



UNIVERSIDADE
DO ESTADO DA BAHIA

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS
CAMPUS IV
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DENIEDSON SILVA DE SOUZA FILHO

**A EXTENSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE PARA O
PRESUMIDO GENITOR: O PRIMADO PELA DEFESA DO DIREITO À
VIDA E À DIGNIDADE DO NASCITURO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Jacobina
2018

DENIEDSON SILVA DE SOUZA FILHO

**A EXTENSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE PARA O
PRESUMIDO GENITOR: O PRIMADO PELA DEFESA DO DIREITO À
VIDA E À DIGNIDADE DO NASCITURO NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia submetida à banca de graduação
como requisito para obtenção do diploma de
bacharelado em Direito.

Orientador: Prof. Maurício Alves.

Jacobina
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

DENIEDSON SILVA DE SOUZA FILHO

A EXTENSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE PARA O PRESUMIDO GENITOR: O PRIMADO PELA DEFESA DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia submetida à banca de graduação como requisito para obtenção do diploma de bacharelado em Direito. Universidade do Estado da Bahia – UNEB
CAMPUS – IV

Monografia aprovado em ____/____/2018

BANCA DE QUALIFICAÇÃO

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

JACOBINA

2018

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, fonte inesgotável de amor e esperança.

A minha família, por ser a minha base, meu porto seguro, recanto onde não me falta o calor fraterno; sem dúvida, a responsável pela inspiração para a escrita deste trabalho.

A Luzyana Souza, minha namorada, amiga e companheira. Certamente, sem o seu apoio e incentivo eu não teria alcançado tamanha dedicação e crença na possibilidade de conclusão deste projeto. Obrigado pelo amor e carinho diário!

A todos os meus amigos e amigas, pelas palavras de incentivo e ajuda, em especial, a Victor Sousa, Matheus Maia e Ewerton Rodrigues.

A todos os meus professores, responsáveis por um pouco de tudo que foi escrito aqui, principalmente pela formação de valores morais que levarei para a prática forense e pela construção de um olhar crítico ao Direito.

A meu orientador, Maurício Alves, e toda a comunidade acadêmica da UNEB, CAMPUS IV, pelo convívio e trabalho realizado durante todos esses anos que passei nesta instituição.

RESUMO

A presente monografia buscou abordar o tratamento legal destinado ao nascituro pelo ordenamento jurídico brasileiro, feito através da análise do conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais, a exemplo do direito a alimentos gravídicos, bem como os princípios que defendem o direito à vida, à igualdade, ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, com o objetivo de constatar a viabilidade da extensão da garantia de emprego destinada à gestante ao presumido genitor. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, complementada através de análises jurisprudenciais e legais, além do estudo de artigos escritos sobre a temática e o uso de estatísticas promovidas por instituições especializadas em pesquisa. Com isso, se pretendeu demonstrar que os papéis destinados à genitora e ao presumido genitor pelo constituinte brasileiro, no tocante ao dever de cuidado em relação ao nascituro, encontram-se em patamar de igualdade, devendo o mesmo raciocínio ser refletido no âmbito jurídico, uma vez que o exercício da paternidade, em suas várias atribuições, muitas vezes é enxergada pelo legislador brasileiro de maneira despreziosa e negligenciada. Nessa senda, anseia-se, com amparo também na hermenêutica jurídica, pela efetividade da proteção indispensável à vida do nascituro mediante a possibilidade da extensão da estabilidade provisória destinada à gestante para o presumido genitor, haja vista ter este o mesmo dever legal de cuidado e zelo destinado à progenitora em favor daquele que ainda tem a expectativa de nascer.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro; Garantia de emprego; Gestante; Extensão; Presumido genitor;

ABSTRACT

This monographic study sought to address the legal treatment for the unborn by the Brazilian legal system, done through the analysis of the set of constitutional and infraconstitutional norms, such as the right to pregnant foods, as well as the principles that defend the right to equality, life, work and the dignity of the human person, in order to verify the possibility of extending the guarantee of employment destined to pregnant women to the presumed parent. The methodology used was the bibliographic review, complemented by jurisprudential and legal analyzes, as well as the study of articles written on the subject and the use of statistics promoted by specialized research institutions. Thus, it was intended to demonstrate that the roles assigned to the mother and the presumed parent by the Brazilian constituent, regarding the duty to care for the unborn child, are on an equal footing, and the same reasoning should be reflected in the legal framework, since the exercise of paternity, in its various attributions, is often seen by the Brazilian legislator in an unpretentious and neglected way. In this way, it also hopes, with legal hermeneutics, for the effectiveness of the protection indispensable to the life of the unborn through the possibility of extending the provisional stability intended for pregnant women to the presumed parent, since it has the same legal duty of care and the zeal of the progenitor for the one who still has the expectation of being born.

KEYWORDS: Fetus; Guarantee of employment; Pregnant; Extent; Parent presumed;

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO:	8
2.O NASCITURO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:	11
2.1 Da Natureza Jurídica e Previsões Legais:	11
2.2 Das Teorias Jurídicas:	13
2.3 Da Defesa dos Direitos do Nascituro	15
3.GARANTIA DE EMPREGO:	18
3.1 Da definição e conceito:	18
3.2 Dos antecedentes históricos:.....	19
3.3 Dos tipos de estabilidades provisórias - garantia de emprego à gestante:	23
3.4 Das hipóteses de incidência:	24
3.5 Dos efeitos da garantia de emprego:	29
4.EXTENSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE PARA O PRESUMIDO GENITOR:	32
4.1 Dos aspectos principiológicos e constitucionais:	32
4.2 Direito de igualdade – Paridade entre o genitor e a genitora:	35
4.3 Do direito à vida e ao trabalho:	41
5.HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DA CONSITUCIONAL:	46
5.1 – Do sistema hermenêutico e da aplicação do direito:	46
5.2 Dos princípios da interpretação constitucional:	49
5.3 Da interpretação extensiva:	52
6.CONSIDERAÇÕES FINAIS:	56
REFERÊNCIAS:	58

1 INTRODUÇÃO

A fase intrauterina do ser humano sempre foi pauta de discussões acirradas ao longo dos tempos, ganhando atualmente contornos políticos e jurídicos principalmente no que concerne a existência ou não de vida durante a gestação. Na seara do Direito, o art. 2º do Código Civil de 2002 não foi capaz de pacificar tal indagação, surgindo, portanto, inúmeras correntes doutrinárias sobre a matéria.

Apesar do impasse técnico, tanto o sistema judiciário, quanto o senso comum, convergem em dirigir ao feto, ao menos, uma garantia de proteção, um direito de nascer. Posto isto, inúmeros são os dispositivos que visam garantir a preservação da gravidez, não se limitando a tão conhecida criminalização do aborto.

Nessa mesma perspectiva, o constituinte também alçou como atores na proteção e defesa do nascituro os parentes, classificados como aqueles que possuem um vínculo sanguíneo ou afetivo com a prole que está ainda em fase gestacional. Por óbvio, os titulares imediatos por tais deveres são os pais, no seu sentido mais genérico, por serem estes os responsáveis pela concepção do embrião.

Portanto, o legislador direcionou aos genitores o ônus de arcar com todas as providências indispensáveis para o devido desenvolvimento do nascituro, transcendendo aqui a mera questão afetiva, para emergir uma de índole objetiva: a prestação de alimentos. Como o feto não é autossuficiente, cabe ao Direito determinar os responsáveis pelo suprimento de suas necessidades vitais.

Contudo, importante passo foi dado com a Constituição de 1988: as obrigações conjugais, dentre elas, as gravídicas, passaram a ser compartilhadas de maneira equânime entre os cônjuges, que, conseqüentemente, alcançou as relações entre companheiros e, no caso da gravidez, ainda abrange o presumido genitor. A possibilidade de pleito dos alimentos gravídicos a este último, com base legal na Lei 11.804/2008, é uma prova disto.

Por conseguinte, este trabalho é fruto de uma reflexão sobre as relações obrigacionais suportadas pelos genitores em favor de sua prole, partindo de uma dialética que busca a preservação saudável e frutífera do instituto da família. Proteger a família é sinônimo de promover justiça social, pois ali é a origem da vida humana, onde começa a formação de cada indivíduo que mais tarde irá integrar a sociedade.

Para tanto, é inegável que o principal meio de subsistência dos lares brasileiros é através de verbas salariais. Nesse ponto, destaca-se a seara trabalhista como uma das formas de extrema relevância na efetivação dos direitos do nascituro, já que sua intervenção jurídica se dá no plano da atividade laboral, dentre elas, o emprego.

Assim, a garantia de emprego da gestante, com previsão nos Atos dos Dispositivos Constitucionais Transitórios, no art.10, inciso II, alínea *b*, demonstra a nítida preocupação do constituinte de valorizar a continuidade da relação empregatícia da gestante, não só como uma ferramenta de proteção ao trabalho da mulher, mas, fundamentalmente, como um meio de proteção à vida e bem-estar do nascituro.

Dessa forma, com fins de evidenciar a plena possibilidade de tal direito se estender ao presumido genitor, este trabalho pautou sua pesquisa no estudo de referenciais teóricos, consulta legislativa, análise de dados e jurisprudências sobre o tema, apresentando, por meio de quatro capítulos, uma compreensão na forma qualitativa do fenômeno aqui defendido.

Primordialmente, foi abordado o tratamento destinado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao nascituro, tido como um ser detentor de direitos e, por isso, digno de proteção. Nessa senda, analisou-se os dispositivos legais contidos na legislação brasileira, assim como os posicionamentos jurisprudências dos tribunais nacionais que tratassem sobre essa temática

Posteriormente, um estudo aprofundado sobre o instituto da garantia de emprego foi realizado, perpassando por sua natureza jurídica e espécies, dando-se a devida atenção à garantia de emprego da gestante. Uma avaliação doutrinária e jurisprudencial da citada estabilidade provisória foi apresentada, sendo estabelecidas suas hipóteses de incidência, seus efeitos e concluindo por sua atuação em prol da proteção do nascituro.

Doravante, uma abordagem crítica foi feita sobre os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do direito à igualdade, à vida e ao trabalho. Ademais, a Constituição Federal da República de 1988, encarada como um sistema jurídico aberto de regras e princípios, sempre deve estar apta a se adequar às novas modulações sociais e culturais com fins a garantir o cumprimento dos seus preceitos fundamentais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, procurou-se, por meio das técnicas de hermenêutica, demonstrar a plena possibilidade de extensão de garantia de emprego da gestante para o presumido genitor, utilizando-se, a título exemplificativo, a interpretação extensiva como um instrumento apto para o alcance desse resultado.

A defesa do nascituro sempre será um tema de extrema relevância para o Direito e para a sociedade na qual atua, pois, é a através da dignificação do feto, refletida por um ambiente apto a seu pleno e saudável desenvolvimento, que se vislumbra a preservação da sua própria dignidade e a daqueles que são responsáveis por garantir essa proteção.

Ademais, de maneira crescente, exsurge uma corrente ideológica que busca uma maior atuação da figura paterna nas atividades familiares, incluindo-se nesse conjunto, a maior proximidade e responsabilidade na criação e proteção de seus filhos, inclusive, em sua fase gestacional.

Isto posto, a discussão da extensão da garantia de emprego da gestante para o presumido genitor transcende a mera busca pela igualdade de tratamento jurídico e efetivação da proteção do nascituro. Representa a luta de parte da população por uma maior participação nas relações parentais, recebendo, para tanto, o tratamento jurídico codigno a esse anseio.

2 O NASCITURO À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Da natureza jurídica e previsões legais:

A origem da palavra nascituro deriva do latim *nasciturus*, significando aquele que vai nascer. Em definição precisa de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2014, p.293): “nascituro é aquele que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu. É aquele que está no corpo da genitora”.

Importante ressaltar que em uma definição contemporânea, abrangendo as novas configurações sociais, os citados doutrinadores Rosenvald e Farias (2014), chamam atenção para as novas técnicas de fertilização empregadas no ramo da medicina, sendo hoje possível a gestação em útero alheio, e, por isso, preferível a utilização do termo *genitora* em detrimento de *mãe*.

Destaca-se também para a importância da diferenciação de nascituro e prole eventual. Enquanto o primeiro é um ente concebido, mas não nascido, o segundo é uma prerrogativa sucessória, prevista no Código Civil Brasileiro, que possibilita ao testamenteiro testar parte de sua herança para uma prole não nascida ou concebida.

Questão nebulosa se perfaz na definição da natureza jurídica do nascituro, dúvida que se prolonga desde o Código Civil de 1916 e que não foi solvida pelo Código Sucessor. A redação do art. 2º do CC/02 guarda semelhança ao art. 4º do CC/16¹, diferenciando-se apenas pela substituição do termo “homem” por “pessoa”. Vale aqui transcrever o dispositivo para uma análise mais clara do tema: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”².

A personalidade jurídica é um atributo indispensável para cada indivíduo ser tido como sujeito de direito. Em sucinta definição, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p.41) asseveram: “personalidade jurídica é a aptidão

¹ Art. 4º do Código Civil Brasileiro de 1916: A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

² Art.2º do Código Civil Brasileiro de 2002.

genérica para titularizar direitos e contrair obrigações”. Da redação do art. 2º do CC/02, coube à doutrina pátria se debruçar sobre a matéria para aclarar a situação jurídica do nascituro frente ao ordenamento jurídico brasileiro, surgindo desta inúmeros posicionamentos que mais adiante serão tratados.

Do dispositivo supramencionado e empregando uma interpretação literal do texto, é irrefutável a afirmativa de que o nascituro não é pessoa, gozando apenas de uma mera expectativa de direito que apenas será concretizada caso venha a nascer com vida. Condicionado a personalidade jurídica ao nascimento, está, conseqüentemente, negando a constituição ao nascituro de direitos personalíssimos, a exemplo, do direito à vida, à saúde, à imagem e à honra.

Essa afirmativa manifestamente confronta os ditames principiológicos esculpidos pela própria Constituição Federal de 1988 e que são responsáveis por estabelecer os parâmetros legais e interpretativos a serem aplicadas a toda e qualquer norma jurídica. Como é cediço, a Carta Magna de 1988 preconiza como fundamento maior do Direito a proteção à pessoa e à sua dignidade, fato esse que denota o total descabimento e incoerência de não atribuir ao nascituro uma condição de sujeito de direito.

Nesse mesmo sentido, a legislação infraconstitucional brasileira, por diversas oportunidades, oferece tratamento protecionista ao nascituro, como na atual criminalização do aborto pelo Código Penal³ e através da garantia de prerrogativas inerentes à condição de pessoa, a exemplo da possibilidade de pleito alimentício por meio de representante legal contra o presumido genitor, conforme a Lei 11.804/2008, responsável por disciplinar o direito a alimentos gravídicos.

Já no Código Civil, ao nascituro é garantido o seu direito ao reconhecimento de filiação⁴ e o direito à curatela especial, prevista no art. 1.779, *caput*, do CC/02, *in verbis*: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”.

³ Art. 124 CP - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque

⁴ “Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade Ativa da parte. Interpretação dos arts. 5º da Constituição da República e 7º e 8º da Lei 8.069/90. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo is direitos do nascituro, uma vez que neste há vida” (TJ/SP, Ac. Unam. 1º Câmb.Cív. de Férias, ApCív. 193.648-1, *in Lex-JTJ* 150:90).

Outrossim, a jurisprudência pátria anda nesse mesmo passo, já existindo posições que possibilitam, por exemplo, a reparação do nascituro por danos morais⁵. Do mesmo modo, há posicionamento pelo reconhecimento do direito de pais em receber a indenização do Seguro DPVAT pela morte do nascituro em decorrência de acidentes automotivos, sob o fundamento de que este é provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, sendo tratado, portanto, como pessoa⁶.

Esses posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, de cunho concepcionalista, evidenciam a interpretação contumaz extraída do art. 2º do CC/02, que em consonância com os princípios constitucionais e com as normas esparsas que tratam da figura do nascituro, não exclui do manto protetor da justiça a “pessoa” em sua fase limiar, mais frágil e desguarnecida.

2.2 Das teorias jurídicas:

A tradicional teoria *natalista*, que possui como um dos seus expoentes o doutrinador Silvio Rodrigues (2002), defende que o nascituro não pode ser considerado pessoa para o Direito. Segundo essa corrente, a aquisição da personalidade jurídica só deve ocorrer para o ente nascido com vida, ou seja, quando comprovado o funcionamento do aparelho respiratório do recém-nascido, constatado por meio da docimasia hidrostática de Galeno.

⁵ “DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, REsp n. 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232).

⁶ DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA. (STJ, REsp n.1.145.727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4º Turma, julgado no ano de 2013).

A questão nunca foi pacífica na doutrina, derivando dela uma inquietação que já se demonstrava ser controvertida à época: o nascituro teria então natureza jurídica de “coisa”? Devido ao inadmissível tratamento, outras teorias tomaram forma, sendo uma delas a dos condicionalistas.

Os adeptos da teoria da personalidade condicional sustentam que o nascituro, desde a concepção, já goza dos direitos da personalidade, como à vida, à honra e à imagem, estando os direitos patrimoniais, a exemplo da herança, condicionados ao seu nascimento com vida. Apesar de bem próxima da teoria concepcionista, diferenciam-se pelo tratamento dado à personalidade jurídica, que para os condicionalistas estaria igualmente subordinada ao nascimento com vida, mesmo o nascituro já dispondo dos seus direitos da personalidade.

Nesse caso, existe uma condição suspensiva que prejudica, pelo menos por um tempo, a obtenção da personalidade, sendo ela um evento futuro e incerto (nascimento com vida). A tese pode ser fundada como base no art. 130 do CC/02, que preleciona: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo”.

Em sentido próximo, influenciados pelo Direito Francês, a teoria concepcionista conta com muitos adeptos na doutrina brasileira. Essa vertente de pensamento sustenta que o nascituro, desde a concepção, já titulariza os direitos da personalidade e, conseqüentemente, já goza de personalidade jurídica, devendo então ser considerado pessoa.

Enfatiza-se que a escassez dos direitos patrimoniais não teria o condão de condicionar a personalidade jurídica do nascituro ao nascimento, que se origina a partir da concepção. Essa é a corrente predominante no Brasil, já que em sua forma pura, a teoria da concepção garante, em regra, ao nascituro todos os direitos advindos da personalidade, sejam eles patrimoniais ou personalíssimos.

Percebe-se, dessa forma, que entre as teorias concepcionista e condicionalista, quando analisadas em um plano prático, não demonstram nenhuma distinção de tratamento, visto que ambas as teses garantem direitos,

divergindo apenas no tocante ao momento de incorporação da personalidade jurídica.

Não obstante, destaque deve ser dado ao entendimento desenvolvido pela doutrinadora Maria Helena Diniz (2002), que defende a existência de uma personalidade jurídica formal (relacionada aos direitos da personalidade) e de uma personalidade jurídica material (atinente aos direitos patrimoniais), esta última condicionada ao nascimento com vida.

Portanto, conclui-se que o nascituro, desde sua concepção, goza de uma personalidade jurídica, seja formal ou material, não restando dúvidas sobre o tratamento jurídico que lhe deve ser destinado, uma vez que goza do *status* de pessoa e, conseqüentemente, de todos os direitos inerentes a essa condição.

2.3 Da defesa dos direitos do nascituro

Ao abraçar o nascituro através da corrente concepcionista, o legislador e o jurista brasileiro devem convergir suas atenções à sua proteção, percebendo, para isso, as peculiaridades do ser em questão. Em obra sobre a matéria, Silmara Juny A. Chinelato e Almeida (2001), afirma que não se pode negar a personalidade jurídica do nascituro, já que “quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o *status* atributos da personalidade.” (p.175)

Nesse sentido, torna-se imperiosa a afirmativa de que o sistema jurídico brasileiro deve proporcionar ao nascituro uma proteção jurídica fundamental, atrelando todas as suas ramificações em prol de sua efetiva tutela. Manifesta tendência pode ser extraída da contemporânea discussão criada ao redor da possibilidade da responsabilidade civil da gestante por condutas prejudiciais ao nascituro durante a gestação.

Apesar da recente discussão, já existem doutrinadores, a exemplo de Silva Mendes Berti (2008), que defendem tal posicionamento, exigindo uma atuação positiva do direito em prol daquele que venha a ter sofrido negligências durante o seu período gestacional. A justificativa não poderia ser outra: os impactos de uma má gestação possuem reflexos na formação fisiológica e

psíquica de qualquer indivíduo, acompanhando-o por toda a sua trajetória ao nascer.

A título de exemplo, o estresse, fator que assola grande parte da população brasileira, surte inúmeros efeitos negativos ao nascituro quando sofrido pela gestante, pois o mesmo pode desencadear alterações orgânicas.⁷ Tais consequências seriam em decorrência da exposição do feto a determinados hormônios, podendo ser o responsável, inclusive, por alterações cerebrais.

Sendo assim, posiciona-se Berti (2008, p.198) que “nesse contexto, é possível reconhecer ao que vai nascer direito a reparação dos danos que lhe forem causados, durante sua vida no útero materno”. Ademais, indispensável advertência foi aventada em obra de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2014), ao relatar que não existe uma pretensão de sufragar a liberdade de atuação da mulher durante seu período gestacional, mas apenas relativizá-la em relação às terríveis consequências advindas de uma incipiente gravidez.

Por óbvio, tal responsabilidade transcende a genitora, alcançando também o suposto genitor, que assim deve atuar desde a ciência do estado gravídico daquela que foi ou é sua companheira/cônjuge, bem como o próprio profissional de saúde que atuar de maneira negligente em desfavor do feto.

Logo, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, de modo que todo direito personalíssimo deve ser protegido. No tocante ao nascituro, tal afirmativa não pode ser diferente, existindo diversos instrumentos legais que convergem a fim de protegê-lo, como a criminalização do aborto, conforme já citado anteriormente, e a concessão de alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/2008), sendo indispensável que todos os dispositivos jurídicos devam preconizar não apenas a sua proteção, mas também a sua máxima efetivação.

Sendo assim, diversos são os métodos empregados com fins a promoção de direitos fundamentais, fator esse recorrente no corpo legislativo canarinho. Dessarte, no caso de embate de direitos, como a liberdade e a saúde, técnicas de ponderação são utilizadas de forma a ser analisado qual direito no caso concreto deverá prevalecer.

⁷Disponível em:< <https://www.tuasaude.com/estresse-na-gravidez/>> Acesso em 02/11/2018

Nesse mesmo diapasão, podem-se citar as técnicas de aplicação do Direito e hermenêutica que permitem ao julgador um olhar mais amplo da norma para alcançar seu desígnio de maneira plena. Com essa perspectiva, cabe indagar o real alcance da garantia de emprego destinada à gestante no âmbito laboral que, como será demonstrado, não restringe sua razão apenas na proteção do direito ao trabalho destinado à mulher, alcançando também uma natureza protecionista em relação ao nascituro.

3 GARANTIA DE EMPREGO

3.1 Da definição e conceito:

A relação empregatícia, por sua natureza, é tida como desigual pelo Direito brasileiro, já que o risco da atividade econômica cria para o empregador a prerrogativa de tomar medidas unilaterais, entre elas, a despedida arbitrária. Esse desequilíbrio, a princípio, torna a relação de emprego um campo de inseguranças para aquele que vende sua força de trabalho, haja vista que, apesar de não assumir eventuais prejuízos advindos da atividade empresarial, está constantemente sujeito ao arbítrio daquele que lhe contrata.

Nessa senda, com o fito de proteger o empregado em circunstâncias específicas, o Direito trabalhista brasileiro é munido do instituto da garantia de emprego, tratada também como estabilidade provisória, sendo ela definida pelo doutrinador por Maurício Godinho, em seu *Curso de Direito do Trabalho* como:

[...] a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independente da vontade do empregador. (2011, p.1424)

Contudo, não se pode confundir o referido instituto jurídico com outro intitulado de estabilidade. A confusão conceitual por demais se justifica, já que ambas atuam, na visão do citado doutrinador, na preservação do vínculo empregatício, evitando a dispensa injustificada. Nesse contexto, enquanto a estabilidade se prolata no tempo sem um termo final específico, a garantia de emprego persiste enquanto os fatores que lhe deram ensejo possibilitem tal proteção, nos termos da lei que lhe instituiu.

Interessante a distinta perspectiva adotada pela doutrinadora Vólia Bomfim Cassar em sua obra *Direito do Trabalho* (2015) ao atribuir à garantia de emprego uma posição de gênero da qual a estabilidade empregatícia seria espécie. Dessa forma, defende que:

[...] toda medida praticada com o intuito de diminuir o desemprego, recolocar o trabalhador no mercado de trabalho, incentivar a admissão, desestimular a dispensa, obstar ou onerar a despedida arbitrária, capacitar o profissional no

sentido de aproveitá-lo no mercado é considerada medida de garantia no emprego (p.1177).

Nesse diapasão, poderíamos diferenciar os citados institutos como sendo a estabilidade um instituto trabalhista, enquanto a garantia de emprego seria um instituto político-social-econômico. Referenciado raciocínio também poderia ser, por exemplo, estendido ao plano do jovem aprendiz, por ser essa uma política de inserção de jovens no mercado de trabalho e, conseqüentemente, uma medida que visa incrementar a garantia de emprego.

Por óbvio, a autora, acompanhada de outros doutrinadores, como Sérgio Pinto Martins (2001) e Amauri Mascaro (2001), discorda do posicionamento de Maurício Godinho, que, como já supramencionado, entende por garantia de emprego, em sucinto raciocínio, como uma estabilidade provisória.

Feitas tais considerações, maiores problemas não se derivam da antagônica posição enfrentada, já que o ordenamento jurídico pátrio por vezes veda a despedida do empregado sem justa causa, definitivamente ou provisoriamente, outrora cria políticas de desestímulo a essa prática.

Sendo assim, existe apenas uma falta de consenso na denominação do termo garantia de emprego que, a depender do posicionamento aderido, terá uma significação diferente.

3.2 Dos antecedentes históricos:

Segundo o doutrinador Maurício Godinho (2011), o Direito do trabalho brasileiro, no seu desenvolvimento principiológico sobre a matéria de continuidade da relação de emprego e inserção do trabalhador no mercado de trabalho, “buscou criar mecanismos de afirmação de tais princípios, valorizando a permanência do vínculo empregatício e a mais profunda inserção do obreiro a vida e dinâmica empresariais” (p.1337).

Contudo, em período anterior, na escassez inclusive de um aparato legal para dirimir as questões oriundas das relações de trabalho, tais relações, de forma geral, eram reguladas pelo Código Civil, inexistindo, portanto, qualquer tipo de dispositivo que preconizasse pela continuidade do vínculo empregatício.

Nessa senda, existem registros que datam o ano de 1920 em que garantias trabalhistas já passaram a incrementar o corpo legal do ordenamento jurídico brasileiro a fim de preservar o vínculo de emprego. A título de exemplificação, tem-se a Lei Previdenciária nº 4.682, de 24.1.1923, em que foi garantida a determinada categoria de ferroviários o direito a estabilidade empregatícia depois de 10 anos de efetivo trabalho (MARANHÃO, 1987).

No transcorrer do mesmo ano foi observada uma verdadeira ampliação do até então direito, restrito apenas a uma determinada categoria, que passou a abranger também os portuários (RUSSOMANO, 1953). Com o passar do tempo, já nasceria a Consolidação das Leis Trabalhista, em 1943, e a Constituição de 1946, em que, com sua diretriz protecionista e a favor do proletariado, estenderia também ao trabalhador rural sua manta protetora.

Assim, já nesse cenário descrito, outra medida já procurava garantir a proteção do emprego e sua prolação no tempo, materializando-se na imposição de uma verba indenizatória para o caso de dispensa injustificada, prerrogativa intitulada como indenização por tempo de serviço. Para mais, a Consolidação das Leis Trabalhista instituiu a conhecida estabilidade decenal, em que o transcurso de 10 anos de labor sob a égide de um mesmo contrato de emprego resultaria em uma estabilidade permanente do vínculo empregatício.

Percebe-se, nesse período, uma tendência legislativa em incrementar políticas protecionistas em favor do empregado, almejando a relativização do exercício do poder potestativo a disposição do empregador em relação a sua prerrogativa de rescisão contratual de forma unilateral.

No entanto, fortes críticas foram direcionadas aos citados institutos (multa e estabilidade e com previsões nos respectivos arts. 477 e 478, caput, da CLT e atualmente tacitamente revogados), apoiada principalmente pela classe empresarial que via nesses direitos um risco à produtividade dos empregados. Nasce assim, impulsionado pelo pensamento neoliberal implantado no período ditatorial brasileiro, uma política que iria frear a progressiva ascensão em prol da proteção à continuidade da relação empregatícia.

Nesse ponto, brota a Lei nº 5017/66 (atualmente regida pela Lei n.8.036/90) como uma alternativa a esse sistema legislativo que impôs obstes

ao livre exercício dos empresários no tocante à dispensa arbitrária: cria-se o FGTS. A sistemática de depósitos mensais como uma forma de proteção ao trabalhador, ao lhe garantir uma “poupança” em caso de dispensa sem justa causa, veio a substituir o seu direito a estabilidade decenal, garantido também a percepção de uma multa de 10% em cima desse valor arrecadado (com o advento da Constituição de 1988, passou-se a ser de 40%).

Dando seguimento à linha do tempo, chega-se a nossa atual Constituição de 1988. O Texto Maior representa um misto de diretrizes em que existe a preconização de proteção ao trabalhador, mas, simultaneamente, um viés liberal, preocupado com a possibilidade do exercício da livre iniciativa da atividade econômica no âmbito privado. Sendo assim, qual teria sido o tratamento destinado à proteção da continuidade do vínculo empregatício?

Da análise do seu art.7º, algumas interpretações poderiam surgir, já que existem resquícios de uma visão liberal e outras que denotam a valorização da continuidade da relação empregatícia:

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

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

II – (...);

III - fundo de garantia do tempo de serviço (grifo nosso).

Ora, percebe-se que o antigo sistema de estabilidade decimal, entendido antes como uma medida altamente protetiva em prol do trabalhador, não foi prestigiada na Carta Magna, mas, ao contrário, deu espaço para a universalização do FGTS, que, como foi demonstrado, nasceu como uma forma de flexibilizar a relação trabalhista. A partir de 1988, todos os vínculos empregatícios teriam um único regime jurídico, estando o FGTS como uma cláusula inerente a todo contrato de trabalho.

Em opinião, Maurício Godinho:

A sistemática do FGTS liberalizou, economicamente, o mercado de trabalho no país, se contraposta à sistemática então vigente; com isso, aproximou o sistema justabalhista, no tocante a cessação do contrato, a um mercado de tipo liberal. (2011, p. 1178).

De outro plano, o texto constitucional preconizou pela proteção do contrato empregatício contra a despesa arbitrária, nos termos de lei complementar, dando o indicativo de preocupar-se com a continuidade do vínculo laboral, não deixando o empregado a margem da mera liberalidade de quem lhe contratou. Tal dualidade representa, na verdade, o compromisso da Constituição em primar não só por direito social ao trabalho, mas também pela garantia da ordem econômica nacional.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Nesse diapasão, apesar da não continuidade do tratamento protecionista prestigiado pela Constituição de 1946, a atual Carta Magna não o fez movida a onerar o trabalhador ou beneficiar a classe empresária. Todavia, propôs contrabalancear interesses que a princípio parecem opostos, a fim de estabelecer um Estado em que o exercício da atividade econômica não seja afrontado pelos direitos e dignidade daquele que vende sua força de trabalho e vice-versa.

Por tudo exposto, pode-se afirmar que atualmente o direito social ao trabalho está inevitavelmente atrelado à garantia da dignidade da pessoa humana, pois o exercício do trabalho é a fonte, o meio para se efetivar uma vida digna àqueles que a exercem. Ademais, apesar da figura da estabilidade ter sido praticamente extinta pela Constituição de 1988 com o advento do

FGTS, o mesmo não pode ser dito a respeito das garantias de emprego (estabilidade provisória), que atualmente continuam prestigiadas pelo ordenamento jurídico pátrio em seus vários dispositivos que a seguir serão tratados.

3.3 Dos tipos de estabilidades provisórias - garantia de emprego à gestante:

No corpo do nosso ordenamento jurídico, as garantias de emprego podem ser classificadas conforme a sua previsão legal, existindo aquelas contempladas na própria Constituição, como também as contempladas no corpo infraconstitucional. Dentre as de origem constitucional, podemos citar a imunidade sindical, prevista no art 8º da CF/88⁸, a do dirigente da CIPA e da mulher gestante⁹. Já as de origem legal, podemos citar aquelas inseridas na legislação previdenciária, dentre elas, a garantia de emprego advinda do acidente de trabalho.

Feitas tais considerações, cabe a análise do objeto central da discussão: a garantia de emprego da gestante. Assim, nos termos do art.10, inciso II, alínea *b*, dos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias:

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.

⁸ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

⁹ 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: *a)* do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; *b)* da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Da leitura do citado dispositivo, é evidente que estamos diante de uma garantia de emprego (estabilidade provisória), em que o legislador pátrio concedeu a todas as gestantes a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez. Contudo, cabe destacar a existência de uma diferenciação terminológica contida no dispositivo, indicando uma distinção entre a dispensa arbitrária e a sem justa causa.

Tal fato se dá em razão de uma disposição legislativa contida no art.165, *caput*, CLT¹⁰, que veda a dispensa arbitrária contra o empregado investido no cargo de dirigente das comissões internas da prevenção de acidentes (CIPA'S). Essa dispensa arbitrária pode ser entendida como aquela que não se funda em motivo técnico, disciplinar, econômico ou financeiro. No entanto, está singularidade restringe-se a citada categoria, não se aproveitando para os demais empregados, incluindo neste rol, as gestantes.

Logo, por inexistir uma previsão legal que a imponha, como também uma posição jurisprudencial sobre o tema, não se faz necessário a distinção dos termos *arbitrário* ou *sem justa causa* no caso da dispensa da gestante, em que, todas as vezes que se configurar na forma desmotivada, ou seja, não existir uma justa causa, estará presente a incidência da garantia de emprego (estabilidade provisória) para resguardar a continuidade empregatícia interrompida indevidamente.

3.4 Das hipóteses de incidência:

Exposto a hipótese legal do instituto da garantia de emprego da gestante, faz-se necessário dirimir as várias questões que circundam a incidência da estabilidade provisória, a começar por sua iniciação.

Como previsto no dispositivo constitucional, o marco inicial é a confirmação da gravidez. Cabe ressaltar que o conhecimento do estado gravídico pela empregada ou empregador antes da rescisão da relação de emprego é absolutamente irrelevante para a configuração da prerrogativa legal,

¹⁰ Art. 165 - Os titulares da representação dos empregados nas CIPA (s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)

bastando apenas a confirmação de que o estado gestacional se deu durante a vigência do contrato de trabalho.

Isto posto, a empregada que vê seu vínculo empregatício rompido imotivadamente, mas descobre, posterior ao ato, que estava grávida, fará jus às benesses da estabilidade provisória. Tal ponto já se encontra consolidado por nossa jurisprudência:

A estabilidade de emprego conferida à empregada gestante, nos termos do art. 10, II, b, do ADCT, independe do conhecimento das partes do estado gravídico da empregada, no momento da dispensa injusta e do acerto rescisório, tendo em vista ter havido a concepção e o início da gestação na vigência do contrato de trabalho. A Carta Magna, ao estabelecer que "fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto", prescindiu do critério subjetivo (ciência da gravidez), fundando-se em dados objetivos caracterizados pela gravidez da empregada e pela dispensa injusta, com vistas a atingir os fins sociais de proteção à mãe e ao nascituro, sendo certo que o estado gravídico não se prova pela data do atestado médico, mas pela aferição, contida neste atestado, do início da fecundação. GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (TRT-RO-886/98 - 4ª T. - Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira - Publ. MG. 12.09.98)

Dessa forma, exsurge uma solução para o impasse muitas vezes aventado pela parte adversa ao trabalhador sobre o dispositivo, pois, questionado como um instrumento voltado apenas para proteger o direito social ao trabalho destinado à mulher, a partir do momento em que a vulnerabilidade oriunda do período gestacional não são evidentes, não teria o porquê da garantia de emprego incidir sobre tal situação. Portanto, a ciência do estado gravídico pelo empregador seria indispensável para que a proteção à gestante fosse reivindicada.

Por outro lado, como exposto na jurisprudência acima transcrita, o legislador constitucional, ao dispor como marco inicial para a configuração da garantia de emprego a concepção, estipula um critério objetivo que visa não somente proteger a mulher, mas também o nascituro. Ora, o período gestacional é regido por dificuldades, devendo ser, por isso, o mais saudável e tranquilo possível para a genitora.

O direito ao trabalho é visto como um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, sendo por meio deste que cada indivíduo garantirá o exercício de sua dignidade, refletida pela independência financeira e sentido de integração social. Nesse contexto, o nascituro, em sua inteira dependência à figura materna, é abraçado pelo citado instituto, haja vista que, a partir do trabalho, tido como fonte de renda e sustento de grande parte dos brasileiros, é que são obtidos os meios a se garantir uma gestação adequada e sadia para aquele que ainda irá nascer.

Ademais, ressalta-se que a estabilidade provisória também alcança as domésticas, não deixando o legislador tal categoria desguarnecida de tão importante amparo legal. Outrossim, ressalta-se que caso a gestação se origine no período compreendido pelo aviso-prévio, a garantia de emprego será preservada para a empregada, mesmo se o cumprimento estabelecido seja o indenizado, já que o referenciado lapso é considerado tempo de serviço, como disposto no art.487, §1º, da CLT¹¹.

Tortuosa questão se perfaz no tocante aos contratos de emprego por tempo determinado, já que em tais instrumentos, tanto empregado, como empregador, ao pactuarem o acordo nesses termos, já estão cientes da condição de limitação do contrato com o decurso do tempo. Sendo assim, transcorrido o período estipulado, ocorreria a simples extinção do contrato e não a dispensa imotivada por parte do empregador.

Com efeito, por carência da dispensa por justa causa ou arbitrária, a jurisprudência pátria era consolidada e posicionava-se pela impossibilidade da empregada regida por contrato de experiência gozar da estabilidade provisória em decorrência do seu estado gravídico. Não obstante, em 14 de setembro de 2012, houve uma reavaliação do posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, cominando na até então em vigor Súmula 244, III:

Súmula nº 244 do TST

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

¹¹ Art. 847, §1º A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço.

(...)

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.

A mudança jurisprudencial denota tamanha abrangência do instituto da garantia de emprego à gestante que transcende a mera proteção ao emprego da genitora, mas galga uma posição de destaque em prol daquele que está concebido no ventre da empregada. Ademais, reflete também o olhar constitucional para o contrato de trabalho, que não pode ser mais vislumbrado como um ato de mera liberalidade, mesmo tendo uma natureza privada e regida pela autonomia das partes contratantes.

Atualmente, inclusive à luz do próprio Código Civil de 2002, que em seu art 421 preleciona “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, a doutrina e jurisprudência retiraram as amarras do absolutismo contratual e admitiram a força e a influência da essência irradiada por nossa Carta Magna, que por meio de seus princípios e fundamentos, vincula o exercício dos contratos, inclusive o trabalhista, a um viés social que não lhe pode ser omitido.

Não se busca com isso afirmar que a vontade das partes no âmbito dos contratos deva submissão absoluta a sua função social a ponto de lhe ser retirada qualquer margem de liberdade contratual. Isso porque, é a própria legislação que permite o livre exercício da autonomia da vontade, legitimando a negociação entre indivíduos a fim de ser alcançado um interesse comum. Assim sendo, é necessário que exista uma segurança jurídica no entorno de tal ato, sob pena de perda do próprio espírito do negócio jurídico.

Por outro lado, os abusos que podem ser cometidos pelo revestimento dessa autonomia não podem ser ignorados pelo Direito, ainda mais quando estivermos diante de partes desiguais, a exemplo do empregador e empregado. Logo, cabe à função social de todo e qualquer contrato garantir que naquele negócio não estarão sendo usurpados os valores que lhes são inerentes, não podendo um acordo ir de encontro, por exemplo, à dignidade de qualquer sujeito.

Por conseguinte, pode-se concluir que os contratos trabalhistas se submetem aos primados constitucionais, à valorização social do trabalho, bem como a própria função social do trabalho. Apesar de ter sua razão de ser pautada no exercício da autonomia da vontade das partes (empregado e empregador), por certo ela sofre restrições do seu alcance pelos valores que lhe regem, devendo, por isso, atenção do legislador e jurista ao analisar cada caso concreto e a sua devida atuação, dentro dos parâmetros impostos pela Constituição de 88.

Tal assertiva se extrai da leitura do enunciado nº 23 da 1ª Jornada de Direito Civil que tratou desta temática:

Art. 421: A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, **não elimina o princípio da autonomia contratual**, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (grifo nosso)

Por tudo exposto, pode-se ver que, mesmo existindo o pacto entre empregado e empregador a respeito do termo temporal que irá pôr fim ao contrato de emprego, o mandamento Constitucional que prevê a garantia de emprego à gestante não vislumbra isoladamente a proteção ao emprego da mulher, mas a proteção e bem-estar do nascituro, irradiando assim a necessidade de amparo a esse ser em sua forma mais vulnerável, e, por consequência, preservando o vínculo empregatício para além do período inicialmente aventado entre as partes.

Todavia, adverte-se que por mais que exista a prorrogação do contrato de trabalho em regime de tempo determinado, tal fato não desnatura o acordo previamente estabelecido por meio da autonomia da vontade das partes, devendo o mesmo ser extinto assim que o prazo da garantia de emprego findar.

Para corroborar tal posicionamento, vale a transcrição do entendimento irradiado pelo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO - COMPATIBILIDADE - EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA

ESTABILIDADE. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. O único pressuposto para que a empregada tenha reconhecido seu direito à estabilidade provisória é o estado gravídico no momento da rescisão do contrato de trabalho, porque tal garantia visa à tutela do nascituro e o citado preceito constitucional não impõe nenhuma restrição quanto à modalidade do contrato de trabalho, se por prazo determinado, como é o contrato de experiência, ou por prazo indeterminado. Por conseguinte, a empregada admitida mediante contrato de experiência por prazo determinado tem direito à estabilidade provisória da gestante. Inteligência da novel redação da Súmula nº 244, III, do TST. **Registre-se, por fim, que o entendimento firmado por esta Turma julgadora é de que, nas hipóteses de reconhecimento de estabilidade em contrato por prazo determinado, ocorre a prorrogação do período contratual por força da norma constitucional, sendo certo, contudo, que essa circunstância não desnatura a índole do contrato de trabalho originalmente firmado entre as partes, qual seja contrato por prazo determinado, cuja extinção ocorre com o advento do seu termo final.**(Processo: RR - 157900-30.2009.5.05.0531 Data de Julgamento: 11/06/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/06/2014).

Dessa forma, a incidência da citada prerrogativa se deve a função social inerente ao contrato de trabalho, não tendo, por si só, o condão de tornar o contrato de emprego, acordado para ter um prazo determinado, em de tempo indeterminado.

3.5 Dos efeitos da garantia de emprego:

Determinado o caso de incidência e suas hipóteses, cabe determinar os efeitos oriundos da prerrogativa. Como exposto, a principal consequência da estabilidade provisória é a manutenção da continuidade da relação empregatícia, sendo que o seu rompimento na forma imotivada criará à gestante o direito de ser reintegrada ao seu posto empregatício do qual foi indevidamente dispensada; ou indenizada em relação aos salários não percebidos neste período. Ademais, ressalta-se que essa garantia se estende até cinco meses após o nascimento do nascituro.

Contudo, é de se chamar a atenção para a primazia pela reintegração da gestante ao seu posto de trabalho, sendo a indenização apenas uma forma compensatória na hipótese de impossibilidade daquela. Em outros termos, primeiro deverá ser proposto a reintegração da genitora ao seu emprego, para depois, em caso de impossibilidade, vir a proposta indenizatória. Assim evita-se que a genitora, mesmo sem qualquer tipo de restrição para o retorno a sua antiga atividade, assim o faça para usufruir da verba que lhe é devida sem a contraprestação do trabalho.

Por óbvio, várias são as circunstâncias que podem vir a impossibilitar a genitora de retornar ao seu labor, seja pelo próprio esgotamento do prazo previsto para a estabilidade provisória, seja pela impossibilidade advinda de questões médicas ou morais. Em muitas situações, pode não mais existir um ambiente favorável para o retorno da genitora ao seu antigo emprego, não se exigindo, nesse caso, quando devidamente comprovada, a reintegração, mas sim, a indenização substitutiva das verbas devidas àquele período.

Novamente, a indenização substitutiva prevalecerá em face à reintegração, quando se provar que o retorno da empregada a sua antiga função venha a pôr em risco a sua saúde ou a saúde do nascituro. Logicamente, como já demonstrado, a garantia de emprego à gestante também possui sua razão de ser voltada à proteção do nascituro, não devendo, em nenhuma situação que a indenização seja preterida quando a atividade laboral venha a pôr em risco a própria gravidez.

Ademais, cabe destacar que a 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho¹² já se posicionou de forma mais protetiva ao direito indenizatório, entendendo não ser necessário qualquer tipo de comprovação de impossibilidade de retorno ao emprego, no caso de negativa à reintegração. Sustenta o referenciado juízo que mesmo não comprovado a impossibilidade

¹² RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. RECUSA DE RETORNO AO EMPREGO. RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. A garantia constitucional que veda a dispensa arbitrária da empregada gestante, do momento da concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT/88), tem como escopo não apenas a proteção objetiva da maternidade, mas, principalmente, a tutela do nascituro. Assim, não se configura renúncia à estabilidade provisória, nem à indenização substitutiva a recusa da reclamante de retornar ao emprego, quando oferecido pelo empregador, dada a natureza e a finalidade dessa garantia. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.

para o retorno ao labor, a estabilidade constitui um direito irrenunciável, pois trata-se, na verdade, de uma garantia constitucional direcionada ao nascituro.

Dessa forma, se exigiria apenas a comprovação do direito à estabilidade provisória, já que esse é o único pressuposto contido na lei constitucional, devendo o empregador arcar com todos os salários correspondentes a tal período, mesmo existindo a recusa por parte da genitora em voltar ao emprego.

Adverte-se que esse pensamento não é pacífico, existindo diversas correntes contrárias à perspectiva adotada. A título de exemplo, tem-se a posição do doutrinador Sérgio Pinto Martins (2015), que defende a prerrogativa da estabilidade provisória em decorrência da gravidez como de emprego e não indenizatória. Nesse sentido, a recusa de não reintegração da genitora seria equiparada a um ato voluntário de pedir demissão, haja vista ser a própria empregada que nega a manutenção da continuidade do vínculo empregatício.

Outrossim, ressalta-se que atualmente a genitora fará jus a tais verbas se feito no prazo de 2 anos após findo o contrato de trabalho, correspondente esse tempo ao prazo prescricional destinado à seara trabalhista.

Por tudo exposto, não restam dúvidas de que a garantia de emprego da genitora, em todas as suas facetas, direcionam seu olhar também para o nascituro, imputando à figura materna o seu nítido dever de zelo para com o seu filho que está em fase gestacional.

No entanto, resta indagar por que essa prerrogativa só está destinada à mulher, tendo em vista que o genitor (tratado aqui ainda em sua forma presumida), que compartilha desse mesmo dever de zelo e cuidado, não tem seu emprego protegido contra o arbítrio daquele que lhe contrata.

4 EXTENSÃO DA GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE PARA O PRESUMIDO GENITOR

4.1 Dos aspectos principiológicos e constitucionais:

A análise sobre a possibilidade da extensão da garantia de emprego da gestante para o presumido genitor do nascituro perpassa inicialmente por uma análise sobre a figura paterna e as atribuições que lhes são destinadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, a começar pela própria Constituição Federal de 1988. Para tanto, se faz necessário extrair os princípios que regem e fundamentam a legislação pátria, para assim, obter o devido esclarecimento sobre a atuação destinada a figura paterna junto à sua prole ainda na fase gestacional.

Ademais, será igualmente necessário demonstrar o alcance destinado à norma jurídica da garantia de emprego da gestante e sua relação com os princípios constitucionais, que, junto às mutações sociais e seus novos anseios, aqui exemplificado através da atuação do genitor para com o nascituro, denotará o seu alcance a tal figura como uma forma de garantir sua efetividade frente a esse novo cenário social.

Sendo assim, da leitura da Carta Magna nos deparamos inicialmente com os Fundamentos da República Federativa, elencados em cinco incisos¹³, merecendo destaque os já citados: dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O primeiro é regido como um valor supremo, devendo todos os direitos fundamentais ter como relevo a busca pela concretização da vida digna à pessoa. O segundo denota o caráter social inerente à atividade empregatícia, não devendo ela ser observada isoladamente pela lupa da autonomia da vontade.

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Mais a frente, em seu art. 3º¹⁴, são visualizados os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, dispostos em quatro incisos, recebendo aqui destaque o primeiro deles que dispõe: “construir uma sociedade livre, justa, solidária”.

É nítido o clamor do constituinte em concretizar os postulados da justiça social, sendo isso nada mais do que a realização de um Estado pautado na igualdade e na solidariedade. Ademais, todos os fundamentos e objetivos aqui descritos são tidos pela doutrina como verdadeiros princípios, gozando, por isso, de força normativa.

Nos dizeres do doutrinador de Dirley da Cunha Júnior (2011), em sua obra Curso de Direito Constitucional:

[...] o princípio é o veículo dos valores mais fundamentais de uma sociedade. É o ponto de partida, o começo, a origem mesma dessa sociedade. Numa perspectiva jurídica, princípio é o mandamento nuclear de sistema jurídico [...]. (p.147)

Nesse ponto, não se nega que os princípios, com seu condão norteador, possuam também, junto às regras, um caráter de norma, devendo esta ser compreendida, nos dizeres de José Afonso (2003), como “preceitos que tutelam situações subjetivas ou de vínculo”. Por conseguinte, os princípios ordenam seus valores por todo o ordenamento jurídico, estabelecendo parâmetros para a incidência de outras normas jurídicas, tendo, pois, inegável caráter imperativo.

Dessa forma, a Constituição da República de 1988 deverá ser encarada como um sistema jurídico aberto de regras e princípios, ou seja, um sistema apto a dialogar com a própria sociedade, absorvendo suas mudanças e carências a fim de supri-las (CANOTILHO, 2002). A norma deverá acompanhar as transmutações sociais, seus novos paradigmas, sob pena do Direito tornar-se obsoleto, sem grande valia para servir àqueles que são os destinatários de sua atuação: a sociedade.

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse ínterim, a norma jurídica deve ser encarada como um instrumento com fins a alçar efeitos práticos, isto é, concretizar-se quando os fenômenos sociais abstratamente supostos pelo legislador se materializem no mundo dos fatos. Assim, sua aplicação fica restrita aos limites objetivos impostos pelo próprio teor legislativo, devendo ainda subordinação a três requisitos, sejam eles: existência, validade e eficácia.

Como não restam dúvidas a respeito da existência e validade do art.10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, já que a norma encontra-se em vigor e se mostra compatível com os preceitos constitucionais exigidos pelo nosso ordenamento pátrio, resta analisar o quesito eficácia.

Ser eficaz:

[...] significa, portanto, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialidade, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2006, p.82)

Nessa senda, a eficácia se mostra totalmente atrelada à realidade fática na qual está inserida. No tocante à garantia de emprego da gestante, como já exposto, a proteção à mulher grávida possui um reflexo protetivo ao próprio nascituro, no qual a relação empregatícia é tratada como um fator indispensável para a concretização dessa proteção. Dessa forma, brota o anseio do constituinte em extrair do trabalho sua função social, seu sentido solidário em prol da promoção da paz social e justiça.

Assim, a interpretação e aplicação do citado instituto deve ter como força motriz um embasamento principiológico, nunca perdendo de vista os valores que lhe são inerentes, que, como bem exposto, estão relacionados à figura do nascituro.

Deste modo, chega-se ao art. 5º da Constituição Federal de 1988 e seu rol de direitos fundamentais, entendidos por Dirley da Cunha Júnior (2012, p.180) como “posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna entre todas as pessoas”.

Doravante, resta elucidar os apontamentos de alguns princípios que deverão privilegiar a proteção da relação empregatícia do homem no seu

estado de presumido genitor, como um meio de se garantir a proteção do nascituro. Fato é que, por todo um novo contexto social no qual a figura paterna passa a estar inserida, esse dever-ser não pode ser adstrito à figura materna, considerando o crescimento e equiparação entre os vários atores que compõe a instituição da família, inclusive, em suas múltiplas facetas hoje já reconhecidas por nosso Direito.

4.2 Direito de igualdade – Paridade entre o genitor e a genitora:

O sentido da palavra igualdade nos remonta a diversas interpretações, muitas delas pautadas na rejeição daquilo que é diferente, ou seja, igual é aquilo que não se difere do outro, que não possui particularidade. Logicamente, qualquer tipo de conotação nesse sentido seria uma afronta as liberdades individuais de cada indivíduo, não sendo compatível com a democracia estruturada pelo nosso legislador constitucional. Contudo, o inverso também não pode ser adotado como regra, haja vista a perpetuação de inúmeras injustiças oriundas das desigualdades sociais.

Nesse sentido, a Carta Magna de 1988 pregou pela igualdade no sentido jurídico-formal, dispondo em seu art 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei¹⁵ (SILVA, 2009). A propósito, em seu inciso I, já assevera que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo, por isso, que mais a frente, no art 7º, incisos XXX e XXXI¹⁶, existem regras de direito material que almejam a vedação do tratamento distinto entre gêneros, coibindo assim a diferença salarial ou admissão de empregados por motivo de cor, idade ou sexo.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

¹⁶ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

A discussão entre a igualdade de direitos entre homens e mulheres perpassa por diversas searas do direito e alcança contornos temporais de séculos, tendo nos últimos tempos sua combustão marcada principalmente pela marcha feminista em busca de isonomia de direitos, principalmente no cenário mercantilista, em que, infelizmente, a mulher ainda é tratada de maneira discriminatória.

Nesse ponto, cabe chamar atenção para o anseio do constituinte em extirpar as desigualdades sociais, exigindo do legislador mesmo medidas que aparentemente afrontam o princípio aqui analisado. Isto posto, a igualdade só poderia ser exigida em um cenário onde os indivíduos estivessem em um mesmo posto, em uma mesma categoria. O oposto, isto é, em um cenário onde os sujeitos não estão em paridade de condições, deverá agir o direito em favor daquele posto em patamar de inferioridade, buscando assim proporcionar um ideal de igualdade de forças.

Logo, a aplicação do princípio da igualdade, em qualquer situação, primeiro deverá se atentar a certos aspectos e características sobre as categorias que o dispositivo deseja alcançar naquele caso concreto.

Apesar da complexidade do tema, é nítido que a mulher, por questões biológicas inerentes a sua natureza, possui uma nítida desvantagem de mercado em relação ao homem, mesmo tal afirmativa não sendo absoluta. Tal desvantagem é de índole meramente mercadológica, visto que o custo de uma empregada mulher, em tese, pode ser considerado maior do que do homem, já que em favor dela existem direitos que torna sua mão de obra mais custosa.

Ademais, vale relembrar que o preconceito ainda é algo presente na sociedade brasileira e ainda existem resquícios do retrógrado pensamento que afasta a figura feminina do mercado de trabalho e as aproximam das atividades domésticas.

Nada mais justo do que o surgimento de prerrogativas que visem ao menos amenizar as citadas desigualdades que são impostas ao gênero feminino e são sentidas nas estatísticas sobre o tema. O IBGE, nos dados atualizados em 08/06/2018, atestou que as mulheres continuam recebendo

menos do que os homens, alcançando a média de $\frac{3}{4}$ do que eles recebem¹⁷. Em contra ponto, as mesmas são mais escolarizadas, alcançando o número de 37,9% a mais do que homens no tocante ao ensino superior completo.

Dessarte, a garantia de emprego destinada à mulher no período gravídico é vislumbrado também como uma medida que visa a efetivação da igualdade de gênero no mercado de trabalho, muito em razão do recebimento de tratamento distinto entre a figura masculina e feminina.

É comum justificar tal disparidade em decorrência dos efeitos advindos da gravidez e também pelos supostos impactos da maternidade, visto por grande parte do empresariado como um fator atentatório à produtividade da empregada, prejudicando assim o seu desempenho e, conseqüentemente, seu rendimento.

Sendo assim, um estudo ainda não publicado pelo Instituto Getúlio Vargas com 240.000 mulheres entre 25 e 35 anos, apontou que metade das que tiveram filho perderam o emprego até dois depois da licença-maternidade¹⁸.

Ora, a própria garantia de emprego não se mostra tão efetiva assim, já que duas medidas podem ser tomadas pelo empregador para obstruir a continuidade do vínculo empregatício: não contratar mulheres ou demiti-las após o transcurso da estabilidade provisória. Isso se deve ao fato de que o vínculo empregatício é um pressuposto para a origem do direito. Logo, muitos se valem de um critério muito simples: não contratar mulheres.

Na contramão de toda essa problemática está o nascituro, o ser que nesse cenário se encontra desguarnecido e esquecido pelo legislador, já que quando a genitora não se encontra empregada, o presumido genitor, que em grande parte dessas situações é quem prover as despesas do lar, se vê desprotegido. Assim, nasce uma corrente recente em que os pais pleiteiam junto ao judiciário uma maior participação na relação paternal, antes destinada de forma quase exclusiva para a mulher.

¹⁷ Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-dasmulheres-no-mercado-de-trabalho>> Acesso em 17/11/2018

¹⁸ Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html> Acesso em 15/11/2018

Partindo para uma perspectiva social e jurídica sobre o tema, os papéis familiares destinados às tradicionais figuras pai e mãe, hoje já analisada sob a ótica das várias formas de família, apontam que a mãe ainda é presumidamente apta à criação dos filhos, preservando um mito materno presente na cultura ocidental de que as mulheres são condicionadas biologicamente para tanto¹⁹. Fato é que tal assertiva não pode mais persistir nos dias atuais, pois o próprio constituinte assim o quis quando impôs a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Ora, o dever de cuidado que é destinado a atuação para a mulher, aqui averiguada ainda perante o nascituro, também deve ser destinado ao homem. Pensar o contrário seria perpetrar uma injustiça que se prolata por anos em desfavor das mulheres, em que a responsabilidade de uma gestação é depositada quase que exclusivamente sobre seus ombros, enquanto o homem, em parte com os tenebrosos reflexos do machismo, esquiva-se de suas responsabilidades, furtando-se de uma atuação e dever inerente a sua condição de genitor.

Mas como já exposto, tal realidade já vem se transmutando, existindo um duplo anseio de isonomia encabeçado tanto pelas mulheres, que aspiram a repartição dos deveres familiares com seu(s) ou sua(s) parceira(s) (os)/companheira (os) /cônjuge(s), quanto pelos homens, que reivindicam uma maior participação na atuação familiar em relação a sua prole e, conseqüentemente, uma tutela jurídica condigna com essa nova conjectura social.

Nesse diapasão, cabe elucidar que a legislação trabalhista ainda é retrógrada nesse aspecto, perpetuando os preconceitos e estereótipos aqui apresentados, não ficando limitada apenas a restrição da garantia de emprego

¹⁹ Disponível em <<http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/4999>> Acesso em: 15/11/2018

exclusiva à gestante. No mesmo compasso, a discussão sobre a licença-paternidade estendida vem ganhando força e, inclusive, surtindo efeitos práticos: dados já comprovam que a licença-paternidade estendida já possui a aderência de 18% das empresas do país.²⁰

Isso porque, é discrepante a disparidade de tempo concedido pelo legislador para o homem e a mulher a título de licença para o período dos primeiros meses de contato com o bebê e responsável pelo estreitamento dos laços afetivos entre os pais com seus filhos recém-nascidos: Enquanto as mulheres gozam de 120 dias de licença (podendo ser prorrogado, a depender do caso, por mais 60 dias)²¹, ao homem, até 2017, só eram concedidos 5 dias.

Nesse desiderato, mudança legislativa foi promovida pela Lei nº 13.257/2017 a fim de dilatar o ínfimo prazo de 5 dias para o patamar de 20 dias (licença-paternidade estendida). Contudo, tal prerrogativa só se aplica aos funcionários das empresas que aderirem ao Programa Empresa Cidadã²². A adesão vem em constante crescente por parte do empresariado e com ela a construção de um ambiente corporativo que permite avançar em direção à promoção de oportunidades equitativas para homens e mulheres.

Apesar da ainda resistente diferença de tratamento, a nova prerrogativa dada ao pai denota a incorporação da consciência para um novo olhar do homem frente a sua atuação na família. Outrossim, merecido tratamento deve ser ofertado ao instituto da garantia de emprego da gestante, uma vez que cabe também ao genitor o papel de assegurar ao nascituro todos os direitos inerentes ao seu bem-estar.

Para reforça a imperatividade desse verdadeiro dever, se faz necessário a transcrição do art.4º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

²⁰Disponível em < <https://oglobo.globo.com/economia/licenca-paternidade-estendida-ja-pratica-em-18-das-empresas-do-pais-22972953>> Acesso em: 10/11/2018

²¹ Art.7º, inciso XVIII da CF: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

²² Programa do governo federal criado no ano de 2008, que propõem incentivos as empresas que adotam medidas sociais, a exemplo, da extensão da licença-paternidade.

Como muito bem demonstrado, tal dever deve ser repartido de maneira igualitária entre os atores da família, devendo, por conseguinte, que o próprio legislador atue em prol dessa equiparação. Nesse diapasão, importante instituto é posto a disposição do nascituro, representado por sua genitora, a ter a prerrogativa de exigir alimentos do seu presumido genitor.

Os alimentos gravídicos, instituído pela Lei nº 11.804/2008, são os valores suficientes para a cobertura das despesas provenientes do período gestacional, estando entre elas: alimentação especial, parto, medicamentos, assistência médica e outras prescrições que sejam necessárias para o sadio transcurso da gestação.

Cabe lembrar que a estipulação dos citados alimentos possui como marco a ponderação do binômio necessidade/possibilidade, ou seja, o pagamento dos valores entendidos como indispensáveis para a gestação estão atrelados a possibilidade de pagamento por parte do genitor, que, como já exposto, em grande parte da população brasileira, têm como fonte de renda os salários obtidos por meio da relação empregatícia.

Em outros termos, a proteção ao emprego do presumido genitor no período de gestação de sua companheira (o), é uma forma de garantir àquele seio familiar uma perspectiva de segurança e tranquilidade para o suprimento das inevitáveis necessidades advindas dessa época. Consequentemente, o próprio nascituro vê-se protegido, uma vez que todo esse aparato criado tem como fim garantir-lhe um desenvolvimento gestacional digno.

Nesses termos, observa-se o disposto no art 6º da citada lei:

Art. 6º. Convencido da existência de indícios de paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único – Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Dessa forma, como já exposto, a garantia de emprego da gestante possui como um dos seus fundamentos a proteção do nascituro através da continuidade do vínculo empregatício da sua genitora, de forma a preservar a

sua fonte de rendimento. Por outro lado, restou atestado que tais responsabilidades também são exigidas pelo presumido genitor, devendo, inclusive, ser ela equiparada em relação à genitora, em uma relação de equidade frente aos deveres emanados do instituto da família.

Nessa linha de raciocínio, ao tratar sobre a imprescindibilidade da efetividade do que é intitulado como paternidade responsável, retratada através da Lei dos Alimentos Gravídicos:

[...] a lei tem outro mérito. Dá efetividade a um princípio que, em face do novo formato das famílias, tem gerado mudanças comportamentais e reclama maior participação de ambos os pais na vida dos filhos. A chamada paternidade responsável ensejou, por exemplo, a adoção da guarda compartilhada como a forma preferente do exercício do poder familiar. De outro lado, a maior conscientização da importância dos papéis parentais para o sadio desenvolvimento da prole permite visualizar a ocorrência de dano afetivo quando um dos genitores deixa de cumprir o dever de convívio (DIAS, 2009, p.480).

Nesse desiderato, a extensão da garantia de emprego da gestante para o presumido genitor teria o condão de respaldar o princípio da paternidade responsável, preservando ainda o princípio constitucional da igualdade, dado que, a falta de proteção jurídica da relação de emprego do genitor o torna suscetível aos efeitos da despedida imotivada, tornando-o assim inapto a cumprir com seu papel de provedor das necessidades do nascituro.

Ora, o próprio legislador brasileiro almeja a contribuição e inserção do presumido genitor no cumprimento de suas obrigações parentais, mas não o garante aparato protecionista a sua fonte de rendimento, pois, tal proteção trabalhista restringe-se apenas à figura da mãe.

Com isso, não se busca descaracterizar a prerrogativa dada ao empregador de dissolver o contrato de emprego na forma imotivada, mas apenas criar limitações a seu exercício em determinadas situações, entre elas, o período gestacional, visto a indispensável necessidade de proteção ao nascituro e sua peculiar fragilidade nessa fase.

4.3 Do direito à vida e ao trabalho:

A vida humana é um objeto do direito, protegido e alçado ao grau máximo de proteção, ao ponto de todo o ordenamento jurídico está estruturado e interligado para garantir a sua preservação. Definir o que é *vida* torna-se uma tarefa arrojada, tendo em vista sua discussão perpassar dimensões filosóficas e metafísicas. Contudo, de forma singela e não tão ambiciosa, pode ser entendida como existência.

Resultado disso é uma estruturação jurídica pautada em garantir a preservação dessa existência e percebida através das suas disposições legais despojadas pelo ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da criminalização do homicídio, da lesão corporal, do aborto, da eutanásia e do próprio suicídio. Nos dizeres de José Afonso da Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional Positivo:

[...] consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável (SILVA, 2009, p.198).

Entretanto, o legislador constitucional não preconizou pela simples proteção ao existir, para mais, atrelou o direito à vida ao exercício na sua forma digna. Logo, o direito brasileiro é marcado por um anseio não de apenas proteger à vida dos indivíduos, mas permitir que o exercício dessa prerrogativa conceda o deleite de um existir honroso.

Nesses termos, como já evidenciado, a vida é protegida desde a concepção, gozando o nascituro de personalidade. Sendo assim, não lhe é negado o direito à vida ou a mera expectativa desse direito, sendo um dever do Estado preconizar por sua proteção, que, como supracitado, é um encargo que supera o simples nascer, mas aproxima-se de um nascer com dignidade.

Noutro ângulo, estão dispostos os *direitos sociais*, ordenados no art.6º da Constituição Federal da República²³, estando entre eles o *direito social ao trabalho*. Sobre o conceito dos direitos sociais (SILVA, 2009):

[...] são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normais constitucionais, que possibilitem melhores condições de vida aos mais fracos,

²³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

direitos que tendem a realizar a igualação de situações sociais desiguais (p.286).

Alçar o trabalho como um direito social demonstra que seu desempenho é um fator que erradia paz social e promove a dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo, recebeu um tratamento especial do constituinte, ao dispor no art 7º da Carta Maior de um rol de direitos inerentes a qualquer trabalhador, com fins a preservar a dignidade que lhe é própria, coibindo práticas abusivas por parte dos empregadores, como também garantido prerrogativas ao proletariado.

O Direito do trabalho, ramo especializado na atuação jurisdicional sobre os contratos empregatícios, também possui no corpo de sua legislação dispositivos que se aproximam desse ideal social almejado pelo constituinte. Ademais, os princípios que regem os juristas e legisladores trabalhistas, direcionam suas atuações para a aplicação do direito por um olhar mais cauteloso em prol do trabalhador, visto como uma figura merecedora de proteção e valorização.

Entre os seus institutos jurídicos, percebemos uma atuação pautada na preservação da vida do nascituro por meio da garantia de emprego da gestante, como já tratado e demonstrado. Assim, o direito social ao trabalho, sustentado por seus valores sociais (art.1º, IV, CF) e como fundamento a ordem econômica através de sua valorização (art.179, CF), possui reflexo em assegurar uma condição digna àquele que está a nascer, seja através dos rendimentos da genitora, seja do genitor.

Nesses termos, resta claro que o exercício do labor possui como pressuposto a promoção de um estado de dignidade para aquele que ganha com a contraprestação pelo exercício de sua atividade, sendo o vínculo empregatício um fator de relevante importância para o Direito. Ademais, é claro também que os proventos oriundos desse contrato de trabalho comumente ultrapassam a pessoa do empregado, alcançando, na maioria das vezes, os integrantes de sua família.

Com essa perspectiva e com fins a promoção da justiça social, a LC nº 146, de 25 de junho de 2014, inovou ao estabelecer o direito de estabilidade

provisória destinada à gestante para aquele que detiver a guarda provisória da criança no caso de falecimento da genitora:

Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014

Art. 1º O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho;

Como já demonstrado, a garantia de emprego destinada à gestante possui como um dos seus fundamentos a proteção ao nascituro por meio da preservação do seu vínculo empregatício. Assim, já se faz notória a função social do trabalho como forma de possibilitar uma gestação digna, propícia a se desenvolver de maneira equilibrada e segura, uma vez que muitas despesas (hospitales, farmacêuticas, vestimenta, alimentação) são comuns nesse estágio gestacional.

A inovação legislativa vem de forma a reforçar essa função inerente ao emprego, estendendo, em caso de falecimento da genitora da criança, para aquele que deter a guarda do menor. Nesse cenário descrito, em sua maioria, a extensão irá alcançar o genitor (pai), detentor da guarda devido a sua posição parental.

Assim, procura-se proteger a relação empregatícia daquele que deverá assumir o papel de protagonista frente ao recém-nascido, contudo, se esquece de que essa função muitas vezes é assumida quando a própria genitora está em vida.

Então, apesar de inovadora, a nova lei esbarra em uma problemática muito simples: nos caso em que a genitora estiver desempregada, por exemplo, o nascituro irá ficar a mercê da instável condição empregatícia, muito provavelmente exercida por seu genitor e único provedor das finanças familiares. Ora, a própria legislação se aproxima do ideal de justiça, mas ainda se mostra insuficiente para cumprir com a inteligência extraída do instituto da garantia de emprego da gestante.

A proteção destinada ao nascituro é concretizada a partir da manutenção de um estado empregatício exercido pela genitora, garantindo-a assim a possibilidade de arcar com as eventuais despesas da gestação, bem

como garantindo um estado de tranquilidade e segurança indispensáveis para uma próspera gravidez.

Entretanto, como muito bem exposto, esse dever também alcança o genitor, recaindo sobre o mesmo o encargo, em patamar de igualdade com a genitora, de prover as necessidades advindas da gestação e que são imprescindíveis para garantir o direito à vida do feto.

Ademais, a própria inovação legal traduz a preocupação que recai sobre o nascituro, em consonância com todo o raciocínio empregado até aqui. Não obstante, a extensão restringiu o seu efeito a concretização de um evento incerto: a morte da gestante. Não ateu o legislador ao papel destinado ao genitor por meio de seu trabalho, bem como as inúmeras circunstâncias onde a genitora não se encontra empregada ou incapacidade para o labor.

Logo, é evidente que o direito à vida, garantido e protegido em prol do nascituro, se perfaz através do direito ao trabalho daqueles que são responsáveis por seu cuidado, vislumbrado-se assim a sua função social como fonte que dignifica o trabalhador e, em certos casos, o próprio nascituro, pois é por meio do seu exercício que os seus anseios são supridos, merecendo, por isso, nessa específica circunstância, ter uma especial proteção sob a égide do Direito.

Por conseguinte, é notório que essa função social do trabalho em prol da vida do nascituro acompanha também o vínculo empregatício do presumido genitor, sendo ele responsável legal por suprir, na medida de sua possibilidade, as necessidades advindas do período gestacional, sendo que tal ônus persiste mesmo quando a genitora está com vida.

Dessa forma, a nova legislação, apesar de arrojada em sua proposta, mostra-se insuficiente para a efetiva proteção ao nascituro, tendo em vista o atual papel exercido pelo genitor no seio familiar, merecendo, por isso, um olhar mais enfático e protecionista da lei.

5 HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DA CONSTITUCIONAL

5.1 – Do sistema hermenêutico e da aplicação do direito:

Analisar a garantia de emprego da genitora sob um aspecto hermenêutico é se valer das várias técnicas a disposição do intérprete para desvendar as núncias da norma; é estudar o seu sentido e o alcance de suas expressões.

De outro ponto, temos a interpretação, que é concebida como uma técnica apta ao alcance desse objetivo, regido por princípios e regras para sua correta aplicação. Nos dizeres de Carlos Maximiliano (2005, p.01): “está a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda; a Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”.

De maneira esclarecedora, Dirley da Cunha Júnior (2014) trata sobre a dicotomia entre os termos, asseverando:

[...] a hermenêutica, portanto, é o domínio da ciência jurídica que se ocupa em formular e sistematizar os princípios que subsidiarão a interpretação, enquanto a interpretação é atividade prática que se dispõem a determinar o sentido e o alcance dos enunciados normativos (p.193/194).

Nesse desiderato, indispensável será analisar a real possibilidade de extensão da garantia de emprego da genitora para o genitor através de um viés hermenêutico, ou seja, apropriar-se das técnicas interpretativas a fim de determinar se tal circunstância está abrangida pelo manto do dispositivo constitucional em análise. Posto isto, faz-se necessário o exercício de criar a norma, pois não há norma, senão norma interpretada.

Assim, deverá ser exercida a prática da aplicação do direito, sendo ela compreendida como o enquadramento de um caso concreto a uma norma jurídica adequada aos seus fundamentos. Ela surge como uma fórmula de auxiliar a sociedade quanto a um interesse comum, valendo-se, para tanto, do aparato judicial a fim de conceder efetividade a esse anseio, o tornando assim exigível. Carlos Maximiliano (2005) esclarece:

[...] o direito precisa transformar-se em realidade eficiente, no interesse coletivo e também no individual. Isto se dá, ou mediante a atividade dos particulares no sentido de cumprir a

lei, ou pela ação, espontânea ou provocada, dos tribunais contra as violações das normas expressas (p.05).

Nesse diapasão, como patamar inicial para extrair a inteligência da norma que garante a genitora uma estabilidade provisória durante seu período gestacional, ao analisar a letra fria da lei do art. 10, *caput*, do ADCT, percebemos o seu caráter transitório, uma vez que a continuidade dos seus efeitos está condicionada a falta de legislação específica sobre a temática: .

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.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso I, da CF, dispõe:

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

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

A doutrina e jurisprudência dominantes após a Constituição de 1988 compreenderam que o dispositivo acima transcrito seria uma norma de qualidade programática, ou seja, não apta à produção de efeitos imediatos. Apesar da controvérsia que circunda tal afirmativa, dúvidas não pairam sobre a efetividade da norma contida no inciso II, do art. 10, do ADCT, que, mesmo sendo de caráter provisório, está plenamente apta a surtir seus efeitos, fato esse que se realiza desde sua promulgação.

Contudo, a carência da lei complementar suscitada acima, responsável por uma maior minúcia sobre a matéria atinente à garantia de emprego, denota a defasagem do tema no Direito brasileiro, em uma verdadeira omissão do legislador em tratar de uma discussão de tamanha importância.

Portanto, como o Direito está em constante movimento, à atividade interpretativa ganha força e grande relevância nesse cenário, sendo

responsável por revelar o sentido e o alcance do dispositivo normativo, frente às novas facetas sociais.

Cabe ao intérprete atualizar o Direito, torná-lo apto a suprir as carências sociais através de uma nova leitura de qualquer dispositivo, trazendo à superfície as situações jurídicas ainda guardadas e escondidas na lei.

Essa atividade criativa do jurista, vista com temor e cautela por seu inerente ativismo, deve ser enxergado não como uma inovação legislativa, fato esse que incidiriam em plena violação da sua função estatal jurisdicional, mas uma ação que desdobra as amarras do dispositivo legal a fim de expor sua real incidência aos fatos da vida, potencializando ao máximo sua atuação e eficácia.

O exercício interpretativo, por óbvio, não pode ser empregado em sua forma arbitrária, devendo conformidade aos parâmetros constitucionais e hermenêuticos estipulados pelo legislador, sob pena de usurpação da função legiferante direcionada ao poder legislativo.

Nesses termos (CUNHA, 2015):

[...] e essa criatividade do juiz, isto é, sua capacidade para criar o direito, se acentua consideravelmente no normativo-material da Constituição, que é composta por princípios e regras (...) o que devemos discutir presentemente, portanto, é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecido pela Constituição. (p.202)

Feita tais considerações, e ainda analisando a literatura do art. 10, inciso II, do ADCT, é de se questionar se a limitação da estabilidade provisória teria sido propositadamente destinada à mulher pelo legislador, em uma atividade de exclusão premeditada de seus efeitos para a figura do genitor.

Nessa linha de raciocínio, não devemos voltar os olhos para a exclusiva vontade do legislador, pois, se assim fosse, restaria o Direito fadado ao fracasso, em um caminho de infertilidades e injustiças.

Ora, sabe-se que o texto legal não brota de maneira pessoal e isolada da mente do legislador. Na verdade, a mesma é resultado de todo um processo de tradução do contexto sociológico para qual a lei foi criada. Por isso, a realidade social na qual a lei está inserida terá uma função primordial ao

auxiliar o intérprete em desvendar os verdadeiros alcances daquela norma, não estando ela limitada apenas aos elementos colhidos do texto, mas, e essencialmente, ao caso para o qual ela deverá ser aplicada, valendo-se, para tanto, dos elementos do mundo fático.

Posiciona-se sobre o tema (MAXIMILIANO, 2005):

[...] com a promulgação, a lei adquire vida própria autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que eu autor. (p.25)

Por conseguinte, resta ao intérprete vislumbrar no texto o seu espírito, sua razão de existir, estando esse fundamento em constante efervescência e mutação, em uma dialética constante com os novos anseios sociais. Por conseguinte, a lei transcende a vontade do legislador, galgando posição de destaque em relação a este.

Nessa perspectiva, defende Dirley da Cunha Júnior (2015):

[...] A interpretação não pode ser reduzida a uma atividade de reconstrução do pensamento do legislador.(...) O que se interpreta é o texto a luz do caso à luz do caso ao qual ele vai ser aplicado e concretizado; logo, o que se busca na interpretação é construir o sentido da norma em relação a sua realidade, circunstância que não prestigia a vontade do legislador, mas uma vontade própria da disposição normativa interpretada. (p.197).

Isto posto, a aparente limitação imposta pelo legislador através da utilização do termo “genitora”, não pode ser levado a cabo como uma forma de impossibilitar a sua extensão para o genitor, uma vez que a atividade interpretativa não é restrita a mera dedução-lógica do dispositivo legal.

Para além disso, como já bem fundamentado, a interpretação jurídica transcende a vontade do legislador e busca amparo na “vontade” da norma, desvendando-a a partir de técnicas e princípios hermenêuticos a sua disposição.

5.2 Dos princípios da interpretação constitucional:

Toda normatização tem um fim a ser alcançado, um objetivo para sua criação. Ademais, esse interesse deve obediência às normas hierarquicamente superiores, sejam elas leis ou princípios.

No tocante à garantia de emprego, aqui destinado à genitora, trata-se de uma norma de cunho constitucional, haja vista sua disposição está integrada nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Para tanto, além de técnicas/métodos interpretativos, existe a incidência de princípios que os regem, merecendo aqui destaque: o princípio da unidade da constituição e o princípio da máxima efetividade.

O princípio da unidade constitucional aplica-se para dá um caráter de unidade ao texto constitucional, já que o mesmo é considerado a base de produção de todo o corpo normativo brasileiro. Nesse sentido, os seus preceitos devem convergir harmonicamente, dado a inexistência de uma hierarquia entre si, resultando disso uma análise integrativa entre suas disposições normativas, vedando-se o contrário. Nesse desiderato:

[...] a Constituição deve ser interpretada de maneira a evitar contradições entre as suas normas, cabendo ao intérprete considerar a Constituição na sua globalidade, no seu conjunto, no sentido de buscar sempre harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. (CUNHA, 2014, p.222)

Em outros termos, ao interpretar ou aplicar qualquer norma constitucional, não deverá o jurista apoiar-se exclusivamente no dispositivo objeto de sua ação, mas, ao inverso, deve fazê-lo de maneira harmônica aos outros que habitam aquele mesmo espaço, em uma atuação coletiva e consciente. Com isso, não se busca defender a inconstitucionalidade da garantia de emprego da gestante, mas atestar para o déficit em sua aplicação ao caso concreto, uma vez que não privilegiou o genitor em sua forma literária.

Como já mostrado, o viés protecionista depositado na citada estabilidade provisória deveria está harmonizada com os princípios emanados pelo texto constitucional, a exemplo do citado princípio da igualdade esculpido pelo art.5º, da CF, em consonância com o art.226º, §5º²⁴, do mesmo diploma legal, em que

²⁴ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

corroborar a isonomia de todos perante a lei, igualando homem e mulher, enquanto sociedade conjugal, em deveres e direitos para com sua prole.

Dessarte, o constituinte, ao preconizar a equiparação dos atores familiares em deveres e direitos, exige que todos os dispositivos legais assim o sejam. Contudo, tal imperativo não foi cumprido, até então, no que diz respeito à garantia da estabilidade provisória da gestante, já que, como já demonstrado, apesar de ser um dispositivo que possui como uma de suas razões fundamentais a defesa do nascituro, esta restringiu o alcance à genitora, desguarnecendo indevidamente a presumido genitor.

No tocante ao segundo princípio, que é uma diretriz direcionada ao intérprete e pautada na máxima efetividade da norma constitucional, recai o dever de proporcionar a aquele que o texto legal destinou atenção, o usufruto ou proteção do seu direito em sua forma plena. Vale a transcrição dos dizeres de Maurício Godinho Delgado (2011):

[...] um dos maiores desafios do Texto Máximo de 1988, em distintas esferas jurídicas, inclusive a trabalhista, reside na concretização de sua efetividade. Após promulgada a Constituição, passa à comunidade jurídica, especialmente ao Poder Judiciário, a importante atribuição de assegurar sua efetividade. (p.161)

Em relação à garantia de emprego da gestante, já restou evidenciado que a preservação do vínculo empregatício tem como um dos seus fins a proteção do nascituro.

Entretanto, o mesmo vínculo empregatício exercido pelo genitor, provedor das necessidades indispensáveis para a vida e saúde do feto, não goza dessa mesma proteção, resultando em uma nítida ineficiência protetiva da norma em apreço, uma vez que em muitos lares brasileiros, o dever de sustento do núcleo familiar, quando não é exclusivo, possui forte participação dos rendimentos obtidos pela figura paterna.

Nesse diapasão, tais princípios interpretativos aqui tratados devem exercer inegável influência sobre o aplicador do direito, que não poderá se furtar a respeito de tais diretrizes de índole constitucional. Ademais, como

ressaltado, tais normas jurídicas possuem natureza instrumental, dispondo de uma função auxiliar do intérprete em seu exercício interpretativo. (CUNHA, 2015).

Insta salientar que muito são os métodos interpretativos aplicados a um mesmo caso concreto, a exemplo, da interpretação analógica, histórica, lógica ou extensiva. Aqui destaque será dado a esta última, não tendo, por isso, o condão de deslegitimar as outras técnicas, todas aptas a produção do mesmo efeito em prol de proteção do vínculo empregatício do genitor.

5.3 Da interpretação extensiva:

Interpretar extensivamente uma norma pode ser compreendido como o ato de ampliação do seu campo de atuação, alcançando situações jurídicas antes não vislumbradas pelo intérprete ou legislador. Contudo, ela se encontra dentre inúmeras outras técnicas interpretativas que visam o mesmo fim: revelar a norma jurídica em seu clímax de efetivação.

A extensão do direito a estabilidade provisória residiria na função paritária destinada ao genitor/genitora pelo constituinte na atuação familiar, criando assim uma igualdade tanto de direito como obrigações.

Portanto, ao imaginarmos a atuação de qualquer um desses atores no seio familiar, devemos enxerga-la de maneira equiparada, pois, apesar da genitora ter que suportar isoladamente a gestação, ao genitor recai todos os deveres que vem a auxilia-la, e, por óbvio, a proteger o nascituro.

O dever de cuidado advém da incapacidade do feto de obter sua sobrevivência de forma autônoma, recaindo sobre seus familiares então a obrigação de alimentar, cuidar e prover seu desenvolvimento da melhor maneira. Como esse ônus é distribuído de maneira equiparada pelo constituinte entre genitor e genitora, as prerrogativas que venha a potencializar e garantir o exercício dessa proteção também devem o ser.

Assim, por termos uma norma constitucional prevendo a isonomia e equiparação dos cônjuges em seus deveres familiares e pela proteção destinada ao nascituro através do art.10, inciso II, alínea *b*, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, o termo genitora inserido no citado

dispositivo legal, poderá ser teologicamente interpretada, gerando um resultado extensivo ao genitor.

Em outros termos, como a figura do genitor e genitora são vistas pelo ordenamento jurídico brasileiro como iguais no tocante aos deveres perante o nascituro, quando o legislador atribui a garantia de emprego para gestante, assim o faz também para o genitor. Dessa forma, o aplicador de direito quando da leitura do termo genitora, também atribuirá essa prerrogativa ao genitor, já que é essa a intenção do constituinte a partir de uma interpretação conforme à Constituição.

Carlos Maximiliano (2005, p.200), ao tratar dos brocardos que regem a hermenêutica jurídica, traz à tona a lição *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

Ora, a razão fundamental do dispositivo aqui elucidado é a proteção à vida do nascituro, atribuição essa direcionada de forma equânime tanto para a genitora, quanto ao genitor, não havendo justificativa para um tratamento distinto entre os sujeitos, já que esse não é o objetivo externalizado pelo constituinte.

Para mais, ainda acrescenta:

(...) descoberta a razão íntima e decisiva do dispositivo, transportam-lhe o efeito e a sanção a casos não previstos, nos quais se encontrem elementos básicos idênticos aos do texto (MAXIMILIANO, 2005, p.200).

Dessa forma, resta evidenciada a possibilidade de se estender a garantia de emprego destinada a gestante para o genitor, pois, o legislador, ao destinar a preservação do vínculo empregatício da mãe com fins a promoção do bem-estar do nascituro, assim o faz também para o presumido pai, já que o próprio constituinte assim o quis ao estipular esses dois atores como igualmente responsáveis pelos cuidados ao nascituro.

Com isso, na hipótese aqui retratada, a saber, quando o legislador propicia um dever ou prerrogativa ao genitor ou genitora em prol de sua prole, o fará sempre de maneira conjunta, mesmo que não se estipule literalmente os dois sujeitos no dispositivo legal.

Nessa hipótese, visto a igualdade emanada da Constituição, caso venha o genitor a gozar de uma nova prerrogativa destinada a conceder algum benefício que indiretamente favoreça ou proteja à sua prole, se o caso concreto assim o permitir, tal prerrogativa se estenderá a genitora, mesmo com a omissão legislativa.

A título de exemplo, muito se discute a respeito do aumento da licença-paternidade ao mesmo patamar da materna, ou seja, 120 dias, existindo, inclusive, ideias legislativas propostas nesse sentido.²⁵

A diferença das respectivas licenças por muitos é justificada visto as atividades maternas demandarem mais proximidade com a criança, principalmente pela amamentação, que é um procedimento indispensável para a saúde do nascituro e, *a priori*, só pode ser desempenhada pela mãe.

Contudo, a jurisprudência brasileira já se deparou com situações mais complexas, a exemplo, de pais adotantes ou solteiros. Nessas situações, a razão fundamental do dispositivo justificaria a sua ampliação, já que os genitores/adotantes assumiriam um papel destinado pelo legislador à figura materna, respaldando assim a ampliação do prazo.

Nesse diapasão, um pai solteiro obteve decisão liminar favorável no Estado de São Paulo ao pleitear o benefício do salário-maternidade por 180 dias, similar ao concedido a mulher²⁶. Nos termos da fundamentação apresentada, o Juiz Federal responsável pela decisão pautou-se nos precedentes concedidos aos homens nos casos de adoção para conceder a mesma prerrogativa quando o genitor for solteiro. Observou o julgado que quando prevista a mesma previsão fundamental, alicerçado também no direito a isonomia, deverá o direito ser estendido.

Considerando o princípio da isonomia, que trata da igualdade perante a lei entre homens e mulheres, não é correto restringir o benefício da licença maternidade tão-somente à gestante, sobretudo quando o pai solteiro e seus filhos são reconhecidos como entidade familiar, nos termos do artigo 226, 4º da Constituição Federal.²⁷

²⁵ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=73129>>. Acesso em 20/11/2018> Acesso em 20/11/2018

²⁶ Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209999,61044-Pai+solteiro+conquista+direito+a+licenca+de+180+dias> > Acesso em 20/11/2018

²⁷ 12ª Vara Federal/SP. Processo: 0015901-31.2014.4.03.6100

Ora, no caso da garantia de emprego da gestante, dúvidas não pairam sobre a função da relação empregatícia do genitor, que goza do mesmo *status* alimentício concedido a relação empregatícia da genitora. Logo, não há razão para existir qualquer distinção de tratamento, devendo, por tanto, que a mesma estabilidade provisória concedida a gestante para que a mesma cumpra com seu dever de prestadora de alimentos, cabe ao genitor, igualmente responsável pelos cuidados do nascituro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS:

A proteção à vida é a razão, o propósito maior do ordenamento jurídico brasileiro, efetivado através da interação e integração de todos os ramos jurídicos, sendo, pois, a sua finalidade fundamental. Perdê-lo de vista é o mesmo que reduzir a vida humana a um plano secundário, um coadjuvante em relação a tantas outras matérias tratadas pelo Direito.

Por conseguinte, valorizar aquele que está a nascer, torna-se uma atividade intrínseca a atuação do legislador e do jurista na busca por uma sociedade justa e solidária. Desse fenômeno exsurge a família, o alicerce para a formação do sujeito em seu caráter e hombridade, muitas vezes estes subvertidos em meio à disseminação de valores pautados no ódio e na ganância.

Nesse contexto, brotam também duas figuras multicetárias: os pais em suas diversas configurações sociais. Permitir que o exercício tanto da maternidade, quanto da paternidade sejam exercidos em sua plenitude, é dever também do poder judiciário, pois, a dignificação do ser humano perpassa pelo viés da atuação familiar, ao garantir aos pais condições mínimas de cumprirem com seus deveres parentais em favor de suas proles.

Assim, revela-se a tamanha importância dada à garantia de emprego à gestante, por ser essa uma ferramenta em prol da valorização do trabalho da mulher, mas, e primordialmente, de proteção e efetivação da vida e dignidade do nascituro, pontos esses debatidos no transcorrer de todo o trabalho.

Sendo assim, demonstrado a razão fundamental do citado dispositivo e através de uma perspectiva constitucional e hermenêutico, foi defendido que tal prerrogativa deve ser entendida ao presumido genitor do nascituro, em respeito, principalmente, ao princípio da igualdade que recai sobre os deveres parentais, que, como demonstrado, devem ser exigidos e, da mesma forma, protegidos pelo poder jurisdicional.

Isto posto, o próprio Direito, como bem apontado, exige da figura paterna uma atuação proativa em benefício do nascituro, mesmo durante o período da gravidez, exigindo do mesmo, por exemplo, o pagamento dos alimentos gravídicos, regidos pela Lei.11.804/08.

Para mais, restou evidenciado que o Direito constitucional à estabilidade provisória destinado à genitora possui como natureza e finalidade a proteção do nascituro, sendo uma prerrogativa a sua disposição como forma de garantia a uma gestação condigna e apropriada.

Portanto, dúvidas não pairam sobre não só o Direito, mas a iminente necessidade de se garantir também ao genitor a estabilidade provisória de seu emprego durante o período compreendido pelo dispositivo legal, estendido até os cinco meses de vida da criança, pois é por meio do emprego que a maioria da população brasileira, incluindo os genitores, obtém suas fontes de renda.

Nesse ínterim, almeja-se a construção de um Direito iminentemente solidário, atento aos clamores sociais e com respostas aptas a proporcionarem à população para qual atua uma vida mais digna, sempre pautada nos ditames legais e constitucionais em sua formação.

REFERÊNCIAS:

_____. **Lei nº 11.804**, de 05 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm >. Acesso em: 03 de novembro. 2018.

_____. **Lei Complementar nº 146**, de 25 de junho de 2014. Estende a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à trabalhadora gestante, nos casos de morte desta, a quem detiver a guarda de seu filho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp146.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. **Lei n.10.406**, 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil, **Diário da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 10 de outubro de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Leandro Lopes. **Proteção à vida e à família: Extensão da Garantia Provisória de Emprego ao Pai**. 2015. 78f. Monografia para especialização – Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

CANOTILHO, j.j Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3 edição. Almedina.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho/Vólia Bomfim Cassar**. 9º edição. Niterói: Método, 2015

CHICARELLI. Milena Abdalla. **O uso da interpretação extensiva, analógica e econômica à luz do direito positivo**. Jus Brasil, ano 2014. Disponível em: <https://miabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/144373867/o-uso-da-interpretacao-extensiva-analogica-e-economica-a-luz-do-direito-positivo>> Acesso em: 29 de novembro de 2018

DELGADO, Maurício Goginho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTDA, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2002.

ELPAÍS. **Demissão após a maternidade: "Não cometi nenhum erro. Eu só gerei uma vida"**. Disponível em

<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html>
Acesso em: 21 de novembro de 2018

FÂMEA. Pedro Felipe. **Licença-paternidade no Brasil: Igualdade de gênero e compartilhamento de direitos e deveres**. Jus Brasil, ano 2015. Disponível em:<<https://pedrofamea.jusbrasil.com.br/artigos/219959862/licenca-paternidade-no-brasil-igualdade-de-generos-e-compartilhamento-de-direitos-e-deveres>> Acesso em: 29 de outubro de 2018

FARIAS. Cristiano Chaves; ROSENVALD. Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 12ª edição. Salvador:JusPodivm, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume único**. 1ª edição. São Paulo: SaraivaJur, 2017

GARCIA. Gustavo Felipe Barbosa. **Estabilidade provisória no emprego em caso de falecimento da mãe**. Migalhas, 18 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204489,51045Estabilidade+provisoria+no+emprego+em+caso+de+falecimento+da+mae>> Acesso em 03 de novembro de 2018.

IBGE. **Estatística de gênero: responsabilidade por afazeres afeta inserção das mulheres no mercado de trabalho**. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20232-estatisticas-de-genero-responsabilidade-por-afazeres-afeta-insercao-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>>Dados atualizados em 08/06/2018. Acesso em 20 de novembro de 2018

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011

Jusbrasil. **Professor que é pai solteiro obtém direito a licença-maternidade**. Ano 2012. Disponível em: <https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/100034712/professor-que-e-pai-solteiro-obtem-direito-a-licenca-maternidade>> Acesso em: 23 de novembro de 2018

LIMA. Gabriel Gomes Batista de Oliveira. **A transmutação contratual frente à garantia de emprego da gestante**. Jus, 2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/30590/a-transmutacao-contratual-frente-a-garantia-de-emprego-da-gestante>> Acesso em:18 de novembro de 2018

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 14 edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 12º edição. São Paulo: Atlas, 2001

MAXIMILIANO. Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOVIMENTOMULHER360. **Por que a licença paternidade é tão importante para a igualdade de gênero?** Disponível em <http://movimentomulher360.com.br/2016/11/licenca-paternidade-importante-igualdade-genero/> Acesso em: 11 de novembro de 2018.

OGLOBO. **Licença-paternidade estendida já prática em 18% das empresas do país**. Disponível em <https://oglobo.globo.com/economia/licenca-paternidade-estendida-ja-pratica-em-18-das-empresas-do-pais-22972953>> Acesso em: 07 de novembro de 2018

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.v. II**, 2 edição. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953

Senado. **Ideia Legislativa – Licença paternidade de 120 a 180 dias, idêntica à licença maternidade.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=73129>> Acesso em: 24 de novembro de 2018

SILVA. José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TRT-RO. 4ª T. - Rel. Juiz Marcus Moura Ferreira – DJ:12.09.98. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_58/Ementario.pdf> Acesso em 10 de novembro de 2018.

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 10243-82.2016.5.03.0050. 1ªT. Rel. Walmir Oliveira da Costa – DJ: 01/04/2018. Disponível em:< http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/negativa-de-gestante-de-retornar-ao-emprego-nao-caracteriza-renuncia-a-estabilidade?inheritRedirect=false> Acesso em: 01 de dezembro de 2018

TST – RECURSO DE REVISTA: RR 157900-30.2009.5.05.0531. Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7º Turma, DJ:13/06/2014

UOL. **Quem tem direito à licença-paternidade de 20 dias? Entenda a mudança na lei.** Disponível em <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2016/03/09/quem-tem-direito-a-licencapaternidade-de-20-dias-entenda-a-mudanca-na-lei.htm/>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018