

A ESTABILIDADE DA EMPREGADA GESTANTE E O ABUSO DO DIREITO*

KÁTIA LIRIAM PASQUINI BRAIANI**

Resumo: Este trabalho enfoca a questão referente à existência ou não do abuso do direito da empregada detentora de estabilidade gestacional que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, ajuíza reclamação trabalhista após o nascimento da criança, mas dentro do prazo prescricional, postulando indenização correspondente ao período de estabilidade. Analisa as duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes - a que nega o direito à indenização, entendendo que a empregada age com abuso do direito; e aquela que, ao contrário, confere o direito -, concluindo que a mais acertada é esta última, especialmente em razão da situação peculiar que atravessa a gestante no período da gravidez.

Sumário: 1 Introdução; 2 Da estabilidade; 2.1 A estabilidade da empregada gestante; 2.2 A finalidade da garantia; 2.3 O período de estabilidade e o significado do vocábulo "confirmação"; 2.4 As teorias - subjetiva e objetiva - acerca do direito à estabilidade; 2.5 A garantia assegurada à empregada estável dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa; 2.6 O prazo para a empregada dispensada ajuizar reclamação trabalhista; 3 Do abuso do direito; 3.1 Breves noções acerca da teoria do abuso do direito; 3.2 Finalidade do instituto; 3.3 Legislação brasileira sobre da matéria; 3.4 Diferenciação entre ato ilícito e ato abusivo; 3.5 Compatibilidade do instituto do abuso do direito com o Direito do Trabalho; 4 Inaplicabilidade da teoria do abuso do direito à empregada detentora de estabilidade gestacional que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa, ingressa com a reclamação trabalhista após o término do período de estabilidade; 5 Considerações finais

Palavras-chave: Estabilidade. Gestante. Abuso do Direito.

(*) Trabalho realizado no Curso de Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

(**) Juíza do Trabalho Substituta do TRT da 15ª Região.

1 INTRODUÇÃO

Como a questão estudada vem sendo analisada sob a ótica da teoria do abuso do direito, primeiramente tecemos algumas considerações acerca da estabilidade; em seguida enfocamos a teoria do abuso do direito e, ao final, estabelecemos uma conexão entre os dois institutos.

A escolha do tema deu-se porque, muitas vezes nos deparamos com casos em que, a nosso ver, faz-se verdadeira injustiça ao não se conceder o direito à indenização do período de estabilidade à empregada gestante em razão de ter ela ingressado com a reclamação trabalhista após o término do prazo da estabilidade, sem levar em consideração a situação pessoal da mesma, mormente o período difícil que atravessa.

2 DA ESTABILIDADE

A par da distinção doutrinária acerca da estabilidade e da garantia no emprego (ou "ao" emprego), para o fim a que se destina este trabalho, o importante é sabermos que o instituto é uma limitação ao poder potestativo do empregador de dispensar a empregada de forma arbitrária ou sem justa causa.

Detentora de estabilidade, a empregada tem o direito à manutenção do emprego, exceto se praticar atos que importem no reconhecimento de justa causa ou quando ocorrer o encerramento das atividades do empregador. Neste último caso, pela impossibilidade material.

2.1 A Estabilidade da empregada gestante

A estabilidade à empregada gestante foi conferida legalmente, pela primeira vez,

na Constituição Federal de 1988, através do artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Transitórias. Até então, tal direito vinha sendo garantido por meio de normas coletivas.

O dispositivo legal citado estabelece que até que seja promulgada lei complementar a que se refere o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

2.2 A finalidade da garantia

A gravidez é uma fase que provoca profundas modificações na mulher. Modificações de ordem física e psicológica. No período gestacional a mulher fica mais sensível, mais vulnerável, sujeita a variações constantes de humor. Podem surgir nela dúvidas, medos, fantasias. Afinal, ela é diretamente responsável por uma nova vida. A situação é às vezes tão difícil que a mulher pode sofrer de depressão pós-parto, chegando mesmo a rejeitar o recém-nascido.

"A gravidez é uma fase que provoca profundas modificações na mulher. Modificações de ordem física e psicológica. No período gestacional a mulher fica mais sensível, mais vulnerável, sujeita a variações constantes de humor. Podem surgir nela dúvidas, medos, fantasias. Afinal, ela é diretamente responsável por uma nova vida. A situação é às vezes tão difícil que a mulher pode sofrer de depressão pós-parto, chegando mesmo a rejeitar o recém-nascido."

Por outro lado, está comprovado que as situações vivenciadas pela gestante provocam interferências no nascituro, motivo pelo qual, quanto mais tranquila a gestação, melhor para a criança. A saúde (física e mental) do futuro bebê está diretamente ligada à situação vivenciada pela mãe durante toda a gravidez.

Assim, a estabilidade conferida à empregada gestante tem por objetivo proteger a maternidade, assegurando o bem-estar da futura mãe e, por consequência, do nascituro e do infante.

Nas palavras de Nei Frederico Cano Martins (1995, p. 84):

A estabilidade da gestante tem em mira, principalmente facultar à mãe manter-se junto à criança nos primeiros dias de sua existência. Com isto, objetiva-se preservar a instituição da maternidade e, por via de consequência, assegurar a própria estabilidade da família, núcleo da sociedade.

Francisco Antonio de Oliveira (1997, p. 614) salienta que:

O intuito protecionista da gestante resta inviduoso, inclusive, no caput do art. 6º da Constituição Federal, onde se pontifica que a proteção à infância "são direitos sociais".

Não se relegue ao obívio que a proteção é direcionada à maternidade e à infância. Vale dizer: o intuito protecionista é direcionado para a mãe e para a criança que vai nascer. O nascimento de uma criança é fato por demais importante para ficar na dependência do poder potestativo do empregador.

2.3 O período de estabilidade e o significado do vocábulo "confirmação"

A gravidez tem início com a concepção. A norma constitucional, contudo, confere estabilidade à empregada gestante apenas com a "confirmação" da gravidez.

A palavra "confirmação" significa "ato ou efeito de confirmar; segurança expressa e nova que torna uma coisa certa; ratificação" (HOUAISS, 1980, p. 217).

Dessa forma, diversamente do professor Nei Frederico Cano Martins (1999), entendemos que a estabilidade da gestante não coincide com a concepção, não sendo nula a dispensa caso a gravidez ainda não tenha sido confirmada pela empregada, já que, nesse caso, o ato do empregador não pode ser visto como obstativo à aquisição da estabilidade pela empregada.

O término da estabilidade, por sua vez, ocorre cinco meses após o parto. Assim, o

período de estabilidade vai da data da confirmação da gravidez pela empregada até cinco meses após o nascimento da criança.

2.4 As teorias – subjetiva e objetiva – acerca do direito à estabilidade

Questão que foi muito discutida diz respeito à necessidade ou não da ciência do empregador, acerca da gravidez da empregada, para aquisição do direito. Para solucioná-la surgiram duas teorias: a objetiva e a subjetiva.

Os adeptos da teoria subjetiva entendem ser necessária a ciência do empregador acerca da gravidez da obreira para que ela adquira a estabilidade.

Aqueles que adotam a teoria objetiva, por sua vez, dizem ser desnecessária a ciência do empregador acerca do estado gravídico da empregada, bastando que esta o confirme, ao menos para si.

Atualmente já se encontra praticamente pacificada a teoria objetiva, sendo esta adotada pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, conforme se depreende do item I, da Súmula nº 244, *in verbis*: "O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT)."

Adota, também, a tese objetiva, o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se pode verificar em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2004, *on line*), cuja ementa transcreve-se a seguir:

EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b"). PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa

interrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se frita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva (STF-AI 448572/SP – DJ 22/03/2004, p. 00053).

Assim, ainda que o empregador não saiba que a empregada está grávida quando a dispensa, tal fato não afasta a aquisição do direito por aquela, que, entretanto, deverá comprovar, por qualquer meio legítimo, que à época da dispensa já havia “confirmado” seu estado gestacional.

2.5 A garantia assegurada à empregada estável dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa

Não há dúvida que o constituinte assegurou à empregada gestante o direito ao emprego, já que vedou sua dispensa. Assim, em caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada no curso do período de estabilidade, a consequência é a declaração de nulidade do rompimento do contrato pelo Poder Judiciário e, via de regra, a determinação de sua reintegração no emprego até o término do período de estabilidade.

Contudo, conforme estabelecido inclusive no artigo 496, da Consolidação das Leis do Trabalho, dependendo da situação peculiar do caso concreto, o Juiz poderá, se entender desaconselhável a reintegração da empregada, convertê-la em obrigação de indenizar.

Sobre a matéria, dando nova redação ao antigo Enunciado nº 244, no item II da agora Súmula de mesmo número, a mais alta Corte Trabalhista pronunciou-se no

seguinte sentido: “A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.”

2.6 O prazo para a empregada dispensada ajuizar reclamação trabalhista

No artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, está estabelecido que é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais ajuizar a reclamação trabalhista no prazo de até de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

3 DO ABUSO DO DIREITO

A matéria é delicada e já gerou muita polêmica no mundo jurídico. Atualmente a questão encontra-se razoavelmente pacificada, subsistindo algumas divergências apenas com relação ao critério de sua aplicabilidade, como veremos a seguir.

Até mesmo sobre a terminologia existem controvérsias. A maioria dos doutrinadores, sem maiores discussões, adota o termo “abuso do direito” (v.g. Silvío Rodrigues, 1989; Alvíno Lima, 1999; Carlos Roberto Gonçalves, 2005). Outros utilizam a expressão “abuso de direito” (v.g. Maria Helena Diniz, 1994).

Encontramos, porém, Lúcio Flávio de Vasconcellos Naves (1999), que em seu estudo acerca da matéria, defendeu ser mais adequado o termo “abuso no exercício do direito”, sob o argumento de que o direito é um só, sendo que o que o transforma em abusivo é o exercício (o uso) irregular pelo seu titular. Referido autor afirmou que “para a maior parte dos doutrinadores, o direito subjetivo é ‘um poder de ação que está à disposição de seu titular’ e que, na verdade,

“No artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal, está estabelecido que é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais ajuizar a reclamação trabalhista no prazo de até de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

'não depende do exercício' " (ob. cit., p. 98), concluindo, em seguida, que: "E, por isso mesmo, não podemos compreender a razão pela qual o simples 'exercício' abusivo deva necessariamente ferir a 'essência' do direito reconhecido, 'desnaturando-o'" (ob. cit., p. 99). Mais à frente destacou que o uso exorbitante de um direito transforma-o (esse mesmo direito) em abusivo.

Neste trabalho utilizaremos a expressão "abuso do direito", que é a usualmente utilizada por nossos doutrinadores.

3.1 Breves noções acerca da teoria do abuso do direito

Inicialmente, convém destacar que, no passado, houve quem não admitisse a idéia da existência da teoria do abuso do direito, sob o fundamento de que existe uma antítese lógica, já que um ato não pode, ao mesmo tempo, ser conforme e contrário ao direito.

O maior opositor da teoria do abuso do direito, segundo a doutrina consultada, foi Planiol, para quem, conforme SAVATIER *apud* Sílvia Rodrigues (1989, p. 51-52), "a expressão abuso de direito é imprópria, pois o direito cessa onde o abuso começa. Se alguém usa seu direito, seu ato é lícito; será ilícito se o direito é ultrapassado, pois, então a pessoa está agindo sem direito".

Atualmente, já não encontramos mais tal oposição, subsistindo, entretanto, divergência doutrinária quanto ao caráter autônomo da teoria do abuso do direito, já que alguns negam sua autonomia, enquadrando-a como uma espécie de ato ilícito, situada, pois, no campo da responsabilidade civil, enquanto outros atribuem a ela caráter autônomo, desvinculando-a da seara da responsabilidade civil.

Para os adeptos da primeira corrente, a questão referente ao abuso do direito deve ser resolvida exclusivamente com aplicação da teoria da culpa (presença do elemento intencional do agente). Segundo o professor Sílvia Rodrigues (1989, p. 52) "o ato só seria abusivo quando inspirasse a mera intenção de prejudicar a terceiro ou fosse exercido sem qualquer interesse por seu autor". Dentre os adeptos desta corrente,

encontramos, dentre outros, Rui Stocco (2002, p. 71) que assim se posicionou, ainda no período de *vacatio legis* do atual Código Civil: "Ora, se grande parte dos autores pátrios afirma que o abuso do direito encontra sustentação, ainda que *a contrario sensu*, no artigo 160, I, do Código Civil de 1916, em vigor, não há como afastar a concepção subjetiva por ele abraçada, sob pena de incoerência lógica".

Para os que perfilham a segunda corrente, a teoria do abuso do direito possui autonomia, constituindo uma responsabilidade especial. Os partidários desse critério objetivo – ou finalista – preconizam que ocorrerá o abuso do direito quando o mesmo for exercido de forma contrária aos seus fins sociais e econômicos. O precursor desta corrente, e também seu incansável defensor, foi o francês Louis Josseland, que a embasou na regra da relatividade dos direitos, sustentando que os direitos individuais não são absolutos, encontrando limites éticos. Sílvia Rodrigues (1989, p. 54) retrata o pensamento do referido autor:

Haverá abuso de direito, segundo esse autor, quando o seu titular o utiliza em desacordo com a finalidade social para a qual os direitos subjetivos foram concedidos. Pois, a seu ver, os direitos foram conferidos ao homem para serem usados de forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

Prevalece na doutrina atual o critério objetivo, destacando, com propriedade, Alvin Lima (1999, p. 257):

O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo de um direito. Daí se poder concluir que a culpa não reside, no caso do abuso do direito causando dano a terceiro, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge justamente porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito.

3.2 Finalidade do instituto

De acordo também com Alvino Lima (1999, p. 205-206), citando H. de Page:

A teoria do abuso de direito veio, pois, alargar o âmbito das nossas responsabilidades, cerceando o exercício dos nossos direitos subjetivos, no desejo de satisfazer melhor o equilíbrio social e delimitar, tanto quanto possível, a ação nefasta e deletéria do egoísmo humano. Como corretivo indispensável ao exercício do direito, ela veio limitar o poder dos indivíduos, mesmo investidos de direitos reconhecidos pela lei, conciliando estes direitos com os da coletividade.

Louis Josseland (1999, p. 26-27), o precursor da teoria, assim se pronunciou:

Toda esta teoría del abuso de los derechos es el triunfo de la moral, que merced a aquella, penetra el derecho en toda su extensión. Gracias a esa teoría, el derecho se realiza moralmente; cumple su misión, que es asegurar el reinado de la justicia, no el de la injusticia y la inmoralidad [...].

3.3 Legislação brasileira sobre a matéria

Na vigência do Código Civil de 1916 não havia norma específica acerca da matéria atinente ao abuso do direito. O artigo 160, inciso I, inserido no Título que tratava "Dos Atos Ilícitos", estabelecia que: "não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido". A *contrario sensu*, a doutrina dizia que os atos praticados no exercício irregular de um direito constituíam atos abusivos.

Idêntica redação foi mantida no artigo 188, inciso I, do atual Código Civil, que, após estabelecer, também no Título "Dos Atos Ilícitos", em seu artigo 186, que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito", acrescentou, tratando expressamente do abuso do direito, em seu artigo 187, que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao

exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Dessa forma, embora inserido no Título "Dos Atos Ilícitos", parece-nos que o Código Civil adotou a corrente da teoria autônoma do abuso do direito, já que no artigo 186 tratou da responsabilidade pela prática do ato ilícito utilizando o critério da culpa, para em seguida estabelecer que "também" comete ato ilícito, ou seja, mesmo sem o elemento intencional; deixando assente que o ato praticado dentro dos contornos da lei, mas contrário ao seu fim econômico, social, à boa-fé e aos bons costumes, deve ser reprimido, constituindo, portanto, ato abusivo. Bom lembrarmos, ainda, que o novo Código Civil privilegiou o princípio da boa-fé objetiva (vide artigos 113, 187 e 422, especificamente).

Aliás, o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 4.657, de 04.09.1942) preceitua que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", o que, segundo Sílvio Rodrigues (1999), indica que o legislador brasileiro distanciou-se da teoria subjetiva, adotando o critério objetivo do abuso do direito.

3.4 Diferenciação entre ato ilícito e ato abusivo

Do que foi escrito até o momento e partindo do conteúdo do inciso I, parte final, do artigo 188 do Código Civil, interpretado a *contrario sensu*, pode-se dizer que o ato abusivo é aquele exercido de forma irregular. Mas o que pode ser entendido como "irregular"? Ou, até onde vai o contorno da "regularidade"?

O ato abusivo, sem dúvida, diferencia-se do ato ilícito propriamente dito. Este viola os limites objetivos traçados pela lei, enquanto aquele, embora praticado dentro dos contornos definidos como legais, distanca-se da finalidade da lei.

O jurista Alvino Lima (1999, p. 205), acerca da distinção mencionada, afirmou que:

Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos tra-

cados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas dos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.

Enfim, o ato praticado dentro dos contornos da regularidade (ou 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.

O ato abusivo, ao contrário, é aquele 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.

3.5 Compatibilidade do instituto do abuso do direito com o Direito do Trabalho

Estabelece o parágrafo único do artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que "o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste".

Por outro lado, o princípio basilar do Direito do Trabalho é o Princípio da Proteção, que tem a finalidade de compensar a desigualdade jurídica que impera entre os contratantes (empregador e empregado), protegendo a parte economicamente mais fraca – o empregado –, com o objetivo de assegurar uma igualdade real entre ambos.

Tal princípio não impede a aplicação da teoria do abuso do direito no Direito do Trabalho, não sendo, pois, com ele incompatíveis os dispositivos legais civis citados anteriormente (artigos 187 e 188 do C.C.).

4 INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ABUSO DO DIREITO À EMPREGADA DETENTORA DE ESTABILIDADE GESTACIONAL QUE, DISPENSADA DE FORMA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, INGRESSA COM A RECLAMAÇÃO TRABALHISTA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE ESTABILIDADE

Inicialmente, convém lembrarmos que, consoante já dito anteriormente, o Colendo Tribunal Superior do Trabalho já

pacificou o entendimento, através da Súmula nº 244, item II, de que a garantia de emprego à empregada gestante só autoriza sua reintegração se esta se der durante o período de estabilidade, sendo que, se já transcorrido este, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período. Dessa forma, se ajuizada a ação ou proferida a sentença após o término do período de estabilidade, não será a empregada reintegrada no emprego.

A doutrina e jurisprudência encontram-se divididas acerca do tema sob análise. Alguns sustentam que, ingressando com a ação após o término do período de estabilidade, a empregada impossibilita o empregador de reintegrá-la e, portanto, comete ato abusivo, motivo pelo qual não faz jus à indenização do período de estabilidade.

Adota tal posição Sérgio Pinto Martins (2001, p. 368/369), que assim se manifesta:

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar. No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização.

Nesse mesmo sentido, também são vários os julgados do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, citando, para não nos alongarmos, apenas um, da lavra do Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. ABUSO DE

DIREITO. EFEITOS. Quanto aos direitos decorrentes da gestação, as obrigações do empregador, firmadas sob responsabilidade objetiva, têm gênese com a concepção, ao tempo em que perdurava a relação de emprego, independentemente de seu conhecimento e, até mesmo, de ciência da obreira. As normas constitucionais (art. 7º, XVIII; ADCT, art. 10, II, b) buscam resguardar os direitos do nascituro. Esta é a inteligência da O.J. 88/SDI desta Corte. No entanto, a demora injustificada na propositura da ação traduz abuso de direito, fazendo jus a ex-empregada somente aos salários do período restante da estabilidade, contados a partir da data da citação do empregador. Precedente. Recurso de revista desprovido (TST-RR-463.953/98.0, 2ª Turma, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ – 10/08/2001).

Há, contudo, entendimento contrário, ou seja, de que a empregada faz jus à indenização correspondente ao período de estabilidade mesmo que ajuíze a ação após o nascimento da criança ou término do período de estabilidade. Nesse sentido, confira-se a ementa do acórdão da lavra da Juíza Convocada Maria de Lourdes Sallaberry, in verbis:

RECURSO DE REVISTA. GARANTIA DE EMPREGO. GESTANTE. CONFIRMAÇÃO DA GRAVIDEZ. ABUSO DE DIREITO INEXISTENTE. A vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa de empregada gestante prevista no artigo 10, II, b, do ADCT da Constituição Federal impõe ao empregador uma obrigação de não fazer. Praticado o ato, pode a empregada dele exigir que o desfça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos (art. 883 c/c art. 1056, ambos do Código Civil). Ainda que tenha a autora ingressado com a presente reclamação, denunciando o

estado gravídico, dois meses após o parto e nove meses após a dispensa, encontrava-se ela já com dois meses de gravidez, quando da rescisão contratual o que, aliado ao fato de que efetivada a rescisão sem qualquer assistência do sindicato, descaracteriza qualquer abuso de direito e autoriza a aplicação do entendimento jurisprudencial cristalizado nas Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 116 da SBDI-1/TST. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-439.208/98.3, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria de Lourdes Sallaberry, DJ – 21/02/2003).

A nossa opinião é de que o fato da empregada ajuizar a ação após o término do período de estabilidade não lhe retira o direito à indenização.

Para extrairmos tal conclusão, primeiramente lembremos que, dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa e sendo detentora de estabilidade, o ato da dispensa praticado pelo empregador é ilegal, fere, pois, os limites objetivos da lei (artigo 10, inciso II, "b", do ADCT).

Tal situação confere à empregada o direito de ajuizar ação postulando a declaração de nulidade do ato praticado. Para o exercício do direito da ação, conforme já dito, a empregada tem o prazo de até dois anos após o término do contrato de trabalho (artigo 7º, inciso XXIX, da CF). Dessa forma, se a empregada ajuizar a ação trabalhista postulando a nulidade da dispensa e a sua reintegração no emprego ou a indenização correspondente ao período de estabilidade já escoado, sua atitude estará acobertada pela legalidade objetiva.

É certo que, conforme dito anteriormente, o ato praticado com abuso do direito é um ato que, embora praticado dentro dos contornos legais da norma objetiva, viola sua finalidade econômica ou social, o princípio da boa-fé ou os bons costumes. Assim, há que se perquirir, então, se o ajuizamento da ação pela empregada, quando já decorrido

o prazo de estabilidade, é contrário à finalidade econômica ou social da norma que a instituiu ou afronta o princípio da boa-fé ou os bons costumes.

Para a resposta, não obstante a consequência lógica da nulidade da dispensa seja a reintegração no emprego e, nesse caso, tal não será possível, convém lembrarmos, também, que a finalidade da norma que assegura a estabilidade da gestante é a proteção à maternidade e ao nascituro, sendo que a referida proteção não se exaure simplesmente com o nascimento da criança, mas ao contrário, perdura ainda durante algum tempo, de modo que a empregada não estará agindo de forma contrária aos fins econômicos e sociais da norma se ajuizar ação após o término do período de estabilidade.

Importante lembrarmos, ainda, que, nesta fase, a gestante – ou mãe, após o parto – passa por uma situação peculiar de instabilidade emocional, devendo tal fato ser levado em consideração para a análise da prática de seus atos, de modo que não se pode considerar que, ajuizando a ação após o término do período de estabilidade, a empregada agiu de má-fé, já que a boa-fé é presumível.

Assim, concluímos que, como regra, o ingresso da ação pela empregada portadora de estabilidade gestacional após o nascimento da criança não constitui exercício abusivo de seu direito subjetivo e, portanto, embora não lhe garanta o direito à reintegração no emprego, não lhe retira o direito à indenização correspondente ao período de estabilidade.

Pensarmos de forma diferente, e conforme o entendimento citado, do professor Sérgio Pinto Martins (2001), que diz que deve ser desconsiderado o período que vai da dispensa até a data do ajuizamento da

ação, com o devido respeito, é impor à gestante um ônus extremamente elevado e injusto, já que para ter assegurado o direito à integral indenização a mesma deverá ajuizar a ação no dia seguinte ao da sua dispensa. Tal critério foge aos limites da razoabilidade.

Aliás, se através de acórdão relatado pelo Ministro Ives Gandra Martins Filho, cuja ementa transcreve-se a seguir, foi reconhecida pela 4ª Turma do C. TST, a inexistência de abuso do direito por parte de ex-empregado detentor de estabilidade prevista na alínea “a”, do inciso II, do artigo 10, do ADCT

(membro da CIPA), que ajuizou ação após o término do período de estabilidade, com muito mais razão deve ser reconhecida a ausência de abuso do direito por parte da empregada gestante. Confira-se:

“...que a finalidade da norma que assegura a estabilidade da gestante é a proteção à maternidade e ao nascituro, sendo que a referida proteção não se exaure simplesmente com o nascimento da criança, mas ao contrário, perdura ainda durante algum tempo, de modo que a empregada não estará agindo de forma contrária aos fins econômicos e sociais da norma se ajuizar ação após o término do período de estabilidade.”

RECURSO DE RE-VISTA – AÇÃO AJUIZADA APÓS O PERÍODO ESTABILITÁRIO E ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO DE DOIS ANOS DA RUPTURA CONTRATUAL ASSEGURADOS OS DIREITOS ÀS PARCELAS

CORRESPONDENTES AO PERÍODO ESTABILITÁRIO.

1. O art. 10, II, “a”, do ADCT garante a estabilidade provisória ao empregado eleito para cargo de direção das comissões internas de prevenção de acidentes, contra despedida arbitrária ou sem justa causa, desde o registro da candidatura até um ano após o final de seu mandato.

2. Já o art. 7º, XXIX, da Constituição Federal prevê que o empregado deve ajuizar a ação até dois anos após a ruptura contratual, sob pena de ocorrer o instituto da prescrição.

3. Assim, se o Reclamante foi ilegalmente demitido e ajuizou a ação antes de fluído o prazo de dois anos da ruptura contratual, não há como lhe negar o direito à reintegração, se a dispensa ocorrer antes do término do período estável, ou a uma indenização correspondente, se o provimento jurisdicional se der após o período estável.

4. Não tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que, se o Reclamante demora em ajuizar a ação, age com abuso de direito ou com má-fé e que, portanto, perde o direito decorrente da estabilidade, na medida em que se estaria criando novo prazo prescricional, em afronta ao disposto no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Recurso de revista do Reclamante parcialmente conhecido é provido. (TST-RR-755.775/2001.7, 4ª Turma, Rel. Ministro Ives Gandra Martins Filho, DJ - 28/05/2004). (grifos nossos).

Achamos conveniente deixar consignado que, em um primeiro momento e sem muito nos aprofundarmos no estudo da matéria, chegamos a pensar que, se o empregador não tivesse ciência do estado gravídico da empregada quando a dispensou, embora ilegal a dispensa sob a ótica da teoria subjetiva, o ajuizamento da ação pela empregada após o término do período de estabilidade deveria ser considerado abusivo.

Contudo, melhor refletindo, chegamos à conclusão de que o fato de o empregador ter ciência ou não da gravidez da empregada quando a dispensa é indiferente para considerarmos o ato por ela praticado como abusivo ou não, uma vez, que o abuso do direito deve ser analisado em relação ao ato praticado pela empregada, e não pelo empregador.

Adotando-se a teoria subjetiva, ciente ou não da gravidez da empregada, ao dispensá-la sem justa causa o empregador

comete ato ilícito, passível de reparação (reintegração ou indenização). Por outro lado, quem age ou não com abuso do direito é a empregada, sendo, portanto, indiferente o fato de o empregador saber ou não que a mesma estava grávida quando a dispensou.

O direito é um só para a empregada cujo empregador conhecia a gravidez ou não, e sua finalidade também é única (proteção à maternidade e ao nascituro).

Apenas para deixar consignado, porque a situação é bastante diferente, se a empregada, intencionalmente, omite seu estado gravídico do empregador, com o objetivo de, futuramente, obter vantagem pecuniária sem a contraprestação do trabalho, esse ato praticado pela empregada é ilícito, enquadrando-se nas disposições do artigo 187 do Código Civil, e deve, por óbvio, ser reprimido ao ponto de, não apenas retirar-lhe o direito à reintegração e/ou indenização, mas também de impor-lhe a condenação pela má-fé utilizada para conseguir vantagem ilícita.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho não tem qualquer intenção de encerrar a discussão acerca do tema, mas apenas levantar o debate nos operadores do direito, evitando-se que a teoria que surgiu para evitar injustiças seja utilizada justamente para o cometimento delas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=DESP&n=>>. Acesso em: 20 set. 2005.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br/basesjuridicas/>>. Acesso em: 22 set. 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HOUAISS, Antonio. *Pequeno Dicionário enciclopédico* Koogam Larousse. Rio de Janeiro: Larousse do Brasil, 1980.

JOSSERAND, Louis. *Del Abuso de Los Derechos Y Otros Ensayos. Monografias Jurídicas* 24. Santa Fe de Bogotá – Colômbia: EDITORIAL TEMIS S.A., 1999.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. RT Clássicos, 2ª ed., rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval, 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade Provisória no Emprego*. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do*

Trabalho. 14ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas S.A., 2001.

NAVES, Lúcio Flávio de Vasconcelos. *Abuso no Exercício do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERI JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante*. Anotados. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 12ª ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

STOCO, Rui. *Abuso do Direito e Má-Fé Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.