

MARINA GARAVENTA D'ALESSANDRI

A indenização pelo período estabilitário gestacional: premissas para identificação de condutas abusivas

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO - PUC/SP

São Paulo

2017

MARINA GARAVENTA D'ALESSANDRI

A indenização pelo período estabilitário gestacional: premissas para identificação de condutas abusivas

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Mestre Michel Olivier Giraudeau.

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO - PUC/SP

São Paulo

2017

MARINA GARAVENTA D'ALESSANDRI

A indenização pelo período estabilitário gestacional: premissas para identificação de condutas abusivas

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Data: __/__/__

Banca Examinadora:

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO - PUC/SP

São Paulo

2017

Dedico este trabalho à minha mãe, Marisa Garaventa D'Alessandri, pela inspiração que sempre representou para minha carreira profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Michel Olivier Giraudeau pelos ensinamentos, e aos demais Mestres da casa pelos conhecimentos transmitidos.

Agradeço ao amigo Angelo Antonio Cabral pelo suporte oferecido durante este trabalho, sem o qual a conclusão deste não seria possível.

Em especial, agradeço aos meus pais, Sérgio Luiz D'Alessandri e Marisa Garaventa D'Alessandri, pelo amor e pela dedicação em minha formação pessoal e acadêmica.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é incitar o debate, por operadores do direito, sobre o reconhecimento de condutas abusivas relacionadas à estabilidade gestacional, especialmente por parte da empregada gestante nos casos de pleito de indenização pelo período estabilitário gestacional.

Isso porque não se pode admitir que o princípio protetor reine sozinho em âmbito trabalhista. Há outros princípios que também devem ser considerados, conjuntamente, quando da aplicação da legislação trabalhista, dentre estes o princípio da razoabilidade e o princípio da boa-fé objetiva.

Há que se observar também a finalidade da norma e se interpretar os enunciados normativos conforme os ditames constitucionais.

Para tanto, tomou-se por base a legislação pátria, a doutrina especializada e a análise casuística, por meio da jurisprudência.

Verificou-se, então, que o princípio da boa-fé encontra aplicação mesmo após a extinção do contrato de trabalho, pelo que não se justificada a inércia da empregada gestante durante todo o período estabilitário, frustrando a possibilidade de reintegração ao emprego, e posterior pleito puro e simples de indenização.

MARINA GARAVENTA D'ALESSANDRI

A indenização pelo período estabilitário gestacional: premissas para identificação de condutas abusivas

Palavras-Chave:

Contrato de trabalho

Estabilidade gestacional

Abuso de direito

ABSTRACT

The intention of the present work is to stimulate the debate, by operators of the law, about the acknowledgment of abusive conducts related to work guarantee due to pregnancy, especially by the pregnant employee in case of claim of indemnification related to the period of such work guarantee.

That is because it is not possible to admit that the protection principle rules alone on labor law context. There are other principles that should also be considered, jointly, when labor law is applied, between them the reasonability principle and the good faith principle.

It is also important to note the purpose behind any law and to interpret the law wording in observance to the constitutional orders.

In order to do that, we based this work on the national law, specialized doctrine and case analysis, through case law.

We verified that the good faith principle is applicable even after the termination of the employment agreement, so that it is unjustified the inaction of the pregnant employee throughout the period of work guarantee due to pregnancy, preventing her from work reinstatement, and subsequent claim for pure and simple indemnification.

MARINA GARAVENTA D'ALESSANDRI

Indemnification for to the period of work guarantee due to pregnancy: premises to the identification of abusive conducts

Key words:

Employment agreement

Job guarantee due to pregnancy

Abuse of rights

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. CONTRATO DE TRABALHO	
2.1. Conceito	10
2.2. Características	10
2.3. Reforma Trabalhista e valorização do <i>pacta sunt servanda</i> nas relações de trabalho	14
3. PRINCÍPIOS LABORAIS E CONTRATUAIS: SISTEMATIZAÇÃO	
3.1. Proteção	17
3.2. Razoabilidade	19
3.3. Função Social do Contrato	22
3.4. Boa-fé objetiva e Cooperação	24
4. MATERNIDADE	
4.1. Tutela Constitucional	28
4.2. Normas de proteção internacionais	29
5. INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	
5.1. Histórico do posicionamento do TST e a reformulação da Súmula nº244	34
5.2. Boa-fé contratual vs Função social do contrato: premissas para a identificação de condutas abusivas por empregado e por empregador nos casos de garantia de emprego à empregada gestante	38
6. CONCLUSÃO	50
BIBLIOGRAFIA	51

ANEXOS - Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil

1. INTRODUÇÃO

A proteção à mulher e, mais especificamente, à empregada gestante, perseguida por nosso ordenamento jurídico é salutar.

Da gestação depende a continuidade da sociedade e da garantia de emprego à gestante depende a efetivação do direito constitucionalmente assegurado ao trabalho.

Contudo, ainda que a garantia de emprego à gestante traga em seu bojo os mais dignos fundamentos, o exercício de tal direito também deve respeitar os princípios que regem nosso ordenamento como um todo.

Assim, o presente trabalho presta-se a apresentar algumas premissas necessárias para uma análise mais completa da forma como a garantia de emprego pode ser explorada de forma abusiva em casos concretos, especialmente em sua forma indenizada, de maneira a incitar o debate sobre o tema pelos operadores do direito.

2. CONTRATO DE TRABALHO

2.1. Conceito

Contrato individual de trabalho - denominação usada pela legislação pátria¹ - é o negócio jurídico entre uma pessoa física (empregado) e a outra pessoa física ou jurídica (empregador), por meio do qual estes dispõem sobre condições de trabalho com subordinação.

O contrato de trabalho é um pacto de atividade, e não de resultado.

É um contrato típico, nominado e com regras próprias, que o diferenciam de qualquer outro contrato de natureza civil, como os contratos de empreitada, de mandato ou de compra e venda, por exemplo.

Seu objeto é a prestação de serviço remunerado, subordinado e não eventual, pelo empregado ao empregador.

Assim, a obrigação principal do empregado é prestar serviços, enquanto a obrigação principal do empregador é pagar salário.

2.2. Características

O contrato de trabalho tem, como principais características, as seguintes: (i) bilateralidade, (ii) onerosidade, (iii) comutatividade, (iv) consensualidade e (v) trato sucessivo.²

¹Art. 442 - Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo único - Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela. - BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002

²MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015, pag. 109

As três primeiras características referem-se à natureza da obrigação entabulada:

O contrato de trabalho é bilateral, não apenas porque celebrado apenas entre duas pessoas - empregado e empregador -, mas também porque cada um dos contraentes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, de forma que o contrato produz direitos e obrigações para ambos³.

É oneroso⁴ porque ambas as partes se sujeitam a sacrifícios patrimoniais. Assim, o serviço prestado pelo empregado não pode ser gratuito, devendo necessariamente ser remunerado.

A esse respeito, aliás, cumpre transcrever o entendimento doutrinário:

Como contrato que é, o contrato de trabalho é, obviamente, um negócio jurídico bilateral, integrado por declarações de vontade de conteúdo oposto mas convergente. Mas este contrato analisa-se, também, como contrato bilateral ou sinalagmático, visto que as obrigações principais dele emergentes (trabalho e salário) se encontram numa relação de correspectividade e interdependência, constituindo cada uma delas a razão de ser da outra (tal sucede, p. ex., no contrato de compra e venda). (...) O contrato de trabalho é um negócio oneroso, pois ele não se caracteriza por qualquer *animus donandi*, inexistindo aqui qualquer espírito de liberalidade. O contrato é oneroso, implicando vantagens e sacrifícios para ambas as partes (para o trabalhador, a vantagem consistente na percepção do salário supõe o correspondente sacrifício em matéria de dispêndio de energias físicas e psíquicas em favor do empregador, bem como o sujeitar-se a uma situação de heterodisponibilidade pessoal)⁵

E quanto à onerosidade, mais especificamente:

3 DINIZ, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004 - pag. 83

4 O segundo elemento essencial do contrato de trabalho, que decorre directamente da respectiva noção legal, é o elemento da retribuição: a actividade laboral é necessariamente retribuída e o pagamento da retribuição constitui o dever principal do empregador. (RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 27)

5 AMADO, João Leal - Contrato de trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 - pag. 57

É um contrato oneroso e sinalagmático, porque a remuneração faz equivaler a posição das partes no contrato do ponto de vista das vantagens que dele retiram (as utilidades decorrentes da actividade laboral para o empregador e o enriquecimento patrimonial do trabalhador que decorre da retribuição), ao mesmo tempo que evidencia a reciprocidade das suas obrigações negociais, uma vez que o dever de pagar a remuneração se configura tecnicamente como a contraprestação do dever de trabalho.⁶

O contrato de trabalho também é comutativo porque cada contratante se obriga a dar ou fazer algo que é considerado equivalente àquilo que lhe dão ou fazem⁷.

Quanto à forma, o contrato de trabalho é consensual (ou não-solene) porque não depende de qualquer formalidade, podendo ser verbal ou escrito.

O contrato de trabalho se perfaz pela simples anuência das partes, prescindindo de qualquer outro ato⁸.

Quanto ao tempo de execução, o contrato de trabalho é de trato sucessivo, pois se protraí no tempo.

O presente trabalho, todavia, dentre todas as características acima apresentadas, tem por foco a bilateralidade, donde verifica-se a sinalágma contratual trabalhista.

Isto é, a característica do contrato de trabalho tomada como principal, para fins deste estudo, é o fato de, ao direito do empregado de receber salário, opor-se sua obrigação de prestar serviço.

Sobre esta questão, a doutrina assim ensina:

O elemento da retribuição tem um importante significado histórico, técnico e axiológico para o contrato de trabalho: do ponto de vista histórico, este

⁶ Ramalho, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 86

⁷ Diniz, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004 - pag. 87

⁸ , Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004 - pag. 95

elemento facilitou o enquadramento do fenómeno do trabalho subordinado pela figura romana da *locatio conductio* e pelas suas projecções modernas da locação e da prestação de serviço, já que nestas figuras o elemento do preço (*merces*) é essencial; em termos técnicos, este elemento é também de grande importância, porque permite caracterizar o contrato de trabalho como um contrato obrigacional oneroso e sinalagmático; por fim, do ponto de vista axiológico, este elemento é vital para comprovar a emancipação definitiva do trabalho subordinado livre relativamente ao trabalho escravo ou ao trabalho servil, que o antecederam, uma vez que o pagamento da actividade prestada apenas faz sentido para o trabalhador livre.⁹

Importa esclarecer, todavia, que, apesar da sinalágma ser uma característica intrínseca ao contrato de trabalho, ela não é absoluta.

A sinalágma do contrato de trabalho é imperfeita, pois existem situações em que subsiste o dever principal de uma das partes perante a ausência de prestação de outra parte. Geralmente o dever de o empregador pagar salário mesmo ausente a prestação de serviço pelo empregado.

Exemplos destas situações excepcionais seriam as férias remuneradas e ausências legalmente justificadas.

Nesse sentido, a doutrina:

Devemos, de todo modo, entender esse sinalagma com alguma cautela, visto que, se levado às últimas consequências, ele implicaria que, não havendo prestação de trabalho (nem disponibilidade para o efeito), não haveria também lugar para o pagamento da respectiva retribuição (<<sem trabalho não há salário>>). Ora, o Direito do Trabalho tem atenuado este sinalagma, tem, dir-se-ia, <<limado as suas arestas>>, sendo conhecidas diversas situações em que, não obstante a ausência de trabalho, se mantém, o dever retributivo a cargo do empregador (certas faltas justificadas, feriados, férias, etc.).¹⁰

9 RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 28

¹⁰ AMADO, João Leal - Contrato de trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2009 - pag. 57

Assim, o presente estudo abordará um dos limiares em que a sinalágma deve (ou não) ser exigida. Mas, como regra, não poderá haver trabalho sem pagamento, nem pagamento sem trabalho.

2.3. Reforma trabalhista e valorização do *pacta sunt servanda* nas relações de trabalho

A Lei nº13.467, de 2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, e que entrará em vigor em novembro de 2017, realizou alterações pontuais em inúmeros artigos da CLT.

Mas não foi só.

Verificou-se também uma verdadeira mudança de paradigmas do direito do trabalho. Dentre estes, a maior segurança jurídica, atrelada à valorização do negociado sobre o legislado.

Nesse sentido, não somente as negociações coletivas foram alçadas a um novo patamar, admitindo-se, por exemplo, a negociação do que antes era considerado normas de saúde e segurança¹¹, mas também os acordos individuais passaram a ter maior força.

¹¹ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a [Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015](#);

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

Exemplificativamente cita-se a expressa autorização legal de negociação individual, entre empregador e empregado, para o estabelecimento de jornada 12x36¹², de banco de horas¹³ ou de horários de descanso para amamentação¹⁴.

A Reforma também estabeleceu diversas limitações à edição de súmulas e enunciados pelos tribunais trabalhistas. E isso se deu como resposta ao movimento dos tribunais trabalhistas que vinha se consolidando no sentido de editar novas regras,

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (...) – BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, em 14 de julho de 2017 (destacamos)

12 Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação – BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, em 14 de julho de 2017 (destacamos)

13 Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

(...)

§ 5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.” – BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, em 14 de julho de 2017 (destacamos)

14 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 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

(...)

§ 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador. – BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, em 14 de julho de 2017 (destacamos)

quando na realidade estes enunciados deveriam se limitar apenas à exposição de interpretação das normas já existentes.

Todavia, se o fortalecimento do *pacta sunt servanda* na seara trabalhista, em sua dimensão mais tradicional, trata-se de um retrocesso ou não, não nos cabe avaliar neste trabalho. O fato posto é que esta é a atual e forte tendência do direito do trabalho.

Dessa forma, as partes, em um contrato de trabalho, deverão dispensar maior atenção à fase pré-contratual, na qual as condições de trabalho são negociadas e estipuladas, pois, eventualmente, o seu fiel e exato cumprimento poderá exigido até mesmo judicialmente. E os princípios, dos quais trataremos no próximo capítulo, terão sua aplicação limitada, talvez possamos dizer, à interpretação das cláusulas pactuadas - como no caso das súmulas -, considerando sempre o binômio direito/dever, ao invés de servirem como uma bengala para pleitos que extrapolem o pactuado ou o legislado.

De um modo geral, então, no que se refere à gestante, a valorização do contrato de trabalho como norma servirá como dupla proteção, a ambas as partes. A gestante deverá ter garantido não somente o emprego, mas todas as condições favoráveis estabelecidas em contrato e em lei, da mesma forma que o empregador deverá ter garantido o trabalho, desempenhado pela gestante nos exatos termos do contrato e da lei.

3. PRINCÍPIOS LABORAIS E CONTRATUAIS: SISTEMATIZAÇÃO

3.1. Proteção

O princípio da proteção é uma forma de outorgar proteção ao empregado, compensando-se sua inferioridade com relação ao empregador.

A doutrina assim o define:

Podemos definir o princípio da proteção como aquele em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores.¹⁵

O surgimento de tal princípio deu-se em âmbito mais geral, no século XIX, mas acabou por desenvolver-se de forma mais robusta na seara trabalhista, como um de seus princípios específicos:

A proteção jurídica aos sujeitos débeis das relações contratuais, que começou a tomar corpo na segunda metade do séc. XIX, expandir-se-ia até cobrir, com seu manto, cada vez maior número de grupos de pessoas, alcançando, hoje, locatários de imóveis, usuários de serviços público, segurados, consumidores, mutuários e trabalhadores. O motivo dessa proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite, ou a um organismo que o represente, impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco.¹⁶

¹⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 29

¹⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 22

O surgimento do Direito do Trabalho, aliás, como fruto dos abusos perpetrados durante a Revolução Industrial, havida entre o fim do século XVIII e início do século XIX, confirma a proteção como sua nota fundadora.

O princípio da proteção justifica-se, portanto, como forma de obtenção de igualdade real entre as partes em um contrato de trabalho, tendo em vista a potencial existência de três tipos de inferioridade por parte do empregado.

Vejamos:

I. Inferioridade-constrangimento:

(...) afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade. Não pode ele negociar da melhor maneira para os seus interesses porque não é realmente livre para aceitar ou recusar. A aceitação tem somente um valor limitado quando emana de alguém que não tinha meio de recusar. Tal é evidentemente a situação do candidato à admissão que não tem como negociar as condições desta. É o que acontece na celebração do contrato de trabalho.¹⁷

II. Inferioridade-ignorância:

(...) considerando-se inerente a fraqueza do co-contratante cujo estágio de desenvolvimento mental em si, ou cujo nível conhecimento, se demonstra insuficiente para emitir um juízo esclarecido sobre a importância dos compromissos respectivos. Uma parte pode ignorar o regime jurídico aplicável ao seu contrato ou não estar em condições de compreendê-lo.¹⁸

III. Inferioridade-vulnerabilidade:

(...) o assalariado é um contratante vulnerável, explica ele, porque, na execução do contrato, sua própria pessoa está implicada ou corre risco de ser implicada. Ela já o é porque o contrato de trabalho incide em particular sobre a atividade física e, pois, de um certo modo, sobre o corpo do empregado. (...) Essa vulnerabilidade é consequência ainda da subordinação em que o contrato coloca o empregado. Esta e também, mais precisamente, certas obrigações contratuais particulares do

¹⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 23

¹⁸ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 23

assalariado são suscetíveis de pôr em causa suas liberdades fundamentais.¹⁹

A fim de facilitar sua efetivação, a doutrina²⁰ entende desdobrar-se o princípio da proteção de três formas: a do *in dubio pro operario*, a da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, e a da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador.

E exemplo de manifestação concreta deste princípio, pode-se dizer, é a previsão de garantia de emprego à empregada gestante, como forma de proteção à maternidade como instituto social, à própria gestante e ao nascituro.

3.2. Razoabilidade

Muito embora a maioria das doutrinas seja omissa quanto ao princípio em questão, rege o direito do trabalho, com a tríplice missão normativa, interpretativa e informadora, o princípio da razoabilidade.

Apesar de haver alguma divergência doutrinária sobre o tema, o princípio da razoabilidade diferencia-se do princípio da racionalidade na medida em que aquele supera os limites da lógica formal, com a aplicação de normas gerais e abstratas ao caso concreto de forma a justa, senão vejamos:

A lógica formal é neutra no que se refere aos valores éticos, políticos, jurídicos, etc. Ao contrário, as normas jurídicas têm uma dimensão intensiva, imperativa, valorativa, normativa, que é totalmente desconhecida das leis da inferência.²¹

¹⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Princiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 24

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 – pag. 72

²¹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Princiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 190

Adicionalmente, ensina a doutrina:

Chaim Perelman, emérito prosélito da lógica do razoável, igualmente entende que "enquanto, em direito, ideias de 'razão' e de 'racionalidade' se ligam a critérios bem conhecidos da tradição filosófica, tais ideias de verdade, de coerência e de eficácia, o razoável e o não razoável estão vinculados à sua margem de apreciação admissível e ao que, excedendo os limites permitidos, parece socialmente inaceitável".

"Todo o direito, todo o poder legalmente protegido é concedido tendo-se em vista uma certa finalidade: o detentor desse direito tem um poder de apreciação quanto à maneira pela qual ele o exerce. Mas nenhum direito pode ser exercido de um modo não razoável, porque o que não é razoável não é direito".

Essa concepção será mais detalhadamente exposta linhas abaixo, quando tratarmos dos fundamentos do princípio da razoabilidade. Desde já, entretanto, podemos defini-lo como aquele segundo o qual, nas relações de trabalho, as partes, os administradores e juízes, quando tenham de solucionar os problemas ou conflitos delas decorrentes, devem se conduzir de modo razoável.

(...) Razoável é "o bem fundado, pensado satisfatoriamente de um modo consciencioso" (Recaséns).²²

Pode-se dizer, portanto, que o princípio da razoabilidade se presta a efetivar o socialmente aceitável, como medida de justiça que supera a lógica do meramente racional.

O princípio da razoabilidade não possui, contudo, um conteúdo fechado, prévia e estritamente definido. Pelo contrário, sua característica é a elasticidade²³.

Isso porque, como anteriormente dito, o princípio da razoabilidade é meio para necessária adequação de norma geral ao caso concreto, com suas peculiaridades, uma vez que aquela não pode prever toda e qualquer situação hipotética:

²² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 187

²³ "Dois caracteres têm sido divisados no princípio da razoabilidade como princípio do Direito do Trabalho: a ausência de conteúdo concreto e elasticidade. (...) as ideias de razoável e de seu oposto, o não razoável, estão ligadas às reações do meio social e da evolução (...)" (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999 - pag. 187)

(...) constitui esse princípio um limite formal e elástico aplicável naquelas áreas do comportamento onde a norma não pode prescrever limites muito rígidos, num sentido nem noutro, e onde ela tampouco pode prever a infinidade de circunstâncias possíveis.²⁴

E mais:

É assim que as regras legisladas empregam a única linguagem que podem usar: uma linguagem genérica e abstrata. Pelo contrário, a realidade da vida humana e, portanto, da existência social, é sempre concreta e particular. Por isso, Direito perfeito, no sentido de concluso ou terminado, é tão só o das normas individualizadas da sentença judicial e da resolução administrativa. As regras formuladas pelo Direito, de igual posto formal, muitas vezes são contraditórias entre si. Ao órgão jurisdicional compete escolher entre essas duas ou várias regras a que considere adequada para resolver de modo justo o caso. A lógica formal não lhe pode proporcionar ajuda alguma para levar a cabo a escolha. Esta só pode ser fundada sobre um juízo de valor.²⁵

Cumprido ressaltar, ainda, que não somente as partes do contrato de trabalho, mas todo e qualquer aplicador do direito deve observar o princípio da razoabilidade.

Nesse sentido, as palavras de Luiz de Pinho Pedreira da Silva:

Todos os que têm escrito sobre a razoabilidade como princípio do Direito do Trabalho a definem asseverando que, nas relações de trabalho, as partes devem se conduzir de modo racional. Entendemos que essa maneira de conceituar o princípio da razoabilidade não pode ser aceita e isto por dois motivos: primeiro, porque destinatários do princípio não são apenas as partes, mas também os administradores e os juizes, que o devem observar quando tenham de solucionar os dissídios nascidos daquelas relações; segundo, porque de tal forma definido o princípio deixa de observar a importante distinção, que de deve a Luiz Recaséns Siches, entre racionalidade e razoabilidade.²⁶

²⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 189

²⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 191

²⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 186

Assim, ao criar, analisar ou aplicar qualquer norma jurídica, todo operador do direito teria o dever de observar, mais do que a *mens legis*, a efetiva razoabilidade ou justiça²⁷ desta norma, haja vista que nenhum direito é absoluto, mas está adstrito aos limites do razoável.

E isso se aplica até mesmo às normas de indubitável importância e nítido caráter de proteção, por exemplo, a garantia de emprego outorgada à gestante. Isso porque, inobstante seja pacífico o seu valor, nem por isso esta norma deixa de encontrar limites, como iremos tratar posteriormente.

3.3. Função social do contrato

A função social do contrato é princípio segundo o qual qualquer contrato deverá ser firmado e executado conforme os interesses da coletividade, da sociedade. Trata-se, portanto, de hipótese de limitação da autonomia da vontade.

Tem sua previsão legal expressa no artigo 421 do Código Civil²⁸:

²⁷ Quando se fala em razoabilidade, em sentido lato, de uma lei, sentença ou autoridade administrativa, mencionam-se com isto os três fatores de razão suficiente: existência, essência e verdade (justiça). Mas como razoabilidade em sentido estrito só se entende o fundamento de verdade ou justiça. Assim, um ato pode ter fundamento de existência, porque foi ditado e pelo fato de estar vigente, fundamento de essência, porquanto se apoia em normas jurídicas, e fundamento de razoabilidade, porquanto é justo. Ou pode ter fundamento de existência e essência mas carecer do fundamento de razoabilidade - stricto sensu ou justiça. (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - *Principiologia do direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 192)

²⁸ A consagração inovadora, no Código Civil de 2002, da função social dos contratos ainda desperta intenso debate sobre a interpretação e o alcance a serem conferidos a tal comando legal. De uma parte, a sua previsão logo no primeiro artigo do Título V do Código, dedicado aos contratos em geral, como o próprio fundamento da liberdade contratual, atribuíu-lhe nítida dimensão principiológica, erigindo-o em norma fundamental das relações privadas patrimoniais, inclusive das de trabalho. A função social dos contratos consubstancia, dessa maneira, o mais novo princípio da categoria contratual contemporânea, cuja edificação teórica se imporia, como tarefa capital e impreterível, ao intérprete de hoje. (TEPEDINO, Gustavo - *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013 - pag. 250)

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.²⁹

E referido princípio, muito embora previsto em instrumento cível, encontra aplicação também no contrato de trabalho.

O contrato de trabalho, portanto, também deve ser exercido e analisado com base nas finalidades almejadas pelas partes, quais sejam a prestação de trabalho e o pagamento de salário. Trata-se, portanto, de uma dupla garantia, pois resguarda os direitos tanto do empregador quanto do empregado.

Nesse sentido, cumpre transcrever a doutrina:

A função social do contrato realiza, portanto, o controle, de um lado, das finalidades contratuais almejadas pelas partes e, adicionalmente, da razoabilidade no exercício das posições contratuais em relação a essas finalidades. Como prescreve o art. 421 do CC, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.³⁰

Ademais, para fins deste estudo, destaca-se também outro viés deste princípio, qual seja o de critério para verificação de abuso praticado por qualquer das partes, senão vejamos:

De outra parte, a perspectiva funcional também se mostra de grande importância para a aferição do abuso de direito nas relações contratuais. Como se sabe, no direito brasileiro, o fim econômico ou social do direito constitui, ao lado da boa-fé objetiva, um dos critérios valorativos para a verificação do abuso, conforme estabelece o art. 187 do CC. Desse modo,

²⁹ BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002

³⁰ TEPEDINO, Gustavo - Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013 - pag. 257

o exercício do um direito afigura-se abusivo e, portanto, contrário à ordem jurídica, quando for discrepante com a finalidade do direito.³¹

Assim, este princípio encontra-se em evidência quando tratamos da garantia constitucionalmente prevista à gestante, que é a de emprego.

Isso porque a finalidade concreta desta norma é a de garantir o trabalho à gestante e, conseqüentemente, meios de subsistência ao nascituro. Não é, portanto, enriquecer a gestante, nem conceder-lhe longas férias remuneradas - neste caso, teríamos a deturpação de sua finalidade, o que não se pode admitir.

3.4. Boa-fé objetiva e Cooperação

O princípio da boa-fé objetiva é aquele segundo o qual os contraentes se obrigam a agir com correção, segundo os usos e costumes³².

Nesse sentido, a doutrina:

Na formação do contrato de trabalho, as partes devem nortear a sua conduta pelas regras da boa fé, sob pena de responsabilidade *in contrahendo*. (...)

Trata-se de uma concretização objectiva do princípio geral da boa fé, que faz apelo a uma actuação dos contraentes conforme os calores dominantes da ordem jurídica. No caso, o princípio impõe às partes que não frustrem injustificadamente as expectativas da outra parte em relação ao negócio e que adoptem um comportamento correcto para com ela, respeitando, designadamente, os deveres de informação e de lealdade.³³

³¹ TEPEDINO, Gustavo - Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013 - pag. 258

³² JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade Nery – Código Civil Comentado, LTr, São Paulo, 2009 – pág, 535,

³³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 137

Tal princípio, assim como o anterior, também encontra previsão legal junto ao Código Civil:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.³⁴

Note-se, contudo, que a boa-fé é conduta esperada de ambas as partes – ou seja, possui um caráter dúplice -, de forma que a repercussão no direito do trabalho de sua previsão legal prestou-se a, principalmente, contrapor-se ao princípio da proteção ao empregado, uma vez que ao empregador não cabia nenhum instituto específico de proteção, enquanto operando conforme os deveres de informação e lealdade.

Cumpre transcrever doutrina nesse sentido:

Não obstante, o TST já teve oportunidade de aplicar a boa-fé objetiva para proteger as legítimas expectativas do empregador, mantendo os termos de transação livremente acordada pelo empregado, sob o fundamento de que se deveria presumir a boa-fé do empregador e não a sua intenção ardilosa.

Tal possibilidade revela, com precisão, o dúplice perfil da boa-fé objetiva, que tanto pode ser invocada para a relativização e a revisão judicial do contrato, como pode ser fundamento para reforçar o que foi pactuado. E será a proteção da confiança o parâmetro que definirá, no caso concreto, quando a boa-fé poderá ser utilizada para um fim ou outro.

Daí por que, desde o advento do Código Civil, um dos traços inovadores da boa-fé objetiva sobre o contrato de trabalho vem sendo a utilização para a proteção do empregador. Afinal, ao contrário do empregado, que já contava com uma principiologia protetiva própria para compensar a sua vulnerabilidade, faltava ao empregador instrumento específico de tutela das suas situações de confiança, motivo pelo qual é previsível a invocação da boa-fé objetiva para tal propósito.³⁵

34 BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002

35 Tepedino, Gustavo - Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013 - pag. 287

O princípio da colaboração, por sua vez, é entendido como forma de efetivação da boa-fé objetiva.

Nas palavras de Maria do Rosário Ramalho:

A nosso ver, o princípio da colaboração no contrato de trabalho tem uma dupla função, que já havíamos reconhecido na interpretação que preconizávamos para o art. 18º nº1 da LCT e que é agora confirmada pelo texto do art. 126º do CT:

i) A colaboração das partes na execução do contrato de trabalho: nesta dimensão, o princípio da colaboração apela a um comportamento das partes de acordo com os ditames da boa-fé. Neste sentido, que decorre expressamente do nº1 do art. 126º, o dever de colaboração, que incumbe tanto ao trabalhador como ao empregador, é uma concretização do princípio geral da boa fé, na sua dimensão objectiva e aplicado ao cumprimento dos contratos - é a dimensão obrigacional do princípio da mútua colaboração.

ii) A colaboração na empresa ou na organização do empregador: os deveres de colaboração das partes no contrato de trabalho têm também uma outra dimensão, que decorre dos elementos específicos do contrato de trabalho (o elemento de inserção organizacional do trabalhador e o elemento da pessoalidade). O elemento organizacional justifica o enfoque especial do nº2 do art. 126º na colaboração entre as partes com vista ao aumento da produtividade da empresa; por seu turno, a componente de pessoalidade do contrato de trabalho explica a referência legal à colaboração com vista à <<promoção humana, profissional e social>> do trabalhador. A especificidade da colaboração entre empregador e trabalhador decorre, pois, da dimensão organizacional e pessoal própria do contrato de trabalho.³⁶

E, mais especificamente sobre sua aplicação aos contratos de trabalho, assim ensina sobre os ordenamentos europeus, inspiradores do ordenamento brasileiro:

O reconhecimento do carácter colaborativo do contrato de trabalho é tradicional na doutrina italiana e foi também, durante décadas, enfatizado entre nós, em decorrência das concepções comunitário-pessoais sobre a situação jurídica laboral: o reconhecimento da comunhão de interesses

³⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 88

entre o empregador e trabalhador justificava a ênfase dada à colaboração das partes no contrato.³⁷

Assim, o princípio da colaboração, ainda que não previsto expressamente em nossa legislação, no que concerne à seara material³⁸, encontra aplicação nos contratos de trabalho.

Segundo tais princípios, então, o empregado também está obrigado a agir com boa-fé para com seu empregador, bem como colaborar para a consecução do trabalho que é dele esperado.

Tal caráter dúplice, aliás, segundo o qual empregador e empregado dividem direitos e obrigações, é evidente também no que concerne à garantia de emprego à gestante, uma vez que, além da óbvia proteção à empregada - de que trataremos no próximo capítulo, e que é tanto pessoal quanto econômica -, persiste o direito do empregador de receber a prestação de serviço.

³⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 87

³⁸ O atual Código de Processo Civil prevê o dever de cooperação para todos os sujeitos do processo em seu artigo 6º - BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, em 17 de março de 2015

4. MATERNIDADE

4.1. Tutela Constitucional

A primeira Constituição brasileira que tutelou a gestante no âmbito trabalhista foi a Constituição de 1934, prevendo serviços de amparo à maternidade.

Atualmente, a Constituição não somente trata de tutelar o trabalho da mulher e da gestante, mas também assegura, como uma de suas cláusulas pétreas, o direito da trabalhadora à licença maternidade, sem prejuízo do emprego nem do salário³⁹.

Nesse sentido, verifica-se a evolução do entendimento acerca da importância da gestação. Isto é, a gestação foi alçada a novo patamar, onde não somente é reconhecida sua função social, como também são objeto de proteção a mulher gestante e o nascituro.

É entendimento ao qual se coaduna o de Alice Monteiro de Barros:

A maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou do parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.⁴⁰

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

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

40 BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 39

Ainda, a Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a prever a hipótese de garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até 05 meses após o parto⁴¹.

Ressalta-se, então, a importância desta previsão, haja vista que, em tese, a garantia de emprego não somente assegura a subsistência da mulher e do nascituro durante e após a gestação, mas também proporciona segurança social e no trabalho⁴², uma vez que o trabalho também é um direito fundamental do homem.

4.2. Normas de proteção internacional

A primeira Convenção de um organismo internacional a respeito da proteção à maternidade é a Convenção nº03 da OIT, de 1919, ratificada pelo Brasil e que assegura à empregada de estabelecimentos industriais e comerciais, por exemplo, uma licença remunerada compulsória de até doze semanas (seis antes e seis depois do parto), bem como dois intervalos de 30 minutos cada para aleitamento.

Em 1921, a Recomendação nº12 da OIT estendeu tal licença às empregadas de empresas agrícolas.

41 Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: (...)

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: (...)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto - BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

42 A segurança social é a aspiração de todos, inclusive do Estado, sendo consectária "à segurança no emprego". A estabilidade importa em segurança que o trabalhador precisa para trabalhar, de não ser dispensado a qualquer momento sem justificativa por parte do empregador, de não implicar em perda de seu meio de sustento de uma hora para outra e de suas necessidades pessoais e familiares. Visa, por conseguinte, evitar dispensas arbitrárias, sem justificativas, por meio de capricho do empregador. A estabilidade implica segurança no trabalho, a continuidade do contrato de trabalho por tempo indeterminado, a manutenção do recebimento de salário, para que o trabalhador possa sobreviver, juntamente com sua família. A segurança no trabalho é a base para o bem-estar do trabalhador e da paz social.

Garante a estabilidade o emprego. Este garante o salário do empregado. O salário é a forma que o empregado tem para subsistir e também sua família. Representa, portanto, a garantia econômica de o trabalhador poder continuar recebendo seus salários, para poder subsistir e poder honrar os compromissos assumidos, isto é, passa a ter segurança econômica. (MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 - pag. 468)

Em 1952, a Convenção nº03 foi revista pela Convenção nº103, também ratificada pelo Brasil, ampliando sua aplicação às empregadas de setores não industriais, agrícolas, domésticas e às que trabalham em seu próprio domicílio.

Nesta oportunidade, o período de duração da licença maternidade de doze semanas foi mantido, admitindo-se, porém, a fixação por legislação nacional da divisão entre os períodos anterior e posterior ao parto, desde que garantido o mínimo de seis semanas após o parto.

Ademais, declarou expressamente a ilegalidade da dispensa da empregada gestante durante seu período licenciada:

Por outro lado, o art. 6º da Convenção n. 103, de 1952, reputa ilegal a dispensa verificada durante a licença-maternidade e respectivas prorrogações. O direito à licença-maternidade, à manutenção dos recursos financeiros e à segurança do emprego é medida inseparável da tutela especial, pois contribuiu para que a mulher possa conciliar a função fisiológica da procriação com a vida profissional; permite, aliado a outros fatores, que a maternidade não constitua um obstáculo ao prosseguimento das atividades desenvolvidas no emprego e tampouco eleve os índices de absenteísmo que atuam como fatores de segregação profissional.⁴³

Também em 1952, a OIT editou a Recomendação nº95, que previu, por exemplo, a possibilidade de prorrogação da licença maternidade para até quatorze semanas.

Foi esta Recomendação, ainda, que estabeleceu o termo inicial, por assim dizer, da ilegalidade da dispensa da empregada gestante, qual seja a data da notificação do empregador.

A esse respeito, Alice Monteiro de Barros assim ensinou:

Recomenda-se, quando possível, que o período durante o qual se proíbe a dispensa, tenha início a partir da data em que o empregador haja sido

⁴³ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 45

notificado, por meio de atestado médico, do estado de gravidez da mulher, prolongando-se pelo menos até um mês após o descanso-maternidade; fica, ainda, salvaguardado o direito de retornar às funções anteriormente exercidas, com todas as vantagens inerentes a tais funções. Admite a Recomendação que a legislação nacional possa considerar como causa justa para a dispensa o comportamento faltoso da empregada, a cessação da atividade empresarial onde ela estiver trabalhando ou o término do contrato a prazo.⁴⁴

A Recomendação nº95, contudo, admite como justa a dispensa da gestante não somente por seu comportamento faltoso, mas também pela cessação da atividade empresarial onde ela trabalhar e pelo término do contrato a prazo.

A Organização Mundial da Saúde também já se pronunciou sobre o tema, fixando o que é entendido como o período mínimo de descanso necessário à gestante:

A OMS entendeu que o descanso-maternidade deveria ser fixado de forma elástica, e a duração, mais facultativa do que obrigatória, salvo no que se refere ao descanso pós-parto. Considerou suficiente a licença obrigatória de duas semanas antes do parto, as quais poderiam ser complementadas por um período facultativo de duas a quatro semanas e, dada a sua importância (tanto para a mãe como para o filho), um descanso obrigatório pós-parto de pelo menos seis semanas, podendo prolongar-se por mais quatro semanas, ao menos, principalmente se a mãe amamenta o filho.⁴⁵

Já a Organização das Nações Unidas adotou a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher somente em 1979. Ou seja, somente anos depois do movimento de liberação feminina.

Referida Convenção, muito embora de espectro mais amplo, também previu medidas relativas à proteção da gestante no âmbito trabalhista, por exemplo, proibindo a dispensa por motivo de gravidez:

A Convenção em estudo se preocupou em proteger a mulher não somente em face de seu papel materno, mas em especial no que tange à relação

⁴⁴ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 48

⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 43

de trabalho. O art. 11-1 dispõe sobre as medidas que os Estados-Partes devem adotar para assegurar a igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho, em especial o direito ao trabalho, à oportunidade de emprego, incluindo critérios de seleção, o direito à promoção, à remuneração, a proibição da demissão por motivo de gravidez, entre outros.⁴⁶

E esse sem número de normas internacionais por certo influiu para a edição de legislação interna de diversos países, pelo que cita-se exemplificativamente o cenário europeu:

Em 1992, a Comunidade Europeia adotou a Diretiva n. 85, a fim de que fosse generalizada, em todos os países que a integram, a licença-maternidade de quatorze semanas, sem prejuízo do salário integral e das férias. (...)

A medida visa à recuperação demográfica do continente europeu, pois, na quase totalidade de seus países, a taxa conjuntural de fecundidade é insuficiente para assegurar a renovação das gerações; por outro lado, as dificuldades econômicas não autorizam o recurso à emigração para ajudar a reduzir esse deficit de habitantes.

O fenômeno preocupa também a seguridade social, pois o envelhecimento da população, associado ao descenso da natalidade, poderá implicar desequilíbrio no financiamento da aposentadoria.⁴⁷

Por fim, destaca-se que a doutrina estrangeira também é prolífica sobre o tema, valendo transcrever trecho incisivo do Tratado de Maria do Rosário Ramalho:

Os valores constitucionais eminentes da tutela da maternidade e da paternidade e do direito efetivo à conciliação entre a vida profissional e a vida familiar e, bem assim, as crescentes preocupações do direito comunitário nesta área, justificam o estabelecimento de um conjunto de medidas de proteção dos trabalhadores neste domínio. Uma boa parte destas medidas tem incidência em matéria de faltas e de licenças.⁴⁸

⁴⁶ GURGEL, Yara Maria Pereira - Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação, sua aplicação às relações de trabalho, São Paulo, LTr, 2010 - pag. 90

⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 50

⁴⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 544

Assim, muito embora reconhecida a inquestionável importância da proteção à gestação, no próximo capítulo, trataremos dos limites de sua aplicação aos casos concretos.

5. INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

5.1. Histórico do posicionamento do TST e a reformulação da Súmula 244

A primeira vez que o Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento acerca do tema “garantia de emprego à gestante” foi em 1985, no sentido de que a garantia de emprego não correspondia ao direito à reintegração, mas sim à indenização de tal período:

Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985

Nº 244 Gestante - Garantia de emprego

A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.⁴⁹

A partir de 1988, porém, com a promulgação de nova Constituição, que não somente garantiu o emprego à empregada gestante, mas também previu o trabalho como direito fundamental do homem, foi necessária a revisão deste entendimento, de forma a estimular a reintegração - o trabalho propriamente, portanto - e relegar a indenização apenas aos casos em que a reintegração restou frustrada.

Assim, a Súmula nº244 foi alterada em 2003, para determinar a reintegração da gestante ao emprego, salvo quando já transcorrido o período estável, oportunidade na qual a gestante terá direito ao pagamento do respectivo período indenizado; e novamente em 2005, para esclarecer que a empregada admitida mediante contrato de experiência não faz jus à garantia de emprego, senão vejamos:

⁴⁹ Súmulas da Jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho - <http://www.tst.jus.br/sumulas> (acesso em 08 de Setembro de 2017)

Histórico:

Súmula alterada - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Nº 244 Gestante. Garantia de emprego

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.

Súmula alterada - (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Item III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)⁵⁰

Mais recentemente, todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, em uma onda ainda mais protecionista, alterou novamente o texto sumulado, para expor entendimento oposto ao anterior no que toca aos contratos de trabalho por tempo determinado.

Assim, a redação atual da Súmula nº244 do Tribunal Superior do Trabalho é a seguinte:

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

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

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

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.⁵¹

⁵⁰ Súmulas da Jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho - <http://www.tst.jus.br/sumulas> (acesso em 08 de Setembro de 2017)

⁵¹ Súmulas da Jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho - <http://www.tst.jus.br/sumulas> (acesso em 08 de Setembro de 2017)

Isso se deve não somente à atual tendência de proteger a gestante e o nascituro, mas também à ânsia fazer valer, em qualquer hipótese, a responsabilidade objetiva⁵² do empregador com relação à empregada gestante.

Assim, passamos de um quadro anterior, no qual a garantia de emprego à empregada gestante era mera forma de impedir a dispensa discriminatória - o que exigia o conhecimento do empregador do estado gestacional para caracterizá-la -, para o entendimento atual, no sentido de que a garantia de emprego à empregada gestante é medida de proteção à maternidade, nesta incluído o próprio nascituro - independentemente da notificação do empregador, portanto:

(...) sustentamos que a reparação proveniente da dispensa imotivada de empregada gestante se impõe, independentemente do conhecimento, pelo empregador, do estado de gravidez da trabalhadora. A responsabilidade patronal, no caso, parte de um dado objetivo, constituindo a gravidez um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher. Em consequência, a responsabilidade do empregador prescinde de sua culpa, autorizando a reparação não só na dispensa injusta, como no encerramento total ou parcial das atividades empresariais e ainda nas rescisões indiretas, que evidentemente, pressupõe a culpa.⁵³

Mas não obstante estas alterações de redação da Súmula nº244 nos indiquem a direção em que o Tribunal Superior do Trabalho caminha, ainda assim faz-se

⁵² É sabido que o pagamento do salário-maternidade, pela Previdência Social, só persiste quando em vigor o contrato de trabalho (art. 95, da Lei n. 8.213, de 1991). Logo, dispensada a empregada sem justa causa, deverá o empregador arcar com o pagamento do período correspondente à licença, mesmo que desconheça o estado de gestação da empregada.

A responsabilidade do empregador funda-se em dados objetivos, caracterizados pela gravidez da empregada e pela dispensa sem justa causa, cessão total ou parcial da atividade empresarial e por falta cometida pelo empregador, ensejadora de rescisão indireta. (BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 450)

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 450

indispensável a interpretação desta norma, especialmente porque geral e abstrata, enquanto as situações concretas⁵⁴ são inúmeras e peculiares.

Nesse sentido é o ensinamento de Estevão Mallet:

Nada muda, no tocante ao caráter inexorável da atividade interpretativa, se a norma a aplicar não é a que emerge de disposição legal, mas é o comando resultante de alguma decisão judicial, seja sentença, seja acórdão, seja pronunciamento interlocutório. Como anota Kelsen, a interpretação é necessária à observância de toda e qualquer norma jurídica, "na medida em que hajam de ser aplicadas", inclusive em se tratando "de normas individuais, de sentenças judiciais, de ordens administrativas, de negócios jurídicos, etc.". Também sublinhou Pontes de Miranda, ao escrever: "as sentenças têm de ser interpretadas".⁵⁵

E mais. Somente por meio das diversas interpretações para adequação da norma ao caso concreto é que se verifica a real eficácia desta.

No caso específico da Súmula nº244, então, muito embora sua redação em abstrato se coadune com os ditames constitucionais, a sua validade e eficácia somente poderão ser verificados por meio da aplicação ao caso concreto.

Sobre esta questão, aliás, há precedentes que nos ensinam que a aplicação da norma pelos operadores do direito, ao final, possivelmente foge àquilo inicialmente visualizado por quem editou a norma, fazendo-se necessária sua revisão:

Na Corte Costituzionale italiana, por exemplo, houve situação em que, depois de resolvida certa controvérsia, afirmando-se a constitucionalidade da norma impugnada - no caso a regra do art. 533, do Código Penal, relativa ao crime de incitamento a prática contra a procriação - foi preciso,

⁵⁴ É bem possível que a dificuldade na interpretação da decisão não seja identificada de imediato ou em curto espaço de tempo após sua publicação, de modo a permitir seu enfrentamento em recurso. Na primeira leitura, considerado o texto em termos abstratos, longe das dificuldades da situação concreta, parece ele suficientemente claro. Passado algum tempo, ou mesmo muito tempo, até alguns anos - não existe limite temporal para que o problema se coloque -, quando então se busca cumprir a decisão, surge, diante do caso concreto, a dificuldade. (MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, LTr, São Paulo, 2009 - pag. 16)

⁵⁵ MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, LTr, São Paulo, 2009 - pag. 16

por conta da interpretação dada à decisão pelos tribunais, voltar ao tema, para afirmar então a inconstitucionalidade da mesma norma legal.⁵⁶

Assim, a exposição de entendimento consolidado de um tema por um tribunal, por meio de um verbete, não é garantia de que (i) este entendimento é correto e conforme os princípios norteadores do ordenamento no qual ele se insere, nem de que (ii) sua intenção é clara o suficiente para garantir a esperada aplicação pelos demais operadores do direito.

Aliás, é quase inevitável a revisão de verbetes sumulares não somente porque sua validação depende das interpretações dadas aos casos concretos, como anteriormente dito, mas também porque é justamente a sua edição que chama a atenção da comunidade para o tema e conseqüentemente provoca o aprofundamento dos debates sobre este.

E a intenção deste trabalho, até por sua singeleza, não é mais do que essa, incitar o debate.

5.2. Boa-fé contratual vs. Função social do contrato: premissas para a identificação de condutas abusivas por empregado e por empregador nos casos de garantia de emprego à empregada gestante

As hipóteses de condutas abusivas por parte do empregador são inúmeras e já em grande parte mapeadas; por exemplo, a dispensa discriminatória da gestante e a frustração de seu direito ao trabalho, com o impedimento injustificado do retorno da gestante ao emprego, dentre outros.

Porém, até mesmo em razão, talvez, de sua obviedade, estas já foram tratadas quase à exaustão pela doutrina e jurisprudência.

⁵⁶ MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, LTr, São Paulo, 2009 - pag. 33

Somente por essa razão objetiva, então, com o intuito de alargar o debate – e não por qualquer juízo de valor -, focaremos o presente trabalho na identificação de condutas abusivas praticadas pela empregada gestante.

Conforme mencionado anteriormente, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho vem se reafirmando no sentido de ampliar a proteção à empregada gestante.

E na doutrina também encontramos explicação para grande parte destas alterações de redação da Súmula nº 244, que tem por norte a objetividade da responsabilidade do empregador:

Continuamos nos filiando às correntes doutrinária e jurisprudencial que entendem que a gravidez da empregada vincula-se à teoria do risco objetivo, do risco social, porquanto o Direito do Trabalho não protege, simplesmente, o conhecimento da gravidez, nem sua divulgação, mas a gestação, na sua grandeza biológica.⁵⁷

Parte dos operadores do direito, todavia, parece olvidar-se que a Súmula nº244 do Tribunal Superior do Trabalho, por óbvio, nada diz sobre qualquer suposta característica absoluta do direito à indenização pelo período de garantia de emprego à empregada gestante, mesmo porque, conforme tratado anteriormente, nenhum direito é absoluto, nem mesmo se considerado o princípio protetor ao trabalhador:

Muito embora o princípio protetor apresente peculiaridades já apontadas e tenha por escopo atingir a defesa do economicamente débil, não pode ser ele tomado em sentido absoluto ou irrestrito. Evidentemente, não há como admitir superdireitos ou direitos absolutos, na medida em que certas limitações decorrem do princípio da razoabilidade e outra apontam mesmo para valores de nível superior à própria hiperproteção do economicamente mais fraco.⁵⁸

⁵⁷ BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, Ed. LTr, 1995 - pag. 453

⁵⁸ BELTRAN, Ari Possidonio - Dilemas do Trabalho e do Emprego na atualidade, São Paulo, Editora LTr, 2001 - pag. 59

Isso porque, à proteção, se contrapõe a razoabilidade:

Perelman, proeminente adepto da lógica do razoável, projeta sobre ela essas luzes: "Cada vez que um direito ou um poder qualquer, mesmo discriminatório, é concedido a uma autoridade, ou a uma pessoa de direito privado, esse direito ou esse poder será censurado se exercido de modo não razoável. Esse uso inadmissível do direito será qualificado tecnicamente de modos variados, como abuso de direito, como excesso ou desvio de poder, como iniquidade ou má-fé, como aplicação ridícula ou imprópria de disposições legais, como contrário aos princípios gerais de direito comuns a todos os povos civilizados". Pouco importam as categorias invocadas.⁵⁹

E nem se diga que a previsão constitucional de tal direito é motivo suficiente para justificar sua proteção em toda hipótese e a qualquer custo.

A doutrina já é pacífica no sentido de que direitos constitucionalmente assegurados também encontram limites, dentre os quais citamos exemplificativamente o direito de greve, pois intrinsecamente relacionado ao trabalho:

De fato, ante os limites apontados, não deixa de constituir condição restritiva, já que, por óbvio, não há como considerar tal direito, ainda que erigido em nível constitucional, como direito absoluto. Quanto a tal posicionamento, não há qualquer discrepância na doutrina. Em obra clássica, Segadas Vianna, ao examinar a questão sobre o aspecto do abuso do direito, assim escrevia: "Não há dúvida, entretanto, de que se processa, hoje em dia, em quase todo o mundo uma revisão nessa conceituação de greve, em face do que aceitamos chamar abuso do direito de greve". Noutra ponto afirma: "O reconhecimento da greve como um direito importa, entretanto, na fixação dos limites em que esse direito pode ser exercido. Direito de greve sem limitação de qualquer espécie, só mesmo no Brasil tem sido defendido e sem qualquer fundamento, apenas porque há receio, dos homens públicos, de parecerem antidemocráticos e, por isso, calam-se diante dos que

⁵⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - *Principiologia do direito do trabalho*, São Paulo, LTr, 1999, - pag. 192

preconizam a liberdade da greve acima dos direitos e liberdades dos demais".⁶⁰

É importante, então, quando da análise e aplicação do enunciado do Tribunal Superior do Trabalho, tomarmos por ponto de partida a principal característica do contrato de trabalho que se protege por meio desta garantia, qual seja o trabalho:

A prestação de uma actividade produtiva constitui o primeiro elemento essencial do contrato de trabalho e corresponde ao dever principal do trabalhador.⁶¹

E mais:

Tem grande tradição entre a doutrina e a jurisprudência, desde os primórdios do Direito do Trabalho, o recurso ao elemento da actividade laboral para alicerçar a distinção do contrato de trabalho relativamente a figuras próximas.

Nesta linha, acentua-se o facto de no contrato de trabalho se prometer uma actividade continuada ou, numa referência expressiva, de se pôr à disposição do credor a força de trabalho ou a energia do trabalhador, enquanto no contrato de prestação de serviço se promete uma obra ou um ou mais actos concretos, em suma, um resultado. Em consonância com este critério de distinção, pode reconduzir-se a obrigação do trabalhador a uma obrigação de meios, ao passo que a obrigação do prestador de serviços é de qualificar como uma obrigação de resultado.⁶²

Tomando por base estas duas premissas, então, de que (i) o entendimento consolidado do Tribunal Superior do Trabalho afirma simplesmente a hipótese de indenização à gestante, caso frustrada sua reintegração dentro do prazo, e (ii) o trabalho

⁶⁰ BELTRAN, Ari Possidonio - Dilemas do Trabalho e do Emprego na atualidade, São Paulo, Editora LTr, 2001 - pag. 76

⁶¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 23

⁶² RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Editora Almedina, Coimbra, 2012 - pag. 23

como elemento essencial do contrato ao qual essa garantia se relaciona, cabe aos Magistrados efetivamente interpretar a Súmula nº244.

Para tanto, é necessário relembrar alguns critérios hermenêuticos de interpretação, por exemplo, a presunção de julgamento conforme a constituição, senão vejamos:

A presunção de não se haver decidido contra a lei compreende também - com muito mais razão - a presunção de não se haver decidido contra a Constituição. Como desdobramento da conhecida regra da interpretação da lei conforme a Constituição, cabe procurar interpretar também a decisão judicial em harmonia com a Constituição.

Na interpretação da decisão judicial em harmonia com a Constituição devem ser consideradas todas as normas constitucionais, inclusive as que apresentam, segundo alguns, menor carga de eficácia, como as que enunciam princípios ou propósitos (arts. 1º e 3º, da Constituição do Brasil, por exemplo) e as chamadas normas programáticas ou não exequíveis por si mesmas. Também elas ostentam inegável valor hermenêutico.⁶³

E nem se diga que, em havendo dúvida, decidir-se-á em favor da empregada gestante, pois não se trata de critério hermenêutico:

A máxima *in dubio pro operario* ou *in dubio pro misero* tem, certamente, grande relevo no plano da doutrina trabalhista. Nada indica, contudo, haja sido acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos como critério hermenêutico, a despeito de um ou outro precedente sem sentido diverso.

Realmente, no direito positivo nacional não se encontra previsão como a existente em vários outros sistemas jurídicos, em que preconizada a interpretação da lei, nos casos duvidosos, no sentido mais favorável ao trabalhador.⁶⁴

Finalmente, ressalta-se que a interpretação deve considerar, em regra, a proteção social, e não exclusivamente do indivíduo:

⁶³ MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, LTr, São Paulo, 2009 - pag. 61

⁶⁴ MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, LTr, São Paulo, 2009 - pag. 71

Ao abordar a questão da interpretação, Amauri Mascaro Nascimento assevera que o direito do trabalho deve ser interpretado segundo a jurisprudência axiológica ou de valores. Afirma que, "nessa escala de valores, não é possível deixar de reputar os sociais como mais importantes que os individuais, os coletivos mais importantes que os particulares. Segundo essa perspectiva, o princípio *in dubio pro operario* deve ser rearticulado e perde bastante expressão". Noutra passagem destaca que "a aplicação da norma jurídica nunca poderá desviar-se de um fim: a observância de uma escala coerente com os princípios fundamentais do pensamento humano de cada época. Não é, de outro lado, o juiz do trabalho um órgão de assistência social. Como magistrado, decidirá entre os interesses em conflito, assegurando a cada um o que é seu e repondo no patrimônio do lesado o correspondente econômico fruto da violação que sofreu. As normas hão de ser interpretadas em atenção ao seu valor para a vida".⁶⁵

Em outras palavras, pode-se dizer que da proteção de um indivíduo não pode resultar ofensa aos princípios regentes de toda uma sociedade.

E seria este o caso, de desrespeito à toda sociedade, se outorgada proteção à empregada gestante mesmo quando esta opera de má-fé.

Que a maternidade deve ser protegida, não há dúvidas. Que o emprego pode trazer esta proteção à gestante, também não se discute.

O emprego não somente tem a função de proteger monetariamente a gestante e o nascituro, por meio da garantia de sua subsistência, mas também proteger a gestante em caráter pessoal e psicológico, no sentido de atribuir-lhe valor social por meio do trabalho.

E justamente por esse múltiplo caráter do emprego é que o Constituinte optou por garantir à gestante o direito ao emprego.

⁶⁵ BELTRAN, Ari Possidonio - Dilemas do Trabalho e do Emprego na atualidade, São Paulo, Editora LTr, 2001 - pag. 70

Trata-se, portanto, de efetivar uma finalidade social⁶⁶, e não enriquecer um indivíduo.

Do contrário, a Constituição traria garantia de indenização pela dispensa sem justa causa da gestante, e não garantia ao emprego.

Nesse sentido, cumpre transcrever as brilhantes palavras de Sérgio Pinto Martins:

A Constituição assegura o emprego à gestante (art. 7º, XVIII) e não indenização como costumam pedir na prática, nas ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas a indenização, demonstra seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego.

O pedido de indenização só é devido no caso de não mais ser possível a reintegração, pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada.⁶⁷

Parece-nos razoável, então, que o limite ao exercício deste direito pela gestante seja traçado exatamente na medida de sua inércia.

É entendimento ao qual se coaduna o de Sérgio Pinto Martins:

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 da 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 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.⁶⁸

⁶⁶ Quanto à garantia de emprego, justifica-se essa discriminação no período em que a empregada esteja grávida, ou no período pós-parto, pois com certeza não iria encontrar outro serviço no referido lapso de tempo. (MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 - pag. 481)

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 - pag. 482

⁶⁸ MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 - pag. 483

Ou seja, o limiar está em se a gestante age de forma a dar efetividade ou a frustrar a função social do trabalho.

No segundo caso, a gestante não somente ofende o princípio da função social do contrato de trabalho, mas também inúmeros outros, citados neste trabalho, como por exemplo o princípio da razoabilidade, o princípio da boa-fé objetiva, etc.

E por essa razão não pode ser ela premiada com uma indenização, sob pena de seu enriquecimento injustificado.

E nem se diga que seu enriquecimento é justificado pela proteção ao nascituro, pois não é. A proteção ao nascituro já foi superada nesta hipótese, pois se gestante pôde "optar" por esperar o transcurso do período estável para somente depois requerer a respectiva indenização, sem qualquer contraprestação de sua parte, é porque teve meios de subsistência (pessoal e do nascituro) durante todo o período estável.

Outro argumento que se mostra falacioso para justificar a outorga de indenização em qualquer hipótese de garantia de emprego à empregada gestante é o argumento da prescrição.

Isso porque o respeito à prescrição depende da existência de direito válido, o que não é o caso.

Explica-se. Qualquer direito somente é válido se exercido conforme os ditames da boa-fé. Neste caso específico, o direito da gestante à indenização pelo período estável seria válido se a gestante tivesse noticiado ao empregador o seu estado gravídico, dando-lhe a oportunidade de exigir a contraprestação (trabalho). E, uma vez frustrada a reintegração por opção do empregador e frustrado o direito da gestante ao trabalho, nada mais justo que a gestante ao menos receba a indenização correspondente. Nesta hipótese, sim, a gestante teria o prazo de 02 anos para pleitear seu pagamento. Nesta hipótese a gestante foi quem teve seu direito frustrado.

De outro lado, o abuso desse direito por parte da gestante - ao negar-se a cumprir sua parte da obrigação bilateral consubstanciada pelo contrato de trabalho - não encontra tutela em nenhum tempo, nem dentro nem fora da prescrição, pois direito não é.

O indeferimento da indenização pretendida pela empregada gestante depois de transcorrido o período estabilitário não trata, portanto, de desrespeito ao entendimento majoritário consolidado por instância superior, e sim de interpretação e posteriormente aplicação da norma da melhor forma⁶⁹ ao caso concreto.

E é o que boa parte de nossos tribunais têm feito, senão vejamos:

- Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região:

ESTABILIDADE GESTANTE. No caso em apreço, resta claro que a obreira renunciou à garantia de emprego que a lei lhe outorgou. O exame dos fatos revela o intuito único da reclamante de auferir os salários do período sem a prestação de trabalho correspondente, desvirtuando a finalidade do instituto, que é a manutenção do emprego à gestante e não a indenização. Distancia-se da finalidade da norma que é a de, tão somente, preservá-la da despedida arbitrária ou sem justa causa. (Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região, Proc. 1000116-07.2016.5.02.0047, 06ª Turma, Des. Relator Ricardo Apostolico Silva, publicado em 15/02/2017 – destaque do original)

Garantia provisória de emprego. Gestante. A estabilidade, em princípio, assegura ao empregado o direito à reintegração, e não o direito imediato ao pagamento de indenização. A indenização é apenas consequência ou alternativa na hipótese de não ser possível a reintegração. Não é um direito em si e por si. Impende prestigiar a lealdade e a confiança entre as pessoas, que devem pautar seu comportamento por um padrão ético objetivo, atuando segundo o que se

69 A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisional em Direito ficam a dever à lógica do razoável, que põs em evidência que o aplicador da lei, seja o administrador, seja o Juiz, não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com a simples aplicação silogística da lei aos fatos: a sua tarefa é criativa por natureza pois, com ela, ambos integram a ordem jurídica. (SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Principiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999 - pag. 189)

espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico. Ainda que a responsabilidade do empregador seja objetiva, já que neste sentido restou consolidada a jurisprudência, isso não pode dar margem à possibilidade de enriquecimento sem causa. Recurso da reclamante a que se nega provimento. (Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região, Proc. 1000960-27.2016.5.02.0056, 17ª Turma, Des. Relator Flavio Villani Macedo, publicado em 31/08/2017 – destaque do original)

- Tribunal Regional do Trabalho da 03ª Região:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ABUSO DE DIREITO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO NO FINAL DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. O direito à estabilidade provisória da gestante, que se inicia desde o fato da concepção e termina cinco meses após o parto (alínea "b", do inciso II, do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), não é uma garantia exclusiva dela, mas se revela, sobretudo, medida que visa assegurar o bem-estar do nascituro. Por outro lado, à garantia ao emprego contrapõe-se o direito recíproco do empregador em exigir a prestação de serviços. Por isto não se pode admitir que a autora manifeste interesse exclusivo em receber a indenização relativa ao período estabilitário (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010826-13.2016.5.03.0165 (RO); Disponibilização: 29/06/2017, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 551; Órgão Julgador: Nona Turma; Relator: Joao Bosco Pinto Lara)

- Tribunal Regional do Trabalho da 04ª Região:

INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA GARANTIA DE EMPREGO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O DECURSO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. Não faz jus à indenização substitutiva do período de garantia de emprego o empregado que deixa de buscar o direito à reintegração ao trabalho que lhe assiste no curso do período da estabilidade assegurada em lei. Parcela acessória que não subsiste diante do esmorecimento do direito principal. (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Proc. 0022578-25.2016.5.04.0271, 11ª Turma, Des. Relatora Maria Helena Lisot, publicado em 09/06/2017 – destaque do original)

- Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

Com efeito, a reclamante teria, a rigor, o direito adquirido ao emprego, pois a proibição da dispensa protege o empregado de atos

discriminatórios ou obstativos de direito cometidos pelo empregador. No caso, a vontade da lei é a manutenção do emprego e do salário. A indenização só está prevista para um segundo momento, visando compensar um direito suprimido. Contudo, a lei não pode aceitar o enriquecimento sem contraprestação, elevando a indenização à condição de direito principal.

A empregada gestante tem o direito à reintegração e, apenas se esta lhe foi negada ou for impossível ou inconveniente para as partes, deverá ser convertida em indenização. Ora, se a própria empregada demonstra, de plano, desinteresse na reintegração, como é o caso dos autos, frustra-se o objetivo da estabilidade, sendo indevida a indenização, sob pena de enriquecimento ilícito da obreira com a bênção do judiciário.

No caso dos autos, o parto ocorreu em 20/10/2014 (fl. 11), logo o período estabilidade terminaria em 20/03/2015. Entretanto, a reclamada dispensou a autora em 09/02/2015, com o pagamento do aviso prévio indenizado. De fato, de acordo com Súmula nº 348 do C. TST, "é inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia de emprego, ante a incompatibilidade dos dois institutos". Ocorre que, na hipótese em apreço, a reclamante, somente após o encerramento do período da estabilidade provisória, pleiteou em Juízo a indenização pertinente, em nítida violação do Princípio da Boa Fé Objetiva.

Ora, é entendimento majoritário desta Câmara no sentido de que, no caso, não há contrariedade ao direito à estabilidade provisória de gestante garantido pela Constituição da República, pois o que esta garante é a proteção da gravidez com o direito ao emprego, mesmo porque, como é sabido de todos, gravidez não é doença. Mais: com todo o respeito, deferir à obreira a indenização correspondente à estabilidade pleiteada somente após decorrido o período de estabilidade é premiar a má-fé, sendo, portanto, imoral e prejudicial à sociedade como um todo, que irá pagar a conta, sendo até prejudicial à gestante, uma vez que, o empregador, no futuro, certamente evitará contratar mulheres em idade de procriação. Assim, tudo leva a crer que foi intencional o ajuizamento da demanda após já exaurido o prazo estabilidade, pois a reclamante não pretendia voltar a trabalhar na empresa.

Nesse cenário, entendo que a reclamante não faz jus ao direito postulado, repise-se, de indenização do período estabilidade. Portanto, reformo a r. sentença para indeferir o pagamento de indenização do período estabilidade. No mais, diante do quanto decidido, resta prejudicada a análise de pedido correlato. (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Proc. 0011182-92.2015.5.15.0008, 04ª Turma, 07ª Câmara, Des. Relator Manuel Soares Ferreira Carradita, publicado em 07/06/2017)

Como bem observado pelos julgados, pode-se dizer que nestas hipóteses está claramente configurada a renúncia da gestante ao direito ao trabalho⁷⁰ - e conseqüentemente à garantia de emprego.

Seria hipótese similar ao do abandono de emprego, onde admite-se a dispensa do empregado por justa causa, porque, negando-se o empregado a retornar ao emprego, mesmo chamado especificamente para tanto, verifica-se a quebra da sinalágma contratual.

E nem se diga que o fato de esta sinalágma não ser absoluta é suficiente a justificar a indenização em qualquer que seja a situação. Isto porque as hipóteses admitidas de quebra desta sinalágma não somente estão previstas expressa e especificamente em lei, mas também se justificam jurídica e/ou moralmente. As ausências justificadas ou férias, por exemplo, tratam, portanto, de medidas de justiça social, ou ao menos de negociação prévia entre as partes - jamais de enriquecimento indevido, que premia o abuso ou a má-fé.

Portanto, a proteção à maternidade, nesta compreendida a proteção à empregada gestante e ao próprio nascituro, por meio da garantia de emprego à gestante, é salutar. Trata de clara medida de efetivação da função social do contrato.

De outro lado, todavia, os abusos devem ser coibidos, pois não deve se olvidar de que na outra ponta do contrato também há pessoa detentora de direitos, alguém que, em regra, está operando de boa-fé, o empregador.

⁷⁰ Na hipótese de a empregada afirmar categoricamente que não tem interesse em retornar a trabalhar na empresa, quando esta lhe coloca à disposição o emprego, renuncia ao direito à garantia de emprego, pois, do mesmo modo, a Constituição assegura o direito ao emprego e não à indenização. Não querendo a empregada trabalhar na empresa, resta indevido o direito à garantia de emprego prevista na Constituição (MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015 - pag. 483)

6. CONCLUSÃO

A bilateralidade é uma das principais características do contrato de trabalho.

Assim, a análise de qualquer direito ligado a uma relação de emprego deve considerar a existência de um dever correlato.

Ademais, em sendo parte que integra nosso ordenamento jurídico como um todo, os direitos decorrentes do contrato de trabalho também devem ser analisados conforme os princípios laborais e contratuais que o regem.

No caso específico do direito da empregada gestante à garantia de emprego, então, a proteção à maternidade não pode ser tomada como absoluta.

Pelo contrário. O direito à indenização pelo período estabilitário gestacional está circunscrito aos limites do razoável, e o princípio da boa-fé encontra aplicação mesmo após extinto o contrato de trabalho.

A empregada gestante continua tendo, portanto, o dever de prestar trabalho para ter direito ao recebimento de salário durante seu período estabilitário ou, ao menos, de dar oportunidade ao empregador de lhe reintegrar ao emprego, para somente no caso de ter seu direito ao trabalho frustrado poder pleitear sua indenização.

A indenização, pura e simples, do período estabilitário gestacional, sem que tenha sido observado seu arcabouço principiológico, configura abuso de direito por parte da gestante, o qual se deve coibir.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, em 14 de julho de 2017
- MARTINS, Sérgio Pinto - Direito do trabalho, São Paulo, Ed. Atlas, 2015
- BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, em 17 de março de 2015
- TEPEDINO, Gustavo - Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma - Tratado de direito do trabalho, Parte II - Situações Laborais individuais, Coimbra, Editora Almedina, 2012
- GURGEL, Yara Maria Pereira - Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação, sua aplicação às relações de trabalho, São Paulo, LTr, 2010
- MALLET, Estêvão - Ensaio sobre a interpretação das decisões judiciais, São Paulo, LTr, 2009
- AMADO, João Leal - Contrato de trabalho, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- DINIZ, Maria Helena - Curso de Direito Civil Brasileiro, Vol. 3, São Paulo, Ed. Saraiva, 2004

- BRASIL, Lei nº10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002
- BELTRAN, Ari Possidonio - Dilemas do Trabalho e do Emprego na atualidade, São Paulo, LTr, 2001
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da - Princiologia do direito do trabalho, São Paulo, LTr, 1999
- BARROS, Alice Monteiro de - A Mulher e o Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 1995
- Convenção nº03 - Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade) - http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm (acesso em 03 de Setembro de 2017)
- Convenção nº103 - Amparo à Maternidade (Revista) - http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm (acesso em 03 de Setembro de 2017)
- Súmulas da Jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho - <http://www.tst.jus.br/sumulas> (acesso em 08 de Setembro de 2017)

ANEXOS

CONVENÇÕES DA OIT RATIFICADAS PELO BRASIL

Convenção nº03 - Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade)

I — Convocada em Washington pelo Governo dos Estados Unidos da America, aos 29 de outubro de 1919;

II — Dados referentes ao Brasil:

a) aprovação =

b) ratificação = 26/04/1934

c) promulgação = Decreto n. 423, de 12.11.1935;

d) vigência nacional =

A Conferencia Geral da Oganização Internacional do Trabalho da Liga das Nações, onvocada em Washington pelo Governo dos Estados Unidos da America, aos 29 de outubro de 1919,

Depois de haver decidido adoptar diversas propostas relativas ao "emprego das mulheres:

Antes ou depois do parto (inclusive a questão da indemnização de maternidade) questão comprehendida no terceiro ponto da ordem do dia da sessão da Conferencia effectuada em Washington, e

Depois de haver decidido fossem essas propostas redigidas sob a fórma de um projecto de convenção internacional, adopta o projecto de Convenção abaixo, sujeito á ratificação

pelos membros da Organização Internacional do Trabalho, de conformidade com as disposições da Parte relativa ao Trabalho, do Tratado de Versalhes de 28 de junho de 1919 e do Tratado de Saint-Germain, de 10 de setembro de 1919:

Artigo 1º

Para os efeitos da presente Convenção, serão considerados como "estabelecimentos industriais" especialmente:

- a) as minas e pedreiras (carrières) e indústrias extractivas de qualquer natureza;
- b) as indústrias nas quaes os productos são manufacturados, modificados, limpos, reparados, decorados, acabados, preparados para a venda, ou nos quaes as materias soffrem uma transformação; inclusive, a construção dos navios, as indústrias de demolição de material. bem como a produção, transformação e transmissão da força motriz em geral e da electricidade;
- c) a construção, reconstrução, manutenção, reparação, modificação ou demolição de todas as casas e edificios, estradas de ferro, bondes, portos, docas, molhes, canaes, installações para a navegação interior, caminhos, tuneis, pontes, viaductos, esgotos collectores, esgotos ordinarios, poços, installações telegraphicas ou telephonicas, installações electricas, usinas a gaz, distribuição de agua ou outros trabalhos de construção, bem como os trabalhos de preparação e de alicerces precedendo os trabalhos acima;
- d) o transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via ferrea ou curso de agua maritimo ou interno, inclusive a manutenção das mercadorias nas docas, caes, wharfs e entrepostos, com excepção do transporte braçal, (armazem de deposito).

Para os efeitos da presente Convenção, será considerado como "estabelecimento commercial" todo lugar destinado á venda das mercadorias ou a toda operação commercial.

Em cada, paiz a autoridade competente determinará a linha de demarcação entre a industria e o commercio, de um lado, a agricultura, do outro.

Artigo 2º

Para a aplicação da presente Convenção, o termo "mulher" designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou a nacionalidade, casada ou não, e o termo "filho" designa, todo o filho, legítimo ou não.

Artigo 3º

Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher

a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto;

b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exhibição de um attestado medico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permittam o aleitamento.

Artigo 4º

No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphios (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou delle se afaste, por um periodo mais longo, depois de uma doença provada por attestado medico, como resultado da gravidez ou do

parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será illegal, para o seu patrão, até que a sua ausencia tenha attingido uma duração maxima, fixada pela autoridade competente de cada paiz, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausencia ou em uma data tal que, produzindo-se o pre-aviso expire o prazo no decurso da, ausencia acima mencionada.

Artigo 5º

As ratificações officiaes da presente Convenção, nas condições previstas na Parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919 e do Tratado de Saint-Germain, de 10 de setembro de 1919, serão communicadas ao Secretario Geral da Liga das Nações e por elle registradas.

Artigo 6º

Todo membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar a presente Convenção se compromette a applical-a às respectivas colonias, possessões ou protectorados que se não têm governo próprio, sob as reservas seguintes:

- a) que as disposições da Convenção não se tornem inapplicaveis por força das condições locais;
- b) que as modificações que se tornem necessarias para adaptar a Convenção ás condições locais possam ser nella introduzidas.

Cada membro deverá, notificar á Repartição Internacional do Trabalho sua decisão no que diz respeito a cada uma de suas colonias ou possessões ou a cada um dos seus protectorados que se não governe plenamente por si mesmo.

Artigo 7º

Logo que as ratificações de dous membros da Organização Internacional do Trabalho forem registadas ao Secretariado, o Secretario Geral da Liga das Nações notificará esse facto a todos os membros da Organização Internacional do Trabalho.

Artigo 8º

A presente, Convenção entrará em vigor na data em que essa notificação for effectuada pelo Secretario Geral da Liga das Nações; ligará apenas os membros que tiverem feito registrar sua notificação no Secretariado. De então em diante a presente Convenção entrará em vigor para qualquer outro membro, na data em que a ratificação, por parte desse membro for registada no Secretariado.

Artigo 9º

Todo membro que ratificar a presente Convenção se compromette a applicar as suas disposições o mais tardar em 1 de julho de 1922, e a tomar as providencias que forem necessarias para tornar effectivas essas disposições,

Artigo 10

Todo membro que houver ratificado a presente Convenção poderá denuncial-a ao expirar o prazo de dez annos a contar da entrada em vigor da Convenção, por meio de notificação ao Secretario Geral da Liga das Nações por estar registada. A denuncia só terá effeito um anno depois de haver sido registada ao Secretariado.

Artigo 11

O Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá, uma vez em cada dez annos pelo menos, apresentar á Conferencia Geral um relatorio sobre a applicação da presente Convenção e decidirá inscrever na ordem do dia da Conferencia a questão da revisão ou da modificação da dita Convenção.

Artigo 12

Os textos em francez e em inglez da presente Convenção farão fé igualmente.

[1] BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº. 423 de novembro de 1935. Promulga quatro Projectos de Convenção, aprovados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferencia de Washington, convocada pela Governo dos Estados Unidos da America a 29 de outubro de 1919, pelo Brasil adoptados, a saber:

Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho noctuno das mulheres; Convenção que fixa a idade mínima de admissão das crianças nos trabalhos industriais; Convenção relativa ao trabalho noctuno das crianças na indústria.

Fonte: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm (acesso em 03 de Setembro de 2017)

Convenção nº103 - Amparo à Maternidade (Revista)

I — Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1952), entrou em vigor no plano internacional em 7.6.58.

II — Dados referentes ao Brasil:

a) aprovação = Decreto Legislativo n. 20, de 30.4.65, do Congresso Nacional;

b) ratificação = 18 de junho de 1965;

c) promulgação = Decreto n. 58.820, de 14.7.66;

d) vigência nacional = 18 de junho de 1966.

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho”,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e aí se tendo reunido em 4 de junho de 1952, em sua trigésima quinta sessão.

Depois de haver decidido adotar diversas proposições relativas ao amparo à maternidade, questão que constitui o sétimo ponto da ordem do dia da sessão,

Depois de haver decidido que essas proposições tomariam a forma de uma convenção internacional, adota neste vigésimo oitavo dia de junho de mil novecentos e cinqüenta e dois, a convenção presente, que será denominada ‘Convenção sobre o Amparo à Maternidade (Revista), 1952’.

Art. I — 1. A presente convenção aplica-se às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio.

2. Para os fins da presente convenção, o termo “empresas industriais” aplica-se às empresas públicas ou privadas bem como a seus ramos (filiais) e compreende especialmente:

- a) as minas, pedreiras e indústrias extrativas de todo gênero;
- b) as empresas nas quais produtos são manufaturados, modificados, beneficiados, consertados, decorados, terminados, preparados para a venda, destruídos ou demolidos, ou nas quais matérias sofrem qualquer transformação, inclusive as empresas de construção naval, de produção, transformação e transmissão de eletricidade e de força motriz em geral;
- c) as empresas de edificação e de engenharia civil, inclusive os trabalhos de construção, de reparação, de manutenção, de transformação e de demolição;
- d) as empresas de transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada de rodagem, estrada de ferro, via marítima ou fluvial, via aérea, inclusive a conservação das mercadorias em docas, armazéns, trapiches, entrepostos ou aeroportos.

3. Para os fins da presente convenção, o termo 'trabalhos não industriais' aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas e serviços públicos ou privados seguintes, ou em relação com seu funcionamento:

- a) os estabelecimentos comerciais;
- b) os correios e os serviços de telecomunicações;
- c) os estabelecimentos ou repartições cujo pessoal está empregado sobretudo em trabalhos de escritórios;
- d) tipografias e jornais;
- e) os hotéis, pensões, restaurantes, clubes, cafés (salões de chá) e outros estabelecimentos onde se servem bebidas, etc.;
- f) os estabelecimentos destinados ao tratamento ou hospitalização de doentes, enfermos, indigentes e órfãos;
- g) as empresas de espetáculos e diversões públicos;

h) o trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares; bem como a todos os outros trabalhos não industriais aos quais a autoridade competente decidir aplicar os dispositivos da convenção.

4. Para os fins da presente convenção, o termo 'trabalhos agrícolas' aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas agrícolas, inclusive as plantações (fazendas) e as grandes empresas agrícolas industrializadas.

5. Em todos os casos onde não parece claro se a presente convenção se aplica ou não a uma empresa, a uma filial (ramo) ou a um trabalho determinado, a questão deve ser decidida pela autoridade competente após consulta às organizações representativas de empregadores e empregados interessadas, se existirem.

6. A legislação nacional pode isentar da aplicação da presente convenção as empresas onde os únicos empregados são os membros da família do empregador de acordo com a referida legislação.

Art. II — Para os fins da presente convenção, o termo 'mulher' designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo 'filho' designa toda criança nascida de matrimônio ou não.

Art. III — 1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada obrigatoriamente depois do parto.

3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional, não será, porém, nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seja antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória, ou seja, ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda.

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.

5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário do parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional de maneira a serem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriado.

3. A assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestados por parteira diplomada ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária; a livre escolha do médico e a livre escolha entre um estabelecimento público ou privado serão respeitadas.

4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos; em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas.

5. As mulheres que não podem pretender, de direito, quaisquer prestações, receberão apropriadas prestações pagas dos fundos de assistência pública, sob ressalva das condições relativas aos meios de existência prescritas pela referida assistência.

6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração.

7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade, e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagas de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente, pelos empregadores e empregados.

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

Art. V — 1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.

2. As interrupções do trabalho para fins de aleitamento devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com esta; nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente.

Art. VI — Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.

Art. VII — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifica a presente convenção pode, por meio de uma declaração que acompanha sua ratificação, prever derrogações no que diz respeito:

a) a certas categorias de trabalhos não industriais;

- b) a trabalhos executados em empresas agrícolas outras que não plantações;
- c) ao trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares;
- d) às mulheres assalariadas trabalhando em domicílio;
- e) às empresas de transporte marítimo de pessoas ou mercadorias.

2. As categorias de trabalhos ou de empresas para as quais tenham aplicações os dispositivos do § 1 do presente artigo deverão ser designadas na declaração que acompanha a ratificação da convenção.

3. Todo Membro que fez tal declaração pode a qualquer tempo anulá-la em todo ou em parte por uma declaração ulterior.

4. Todo Membro, com relação ao qual está em vigor uma declaração feita nos termos do § 1 do presente artigo, indicará todos os anos no seu relatório anual sobre a aplicação da presente convenção, a situação de sua legislação e de suas práticas quanto aos trabalhos e empresas aos quais se aplica o referido § 1 em virtude daquela declaração, precisando até que ponto deu execução ou se propõe a dar execução a no que diz respeito aos trabalhos e empresas em apreço.

5. Ao término de um período de cinco anos após a entrada em vigor da presente convenção, o Conselho Administrativo do Bureau Internacional do Trabalho submeterá à Conferência especial com relação à aplicação dessas derrogações e contendo as propostas que julgará oportunas em vista das medidas a serem tomadas a este respeito."

Art. VIII — As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Art. IX — 1. A presente convenção não obrigará senão aos Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tenha sido registrada pelo Diretor-Geral.

Art. X — 1. As declarações que forem comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, de conformidade com o § 2 do art. 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, deverão indicar:

- a) os territórios nos quais o Membro interessado se compromete a aplicar, sem modificação, as disposições da convenção;
- b) os territórios nos quais ele se compromete a aplicar as disposições da convenção com modificações, e em que consistem essas modificações;
- c) os territórios aos quais a convenção é inaplicável e, nesse caso, as razões pelas quais ela é inaplicável;
- d) os territórios para os quais reserva sua decisão, esperando exame mais aprofundado da respectiva situação.

2. Os compromissos mencionados nas alíneas a e b do parágrafo primeiro do presente artigo serão reputados partes integrantes da ratificação e produzirão idênticos efeitos.

3. Todo Membro poderá renunciar, em nova declaração, no todo ou em parte, às reservas contidas em sua declaração anterior em virtude das alíneas b, c e d, do parágrafo primeiro do presente artigo.

4. Todo Membro poderá, durante os períodos no curso dos quais a presente convenção pode ser denunciada de conformidade com as disposições do art. 22, comunicar ao Diretor-Geral nova declaração modificando em qualquer outro ponto os termos de qualquer declaração anterior e esclarecendo a situação dos territórios que especificar.

Art. XI — 1. As declarações comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, de conformidade com os §§ 4 e 5 do art. 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, devem indicar se as disposições da convenção serão aplicadas no território, com ou sem modificações; quando a declaração indicar que as disposições da convenção serão aplicadas sob reserva de modificações, ela deve especificar em que consistem as ditas modificações.

Art. XII — 1. Todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos depois da data da entrada em vigor inicial da convenção, por ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho

e por ele registrado. A denúncia não terá efeito senão um ano depois de ter sido registrada.

2. Todo Membro que, tendo ratificado a presente convenção, dentro do prazo de um ano depois da expiração do período de dez anos mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo, será obrigado por novo período de dez anos e, depois disso, poderá denunciar a presente convenção no fim de cada período de dez anos, nas condições previstas no presente artigo.

Art. XIII — 1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Notificando aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe for comunicada, o Diretor-Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data em que a presente Convenção entrar em vigor.

Art. XIV — O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho enviará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para fim de registro, conforme o art. 102 da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que houver registrado conforme os artigos precedentes.

Art. XV — Cada vez que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e examinará se é necessário inscrever na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Art. XVI — 1. No caso de a Conferência adotar nova convenção de revisão total ou parcial da presente convenção, e a menos que a nova convenção disponha diferentemente:

a) a ratificação, por um Membro, da nova convenção de revisão acarretará, de pleno direito, não obstante o art. 17 acima, denúncia imediata da presente convenção quando a nova convenção de revisão tiver entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova convenção de revisão, a presente convenção cessará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente convenção ficará, em qualquer caso, em vigor, na forma e no conteúdo, para os Membros que a tiverem ratificado e que não tiverem ratificado a convenção de revisão.

Art. XVII — As versões em francês e em inglês do texto da presente convenção fazem igualmente fé."

[1] Texto extraído do livro "Convenções da OIT" de Arnaldo Sússekind, 2ª edição, 1998. 338p. gentilmente cedido pela Ed. LTR.

Fonte: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm (acesso em 03 de Setembro de 2017)