

ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO: UMA ANÁLISE DE SUA INAPLICABILIDADE QUANDO O EMPREGADOR FOR PESSOA FÍSICA OU MICROEMPREENDEDOR

Vilmar Rêgo Oliveira¹

Resumo: Nas modernas legislações a regra é o contrato de trabalho por prazo indeterminado, relevando o contrato a termo apenas para situações específicas e expressamente previstas no ordenamento jurídico. Para proteger o empregado de atitudes arbitrárias do empregador, tem-se obstado a despedida imotivada ou expandido as hipóteses das garantias provisórias de emprego, sem que esse posicionamento conte com a unanimidade na doutrina. Assim sendo, o objetivo da presente pesquisa é analisar a viabilidade de se assegurar estabilidade à empregada gestante quando esteja no curso de um contrato de trabalho celebrado por prazo determinado, a exemplo do que vem sendo solidificado no Brasil, avaliando os fundamentos legais, jurídicos e econômicos, principalmente quando o empregador é pessoa física ou pequeno empreendedor.

Palavras-Chave: Direito do Trabalho. Contrato de trabalho a termo. Garantia provisória de emprego. Empregada gestante. Pequeno empreendedor.

STABILITY OF THE PREGNANT EMPLOYEE IN THE TEMPORARY WORK CONTRACT: AN ANALYSIS OF

¹ Mestrando e doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL), Bacharel em Teologia pelo Instituto Bíblico Betel Brasileiro, professor de Grego Antigo, ex-Procurador Federal e atualmente Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – Brasil.

THEIR INAPPLICABILITY WHEN THE EMPLOYER IS A NATURAL PERSON OR SMALL ENTREPRENEUR

Abstract: In modern legislation the standard is work contract established for an indeterminate period, reserving contracts by specific period of time for special situations expressly provided on legal ordinances. To protect the employee from arbitrary attitudes of the employer it is not possible to dismiss without clear motivation or even expanding hypothesis of provisional employment guarantees, without granting unanimous support of the doctrine. Therefore, the objective of this research is to analyze viability and to assure stability to pregnant employee during the course of a temporary work contract, like the ones current applied in Brazil, evaluating legal, juridical and economics basis, mostly when employer is a natural person or small entrepreneur.

Keywords: Labor law. Temporary work contract. Provisional employment guarantees. Pregnant employee. Small entrepreneur

INTRODUÇÃO



Desde a extinção da escravatura o trabalho é um dos elementos que mais expressa o princípio da dignidade do ser humano. Nesse sentido, não basta que haja o trabalho, mas que ele seja digno e remunerado de forma justa e desenvolvido em um ambiente que preserve a higidez física, emocional e psicológica dos empregados.

Visando a dar maior segurança e previsibilidade tanto ao empregado quanto ao empregador, as legislações modernas sobre Direito do Trabalho evoluíram para consagrar como regra o contrato de trabalho por prazo indeterminado, relevando o contrato a termo apenas para situações específicas e expressamente

previstas no ordenamento jurídico.

Com o objetivo de proteger ainda mais o empregado de atitudes arbitrárias do empregador, tem-se expandido de forma genérica a proibição de ruptura contratual imotivada ou apenas em casos específicos, como ocorre com as garantias provisórias de emprego, a exemplo daquela que alberga a empregada gestante.

Por outro lado, verifica-se uma linha de tensão entre os que defendem a possibilidade de se assegurar estabilidade a empregados de forma genérica e aqueles que perfilam entendimento no sentido de que esse instituto é incompatível com os contratos por prazo determinado.

Assim sendo, o objetivo da presente pesquisa é analisar a viabilidade de se assegurar estabilidade à empregada gestante quando esteja no curso de um contrato de trabalho celebrado por prazo determinado, a exemplo do que vem sendo solidificado no Brasil, avaliando os fundamentos legais, jurídicos e econômicos.

A matéria toma maior importância quando se verifica que a maioria dos empregos gerados é oriunda de empregadores pessoas físicas, empregador doméstico ou de pequenas e microempresa que têm apenas um ou alguns poucos empregados.

Nesse sentido, pretende-se avaliar a viabilidade ou não do reconhecimento de estabilidade da gestante em caso de contrato por prazo determinado não apenas em relação às questões jurídicas, mas também no que tange aos princípios da boa-fé em suas concepções objetivas e subjetivas, da função social da empresa e do contrato, do princípio da proteção ao trabalhador, bem como da repercussão econômica.

1. CONCEITO / DEFINIÇÃO

O estudo de qualquer instituto na seara das ciências jurídicas demanda, inicialmente, a correta compreensão do significado e dos elementos que o integram. Somente com esse

domínio cognitivo se torna possível particularizar o estudo e distingui-lo dos demais institutos que a ele se assemelham.

Isso se torna possível por intermédio de uma conceituação ou definição prévia, elementos esses que podem vir expressos em determinado diploma legal, formulação teórica elaborada pela doutrina ou mesmo em decisões de tribunais consolidadas em sua jurisprudência.

No campo conceitual, tem-se observado divergência quanto à equivalência ou não dos termos “conceito” e “definição”. Há autores que partem da premissa de que as palavras são sinônimas e ainda outros que concluem pela distinção entre ambas.

Nesse sentido, vale lembrar as palavras do professor Alessandro Knaesel Arrabal²:

“Pode-se dizer que a diferença entre Definição e Conceito está na maneira como reconhecemos o *sentido das coisas do mundo* [...]”

Para estabelecer *uma definição* do objeto [...], parte-se do pressuposto que ele é constituído de uma substância com características únicas (uma “natureza”), a qual pode ser identificada e permite estabelecer a diferença entre o objeto [...] de todos os demais objetos do mundo. O objeto (ente) é, portanto, dotado de uma *essência* que, ao ser descoberta, possibilita: a) estabelecer sua diferenciação com outros entes do mundo; b) afirmar universalmente que todo o ente que contenha uma essência de caneta será, sem dúvida, uma caneta. Esta perspectiva é adotada pelo empirismo tradicional.

Por outro lado, ao estabelecer um *conceito* do objeto “caneta”, parte-se do pressuposto que ele não é dotado de uma essência. Seu “ser” não é determinado por atributos substanciais e universais, mas por sua relação com inúmeras variáveis de um dado *ambiente* (contexto) no qual ele está inserido (usos, costumes, possibilidades técnicas, etc.). *O ser da caneta é constituído a partir de sua existência no mundo.* A palavra

² ARRABAL, Alessandro Knaesel – Diferença entre Definição e Conceito [Em linha] <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-e-conceito.html>, em 09/09/2016, as 10h. O autor utiliza o objeto “caneta” para ilustrar sua argumentação.

“conceito” deriva do latim *conceptus* que significa “o que está contido, está dentro”. Nesta perspectiva, o sentido não decorre de fatores exclusivamente endógenos, mas da interdependência do “ente” em relação a um dado meio. Trata-se de um olhar contextual. Esta perspectiva é adotada pela fenomenologia, pelo existencialismo e pela teoria dos sistemas.”

Para o professor Alessandro, portanto, a diferença entre os termos definição e conceito consiste no fato de que o primeiro aborda os elementos essenciais de determinado instituto que o distingue dos demais, ao passo que conceito seria influenciado por elementos externos, entre os quais o meio ou o contexto em que ele foi empregado.

No mesmo sentido, para Maurício Godinho Delgado³, “definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexó lógico que os mantém integrados. Definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos.”

Assim sendo, embora seja controvertida a efetiva distinção semântica entre conceito e definição, essa discussão não é meramente acadêmica e/ou desprovida de interesse no estudo de institutos jurídicos, porquanto sabe-se que o direito, como ciência social, tende a seguir a evolução dos valores da sociedade a que pretende regulamentar.

Ademais, somente após fixar os contornos conceituais de determinado instituto se poderá efetivamente rastrear seu histórico e disciplina em determinado ordenamento jurídico.

Não por outra razão, diversas leis trazem em seu bojo o entendimento que o legislador pretende dar ao disciplinar determinado instituto jurídico.

Para fins da pesquisa que ora se propõe, ou seja, a análise de aspectos controvertidos quanto à possibilidade de se reconhecer o direito à estabilidade provisória à empregada gestante na

³ DELGADO, Maurício Godinho – Curso de Direito do Trabalho, 2ª ed., São Paulo: LTR, 2003, p. 51

hipótese de contrato por prazo determinado, principalmente levando em consideração o transtorno que pode causar ao empregador pessoa física, doméstico e às microempresas, faz-se necessário inicialmente a conceituação do que venha a ser contrato a termo e por prazo indeterminado, dispensa motivada, imotivada e arbitrária, à luz da legislação e da doutrina vigente.

Conforme assinala José António Pinheiro Torres⁴, durante muito tempo a regra era contrato de trabalho por prazo determinado, por se temer que o contrato sem prazo se aproximasse do contrato vitalício ou mesmo da escravidão. Entretanto, para se garantir mais estabilidade ao empregado passou-se a adotar cada vez mais o contrato por prazo determinado ou até mesmo as estabilidades no emprego.

Em regra o contrato de trabalho pode ser celebrado com prazo fixo ou indeterminado, sendo esse último a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.⁵ A mesma regra é adotada no art. 130 do Código do Trabalho Português.

Contrato por prazo indeterminado é aquele “cuja duração temporal não tenha prefixado termo extintivo, mantendo duração indefinida ao longo do tempo”.⁶

Por outro lado, a CLT⁷ conceitua o contrato a termo fixando que “considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.”. Exige, ainda, para sua validade que o serviço contratado ou a atividade da empresa tenha natureza transitória, ou decorra de contrato de experiência.

⁴ TORRES, José António Pinheiro – Do contrato de trabalho a termo na Lei Portuguesa e de Macau, p.63

⁵ No mesmo sentido é a orientação da Súmula 212 do TST.

⁶ DELGADO, Maurício Godinho – Curso de Direito do Trabalho, 7ª ed., São Paulo: LTR, 2008, p. 521.

⁷ CLT, art. 443.

No mesmo sentido, o mestre Valentin Carrion⁸ conceitua o contrato por prazo determinado como sendo “aquele em que as partes preveem um limite à sua duração; esse limite pode ser um dia determinado, a execução de certos trabalhos ou um fato futuro de cujo acontecimento há certeza, e, não se sabendo o dia exato, pode-se antevê-lo como aproximação.”

Embora a regra seja o contrato por prazo indeterminado, o sistema jurídico brasileiro reconhece diversos tipos de contrato a termo, a exemplo do contrato de experiência, de safra, obra certa, temporada e etc.

Em relação à forma como pode ocorrer a extinção contratual, ela pode se dar de forma motivada, imotivada ou arbitrária.

Considera-se justa causa para a motivação da ruptura contratual o “efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus...”⁹

No caso brasileiro, os fatos que podem dar suporte à extinção contratual por justa causa estão elencados nos art. 282/286 da CLT.

Já a extinção contratual sem justa causa é a possibilidade de qualquer das partes contratantes tomar a iniciativa de pôr fim à relação contratual sem que tenha que expor os motivos pelos quais pretende terminar o vínculo.

Nessa hipótese o ordenamento jurídico já estatui os direitos e obrigações de cada parte, geralmente impondo uma indenização a ser suportada por quem tomar a iniciativa da ruptura contratual, no caso brasileiro se exige, entre outros, a concessão de aviso prévio e ainda uma multa equivalente a 40% do saldo existente na conta vinculada do FGTS do empregado.

⁸ CARRION, Valentin – Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 324.

⁹ Idem, p. 433

O Direito Português não reconhece a possibilidade de extinção contratual de forma imotivada por iniciativa do empregador, pelo contrário, o proíbe expressamente no art. 338 do Código de Trabalho. Nesse sentido, Vitor Ferraz é expresso ao afirmar que o ordenamento laboral português não admite o despedimento não motivado ou não fundamentado.¹⁰

Vale ressaltar, outrossim, que em Portugal também não se reconhecer o direito a estabilidade no contrato de trabalho por prazo determinado.

Já em relação à demissão arbitrária, a matéria mais é nebulosa. Há autores que entendem que essa expressão é sinônima de imotivada ou sem justa causa¹¹, outros equiparam as expressões, mas elastecem o campo de atuação para excluir da configuração da demissão arbitrária não apenas os ilícitos cometidos pelo empregado, mas também as questões técnicas, econômicas e financeiras¹²

O art. 10º das Disposições Transitórias da Constituição Federal Brasileira parece fazer distinção entre esses institutos ao proibir, sob certas circunstâncias, a despedida arbitrária ou sem justa causa, dispositivo que será apreciado mais a frente.

O art. 165 da CLT, ao tratar da garantia provisória de emprego do empregado membro da comissão interna de prevenção de acidentes (CIPA) veda a dispensa arbitrária, deixando claro que não configura essa modalidade extintiva quando se fundar em motivos disciplinares (típico da justa causa), técnicos, econômicos e financeiros.

2. ESTABILIDADE À GESTANTE NO CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO À LUZ DE:

¹⁰ FERRAZ, Vitor – I Congresso Nacional de Direito do Trabalho: Estabilidade da Relação Laboral, p. 256.

¹¹ DELGADO, Maurício Godinho – Curso de Direito do Trabalho, 7ª ed., São Paulo: LTR, 2008, p. 1032.

¹² CARRION, Valentin – Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 203.

2.1 DISCIPLINA LEGAL E JURISPRUDENCIAL

Os que defendem a estabilidade ou garantia provisória de emprego à empregada gestante, mesmo na hipótese de contrato a termo, invocam diversos normativos que serão a seguir abordados.

A primeira norma em evidência diz respeito à Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho de 1952 e ratificada pelo Brasil em 1965.

Embora a norma seja invocada até mesmo em julgados do Supremo Tribunal Federal, ela pretende assegurar amparo à maternidade, mas não trata especificamente de nenhuma estabilidade em contrato a termo.

Na verdade, assegura, entre outros, os direitos à licença maternidade mínima de 12 semanas (art. III), remuneração e assistência médica, deixando claro, contudo, no art. IV, 8. que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelos custos das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

O art. 10º das Disposições Transitórias da Constituição Federal Brasileira veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até a cinco meses após o parto¹³.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados tem se fundamentado na interpretação desse dispositivo para assegurar estabilidade à gestante, afirmando que essa garantia é direito subjetivo e é aplicável em qualquer tipo de contrato, seja público ou privado, por prazo indeterminado ou a termo.¹⁴

Esse posicionamento da Suprema Corte provocou a alteração da jurisprudência então pacífica do Tribunal Superior do

¹³ ADCT, art. 10º, II, “b”, da Constituição Federal Brasileira.

¹⁴ Nesse sentido foram as decisões proferidas nos autos dos processos RE 634.093, sendo Ministro Relator Celso de Melo, RE 420.839, Rel. Min. Dias Tófolli, 509.775 Rel. Min. Carmem Lúcia.

Trabalho, que entendia ser inviável a garantia provisória de emprego no caso de contrato a termo.

Nesse sentido, a atual redação da Súmula 244¹⁵ reconhece a garantia provisória de emprego mesmo no caso de contrato a termo, sendo que os diversos precedentes invocam, entre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana, direito social à proteção à maternidade, igualdade, etc.

O texto constitucional parece querer fazer distinção entre as expressões sem justa causa e arbitrária. Nesse sentido a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, ao interpretar esse dispositivo, firmou entendimento no sentido de que a expressão arbitrária significa apenas a dispensa imotivada, enquanto sem justa causa alcançaria todas as hipóteses não elencadas no art. 482 da CLT.¹⁶

Não seria desarrazoado concluir que o constituinte não primou pela melhor técnica e que utilizou ambas as expressões como sinônimas e não como se pretendesse considerar coisas distintas.

Ainda que assim não fosse e houvesse efetiva distinção entre os termos, vale ressaltar que o art. 165 da CLT já abordava

¹⁵GESTANTE. 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

...omissis....

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.

¹⁶ “...Sucede que partindo da premissa de que a norma constitucional não encerra termos inúteis, passei a compreender a distinção entre as duas figuras em comento. A dispensa dita arbitrária, longe de revelar cenário compatível com a carga negativa que o termo traz em si - na esfera do senso comum -, significa tão-somente o término do vínculo de emprego ocasionado pela manifestação de vontade do empregador, isto é, decorrente de seu livre arbítrio. Tal atitude, na seara da legislação ordinária trabalhista, equivale à chamada dispensa imotivada. Já o conceito de dispensa sem justa causa, no texto constitucional, abarca todas aquelas que não sejam fundadas no rol do art. 482 da CLT. Assim, a higidez do contrato é assegurada à empregada gestante desde que ela não dê causa justa para ser dispensada.” TRT10ªR-1743-14-2015.5.10.0801, Rel. João Amílcar Silva e Souza, DJE de 27/04/2017.

as hipóteses em que não se considerava como sendo dispensa arbitrária e não se limitava àquelas elencadas no art. 482 do mesmo diploma legal que, sabidamente, trata apenas de questões disciplinares.

Considerando que o legislador ordinário já havia anteriormente fixado parâmetros que permitisse saber o que significava demissão arbitrária, ainda que a contrário senso, é razoável entender que essa era a efetiva concepção que orientou o legislador constituinte no particular.

Ou seja, a Constituição estaria, no máximo, protegendo a estabilidade da gestante contra despedida sem justa causa (motivo disciplinar) ou arbitrária (que não se fundasse em questão técnica, econômica e/ou financeira) e não a estabilidade contra qualquer demissão que não fosse por justa causa.

Assim sendo, conclui-se que os dispositivos legais e constitucionais invocados não asseguram estabilidade à gestante no contrato a termo e, ainda que assim não fosse, também não obstaría mesmo nessa modalidade contratual que a demissão ocorresse, desde que fundadas em razões disciplinares, técnica, econômica e/ou financeira.

2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA, DO CONTRATO E DO TRABALHO

É bem verdade que se poderia sustentar que a estabilidade provisória no contrato a termo, principalmente no caso de empregada gestante, teria suporte nas ideias da função social da empresa, do contrato e/ou até mesmo do trabalho.

Não se nega que os sistemas jurídicos modernos passaram a exigir da empresa uma responsabilidade que vai além da mera busca por lucro, mas que também inclui uma maior responsabilidade social, ou seja, que ela tenha um maior proveito para a sociedade no pagamento de impostos, geração de empregos decentes e etc.

Entretanto, como bem ressaltado por Henrique Viana Pereira, “a empresa deve ser exercida com observância de sua função social, que é diferente de uma função assistencial... a função social não transforma uma sociedade empresária em órgão público.”¹⁷

No mesmo sentido, Humberto Teodoro Júnior leciona que “a função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de ‘assistência social’... por mais que o indivíduo mereça assistência social não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência.”¹⁸

Esse professor ainda conclui que o contrato existe para propiciar circulação de propriedade e somente após se assegurar essa função econômica pode-se limitá-la pela função social, mas jamais impedi-la.¹⁹

A preservação da microempresa deve ser a primeira prioridade, tendo em vista o benefício que ela pode trazer não somente para o próprio empreendedor, mas igualmente a toda a coletividade.

A função social cabe, primordialmente, ao Estado e ao empregador apenas em um segundo plano, tendo em vista que este já participa de forma efetiva com a geração e distribuição de riquezas e, por conseguinte, com o pagamento de impostos.

Não é razoável atribuir ao micro empregador ou ao empregador pessoa física ou familiar, como ocorre como o trabalho doméstico, uma responsabilidade social que acabe por inviabilizar sua existência ou mesmo a manutenção do emprego a outros empregados.

Não se nega a importância de se assegurar condição de

¹⁷ PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida – Função Social da Empresa e o Direito Penal Empresarial, p.53.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto – O contrato e sua função social, p.100

¹⁹ Idem, p. 101.

vida digna a todos os seres humanos, com mais razão às empregadas gestantes, mas isso não é justificativa suficiente para transferir essa responsabilidade do Estado para o empregador, quando isso pode inviabilizar sua existência.

2.3 REPERCUSSÃO ECONÔMICA ÀS MICROEMPRESAS E EMPREGADOR INDIVIDUAL E DOMÉSTICO X CONTRATO DE INAÇÃO – DISPENSA POR MOTIVO ECONÔMICO NÃO É ARBITRÁRIA ART. 165 DA CLT

O contrato por prazo determinado conforme já assentado acima é exceção e só se justifica nas exatas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, exatamente porque atualmente se considera que ele seja mais prejudicial ao empregado, na medida em que gera insegurança quanto ao sustento próprio e de sua família.

O princípio da proteção tão caro no campo do Direito do Trabalho visa a proteger o empregado, sabidamente parte mais frágil da relação contratual, de atitude descomedida do empregador.

Entretanto, não se pode esquecer que nem todos os empregadores são grandes empresas como suporte financeiro suficiente para impor sua pretensão. Há uma parte considerável dos empregadores que são microempresas com menos de cinco empregados e muitas delas como apenas um, prática também usual quando o empregador é pessoa física ou mesmo uma família como costuma acontecer com o empregador doméstico.

Ignorar a realidade dos pequenos empregadores e tratá-los com o mesmo rigor que se trata os grandes pode não produzir os efeitos pretendidos pela aplicação do princípio protetivo, pelo contrário, pode ocorrer exatamente o efeito contrário, ou seja, impedir que esses empreendedores contrate mais empregados.

Imaginemos a hipótese de um empregador que necessite de apenas alguns empregados ou mesmo de apenas um, como

costuma ocorrer como os empregadores domésticos.

Na hipótese desse empregado precisar se afastar por alguns dias, como, por exemplo, em caso de férias, ou mesmo por um período maior em caso de doença ou até mesmo por licença à gestante por prazo que pode se estender por até seis meses ou mais, o empregador precisará contratar outro empregado para substituí-lo nesse período.

Nessa hipótese, a legislação vigente autoriza a contratação por prazo determinado de um outro empregado para realizar tais atividades até que o titular possa efetivamente retornar ao posto de trabalho.

Vale ressaltar que no momento da celebração do contrato as partes sabem de antemão o início e o término do contrato, seja esse fixo ou presumível.

Pode ocorrer que durante esse contrato temporário a empregada contratada para substituição fique grávida e, segundo a jurisprudência dominante, goze de garantia provisória de emprego até cinco meses após o parto.

Ao retornar o titular, o pequeno empregador estará em uma situação complicada, pois não tem atividade para ambos os empregados e não poderá demitir aquela contratada por contrato a termo.

Nessas circunstâncias terá que tomar uma de três decisões possíveis. A primeira é demitir o titular que retornou ao emprego após o afastamento, ainda que seja bom empregado e esteja habituado com a atividade e goze da confiança do empregador.

Nessa hipótese, o princípio protetivo estará sendo utilizado para beneficiar um empregado em detrimento de outro que igualmente necessita do emprego para seu sustento, podendo inclusive ter filhos pequenos em quantidade maior que a empregada contratada para o substituir.

A segunda atitude que o empregador poderá tomar será manter os dois empregados sem necessidade, ou seja, sem que

tenha atividade para ser atribuída a ambos e assumir o prejuízo. Vale ressaltar que essa hipótese poderá ser mais danosa ainda para esse empregador, na medida em que não raras vezes a Justiça do Trabalho tem considerado ilegal não atribuir atividade ao empregado, considerando que isso equivale a inação e, por conseguinte, condenado o empregador a pagar indenização por danos morais.²⁰

A terceira e última atitude e, por isso mais drástica, pode ocorrer de o empregador não conseguir arcar com os custos de todos os empregados e começar a atrasar salário ou até mesmo ter que encerrar suas atividades, hipótese em que o dano será ainda maior não apenas para o empregado contratado por prazo determinado, mas igualmente para o que foi substituído, para o empregador e até mesmo para a sociedade.

Nas três hipóteses acima idealizadas, o princípio protetivo teria sendo utilizado e alcançado efeitos opostos ao objetivo que justifica a sua existência.

Tudo isso poderia ser evitado, se se considerar que a demissão por motivos técnicos, econômicos e financeiros, como previsto no art. 165 da CLT, não configura nenhuma arbitrariedade e tampouco sem justo motivo, não estando, assim, vedada pelo art. 10º do ADCT.

Embora a situação acima seja apenas hipotética, é possível de ocorrer, principalmente levando em consideração que a maioria dos empregados domésticos são do sexo feminino e em fase de procriação.

A Constituição Federal assegura tratamento diferenciado aos pequenos empreendedores, não obstante deixe claro que a

²⁰ Nesse sentido é o seguinte precedente: “6 – No caso dos autos, a condenação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) foi fixada pelo TRT, uma vez que ficou comprovado que "a empresa deixou a empregada sem desenvolver qualquer atividade (inação) na empresa, no momento em que lhe retirou o acesso ao sistema, provocando a quebra do caráter sinalagmático do contrato de trabalho e, por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer o trabalho, fonte de dignidade do empregado". Processo:AIRR-759-49.2016.5.19.0001, 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, in DEJT 20/10/2017.

atividade econômica tem como valores fundamentais a serem preservados a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa em pé de igualdade, ou seja, o aplicador do direito deve tentar, sempre que possível preservar ambos os parâmetros.²¹

Embora haja quem defenda que somente se pode admitir o tratamento diferenciado do pequeno empregador em questões outras que não cause nenhum prejuízo aos direitos sociais e trabalhistas de seus empregados, entre os quais se inclui Gustavo Garcia²², vale ressaltar que a legislação vigente e a jurisprudência trabalhista em alguns casos segue a mesma direção, a exemplo do que já ocorre com a orientação disposta na Súmula 377 do TST que dispensa ao empregador doméstico e às microempresas da exigência de que o preposto que comparece à audiência tenha que ser empregado e isso o faz por constatar que isso pode não ser possível caso o empregado tenha um único empregado ou mesmo seja excessivamente oneroso na hipótese de ter apenas alguns poucos empregados.

A mesma razão de ser deve prevalecer quando em outros casos, principalmente nas hipóteses aqui debatida em que o tratamento diferenciado a esse tipo de empregador tem a finalidade de preservar outros empregados, a própria sobrevivência do empregador e até mesmo a coletividade.

Reitere-se que o ordenamento jurídico vigente não ampara a garantia provisória de emprego à empregada gestante quanto o vínculo é por prazo determinado, principalmente quando há motivos, inclusive econômico, que devem ser considerados para preservar outros interesses também protegidos, como acima citados.

2.4 VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ X NORMAS DE CARÁTER IMPERATIVO DO DIREITO DO

²¹ Art. 170 da Constituição Federal Brasileira de 1988.

²² GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa – O empregador e o regime trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte, p. 75.

TRABALHO

O princípio da boa-fé contratual vincula todos os contratantes e alcança todas as fases do contrato. O atual Código Civil Brasileiro é expresso no sentido de que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.²³

Carlos Roberto Gonçalves chama a atenção para o fato de que esse princípio exige que as partes se comportem de forma correta não apenas nas tratativas, mas também durante a formação e cumprimento, ressaltando que ele tem relação com o princípio de que ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza.²⁴

O princípio da boa-fé tem a concepção subjetiva, ou seja, psicológica, na qual o agente pratica ou deixa de praticar um ato por entender que isso é o correto ou por ignorância, ou seja, está lastreada na intenção do agente. Por outro também há também a concepção objetiva, ou seja, como norma de comportamento, a forma de proceder que se espera de uma pessoa correta, de bem.

Como ressalta Cláudio Godoy²⁵, boa-fé subjetiva e objetiva são conceitos diversos, sendo possível que alguém atue como boa-fé subjetiva por ignorar o ilícito de sua conduta e, mesmo assim, ferir a boa-fé objetiva, ao negar, por exemplo informação que são relevantes para as expectativas contratuais.

Esse princípio se aplica também aos contratos de trabalho em ambas as concepções, conforme ressaltado por Plá Rodrigues, para quem “em flagrante contraste com os antigos juristas que somente admitiam os efeitos da boa-fé nos casos em que o ordenamento jurídico, de maneira expressa e literal, a ela aludia, é vista agora como um princípio geral, informante da totalidade da regulamentação, com características de postulado moral

²³ Art. 422 do Código Civil Brasileiro.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro, volume III, p.33.

²⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de – Função Social do Contrato, p. 73.

e jurídico”²⁷.

Assim sendo, fica claro que os modernos ordenamentos jurídicos, incluindo a matéria trabalhista, passou a se valer também de forma abrangente do princípio da boa-fé tanto em seu aspecto subjetivo quanto objetivo em todas as fases do contrato, ou seja, desde as tratativas preliminares até o seu completo exaurimento.

Feitas essas considerações, é possível, pelo menos em tese, que uma determinada empregada, ao ser contratada para um contrato por prazo determinado, possa se valer da gravidez durante este contrato com a finalidade apenas de garantir estabilidade no emprego.

Para que não pareça ser uma ideia estapafúrdia, chamo a atenção que seria possível que uma determinada empregada já tivesse a intenção de ter filho em um período de tempo próximo e, diante da iminência do término de seu contrato a termo antecipar esse projeto apenas como a finalidade de assegurar esse emprego pelo período da estabilidade, ou seja, da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Embora essa pareça ser apenas ilação difícil de se concretizar na vida real, não o é, principalmente considerando a vastidão do território brasileiro onde se sabe que, em determinada região, adolescentes estão engravidando apenas com a finalidade de receber os benefícios governamentais concedidos às gestantes. O Governo Federal assegura um auxílio à gestante desempregada, por intermédio de parcelas adicionais do bolsa família.

Verificando essa hipótese tem-se por violado o princípio da boa-fé e, por conseguinte, não se deve reconhecer nenhuma garantia provisória de emprego, muito menos em se tratando de um contrato a termo.

2.5 POSSIBILIDADE DO EFEITO REVERSO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Como se sabe e já foi anteriormente mencionado, o princípio da proteção tem por finalidade exatamente proteger o empregado de arbitrariedade do empregador que tenha por objetivo prejudicá-lo.

Nesse sentido, Américo Plá Rodrigues informa que “o princípio da proteção se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, em vez de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador”.²⁶

Não adentrando em todos os desdobramentos do princípio da proteção largamente observado na doutrina trabalhista, sua aplicação em determinados casos, a exemplo do caso de contrato a termo envolvendo microempreendedores pode causar exatamente o efeito contrário.

O empregador, diante da possibilidade de ocorrer as hipóteses anteriormente tratadas, tenderá a evitar a contratação de empregadas em idade de procriação, sem que isso tenha por finalidade nenhuma discriminação pelo fato de ser do sexo feminino, mas apenas pensando, em último caso, em sua própria sobrevivência pessoal ou empresarial.

Esse é um posicionamento racional e nada tem a ver com a responsabilidade social que a empresa deve ter ou mesmo com o respeito ao valor social do trabalho, princípios esses assegurados na Constituição Federal Brasileira.

Vale ressaltar o fundamento lançado por Alpínio Silveira, segundo o qual “não é possível sacrificar os interesses da empresa para salvaguardar um único empregado, mesmo que todos os outros empregados sofra.”²⁷

O princípio da proteção visa assegurar o direito do empregado em fase do empregador, mas não o direito daquele em

²⁶ RODRIGUES, Plá Américo – Princípios de Direito do Trabalho, p. 83.

²⁷ SILVEIRA, Alpínio – apud RODRIGUES, Plá Américo – Princípios de Direito do Trabalho, p. 92

prejuízo de outro empregado ou mesmo de uma coletividade de empregado.

CONCLUSÃO

No início dessa pesquisa se pretendia analisar a controvérsia existente quanto à possibilidade de se reconhecer garantia provisória de emprego à empregada gestante em todos os tipos de contrato ou se tal garantia não estaria assegurada no caso de contrato por prazo determinado. Era também objetivo verificar se, ainda que se reconhecesse que o ordenamento jurídico assegure a estabilidade nessa modalidade contratual, se seria possível a ruptura contratual por iniciativa do empregador apenas nas hipóteses de questões disciplinares que configure justa causa ou se também seria possível a demissão fundamentadas em questões técnicas, econômicas e financeiras, principalmente levando em consideração a necessidade de tratamento diferenciado aos microempreendedor.

Esse estudo demonstrou que a controvérsia doutrinária e jurisprudencial é significativa, sendo que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal Superior do Trabalho tem firme jurisprudência no sentido de se reconhecer o direito subjetivo da gestante à estabilidade em todas as modalidades contratuais, incluindo o contrato a termo.

Constatou-se, por outro lado, que nem a Convenção 53 da Organização Mundial do Trabalho nem mesmo a Constituição Federal do Brasil ou a legislação portuguesa asseguram expressamente a garantia provisória de emprego à gestante em caso de contrato por prazo determinado, sendo certo que a expressão demissão arbitrária utilizada pelo constituinte brasileiro não equivale a sem justa causa, permanecendo a concepção legislativa disposta no art. 165 da CLT, no sentido de que não somente a demissão por questões disciplinares, mas também aquelas fundadas em elementos técnicos, econômicos e financeiros não

configuram arbitrariedade, não estando, portanto, vedada a demissão quando demonstradas essas hipóteses.

Constatou-se também que, embora relevante, a função social da empresa, do contrato e mesmo do trabalho não podem ser invocadas para assegurar a garantia provisória de emprego quando o empregador for microempresa, pessoa física ou mesmo empregador doméstico, quando esta circunstância se tornar pesada a ponto de prejudicar o emprego de outros empregados ou mesmo a sobrevivência do empregador.

Por último, ressalte-se também que a garantia provisória de emprego também não poder assegurada quando os princípios da boa-fé subjetiva ou objetiva for desrespeitado pelo empregado com a mera finalidade de atrair essa proteção legal.



BIBLIOGRAFIA

- ARRABAL, Alessandro Seselina – *Diferença entre Definição e Conceito* [Em linha] <http://www.praticadapesquisa.com.br/2015/06/diferenca-entre-definicao-onceito.htm>.
- CARRION, Valentin – *Comentário à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36ª Edição. Atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho – *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003.
- FERRAZ, Vitor – I Congresso Nacional de Direito do Trabalho: *Estabilidade da Relação Laboral*. Coimbra: Almedina, 1998.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de – *Função Social do Contrato: Os Novos Princípios Contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- GONÇALVES, Carlos Roberto – Direito Civil Brasileiro, volume III. São Paulo: Saraiva, 2004..
- GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa – O Empregador e o Regime Trabalhista das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. In *Direito do Trabalho e Direito Empresarial: sob o Enfoque dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: LTR, 2015.
- Lei nº 78/2001. *Diário da República I*, (13/07/01), p 1.
- LEI nº 13.140, publicada no *Diário Oficial da União* de 26/06/2015.
- LEI Nº 9.958/00. *Diário Oficial da União* (13/01/00).
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro – *Iniciação ao processo do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida – *Função Social da Empresa e o Direito Penal Empresarial*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.
- RODRIGUES, Plá Américo – *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTR, 2015.
- THEODORO JUNIOR, Humberto – O contrato e sua função social, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TORRES, José António Pinheiro – *Do contrato de trabalho a termo na Lei Portuguesa e de Macau*. Macau: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Ano I, nº 4, Ano 1997.
- TRIBUNAL Regional do Trabalho da 10ª Região – Segunda Turma, RO-1743-14-2015.5.10.0801, Rel. João Amílcar Silva e Souza. *DJE* de 27/04/2017.
- TRIBUNAL Superior do Trabalho – Sexta Turma, AIRR-759-49.2016.5.19.0001, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. *DEJT* de 20/10/2017.