

**ESTABILIDADE DA GESTANTE, ABUSO DO PODER DE DIREITO E A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. UMA QUESTÃO DE LEGALIDADE OU
DIGNIDADE?**

**STABILITY OF PREGNANCY, ABUSE OF POWER OF LAW AND THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988. A QUESTION OF LEGALITY OR DIGNITY?**

**ROBERT CARLON DE CARVALHO¹
DANIEL RICARDO AUGUSTO WOOD²**

RESUMO: Este trabalho trata do estudo da Estabilidade Constitucional da Gestante, sua forma de aplicação na relação de emprego, bem como do instituto do abuso do poder de direito trazido pelo código civil de 2002, ambos frente aos princípios constitucionais da legalidade e a dignidade da pessoa humana. Desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, a empregada gestante tem garantia no emprego, devendo ser reintegrada no emprego em caso de despedida arbitrária, ou ser indenizada, em casos específicos. Buscando meramente a indenização, e a fim de evitar a reintegração, muitos empregados, escorando-se na prescrição bienal prevista no artigo 7º, XXIX da Constituição, têm distribuído suas ações apenas após o término do período estabilitário, quando não mais existe a possibilidade de reintegração. A garantia de emprego decorre da relação de emprego que estabelece direitos e obrigações para ambos os envolvidos, empregado e empregador. Ao agir desta forma, o empregador fica restrito da possibilidade de ter o trabalho prestado, para, em contraprestação, remunerar o empregado. Frisa-se que este direito/dever está implícito na relação de emprego. O presente trabalho, convida o leitor a refletir sobre os conflitos acerca do tema, e à busca de soluções “justas” frente à prática, ou não, do abuso do direito da gestante estável que, dispensada, ajuíza reclamação trabalhista somente após o término do período de estabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: gestante; estabilidade; abuso; legalidade; dignidade da pessoa humana; direito constitucional; direito do trabalho.

ABSTRACT: This work deals with the study of the Constitutional Stability of pregnant women, its application in the form of employment relationship, as well as the institute of abuse of power of law, brought by the Civil Code of 2002, both against the constitutional principles of legality and human dignity. Since the confirmation of pregnancy, up to five months after birth, the pregnant employee has her employment guaranteed, and should be reinstated in employment in case of arbitrary dismissal, or be compensated in specific cases. Seeking merely to indemnification, and to avoid reintegration, many employees, relying in the two years prescription time limit provided in Article 7, XXIX of the Constitution, have distributed their shares only after

¹ advogado, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC PR, Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

² advogado, Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

the stability period, when there are no more possibilities of reinstatement. The job guarantee comes from the employment relationship that establishes rights and obligations for both parties involved, employee and employer. In so doing, the employer becomes restricted from the possibility of having the work done, having yet to remunerate the employee. It is Stressed that this right and/or duty is implicit in the employment relationship. This work invites the reader to ponder about the conflicts on the topic and search for "just" solutions regarding the practice, or not, of the abuse of the right of job stability of pregnant women whom, once dismissed, formalize grievance only after the end of the stability term.

KEYWORDS: pregnant; stability; abuse; legality; human dignity; constitutional law; labor law.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTRATO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO. 2.1 CONTRATO DE TRABALHO. 2.2. AS TEORIAS CONTRATUALISTAS E A CONTRATUALISTA DO CONTRATO DE TRABALHO. 2.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO. 2.4 O CONTRATO DE TRABALHO COMO NEGOCIO JURIDICO. 2.5 DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO. 3 PRINCIPIOS EM DESTAQUE. 3.1 O PRINCIPIO DA BOA-FE OBJETIVA. 3.2 O PRINCIPIO DA CONTINUIDADE DOS CONTRATOS. 3.3 O PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 4. GARANTIA NO EMPREGO. 4.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS. 4.2 A GARANTIA DO EMPREGO E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA. 4.3 A ESTABILIDADE DA GESTANTE 4.4 MONTENTO DA CARACTERIZAÇÃO DA GARANTIA. 4.5 A GARANTIA ASSEGURADA À EMPREGADA GESTANTE. 5. O ABUSO DO PODER DE DIREITO. 5.1 ABUSO DO DIREITO – APLICABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO. 6 ABUSO DO PODER DE DIREITO E A GARANTIA NO EMPREGO. 7 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A fim de preservar e proteger a maternidade, a infância e a família, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o legislador determinou que, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, a empregada gestante tem garantia no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa.

A garantia no emprego só autoriza a sua reintegração se esta se der durante o período respectivo. Do contrário, a garantia no emprego restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período que lhe diz respeito.

Fato notório, entre os militantes do direito do trabalho, é o crescimento de ações em que a empregada gestante, dispensada de forma arbitrária ou sem justa

causa, ajuíza reclamação trabalhista após o término do período de estabilidade, visando não a sua reintegração, mas os salários que correspondem ao dito período.

Nestas ações é comum se invocar o direito processual comum, bem como a aplicabilidade de princípios e normas gerais do direito, conforme preceitua o artigo 8º da CLT.

Tal garantia no emprego decorre de uma relação de emprego. Decorre de um acordo de vontades pelo qual uma pessoa física, denominado empregado (neste caso a gestante), compromete-se, mediante o pagamento de uma contraprestação salarial, a prestar trabalho não-eventual e subordinado em proveito de outra pessoa física ou jurídica, denominada empregado.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 187, integra expressamente a Teoria do Abuso de Direito, a qual busca impedir que sejam cometidas arbitrariedades, no exercício de um direito, tendo por fundo o encobrimento ou supressão de direito alheio. Assim, veda-se a manifestação do “abuso de direito”.

Tal teoria atribuiu ao Estado o dever de coibição do abuso de direito, que surge do dever de prestar tutela jurisdicional em tempo hábil e de forma digna, para que, assim, os titulares do direito tenham o menor prejuízo possível e maior garantia de efetividade.

O presente trabalho busca refletir a existência ou não do abuso do direito da gestante estável que, dispensada, ajuíza reclamação trabalhista somente após o término do período de estabilidade, porém o faz dentro do prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX da Constituição da República.

Objetiva avaliar, sem esgotar o tema, o direito à garantia no emprego da empregada gestante e a teoria do abuso do direito, frente aos princípios constitucionais da legalidade e da dignidade da pessoa humana. Estuda-se, também, a relação existente entre a Teoria Civil e o Direito do Trabalho, bem como as correntes doutrinárias e jurisprudenciais existentes acerca do assunto.

2 CONTRATO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE EMPREGO

2.1 CONTRATO DE TRABALHO

Existirá contrato de trabalho sempre que uma pessoa física se obrigue a prestar serviços para outra, e sob sua dependência, durante um certo período, determinado ou indeterminado, mediante uma contraprestação.

O contrato de trabalho é o instrumento jurídico por meio do qual se estabelece a relação de emprego, na qual o empregado subordina-se ao empregador, estabelecendo-se entre eles direitos e deveres recíprocos.

Segundo o artigo 442 da CLT, contrato individual de trabalho “[...] é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Todavia, este conceito tem sido muito criticado pela doutrina e pela jurisprudência, em razão de não corresponder à relação de emprego, mas por criar esta relação.

Como bem define Alice Monteiro de Barros, o contrato de trabalho é

[...] o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, **pessoalmente**, em favor do segundo um serviço de **natureza não eventual**, mediante **salário e subordinação jurídica**. Sua nota típica é a **subordinação jurídica**. É ela que irá distinguir o contrato de trabalho dos contratos que lhe são afins e, evidentemente, o trabalho subordinado do trabalho autônomo. (BARROS, p.236/237)

Ressalta Sergio Pinto Martins que “É pacto laboral um contrato típico, nominado, com regras próprias, distinto do contrato de locação de serviços do Direito Civil, de onde se desenvolveu e se especializou”. (MARTINS, 97).

Ainda nos dizeres de Sergio Pinto Martins “Mesmo no regime em que a legislação estabelece cotas para admissão do empregado, como de deficientes, de aprendizes, o empregado só irá trabalhar na empresa se assim o desejar, indicando também o ajuste de vontades entre as partes”. (MARTINS, 97).

2.2 AS TEORIAS CONTRATUALISTA E ACONTRATUALISTA DO CONTRATO DE TRABALHO

Existem teorias que buscam explicar a natureza jurídica do contrato de trabalho, dentre elas destacam-se as teorias contratualista e anticontratualista.

Segundo a teoria anticontratualista, entendimento minoritário, não há relação contratual entre empregado e empregador, uma vez que surge da realidade dos fatos, protegendo, portanto, o trabalhador, com base no princípio da primazia da realidade. Parte dos que adotam essa teoria entendem ser necessária a aceitação dos agentes, para que seja estabelecida a relação de trabalho.

Diante disto, essa teoria pode ainda ser dividida em duas. A teoria da instituição, defendida por autores franceses, como Georges Renard e Maurice Hauriou, e brasileiros, como Luiz José de Mesquita, e a teoria da relação de trabalho ou da incorporação, defendida por autores alemães, como Heinz Ptthof, Siebert e Nikisch, e, Molitor.

Nos dizeres de Martins

[...] difere a teoria da incorporação da teoria institucional. Na teoria da incorporação, há o desprezo pelo ajuste de vontades para o estabelecimento da relação de trabalho, importando a incorporação do trabalhador à empresa a partir da prestação dos serviços. Na teoria institucional, o elemento vontade não é desprezado. (MARTINS, 93)

Já a teoria contratualista considera que a relação havida entre as partes, empregado e empregador, é uma relação de natureza contratual, um negócio jurídico que depende da vontade das partes para se formar. Porém, tal autonomia de vontade está limitada pelas leis vigentes, tendo o Estado o poder-dever de intervir a fim de regular tal contrato.

Prevalece no Brasil, de modo geral, a corrente contratualista, com algumas ressalvas relacionadas à teoria anticontratualista, como se pode observar nos artigos 2º, 503 e 766 da CLT, motivo pelo qual alguns autores, como Sergio Pinto Martins, sustentam o perfil misto da legislação trabalhista brasileira.

2.3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TRABALHO

A relação de emprego advém de um contrato de trabalho e possui características próprias. Deriva, portanto, de um negócio jurídico.

Da combinação dos artigos 2º, e 3º, *caput*, da CLT, pode-se relacionar, como requisitos caracterizadores da relação de emprego: o trabalho por pessoa física, a pessoalidade, a não-eventualidade, a subordinação, a onerosidade, e a assunção dos riscos pelo empregador.

Das características trazidas pelos artigos 2º e 3º da CLT temos que o empregado sempre será pessoa física, importando dizer que somente o empregador poderá ser pessoa jurídica ou física, jamais o empregado.

Além de ser pessoa física, para caracterizar a relação de emprego, esta relação deverá ser *intuitu personae*. O empregado não poderá se fazer substituir por outro durante a prestação de serviços.

Na relação de emprego o trabalho deve ser prestado também de forma habitual. Não eventual. É, por si, um contrato de trato sucessivo, de duração, que perdura no tempo.

A não-eventualidade significa dizer que a prestação de serviços será habitual, em caráter permanente, ainda que por curto espaço de tempo. A permanência do trabalhador na empresa deverá, portanto, ter ânimo definitivo.

A onerosidade traz que na relação de emprego há prestações e contraprestações recíprocas entre as partes.

Nesta relação, o empregado exerce suas atividades com dependência diretiva, está subordinado.

A subordinação jurídica obriga o empregado a acolher o poder diretivo do empregador quanto ao modo de realização da prestação dos serviços. Fala-se, aqui, em limitar a autonomia da vontade do empregado, conferindo ao empregador o poder/dever de decisão e direção sobre o negócio e a função do empregado.

A subordinação jurídica do empregado às ordens do empregador, colocando à disposição deste sua força de trabalho, de forma não eventual, é a mais evidente manifestação da existência de um contrato de emprego: o poder disciplinar lhe é inerente.

2.4 O CONTRATO DE TRABALHO COMO UM NEGÓCIO JURÍDICO

Negócios Jurídicos são declarações de vontade destinadas a produzir o efeito jurídico almejado pelos seus agentes. Assentam-se, portanto, na vontade específica e objetiva dos agentes, que devem atuar em conformidade com os preceitos legais.

O negócio jurídico é a expressão de vontade dirigida a um determinado fim. Para que produza seus efeitos, é necessário que seja revestido de certos requisitos quanto à pessoa dos agentes, quanto ao objeto da relação e quanto à forma da emissão da vontade.

Nos termos do artigo 104 do Código Civil, para que seja válido, o negócio jurídico precisa ter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e, forma prescrita ou não defesa em lei.

Por agente capaz entende-se ser aquele emancipado para os atos da vida civil.

Quanto à ilicitude, tem-se que o objeto do ato deve ser conforme à ordem jurídica. Seus fins têm que ser legítimos, possíveis, determinados ou determináveis, pois, quando não o forem, o negócio será ilegítimo ou ilícito.

Cumpra, ainda, observar que todo negócio jurídico tem forma, sendo ela livre, como regra geral, ou especial. (art. 107 CCB).

A relação de emprego, espécie da relação de trabalho, é um contrato firmado entre empregado e empregador, na qual aquele presta serviços a este.

O Contrato de trabalho é, portanto, um Negócio Jurídico: “[...] ato no qual uma ou mais pessoas, em virtude de declaração de vontade, constituem uma relação jurídica, segundo os limites legais. A vontade instaura o vínculo [...]”. (NASCIMENTO, p.596).

Jouberto de Quadros Cavalcante e Francisco Ferreira Jorge Neto destacam que a

[...] relação de emprego é um contrato cujo conteúdo é a lei, possuindo como sujeitos, de um lado, o empregado (pessoa natural), que presta serviços, e, de outro o empregador, em função de quem os serviços são prestados de forma subordinada, habitual e mediante salário. (JORGE NETO, e, CAVALCANTE, p.249).

As partes envolvidas na relação de emprego, portanto, firmam entre si um contrato de trabalho.

Assim, o vínculo de emprego é uma relação jurídica estabelecida pela livre expressão de vontade das partes. É negocial, na qual, de um lado, o empregado compromete-se a prestar o serviço, e de outro, o empregador se obriga a remunerá-lo. A vontade das partes está, obrigatoriamente, presente no momento da formação do vínculo. “A um dever do empregado corresponde um dever do empregador” (MARTINS, p.101). “(...) a obrigação principal do contrato de trabalho é: prestar serviços (empregado), pagar salário (empregador)”. (MARTINS, p.98).

Na relação de emprego, portanto, o empregado tem como obrigação prestar serviços, enquanto o empregador obriga-se a pagar os salários e garantir as obrigações impostas pela legislação e pelo contrato.

2.5 DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Defeitos do negócio jurídico “são as imperfeições que nele podem surgir, decorrentes de anomalias na *formação* da vontade ou na sua *declaração*” (AMARAL, 2006, p. 489). Incluem vícios do consentimento, que estabelecem divergência relativamente à vontade real, não permitindo que esta se firme adequadamente.

O Código Civil de 2002 traz como vícios o erro, o dolo e a coação.

No tema em questão cumpre citar o dolo, em especial o *dolus malus*, qual seja, o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro.

O *dolus malus* é um comportamento ilícito e não tolerado. Consiste no emprego de manobras astuciosas destinadas a prejudicar alguém, erigindo em defeituoso o ato jurídico, idôneo, provocando, assim, a sua anulabilidade.

3 PRINCÍPIOS EM DESTAQUE

Os princípios, no direito, exercem as funções informativa, normativa e interpretativa. Dentre estes cumpre destacar o princípio da boa-fé objetiva, o da continuidade e o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Nos dizeres de Eduardo Milléo Baracat, o “princípio da boa-fé atua como regra em imputar deveres de conduta às partes, sendo que as condutas impostas às partes decorrem de juízos de valor formulados de acordo com exigências básicas de justiça e moral, formadas em função de uma consciência jurídica da comunidade” (BARACAT, 67).

Aplicável ao direito do trabalho, assim como a todos os ramos do direito, Alice Monteiro de Barros ressalta que “incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais”. (BARROS, p.187/188) A boa-fé consiste em opor valores éticos, com o fim de se evitarem os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico. “Exerce a função flexibilizadora dos institutos jurídicos, entre os quais se situa o contrato de trabalho”. (BARROS, p.187/188).

A aplicação da boa-fé, nos contratos de trabalho, faz surgir uma relação estável e continuada entre os seus agentes, empregado e empregador, fazendo com que a prestação de serviços se prolongue no tempo.

A boa-fé objetiva, também chamada de boa-fé-lealdade, refere-se a um comportamento, e não a uma simples convicção, não se confundindo, portanto, com bons-costumes, como bem observa Baracat (BARACAT, p. 71). Ela retrata a ideia geral de justiça, evidencia condutas adequadas nas situações do dia-a-dia.

3.2 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS CONTRATOS

Dentre os princípios fundamentais do direito do trabalho, destaca-se o princípio da continuidade dos contratos.

Os contratos de emprego, são por excelência, continuados, uma vez que os serviços são contratados para se desenvolver ao longo do tempo.

Corolário do princípio protetivo, este princípio é necessário para se estabelecer, na relação de emprego, maior segurança e estabilidade as partes.

O princípio da continuidade, segundo Alice Monteiro de Barros “visa a preservação do emprego, com o objetivo de dar segurança econômica ao trabalhador e incorporá-lo ao organismo empresarial”. (BARROS, p. 187). Ressalta, ainda, que o contrato de trabalho tem como característica o trato sucessivo, segundo o qual a prestação de serviços perdura no tempo, ou seja, não se extingue com a prática de um ato específico.

Nos dizeres de Amauri Mascaro do Nascimento “justifica-se o princípio da continuidade não só pela ideia de segurança. Há outro fundamento: o valor da antiguidade. Deve ser estimulada a antiguidade do empregado, mesmo porque diversos dos seus direitos são nela baseados.” (NASCIMENTO, p. 443).

Segundo este princípio, o contrato deve ser pactuado por prazo indeterminado, passando o empregado a integrar a estrutura da empresa de modo permanente, sendo suas exceções os contratos por prazo determinado ou a termo. Haverá, assim, a continuidade de relação de emprego, e a situação contrária necessita ser provada.

Para Delgado, a continuidade da relação de emprego provoca, em geral, três correntes de proteção ao trabalhador. Vejamos:

A primeira reside na *tendencial* elevação dos Direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato. A segunda corrente de repercussões favoráveis reside no investimento educacional e profissional que se inclina o empregador a realizar nos trabalhadores vinculados a longos contratos. Quanto mais elevado o montante pago à força de trabalho (e essa elevação tende a resultar, ao lado de outros aspectos, da duração do contrato e conquistas trabalhistas dela decorrentes), mais o empresário ver-se-á estimulado a investir na educação e aperfeiçoamento profissional do obreiro, como fórmula para elevar sua produtividade e compensar o custo trabalhista ocorrido. Esse investimento na formação do indivíduo cumpre a fundamental faceta do papel social da propriedade e da função educativa dos vínculos de labor, potenciando, individual e socialmente, o ser humano que trabalha. A terceira corrente de repercussões favoráveis da longa continuidade da relação de emprego situa-se na afirmação social do indivíduo favorecido por esse longo contrato. Aquele que vive apenas de seu trabalho tem neste, e na renda dele decorrente, um decisivo

instrumento de sua afirmação no plano da sociedade. Se está submetido a contrato precário, provisório, de curta duração (ou se está desempregado), fica sem o lastro econômico e jurídico necessário para se impor no plano de suas demais relações econômicas na comunidade. (DELGADO, p. 110).

A exemplo da aplicação de tal princípio, vale destacar a súmula 212 do TST, segundo a qual “O ônus de provar o término do contrato do trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado” (TST, Súmula 212).

O fundamento para a acentuada importância dada a esse princípio encontra-se na proteção à família, tendo em vista o fator alimentar que o salário proporciona, bem como a proteção à dignidade humana.

3.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme ensina Mirta Gladys Lerena Misailidis, “a proteção do trabalhador, seus direitos fundamentais, as condições do trabalho e a qualidade de vida estão profundamente arraigados na declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas – 1948” (MISAILIDIS, p.230).

Princípio íntima e indissociavelmente vinculado aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana constitui um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.

Trata-se de princípio inclusivo, no sentido de que a sua aceitação não significa privilegiar a espécie humana acima de outras espécies, mas sim, aceitar que, do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, resultam obrigações para com outros seres, e correspondentes deveres mínimos e análogos de proteção. (SARLET, p.44)

Trata-se de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Portanto, a noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais.

A Constituição Federal de 1988 deixa clara e inequívoca a outorga, aos princípios fundamentais, da qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, que igualmente integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da nossa Constituição, com característica formal e material.

Da mesma forma, sem precedentes em nossa trajetória constitucional, o reconhecimento, no âmbito do direito constitucional positivo, da dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de Direito (art. 1º, CF).

Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional, mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna (art. 170, caput), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, parágrafo 7º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (art. 227, *caput*). Mais adiante, no artigo 230, ficou consignado que “a família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O dispositivo positivo constitucional no qual se encontra a dignidade da pessoa humana (no caso, o art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e regra (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, e também de deveres fundamentais.

3.4 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Reza o artigo 5º, II da Constituição da República, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Consagra-se aqui o princípio da legalidade, caracterizando o Estado de Direito que obriga o respeito às leis.

No campo do Direito Público, a interpretação do presente princípio se dá pela proibição do Estado de agir, senão em virtude de lei expressa.

Já no campo do Direito Privado, como no assunto em apreço, o princípio estabelece que todos poderão agir conforme sua vontade, desde que não haja lei proibitiva em contrário e que não se lesione a terceiros.

Trata-se de princípio de larga aplicação, e está submetido não apenas à observância da lei, mas de todo o ordenamento jurídico.

4 A GARANTIA NO EMPREGO

4.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

No Brasil, a estabilidade no emprego surgiu com a chamada estabilidade decenal. No ano de 1923, a então promulgada Lei Elói Chaves tratou da estabilidade dos ferroviários após completarem 10 (dez) anos de serviço junto ao mesmo empregador, podendo, a partir de então, ser dispensados apenas em casos de falta grave ou força maior, e, desde que, devidamente, apurada por sindicância interna da ferrovia.

Assim dispunha o artigo 42 da Lei Elói chaves:

Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro. (Lei Elói Chaves, Dec. 4682 de 24 de janeiro de 1923).

No mesmo ano, a lei 5.109 estendeu tal benefício aos empregados das empresas de navegação marítima ou fluvial. Em 1930, com o decreto 20.465, aos empregados das empresas de transportes urbanos, luz, força, telefone, telégrafos, portos, água e esgoto e em 1934, decreto 24.615, aos bancários com dois anos de trabalho para o mesmo empregador.

Em 1935, com a promulgação da lei n. 62, generalizou-se tal estabilidade, sendo aplicável, outrossim, aos industriários e comerciários, sendo estes representados pela grande maioria de trabalhadores da época.

No plano constitucional, o assunto foi abordado pela primeira vez em 1937.

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

[...]

f) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garantir a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;

Com a CLT, em 1943, foi declarada em seu artigo 492.

Art. 492. O empregado que contar mais de 10 anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovado.

Na Constituição Federal de 1946 também foi declarada em seu artigo 157, XII.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

[...]

XII - estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir;

Com a Constituição de 1967 a estabilidade passou a coexistir com o Regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que veio a tornar-se obrigatório com a Constituição de 1988, extinguindo, então, a estabilidade no emprego.

4.2 A GARANTIA DO EMPREGO E A ESTABILIDADE PROVISÓRIA

Estabilidade é o direito garantido ao trabalhador de, mesmo contra a vontade do empregador, permanecer no emprego. Tal direito vigora enquanto existir uma causa relevante, e, necessariamente, expressa em lei, a impedir sua dispensa arbitrária.

É importante frisar que a estabilidade não se confunde com a garantia *de* emprego, que por sua vez também não se confunde com garantia *no* emprego, embora sejam todas muito próximas.

Para Jorge Neto e Cavalcante a “estabilidade”, no prisma jurídico, “é o direito do empregado de manter o emprego mesmo contra a vontade do empregador, salvo causas previstas em lei” (CAVALCANTE e JORGE NETO, 803).

No mesmo sentido a garantia de emprego, porém, trata-se de um instituto mais amplo do que aquele. Relacionada diretamente com a política de emprego, a garantia no emprego compreende, além da estabilidade, outros meios de inclusão e manutenção do emprego, a exemplo da política do aprendiz (lei 10097/2000 e art.429 da CLT), classificada como garantia híbrida (garantia de emprego), e a garantia gestacional, tida como garantia provisória (garantia no emprego), esta abordada no presente tema.

No mesmo sentido reza Amauri Mascaro Nascimento que

Garantia de emprego é um instituto mais amplo que estabilidade. Compreende além da estabilidade, outras medidas destinadas a fazer com que o trabalhador obtenha o primeiro emprego, como também a manutenção do emprego conseguido. Relaciona-se com a política de emprego. (NASCIMENTO, 902).

A estabilidade possui caráter permanente, enquanto a garantia relaciona-se a hipóteses de estabilidade transitória ou temporária.

A garantia no emprego inclui todos os atos e normas criados a fim de impedir ou dificultar a dispensa imotivada ou arbitrária do obreiro.

A estabilidade é espécie do gênero garantia de emprego, que se materializa quando o empregador está impossibilitado, seja de modo temporário ou definitivo, de dispensar sem justo motivo o empregado.

Trata-se de institutos que limitam o poder potestativo do empregador de dispensar o empregado de forma arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à dispensa por motivos de ordem técnica, econômico-financeira ou disciplinar.

4.3 A ESTABILIDADE DA GESTANTE

Inicialmente garantido por meio de normas e dissídios coletivos, a garantia no emprego à empregada gestante foi legalmente conferida, pela primeira vez, com a Constituição Federal de 1988, a qual assegura que, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, a empregada gestante tem garantia no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa.

Assim dispõe o ADCT, em seu artigo 10, inciso II, alínea “b” da CF/1988:

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.

Assim, a previsão da Constituição da República garante à gestante o emprego, para com ele garantir e preservar a maternidade e a infância.

4.4 MOMENTO DA CARACTERIZAÇÃO DA GARANTIA

Conforme exposto, a gestante, desde a confirmação da gravidez, até meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa.

Para dirimir tal questão é de fundamental importância que sejam avaliadas duas teorias.

Segundo a *teoria subjetiva* tal caracterização se iniciava a partir do momento em que o empregador tomava ciência da gravidez da obreira. É somente a partir de então que esta gozava do direito estabilitário.

Atualmente, para configurar a garantia no emprego da gestante, doutrina e jurisprudência adotam como regra a *teoria objetiva*, segundo a qual não é necessário dar conhecimento ao empregador do estado gravídico da obreira, bastando sua confirmação para a caracterização da garantia.

Sobre esta teoria cabe destacar o inciso I da súmula 244 do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, com redação pela Res. 129/2005, *in verbis*:

“Súmula 244 do TST – Gestante. Estabilidade provisória (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais 88 e 196 da SDI-1) – res. 129/2005 – DJ 20.04.2005.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não agasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, b, do ADCT) ex-OJ n. 88 – DJ 16/04/2004).
[...].”

Assim, tanto a jurisprudência quanto a doutrina tem perfilhado o entendimento de ser dispensável a comunicação do estado gestacional da empregada à empresa, em virtude de tal garantia ser preceito constitucional e a responsabilidade do empregador ser objetiva.

4.5 A GARANTIA ASSEGURADA À EMPREGADA GESTANTE

Sobre a garantia ao emprego da empregada gestante, importante destacar o inciso II da súmula 244 do TST, com redação dada pela Res. 129/2005, *in verbis*:

Súmula 244 do TST – Gestante. Estabilidade provisória (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais 88 e 196 da SDI-1 – Res. 129/2005 – DJ 20.04.2005.

[...]

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 (ex. Súmula 244 – Res. 121/2003, DJ 21.11.2003).

[...].

A conversão da obrigação, advinda de uma garantia no emprego, em pagamento de indenização (referente a salários do período), ocorre somente quando impossível se mostra o restabelecimento do trabalho.

Cumprido destacar, e aqui começa a indagação e discussão proposta ao tema, que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXIX, confere ao trabalhador o prazo de dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para reclamar créditos resultantes da relação de trabalho.

Como visto, a teoria objetiva da garantia ao emprego da gestante, não foi modificada pela Constituição Federal. O direito está centralizado na teoria do risco da atividade econômica. Assim, o estado gravídico, quanto ao empregador, não afasta o direito ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade.

Ocorre que salário é contraprestação de trabalho, o que leva a crer que o constituinte assegurou à empregada gestante o direito ao emprego, já que vetou sua dispensa.

A Constituição da República, ao estabelecer a garantia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, em favor da trabalhadora grávida, não cogitou da hipótese de salário sem trabalho. Garantiu, assim, o emprego, bem da vida que é tutelado.

5 O ABUSO DO PODER DE DIREITO

Reza o Código Civil, em seu artigo 187, que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes”.

O Código Civil de 2002 acrescenta elementos valorativos ao direito, a fim de compreendermos o direito de modo aberto. A avaliação do abuso do direito passou a observar se, ao exercer o direito, o seu titular excedeu a finalidade econômica e/ou social do bem, os bons costumes, a boa-fé, dentre outras cláusulas gerais que demandam valoração.

Trata-se de ato ilícito em sentido amplo.

Segundo Sílvio Venosa, “no abuso de direito, pois, sob a máscara de ato legítimo, esconde-se uma ilegalidade. Trata-se de ato jurídico aparentemente lícito, mas que, levando a efeito se a devida regularidade, ocasiona resultado tido como ilícito”. (VENOSA, p. 604).

O abuso do direito é um ilícito em sentido amplo. Não afronta diretamente a lei, mas de forma indireta, vez que a pessoa possui o direito subjetivo, e o exerce em confronto à sua finalidade social, bons costumes e boa-fé.

Ao contrariar a finalidade social ou econômica de um instituto, os bons costumes ou a boa-fé, o agente de direito comete referido abuso, eis que tais valores foram violados. Ele age dentro das prerrogativas do seu direito, porém ultrapassa os valores e as finalidade desse mesmo direito.

Da interpretação do artigo 187 do Código Civil, nota-se que é imprescindível que o agente esteja no exercício do seu direito, mas que tal uso não atenda à finalidade econômica e social do direito, à boa-fé, ou aos bons costumes, causando, assim, dano a um terceiro.

Cumpra observar que o Código Civil não exige, como requisito, que o agente almeje prejudicar ou lesar o terceiro. Resta claro, portanto, a adoção da Teoria Objetiva para caracterização do abuso.

A Teoria do abuso de direito veio para cercear o excesso no exercício de um direito subjetivo, buscando com isso um equilíbrio social, limitando o poder dos agentes, mesmo investidos de direitos legais, conciliando estes direitos aos da coletividade.

5.1 ABUSO DO DIREITO – APLICABILIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 8º, parágrafo único, reza que “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

Entende-se por direito comum qualquer ramo do direito vigente, quando aplicável ao caso em questão.

Por princípios fundamentais do direito do trabalho entende-se aqueles que norteiam e propiciam a sua existência. Dentre eles, no presente tema, cumpre destacar o Princípio da Proteção, o qual tem por pressuposto a constatação e erradicação da desigualdade das partes, no momento do contrato e durante o seu desenvolvimento.

O presente princípio não impede a aplicação da teoria do abuso do direito nas relações trabalhistas; portanto, compatível e aplicável ao Direito do Trabalho.

6 ABUSO DO PODER DE DIREITO E A GARANTIA DE EMPREGO

Sabe-se que a garantia constitucional prevista à empregada gestante no art. 10, inciso II, "b" do ADCT da Constituição, é ainda objeto de controvérsia na esfera trabalhista.

O tema em questão é delicado e, mesmo passados 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda gera muita polêmica no mundo jurídico.

Para os defensores da ideia de que a garantia ao emprego gestacional sobrepõe-se à natureza civil do abuso do poder de direito, é irrelevante a demora no ajuizamento quando se busca a reintegração ou a indenização estabilitária. Para eles, é vedada a dispensa arbitrária, ou sem justa causa, da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Efetivamente, o único pressuposto para que a empregada tenha assegurado o seu direito é que esteja grávida, não se cogitando de prazo para o ajuizamento da ação.

A matéria, segundo esta corrente, está pacificada pela Súmula 244, itens I e II, do TST, que não faz nenhuma alusão ao prazo para o ajuizamento da ação. Corroboram ainda tal perspectiva, ao expor que entendimento diverso significaria uma verdadeira contrariedade ao disposto no art. 7º, inciso XXIX da Constituição da República, que assegura o exercício do direito de ação no prazo prescricional de dois anos.

Nos termos da Súmula nº 244 do TST, o fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante, sem prejuízo dos salários, surge com a

concepção, na vigência do contrato de emprego, e se projeta até 5 meses após o parto.

Nesse contexto é irrelevante, inclusive, a comunicação ao empregador, no ato da rescisão contratual do estado gravídico, até mesmo porque a própria empregada pode desconhecê-lo naquele momento.

O fundamento da presente corrente no escopo da garantia constitucional é não só a proteção da gestante contra a dispensa arbitrária, por estar grávida, mas, principalmente, e sobretudo, a tutela do nascituro com fulcro no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nos dizeres de SARLET, trata-se de um direito inerente à pessoa, que além do direito ao trabalho, à saúde, à vida, também merece uma vida digna. Este princípio trouxe ao direito brasileiro uma nova concepção ao direito contratual, pela qual as pessoas (e aqui podemos dizer: em busca de um ideal de justiça coletiva), devem pautar suas condutas dentro da legalidade, da boa fé e da confiança mútua, refletindo assim o princípio da função social do pacto de trabalho, previsto no artigo 421 do Código Civil e 8º da CLT.

Portanto, entende-se, por tal corrente, não restar caracterizado o abuso de direito quando da propositura tardia da ação pela empregada gestante, sendo devida a indenização decorrente de estabilidade provisória, ainda que exaurido o período estabilitário, desde que a ação trabalhista haja sido ajuizada dentro do biênio prescricional. Isso porque, enquanto não esgotado o prazo estabelecido no artigo 7º., inciso XXIX da Constituição Federal de 1988, não se pode legalmente sancionar a parte que se abstenha de ingressar em juízo.

Já para os seguidores da corrente contrária, para o exercício do direito à percepção, em caráter indenizatório, dos salários e demais consectários legais do período do relativo à garantia de emprego gestante, é necessário que o trabalhador proponha de imediato a ação judicial, quando da sua dispensa, e ainda, dentro do prazo estabilitário, uma vez que tal direito busca garantir a continuidade no emprego, garantindo à gestante dispensada sem justa causa sua reintegração imediata, ou, sucessivamente, indenização pecuniária do período correspondente, porém em casos excepcionais (art. 496 da CLT).

A presente corrente também fundamenta seu posicionamento em princípios constitucionais. O da legalidade, exposto no artigo 5º, II, da Constituição Federal de

1988, nó górdio do ordenamento jurídico social, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

O pedido de indenização dos salários e seus reflexos, sem que seja postulada a reintegração no emprego em tempo hábil, não tem aparo judicial, e caracteriza o abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil Brasileiro.

O art. 496 da CLT é expreso ao determinar que a indenização somente é cabível nos casos em que for desaconselhável a reintegração do empregado estável:

Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

O entendimento da presente corrente é de que a percepção, de maneira indenizatória, dos salários e demais vantagens do período de estabilidade no emprego da gestante, está condicionada à ação imediata da empregada quando da sua dispensa, já que o direito tem como objetivo proteger a relação de emprego, garantindo a reintegração ao trabalho. Não faz sentido se postular a reintegração, quando esta já não é mais possível de ser realizada.

Além disso, para que a empregada tenha direito à percepção, em caráter indenizatório, dos salários e demais consectários legais do período relativo à estabilidade, faz-se necessário ser viável sua reintegração, como dispõe o art. 496 da CLT. Contudo, a sua inércia, ao não pleitear a tempestiva reintegração ao emprego, evidencia o desinteresse em retornar à atividade laboral, autorizando a conclusão de que sua única intenção cinge-se em auferir vantagem pecuniária relativa à estabilidade a que teria direito, a despeito da finalidade social da norma garantidora da proteção ao emprego à gestante.

Entendem que o art. 496 da CLT é expreso, ao estabelecer que somente será possível a aplicação de indenização àquele trabalhador cuja reintegração ao emprego for desaconselhável, o que não restou demonstrado nos autos.

Para se valer da garantia de emprego (e não garantia de indenização), deve a empregada gestante ajuizar a ação imediatamente após o conhecimento de seu estado gravídico, o que ocorreu logo após o seu desligamento, e não deixar

transcorrer o período relativo à referida garantia de emprego. Não há como reintegrá-la no período relativo à licença-maternidade (art. 392 da CLT).

Tal conduta, como se disse, demonstra o seu desinteresse em trabalhar, em ser reintegrada no emprego. Ao contrário, sobressai o único propósito de receber a indenização pela suposta garantia de emprego.

Cabe, por fim, destacar que a demora em requerer os efeitos da garantia de emprego implica em prejuízos ao empregador, na medida em que aumenta o valor a ser pago a título de indenização, sem que este tenha dado causa à mora, constituindo verdadeiro abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

Para Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante:

Outro problema envolvendo a estabilidade temporária ocorre quando a ação trabalhista é proposta após o término do prazo de estabilidade temporária, mas ainda no prazo constitucional de dois anos. O objeto da ação é a indenização pecuniária pela dispensa indevida no período de estabilidade. Nesses casos, não se poderá reconhecer ao trabalhador o direito pretendido, isto porque o direito à manutenção do contrato de trabalho por certo lapso de tempo, o qual ensejaria a reintegração e a sua possível conversão em indenização, quando exaurida, não existe mais quando da postulação judicial. Admitir outra posição seria beneficiar a parte inerte, com desvirtuamento do instituto e com violação aos princípios da razoabilidade e boa-fé. (CAVALCANTE e JORGE NETO, p. 839/840).

O direito que a estabilidade da gestante visa é a proteção ao emprego durante o período gestacional, até o quinto mês após o parto, para com ele proteger a família.

O empregado tem direito ao trabalho como forma de prestação de serviços e de receber por sua prestação. O empregador tem direito a ter o serviço prestado.

Com a lesão do direito obrigacional, nasce o direito de ação. O empregado prejudicado tem o direito de prestar sua força de trabalho, como decorrência natural do contrato de trabalho.

Observa-se, porém, que o direito do emprego em manter vigente o contrato de trabalho não lhe garante direito pecuniário, sendo que os direitos trabalhistas (salários) somente serão devidos como contraprestação do trabalho realizado.

Por essas razões, a presente corrente defende a caracterização do abuso de direito pela empregada gestante que, após o término do período estável, propõe ação judicial visando clara e unicamente sua reintegração.

7 CONCLUSÃO

O direito justo não é um dado, é uma conquista. O fim do direito é a paz e o seu meio de atingi-lo, a luta. Assim, a espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada, a impotência do direito. O verdadeiro Estado de Direito só se garante quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade que manipula a balança” (IHERING, p. 1).

A garantia prevista no art. 10, inciso II, letra " b " , do ADCT da Constituição, tem por objetivo, seja direto ou indireto, a proteção da maternidade e do nascituro, no sentido de garantir à empregada gestante a manutenção do emprego e com isso assegurando-lhe o salário e o direito de cuidar do filho nos primeiros meses de vida.

Impedindo a dispensa sem justa causa da empregada gestante, também se evita a discriminação da mulher em razão da gravidez, evitando-se, assim, que encontre dificuldades para a sua recolocação no mercado laboral.

O direito constitucional previsto no artigo 10, inciso II, alínea “b” do ADCT vigente, não pode ter sua finalidade social desviada, ou seja, não deve ser objeto de abuso.

De um lado, o comportamento da empregada gestante, ao propor demanda trabalhista em face do empregador apenas após o término do período estável, ou após o término do período em que se possa realizar a reintegração, demonstra evidente e inaceitável má-fé e abuso no exercício do direito de garantia ao emprego. Tal ato poderia tolher-lhe o direito à indenização, com fulcro no princípio da legalidade. Porém, sob o viés do princípio da dignidade da pessoa humana, cabe ao empregador indenizar o empregado a fim de garantir ao nascituro o direito à uma vida digna. Posicionamento puramente altruísta, ainda que em respeito ao princípio da boa-fé e à função social do contrato.

É certo que, passados 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, ainda não há normas prevendo garantias e estabilidades que se possa entender como corretas.

Conforme aduz Vladimir de Oliveira Silveira, “a Constituição Federal de 1988 estabeleceu logo no início, propriamente no artigo 1º, incisos III e IV, que a

República tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Portanto, afirma que nosso regime de produção é o capitalista, porém um capitalismo que deve levar em consideração também a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Desse modo, na lógica capitalista que vigora no nosso ordenamento foram introduzidos novos elementos que a compatibilize com outros valores fundamentais da Constituição vigente”. (SILVEIRA, p.2586)

No tema em questão, deparamo-nos com um conflito de normas, onde o empregado e empregador sentem-se justificados ou injustificados.

Importante destacar, então, na presente conclusão, os ensinamentos trazidos pelo economista indiano Amartya Sen em sua obra *A ideia de justiça*.

Na presente obra, de inquestionável relevância jurídica, filosófica e social, Amartya SEN, avalia questões acerca da justiça distributiva e sua relação entre liberdade e desenvolvimento.

Em sua abordagem, SEN avalia os desafios das “razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade ainda que diferentes - e rivais - umas das outras”.

“No coração do problema específico de uma solução imparcial única para a escolha da sociedade perfeitamente justa, está a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, todas com pretensão de imparcialidade, ainda que diferentes – e rivais – umas das outras”. [SEN, 43]

Em suas abordagens comparativas, SEN ainda faz duas importantes observações: a um, que alguns mínimos, independentemente da quantidade, princípios gerais não são capazes de alcançar os múltiplos fundamentos da solução justa.

Em caso análogo à discussão ora proposta do “abuso do poder de direito e a garantia de emprego gestante, SEN aborda o dilema das “*três crianças e uma flauta*”, as quais, todas, cada qual com seu fundamento, almejam a posse da flauta. Uma; em razão de ter sido quem fabricou, a segunda, em razão de ser a única a saber como tocar o instrumento; e outra, por se tratar de um ser extremamente pobre e não ter nada com o que brincar.

A avaliação isolada de cada fundamentação daria à flauta um destino justo, porém, conflitante com os demais. Diante disto, recomenda-se procurar uma solução baseada na democrática, avaliando-se pontos de convergência entre os fundamentos múltiplos, como forma de encontrar a solução adequadamente justa (ou menos injusta).

A dois, que a ampliação da justiça deve ocorrer de modo global, e não paroquial, ultrapassando limites locais, regionais, ou até mesmo nacionais.

Observa ainda que sentir e argumentar são diferentes em todos os seus sentidos. Como percebido por Adam Smith, dentre outros iluministas, o sentimento tem enorme influência nas decisões e julgamentos de cunho moral. Portanto, para tratativas do tema justiça, uma vez que cada qual dos seres tem suas razões, não necessariamente injustas ou incompatíveis entre si, faz-se mais do que necessário o uso público da razão, envolvendo, neste processo, inclusive, pessoas alheias ao tema.

O presente trabalho não visa discutir ideais de justiça e princípios de caráter geral aplicáveis ao caso em questão. Apenas convida o leitor a refletir sobre as injustiças existentes no mundo e no comportamento real, para que questionem, sempre, as melhores formas de eliminá-las ou reduzi-las.

SEN ensina que o comportamento racional não deve visar a satisfação de interesses próprios, mas sim em benefício de outrem.

Tal altruísmo não é descrito como um “poder”, mas como um dever, não necessariamente jurídico, de uns para com os outros, sem que se limitem à “vizinhança próxima”.

O exercício prático acerca do tema proposto, mesmo passados 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil reside muito na capacidade de conscientização e sensibilização da sociedade como um todo. Tarefa árdua. Assim, enquanto esta questão permanecer aberta, a ideia de justiça não terá sido resolvida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil, Introdução**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2003.

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

BRASIL. **Lei Elói Chaves; de 24 de janeiro de 1923**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil – 1988**.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de 2002**.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei 5.452 de 1943**.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

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

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

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JORGE NETO, Francisco Ferreira, e, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena. **Os direitos Fundamentais da Pessoa do Trabalhador na Ordem Econômica Global**. In **Erro! A referência de hiperlink não é válida**.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre - RS: Do Advogado editora, 2012

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. 1ª ed. São Paulo - SP: Companhia das Letras editora, 2012.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; CONTILEPI, Ernani. **Direitos Humanos Econômicos na Perspectiva da solidariedade: desenvolvimento integral**. In. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/ernani_contipelli.pdf

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.