodo de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretermino se acumulara al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiere gozado antes del parto, de modo de completar los 90 dias.

La trabajadora debera comunicar fehacientemente su embarazo al empleador con presentacion de certificado medico en el que conste la fecha presunta del parto, o requerir su comprobacion por el empleador. La trabajadora conservara su empleo durante los periodos indicados, y gozara de las asignaciones que le confieren los sistemas de seguridad social, que garantizaran a la misma la percepcion de una suma igual a la retribucion que corresponda al periodo de licencia legal, todo de conformidad con las exigencias y demas requisitos que prevean las reglamentaciones respectivas.

Garantizase a toda mujer durante la gestacion el derecho a la estabilidad en el empleo. El mismo tendrá carácter de derecho adquirido a partir del momento en que la trabajadora practique la notificacion a que se refiere el parrafo anterior.

En caso de permanecer ausente de su trabajo durante un tiempo mayor a consecuencia de enfermedad que segun certificacion medica deba su origen al embarazo o parto y la incapacite para reanudarlo vencidos aquellos plazos, la mujer será acreedora a los beneficios previstos en el art. 208 de esta ley. (Sem grifos no original). (ARGENTINA, 1978).

Em sentido semelhante, a legislação chilena também faz restrições à trabalhadora quanto a fruição do direito de garantia de gestante. Neste sentido, veja-se o disposto no art. 197 da legislação trabalhista chilena, D.F.L. Núm. 1.- Santiago, 31 de julio de 2002:

Art. 197. Para hacer uso del descanso de maternidad, señalado en el artículo 195, deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo.(CHILE, 2002)

Pelo que se observa da legislação do direito comparado, tem-se uma melhor adequação, ou ainda, ponderação quanto a necessidade de proteção da gestante, o que, sem olvidar, traz maiores garantias quanto ao manejo do Poder Judiciário com fins exclusivamente econômicos.

Não se pode deixar em segundo plano a questão da garantia da gestante como proteção ao nascituro, e não com fins meramente econômicos ou indenizatórios.

Isso exposto, não se pode deixar de mencionar a necessidade de observação do Princípio da Boa-fé Objetiva nos contratos de trabalho, o qual, assim como a Proteção do Trabalhador e da Primazia da Realidade, são basilares em âmbito trabalhista.

Sob este aspecto, importa mencionar que o Princípio da Boa-fé Objetiva, enquanto presente e basilar nas relações trabalhistas tem sua correta dicção da leitora de Barros (2010, p. 188), o qual leciona: “incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais”.

O princípio da boa-fé objetiva nas relações de trabalho faz com que exista uma relação de transparência entre empregado e empregador, permitindo que a prestação de serviço se prolongue.

Assim o referido princípio além de aplicável as demais áreas do direito, também norteia o direito de trabalho e suas condutas éticas.

Não obstante, reforça a necessidade da restrição da empregada gestante ao uso desenfreado e desmedido de sua garantia de emprego, o qual por vezes além de ter finalidade estritamente econômica, sem qualquer intenção de retorno ao emprego, mostra-se em flagrante desrespeito ao Princípio da Boa-fé Objetiva nas relações de trabalho, onerando de forma ainda maior o empregador, que já detém para si todo o risco do empreendimento.

CONCLUSÃO

Por se tratar de um assunto que desperta interesse em empregadas e empregadores, a garantia de emprego da gestante é um tema que necessita ser debatido. A Súmula nº 244, inciso I, precisa ser analisada caso a caso, merecendo ser relativizada, ainda que a proteção à maternidade seja um direito socialmente elencado na Constituição Federal.

Para tanto, conclui-se que é necessário a trabalhadora gestante comunicar o empregador da gravidez, ainda que a Súmula autorize sua garantia sem prévia comunicação. Isso porque, propor reclamatória trabalhista após ter escoado o tempo

de estabilidade afronta o princípio da boa-fé objetiva, ainda que o Tribunal Superior do Trabalho decida que a gestante é credora da indenização.

Diante das dúvidas frequentes, e das mudanças operadas pelos Tribunais Superiores, espera-se que esse estudo produza uma reflexão, para que a Súmula nº 244, inciso I, não seja aplicada taxativamente.

Por fim, deixa-se claro que o intuito desse trabalho não é suprimir a garantia de emprego conferido a trabalhadora gestante, uma vez que esse é um direito alcançado e deve ser usufruído pela empregada. Ainda, evidencia-se a legislação Argentina, porque essa se preocupa com a garantia de emprego da gestante, e para tanto exige essa prévia comunicação.

Nesse sentido, entende-se que a trabalhadora gestante pratica abuso de direito em desfavor de seu empregador caso venha a omitir seu estado gestacional. Assim, configura-se má-fé ingressar em juízo reclamando a reintegração e/ou indenização caso os 5 (cinco) meses da estabilidade tenham se passado.

Desta forma, ainda que a Súmula nº 244, inciso I, prelecione que o empregador não precisa ter conhecimento para que a trabalhadora gestante tenha a garantia de emprego, a não comunicação infringe o dever que decorre da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. *Ley n° 21.824, de 23 junio de 1978*. Sustitúyese el artículo 177 del régimen de contrato de trabajo, según texto ordenado por el Decreto n.º 390/76, relativo a la licencia por maternidad. Disponível em:
<<http://www.entrerios.gov.ar/mintrabajo/userfiles/file/LEGISLACION%20LABORAL/NACIONAL/Ley%2021824%20Modificatoria%20Contrato%20de%20Trabajo.pdf>>.
Acesso em: 10 dez. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini. A estabilidade da empregada gestante e o abuso de direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 27, p. 167-177, 2005. Disponível em
<<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125428/Rev27Art9.pdf/660e41e1-0dfa-4a07-8a85-038fd429db88>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, de 16 de julho de 1937. Diário Oficial, Brasília, 10 nov. 1937. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acessado em 03/12/2013>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 629.053/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 03/10/2011, DEJT em 01/02/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1672420>>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 3ª Turma. *Processo nº 0000896-84.2010.5.02.0075*. Relatora: Des. Mércia Tomazinho, julgado em 20/03/2012, DEJT em 27/03/2012. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?viewPdf=&id=314016>>. Acesso em: 04 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 5ª Turma. *Recurso Ordinário nº 0000116-82.2010.5.04.0304*. Redator: Des. Leonardo Meurer Brasil, julgado em 03/03/2011, DEJT em 28/03/2011. Disponível em:

<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000116-82.2010.5.04.0304&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 5ª Turma. *Recurso Ordinário nº 0000160-55.2012.5.04.0232*. Redator: Clóvis Fernando Schuch Santos, julgado em 18/04/2013, DEJT em 26/04/2013. Disponível em:

<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&nroprocesso=0000160-55.2012.5.04.0232&operation=doProcesso&action=2&intervalo=90>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. 1ª Turma. *Recurso Ordinário nº 0000816-08.2012.5.04.0007*. Redator: Iris Lima de Moraes, julgado em 18/04/2013, DEJT em 28/08/2013. Disponível em: <

http://gsa3.trt4.jus.br/search?q=cache:XT4_IUs3q3cJ:iframe.trt4.jus.br/gsa/gsa.jurisp_sdcpsp.baixar%3Fc%3D47046308+estabilidade+gestante+abuso+de+direito+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2013-04-22..2014-04-22++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. *Recurso de Revista nº 543917-89.1999.5.02.5555*. Relator: Ministro Emmanoel Pereira, Redator: Ministro Lelio Bentes Corrêa, julgado em 13/12/2006, DJT em 15/06/2007. Disponível em:

<<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=543917&digitoTst=89&anoTst=1999&orgaoTst=5&>

tribunalTst=02&varaTst=5555>. Acesso em: 17 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Seção de Dissídios Individuais I. *Orientação Jurisprudencial nº 399*. Estabilidade provisória. Ação trabalhista ajuizada após o término do período de garantia no emprego. Abuso do exercício do direito de ação. Não configuração. Indenização devida. DEJT em 02, 03 e 04 ago. 2010. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/ojs/-/asset_publisher/1N7k/content/secao-de-dissidios-individuais-i-sdi-i>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Tribunal Pleno. *Súmula nº 244*. Gestante. Estabilidade provisória. DEJT em 25, 26 e 27 set. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 10 dez. 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do Trabalho*. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CHILE. D.F.L. Núm. 1. *FIJA EL TEXTO REFUNDIDO, COORDINADO Y SISTEMATIZADO DEL CODIGO DEL TRABAJO*- Santiago, 31 de julio de 2002. Disponível em: <http://www.leychile.cl/N?i=207436&f=2014-03-04&p=> Acesso em: 20 de abril 2014

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Contratos de trabalho por prazo determinado. A garantia de emprego da gestante. In: FRANCO FILHO, G. de S. *Trabalho da mulher* (homenagem a Alice Monteiro de Barros). São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra Silva. *Manual Esquemático de Direito e Processo do Trabalho*. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012.