

**V CONGRESSO NACIONAL DA
FEPODI**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – FEPODI

Presidente - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

1º vice-presidente: Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

2º vice-presidente: Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

Secretário Executivo: Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

Tesoureiro: Sérgio Braga (PUCSP)

Diretora de Comunicação: Vivian Gregori (USP)

1º Diretora de Políticas Institucionais: Cyntia Farias (PUC-SP)

Diretor de Relações Internacionais: Valter Moura do Carmo (UFSC)

Diretor de Instituições Particulares: Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

Diretor de Instituições Públicas: Nevitton Souza (UFES)

Diretor de Eventos Acadêmicos: Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu: Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

Vice-Presidente Regional Sul: Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

Vice-Presidente Regional Sudeste: Jackson Passos (PUCSP)

Vice-Presidente Regional Norte: Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

Vice-Presidente Regional Nordeste: Osvaldo Resende Neto (UFS)

COLABORADORES:

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

A532

Anais do V Congresso Nacional da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ UFMS

Coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello; Yuri Nathan da Costa Lannes – Florianópolis: FEPODI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-396-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Ética, Ciência e Cultura Jurídica.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Ética. 3. Ciência. V Congresso Nacional da FEPODI (5. : 2017 : Campo Grande - MS).

CDU: 34



V CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

Apresentação

Apresentamos os Anais do V Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito, uma publicação que reúne artigos criteriosamente selecionados por avaliadores e apresentados no evento que aconteceu em Campo Grande (MS) nos dias 19 e 20 de abril de 2017, com apoio fundamental do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Variadas problemáticas jurídicas foram discutidas durante o evento, com a participação de docentes e discentes de Programas de Pós-Graduação em Direito e áreas afins, representando diversos estados brasileiros. Em seu formato, com espaço para debates no âmbito dos 17 grupos temáticos coordenados por docentes de diversos programas de pós-graduação, o evento buscou estimular a reflexão crítica acerca dos trabalhos apresentados oralmente pelos pesquisadores.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos da FEPODI, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Estamos orgulhosos com a realização do V Congresso da FEPODI e com a possibilidade de oferecer aos pesquisadores de todo o país mais uma publicação científica, que representa o compromisso da FEPODI com o desenvolvimento e a visibilidade da pesquisa e com busca pela qualidade da produção na área do direito.

Campo Grande, outono de 2017.

Profa. Dra. Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do V Congresso da FEPODI

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da UFMS

Prof. Yuri Nathan da Costa Lannes

Presidente da FEPODI

**O TESTE DE GRAVIDEZ NO EXAME DE SAÚDE DEMISSIONAL DA
EMPREGADA E SUAS IMPLICAÇÕES**

**THE PREGNANCY TEST IN THE EMPLOYEE'S DEMANDAL HEALTH
EXAMINATION AND ITS IMPLICATIONS**

**Elisa de Mattos Leão Prigol Grande
Fabiane Cristina Santana
Roselia Furman Carneiro da Silva**

Resumo

Este artigo apresenta breves considerações sobre as controvérsias relativas à possibilidade de realização de teste de gravidez no exame demissional. A partir deste cenário investiga-se se a solicitação do teste de gravidez pode ferir os direitos fundamentais de intimidade da empregada, a proteção constitucional de dispensa arbitrária e o reconhecimento da estabilidade provisória da gestante. Algumas decisões da justiça do trabalho defendem posicionamento favorável a permissão legal de realização do teste de gravidez, bem como outras entendem que pode ocorrer uma violação da intimidade da empregada além de ser considerada uma prática discriminatória.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Teste de gravidez demissional, Posicionamentos jurisprudenciais

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents brief considerations about the controversies regarding the possibility of performing pregnancy test in the dismissal examination. From this scenario, it's investigated if the request of the pregnancy test can harm the fundamental rights of intimacy of the employee, the constitutional protection of arbitrary dismissal and the recognition of the provisional stability of the pregnant woman. Some decisions of the labor courts defend a favorable position to the legal permission to perform the pregnancy test, as well as some others understand that a violation of the employee's privacy may occur in addition to being considered a discriminatory practice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Dismissal pregnancy test, Jurisprudential positions

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais de primeira dimensão têm como origem a busca pela defesa do indivíduo contra as intervenções do Estado na esfera privada, no entanto diante dos avanços da sociedade em seus aspectos sociais e econômicos, surgiram os direitos de segunda dimensão, representados pelos direitos sociais.

Os direitos sociais integram um rol de direitos trabalhistas que servem como parâmetro ou limites para a regulação em matéria de direito do trabalho infraconstitucional.

Dentre eles, têm-se a estabilidade provisória da gestante e consequente proteção contra sua dispensa arbitrária gerando relevantes repercussões na esfera trabalhista.

A polêmica atual incide sobre a situação de gestantes que se deparam com seu estado gravídico após o rompimento do vínculo contratual e aguardam o prazo do período da estabilidade, ou seja, cinco meses a contar da data do parto e então notificam os ex-empregadores pleiteando a indenização deste período retroativo, tendo em vista que a reintegração encontra-se descartada.

Parte-se do conhecimento de que não se configura abuso de direito da gestante que espera o lapso temporal da estabilidade para entrar com o pedido na justiça do trabalho. Além disso, a gestante sequer teria a obrigação de comunicar administrativamente este fato mesmo ciente que o empregador não tem qualquer “controle”.

O propósito aqui não é de exclusão da responsabilidade objetiva do empregador quanto a estabilidade provisória, mas sim de verificar em que medida a solicitação do teste de gravidez no ato demissional pode ferir os direitos fundamentais de intimidade da empregada, a proteção constitucional de dispensa arbitrária e o reconhecimento da estabilidade provisória da gestante?

Por um lado, o direito social que visa tanto a estabilidade da gestante como a proteção a maternidade surgiu como um mecanismo amparo para estas trabalhadoras, pois, enquanto perdura a gestação dificilmente vai conseguir concorrer ao mercado de trabalho durante este período.

Todavia, por outro lado, a realização deste exame pode implicar em outras questões constitucionais, como por exemplo, a violação do direito fundamental de primeira dimensão relativo a intimidade da empregada.

Para discorrer sobre o tema inicia-se tecendo considerações sobre os direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão abrangendo seus principais aspectos destacando os direitos à intimidade, a maternidade e da proteção a despedida arbitrária. Ato contínuo, passa

a discorrer sobre o pedido de teste de gravidez no ato demissional com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, será detalhado os posicionamentos atuais de alguns Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho.

Desta forma serão tecidas algumas reflexões sobre a possibilidade de realização deste exame e como alguns julgados tem se posicionado quanto a legalidade da realização deste exame, com ou sem o consentimento da empregada.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA E SEGUNDA DIMENSÃO

Os direitos fundamentais de forma sucinta podem ser entendidos como direitos e prerrogativas conferidas ao homem como forma de garantir condições mínima de existência com dignidade. Tais direitos são positivados no nosso ordenamento jurídico na Constituição apesar de já existir um reconhecimento de que tais direitos podem ser encontrados em legislação infraconstitucional devido ao seu conteúdo material de natureza fundamental.

Um dos marcos referenciais que originam o reconhecimento destes direitos é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 originária na França bem como a Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776, esta americana.

Segundo Ingo Sarlet a Declaração Francesa inspirou de maneira decisiva o processo de reconhecimento destes direitos como inerentes ao ser humano em caráter inviolável inalienável e imprescritível através das positivagens constitucionais do século XX (2012, p.31).

Referente ao assunto, Gilmar Mendes e Paulo Branco defendem que os direitos fundamentais apresentam destaque permanente no âmbito social conferindo ao Estado o papel de atender o indivíduo priorizando as suas necessidades (2014, p.144).

De acordo com José Afonso da Silva, os direitos fundamentais do cidadão representam os limites determinados pela soberania popular em face dos poderes constituídos ao Estado (2005, p.178).

Os direitos fundamentais inicialmente representavam direitos civis e políticos, sendo os titulares os indivíduos, no entanto houve diversas transformações/mutações ao longo dos anos surgindo doutrinariamente uma classificação apontando para a existência de dimensões destes direitos quanto aos aspectos de titularidade, eficácia e efetivação (SARLET, 2012, p.31).

Com relação a concepção da existência de dimensões dos direitos fundamentais traduz-se a ideia que a cada dimensão surge o reconhecimento de novos direitos fundamentais. Há

certa divergência doutrinária quanto ao número de dimensões, optando-se aqui por seguir a mais usual que sugere sendo três.

Nas palavras de Flávio Pansieri: “As dimensões podem ser definidas da seguinte forma: 1ª Dimensão, Direitos Fundamentais Individuais de Defesa; 2ª Dimensão, Direitos Fundamentais Sociais; 3ª Dimensão, Direitos Fundamentais Difusos”(2013, p.8).

Pérez Luño relaciona a evolução das formas de Estado de Direito com as dimensões de direitos fundamentais.¹

Conforme supra, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os políticos e civis que, de acordo com Paulo Bonavides, representam os direitos da liberdade. Sob essa perspectiva, representam a possibilidade de resistência e contestação do indivíduo perante o Estado (2008, p. 563-564).

Estes direitos demonstram um status negativo, representam a abstenção do Estado em intervir na esfera privada a partir de um rol de direitos inerentes ao indivíduo, citando-se à liberdade, à propriedade, à igualdade. Em verdade, sobressai a divisão entre Sociedade e Estado evidenciando o homem-singular (2008, p. 564).

De acordo com Sarlet, considerando a matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais tem-se em primeiro plano um direito de defesa do indivíduo. Acrescenta ainda que por meio destes direitos, o cidadão pode preservar-se de interferências inoportunas no campo de proteção dos direitos fundamentais e, até mesmo, eliminar agressões no âmbito de sua autonomia pessoal. Esclarece que não significa defender uma completa exclusão do Estado, mas tão somente que suas interferências sejam pautadas nos ditames constitucionais (2012, p. 142).

Dentro dos direitos de primeira dimensão encontram-se diversos direitos de personalidade, importando aqui aqueles referentes a própria pessoa, ou seja, os de proteção da intimidade, honra, privacidade.

Os direitos de segunda dimensão são os econômicos, sociais e culturais. Surgem em virtude da fase vivenciada no século XX durante a passagem de um Estado Liberal para o Estado Social, sendo a Constituição Alemã de Weimar de 1919 considerada como referência para os direitos de segunda dimensão.

¹ Nas palavras de Pérez Luño: [...] *Estas propuestas metodológicas soslayan la conveniencia de mantener un marco de simetría entre la evolución de las tres formas de Estado de derecho y las correlativas generaciones de derechos, que corresponden a cada uno de estos marcos institucionales jurídico-políticos. Así, las libertades de signo individual representan la generación de derechos conformadores del Estado liberal; los derechos económicos sociales y culturales entrañan el catálogo generacional constitutivo del Estado Social; y la tercera generación de derechos configura el rasgo distintivo de, actual modelo político del Estado Constitucional de derecho* (2013, p. 8).

A sociedade passa a reivindicar uma intervenção estatal positiva propiciando o bem-estar social. Essa interferência ocorreu por parte da prestação estatal através de assistência social, saúde, previdência, etc. Nesta segunda dimensão além destes direitos prestacionais assistenciais tem-se o reconhecimento dos direitos mínimos trabalhistas.

Com a evolução da sociedade pautada no consumo, renovando-se o modelo capitalista, criou-se uma sociedade estratificada propiciando melhores condições de trabalho, saúde e lazer com intuito de reter o clamor social existente (PANSIERI, 2012, p. 36).

Sarlet chama a atenção para o fato de que esses direitos sociais além de cunho positivo também podem representar um direito de defesa (cunho negativo), pois determinados direitos trabalhista retratam a concretização do direito de liberdade e do próprio princípio de igualdade, impedindo a intervenção dos poderes público bem como as entidades privadas, exemplificando-se a determinação constitucional da limitação da jornada de trabalho, imposta no artigo 7º, incisos XIII e XIV (2012, p. 142).

Com efeito, Sarlet destaca que os direitos fundamentais de segunda dimensão se restringem à pessoa individual, deixando, portanto, de reconhecê-los como direitos coletivos ou difusos eis que estes são pertencentes a terceira dimensão (2012, p. 33).

Um dos problemas apontados pelo doutrinador Bonavides refere-se ao fato de que as normas de direito fundamental de segunda dimensão divergiam dos de primeira dimensão quanto a sua aplicabilidade, enquanto dos de primeira dimensão tinham aplicabilidade imediata os de segunda era mediata dependendo do legislador sua regulamentação (2008, p. 564-565).

Os direitos fundamentais apresentam algumas características, como direitos universais, absolutos, inalienáveis, indisponíveis, no entanto, podem ser flexibilizadas.

Neste sentido Gilmar Mendes comenta sobre a qualidade de ser absoluto atribuindo ao fato de estar no nível máximo da estrutura jurídica sem possibilidade de ser questionado. Explica que este raciocínio pauta-se no pressuposto jusnaturalista o qual o Estado deve amparar direitos naturais de qualquer possível ameaça. Portanto, os direitos fundamentais antecedem qualquer interesse coletivo (2014, p. 149).

Os direitos fundamentais que serão apontados neste trabalho são os da intimidade da empregada bem como a proteção de despedida arbitrária pelo empregador e ainda de proteção a maternidade.

3 TESTE DE GRAVIDEZ DEMISSSIONAL NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA COM ENFOQUE NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste tópico será abordada a possibilidade de realização de teste de gravidez no exame demissional da empregada por dispensa imotivada e suas implicações legais com reflexo nos direitos fundamentais de intimidade bem como os direitos sociais dos trabalhadores do artigo 7º, inciso I da Constituição de 1988 e de proteção a maternidade.

Os direitos sociais apresentam um rol significativo de direitos trabalhistas que tanto o Estado como o empregador estão subordinados, sendo para o Estado um limite quanto a atuação legislativa em matéria trabalhista gerando efeitos diretos e imediatos para cada caso concreto (*Unmittelbare Drittwirkung*) (MENDES e BRANCO, 2014, p. 586-587).

A Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), reservou um capítulo especial denominado “Da proteção do trabalho da mulher” em que aborda, entre outros assuntos, a proibição de discriminação diante de estado gravídico bem como a proteção a maternidade.

O artigo 373-A, da CLT apresenta um rol de situações vedadas tendo em vista a proteção do mercado de trabalho para a mulher, garantia constitucional, sendo a questão da gravidez um dos pontos apontados. A gravidez não pode ser óbice tanto para admissão quanto para manutenção de emprego sob pena de incorrer em prática discriminatória.

Com relação a prática discriminatória na relação de emprego houve a criação da Lei 9.029 de 1995 que expõe em seu art. 2º, inciso I, o tema da gravidez, reiterando os argumentos de prática discriminatória e limitativa quanto a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez.²

Vólia Bomfim afirma que devido a estes imperativos legais e o artigo 168 da CLT não é permitido a realização do exame de gravidez, pois os exames que devem ser realizados nestes atestados de saúde ocupacional não estariam incluídos os de sangue e urina, e sim apenas os essenciais para comprovar aptidão para o exercício da função (2012, p. 1122).

Neste sentido, resta incontroverso a proibição de realização de teste de gravidez durante a relação empregatícia. No entanto, em contrapartida, tem-se a garantia constitucional de

² Lei 9.029 de 1995: Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. Pena: detenção de um a dois anos e multa. [...].

proteção à maternidade, com garantia de emprego e salário e proteção contra a dispensa arbitrária desde a confirmação da gravidez até os cinco meses pós-parto, bem como uma licença maternidade de um período de 120 dias.

Atualmente há discussões sobre a possibilidade de realização de teste de gravidez no exame demissional. Ocorre que, conforme se observa na legislação pátria não há indicativo de permissão e sim proibição, porém não houve consolidação sobre o tema até o presente momento.

A não realização de teste de gravidez nos exames demissionais tem gerado uma situação de impotência aos empregadores, pois observa-se que, na prática, diante da descoberta do estado gravídico após a interrupção contratual, verifica-se uma enxurrada de ações apenas após decorrido o prazo legal de estabilidade, ou seja, o empregador frequentemente toma conhecimento somente quando recebe as notificações das ações trabalhistas.

A questão quanto ao lapso temporal para comunicar a gestação foi enfrentada pela justiça do trabalho no qual firmou entendimento de que é possível a gestante deixar de comunicar o empregador e fazê-lo apenas após encerrado o período estabilitário, nos termos da Súmula 244 do TST.³

Parece inegável que este posicionamento desvirtua a vontade do legislador constituinte, pois a estabilidade garantida à gestante visa proteger o momento gestacional garantindo seu emprego como forma de subsistência.

Neste sentido se manifestou Vólia Bomfim reconhecendo que o verdadeiro motivo de preocupação nos casos de trabalhadora gestante é a de prevenir qualquer forma de discriminação dentro do ambiente laboral protegendo desta forma tanto a mulher quanto à criança. Antes do surgimento destas determinações trabalhistas, a mulher poderia ser dispensada por estar grávida (2012, p. 1121).

De acordo com o posicionamento supra há confirmação de que a estabilidade da gestante serve para garantir a saúde gestacional da mãe e da criança até um prazo de cinco meses após o parto, sendo que uma dispensa após este período a mãe se encontra em condições de concorrer no mercado de trabalho em busca de novo emprego.

³ GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

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

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

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

Considerando que este entendimento quanto ao prazo para informar o estado gestacional é pacificado pelos tribunais, não resta outra opção a não ser a realização do teste de gravidez no momento da dispensa da empregada.

Todavia, a realização do teste de gravidez sem consentimento da empregada pode gerar um conflito quanto a violação do direito fundamental de privacidade/intimidade conforme determina o texto constitucional.

Mendes e Branco delinham um conceito distintivo entre direito à privacidade e direito à intimidade em que o direito à intimidade seria a espécie do gênero privacidade. Neste, o objeto inclui comportamentos e situações quanto aos relacionamentos pessoais, comerciais e profissionais que o cidadão não pretende divulgar. Já naquele, o foco estaria em acontecimentos ainda mais íntimos abrangendo relações da família e amigos próximos (2014, p. 567).

Como mencionado, em contrapartida o rol de direitos constitucionais sociais trabalhistas impõe a proibição do empregador de despedir de forma arbitrária a empregada gestante, devido à garantia da estabilidade gestacional, independentemente do conhecimento do estado gravídico no ato da dispensa, pois a comunicação seria mero requisito de prova e não de substância e nestes casos deve preponderar a aplicação da responsabilidade objetiva, conforme posicionamento de Vólia Bonfim Cassar (2012, p. 1121).

Nesta conotação Aldacy Rachid Coutinho explica que quanto ao conceito de despedida arbitrária deve-se entender como todo e qualquer ato: de ordem técnica originada da organização da atividade empresarial; de ordem econômica referente ao ambiente concorrencial próprio de mercado e modo capitalista e, por fim, de ordem financeira no tocante a condição pecuniária do empregador (2013, p. 555).

Resta ainda outro direito social: o da proteção à maternidade em que o empregador está atrelado à previsão de garantia provisória da empregada gestante, reforçando-se novamente que independentemente ter conhecimento sobre o fato. A proteção à maternidade tem como função primordial a proteção de terceiro, o nascituro.

Em suma, ao se confrontar os direitos fundamentais no caso da gravidez descoberta após a ruptura contratual por parte de empregador é inevitável que se enquadrará como dispensa arbitrária, pois, prevalece entendimento da responsabilidade objetiva quanto ao fato jurídico da gravidez. Sendo assim parece razoável a realização de teste de gravidez, apenas no exame demissional, a fim de garantir a proteção à maternidade pela garantia provisória da gestante até o prazo de cinco meses após o parto, caso constatado o estado gestacional.

A tese de violação da intimidade no caso de realização de teste de gravidez no exame demissional pode sofrer limitação em virtude do direito fundamental do nascituro na qualidade de beneficiário da preservação da relação empregatícia.

4 POSICIONAMENTO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Reconhece-se que a justiça do trabalho pacificou entendimento quanto ao desconhecimento do estado de gravidez no ato da dispensa em que o empregador tem o dever de reintegrar ou indenizar a empregada, caso não esteja mais no período de estabilidade, independente da data que tomar conhecimento.

As jurisprudências são no sentido de que não caracteriza abuso de direito da empregada o fato desta aguardar todo o período de estabilidade, ou seja, até cinco meses após o parto para então pleitear e indenização correspondente.

Acrescenta-se ainda que o Tribunal Superior do Trabalho tem se posicionado a favor da possibilidade de reintegração e, diante da recusa da gestante, não tem o condão de afastar o direito da indenização correspondente de todo o período garantido legalmente.⁴

⁴ GRAVIDEZ. GARANTIA DE EMPREGO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE ABUSO DE DIREITO. DIREITO INCONDICIONADO.

O artigo 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República, ao vedar a dispensa arbitrária da empregada gestante, o fez de forma objetiva. Tem reiteradamente entendido esta Corte que o legislador constituinte não condicionou o gozo dessa garantia constitucional a que a empregada gestante postule primeiro sua reintegração ou aceite voltar ao emprego caso o retorno lhe seja oferecido por seu empregador, ao defender-se em Juízo, sob pena de considerar essa recusa como renúncia ao próprio direito, pois não se pode extrair dessa norma constitucional que seu descumprimento implique necessariamente a reintegração da trabalhadora. Neste feito, conforme delineado na decisão regional, foram preenchidas as únicas condições previstas pela jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho para que a reclamante fizesse jus à indenização decorrente da estabilidade, que são seu estado gravídico no curso do contrato de trabalho e sua despedida imotivada. Ademais, a nova redação dada ao artigo 461 do Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/94, subsidiariamente aplicável à esfera trabalhista por força do artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, ao mesmo tempo em que explicita a clara prioridade dada pelo ordenamento jurídico nacional à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer em detrimento de sua tutela meramente ressarcitória - a ser prestada, neste caso, por meio do pagamento da indenização dos valores correspondentes ao período desde a dispensa até a data do término do período estável -, também prevê, em seu § 1º, em caráter de exceção e expressamente, que o titular do direito terá a faculdade de requerer conversão da tutela específica em perdas e danos, sem que se possa considerar que o exercício dessa opção pela empregada implicou abuso de direito ou renúncia a esse. Foi essa, aliás, a mesma razão que levou à recente edição da Orientação Jurisprudencial nº 399 desta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, *in verbis*: "ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável. (Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 216-91.2012.5.18.0008, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. 2ª Turma DJ: 27/05/2015, DP: DEJT 05/06/2015).

Essa situação acabou gerando uma insegurança ao empregador sempre que precisa dispensar uma empregada, pois não tem a priori um mecanismo de defesa para evitar ações trabalhistas.

A realização do teste de gravidez no exame demissional já tem algumas decisões favoráveis, todavia não há nenhum entendimento firmado sobre a legalidade de realização deste exame.

Há posicionamentos que orientam ao empregador a realizar o teste de gravidez afirmando que não há restrição. No Tribunal Regional do Trabalho da 09ª Região, o relator afirmou que o empregador deve arcar com o ônus de não tomar as devidas precauções para certificar no ato da dispensa a ausência de gravidez, esclarecendo que não há impedimento para realização do teste de gravidez no ato da demissão. Todavia, esclarece que milita em favor da empregada a negativa da realização do exame, porém tal ato não seria suficiente para renúncia ao direito de estabilidade provisória.⁵

Ocorre que há posicionamentos que não admitem o teste de gravidez. Para ilustrar, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região, em que o desembargador afirma não ser possível sob pena de cometer discriminação conforme a Lei 9.029 de 1995. Justifica ainda expondo que a lei determina a proibição de realização de teste de gravidez para permanência no emprego, sendo que no momento em que o empregador pretende dispensar uma empregada e impõe o referido teste no caso do resultado positivo se enquadraria como exame de garantia de permanência da relação de emprego. O acórdão conclui que a imposição do teste de gravidez

⁵ Nesta esteira, incumbe ao empregador proceder exame demissional (art. 168, II, da CLT), em que possível, como procedimento acautelatório, e com vistas à preservação de direito da trabalhadora e de eventual nascituro, por meio de entrevista e exame por médico responsável, obter informações sobre eventual gravidez, certificando-se, assim, da regularidade da dispensa. A respeito, cumpre ressaltar que a Lei 9029/95, proíbe a "exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho", da mesma forma que o art. 373-A, da CLT, em seu inciso IV, veda ao empregador "exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego". Tratam-se de dispositivos que objetivam coibir prática discriminatória de acesso e manutenção do emprego à gestante. Não se verifica óbice legal à adoção desse procedimento (resguardada possibilidade de recusa da empregada), por ocasião da rescisão contratual, Como medida preventiva, de modo inclusive a resguardar direito do nascituro, como dito antes. Com efeito, não há obrigação da empregada em submeter-se a tal tipo de exame, porém, a recusa desta atuará em seu desfavor, para fins de fixação do marco inicial para eventual indenização que, nesse caso, será devida apenas a partir do momento em que o empregador, por outro meio, tomar ciência inequívoca da gravidez. Distingue-se assim, para fins de responsabilidade, o empregador que buscou, pelos meios que lhe eram viáveis, certificar-se da regularidade do ato de dispensa e resguardar eventual direito da empregada à manutenção do emprego, daquele que, de modo deliberado, ou por omissão, praticou ato ilícito (Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). São Paulo. Recurso ordinário nº 0001060-77.2014.5.09.0022. Relator: Desembargador Archimedes Castro Campos Junior, 5ª Turma. DJ: 16/04/2015, DP: 19/06/2015).

no exame demissional é uma forma de violação da intimidade da empregada, ou seja, de um direito fundamental.⁶

Já o Tribunal Superior do Trabalho não firmou entendimento sobre a possibilidade de realização do teste de gravidez no exame demissional. Algumas decisões têm apontado para a afirmação do teste, bem como quanto a discussão deste violar o direito fundamental de intimidade da empregada manifestou no sentido de negar a ofensa pela razoabilidade do benefício auferido pela empregada ao ser constatada uma gravidez.⁷

Conforme o exposto, pode-se observar que a matéria ainda apresenta inúmeras controvérsias estando provavelmente longe de uma posição consolidada. Desta forma, persiste a insegurança jurídica quanto a realização do teste de gravidez no ato demissional podendo ocorrer em violação da intimidade da empregada ou até mesmo na prática da conduta discriminatória da Lei 9.029 de 1995.

⁶ Não há que confundir a gravidez no contexto da relação de emprego, risco ao qual empregada e empregador estão sujeitos, com a gravidez no contexto individual, que diz respeito somente à mulher, a qual pode, inclusive, optar por não reclamar a estabilidade, quer no intuito de dedicar-se integralmente à gestação, quer no intuito de afastar-se de ambiente de trabalho em que já não é mais quista, considerando a inequívoca intenção de ruptura do contrato de trabalho introjetada no ato de dispensa.

Outra não foi a intenção do legislador ao elaborar a Lei 9.029/95, que veda a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

Note-se que a lei reputa ilícita a imposição de tese de gravidez como condição para admissão ou permanência do emprego. Se a decisão de dispensar a empregada já foi tomada, o único objetivo plausível para exigência do exame seria garantir a permanência no trabalho em caso de confirmação da gravidez, o que não é permitido, a teor da legislação retro citada. [...]

O teste de gravidez não se encontra no rol dos exames exigidos para a emissão do atestado de saúde ocupacional e nem poderia, pois o estado gravídico não constitui óbice ao exercício da atividade laboral, donde se conclui que a investigação sobre eventual gestação não deveria ser realizada pelo médico do trabalho, mesmo no ato da demissão, tampouco comunicada por ele ao empregador, que, aliás, recurso algum dispõe na hipótese de recusa da empregada em se submeter ao teste, pois qual sanção aplicaria se, a não homologação da rescisão contratual, com retenção dos haveres resilitórios, a renúncia ao direito de estabilidade?

Dessa forma, entende-se que a realização de exame de gravidez por determinação do empregador, em qualquer momento do contrato de trabalho, fere a privacidade e a intimidade da empregada (Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). São Paulo. Recurso ordinário nº 0001853-42.2010.5.02.0445. Relator: Desembargador Valdir Florindo. 6. Turma. DP: 24/10/2012).

⁷ DANO MORAL. REALIZAÇÃO DE EXAME DE URINA PARA AVERIGUAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO. OFENSA A INTIMIDADE NÃO DEMONSTRADA. NÃO PROVIDO.

[...]

A Corte Regional, após análise das provas colacionadas aos autos, concluiu não ter ficado demonstrada qualquer espécie de ilegalidade ou de humilhação, que ensejasse a responsabilidade civil do empregador, principalmente porque evidenciado que o teste de urina, não era realizado com regularidade, apenas no ato demissional, pois tinha por escopo evitar dispensas ilegais daquelas empregadas que tivessem o resultado positivo para "a gravidez" - e, portanto, detivessem o direito a estabilidade provisória -, situação não verificada no caso concreto. Portanto, para se chegar a entendimento diverso, necessária a incursão no conjunto fático probatório, impossível no recurso extraordinário, ante o enunciado contido no verbete sumular 126 do TST (Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 117800-63.2009.5.19.0007, , Relator: Desembargador Convocado: José Rêgo Júnior, 5ª Turma, DJ: 26/08/2015 DP: 04/09/2015).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teste de gravidez deve ser revisto quanto à possibilidade de exigência apenas nos exames de saúde ocupacional demissional, não apenas com o propósito de trazer segurança jurídica do empregador que na maioria das situações é surpreendido através de notificação judicial a indenizar todo o período de estabilidade legal da gestante, mas principalmente como forma de efetivar a Constituição que ao prever esta estabilidade tem como objetivo a garantia de proteção à maternidade, ou seja, o nascituro, considerada a própria dificuldade da gestante em concorrer ao mercado de trabalho neste período.

A gestante ao deixar de comunicar seu estado gravídico deveria implicar na renúncia da estabilidade, o comportamento proposital de aguardar este lapso para ser convertido em indenização implica em desvirtuar o próprio objeto da contraprestação, ou seja, o trabalho.

A gestação não se traduz em doença, com exceção a gestação de risco, que neste caso fica impossibilitada de trabalhar mas encontra amparo na legislação previdenciária. No caso de gestação de risco não se trata da opção de não trabalhar e sim condição clínica que exige a abstenção do trabalho.

O teste de gravidez no ato demissional se traduz na proteção efetiva do mercado de trabalho da mulher. Quanto ao fato da possível violação da intimidade da mulher, argumenta-se que na atualidade são raras as exceções de mulheres que engravidam de forma intencional, mesmo nestes casos não se podem falar em violação de intimidade, pois no Brasil o aborto é ilegal, sendo assim a gravidez é um fato que se torna público.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Governo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 jan. 2016.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 216-91.2012.5.18.0008. Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta. 2ª Turma DJ: 27/05/2015, DP: DEJT 05/06/2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20216-91.2012.5.18.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAM2LAAD&dataPublicacao=>

05/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=gravidez%20and%20demissional%20and%20intimidade>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal do Trabalho. Brasília. Agravo de instrumento em recurso de revista nº 117800-63.2009.5.19.0007. Relator: Desembargador Convocado: José Rêgo Júnior, 5ª Turma, DJ: 26/08/2015 DP: 04/09/2015. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AI RR%20-%20117800-63.2009.5.19.0007&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAANRXXAAN&dataPublicacao=04/09/2015&localPublicacao=DEJT&query=gravidez%20and%20demissional%20and%20intimidade>. Acesso em: 20 fev 2016

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). São Paulo. Recurso ordinário nº 0001853-42.2010.5.02.0445. Relator: Desembargador Valdir Florindo. 6. Turma. DP: 24/10/2012. Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=407695#page=4&zoom=auto,-19,217>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (9. Região). São Paulo. Recurso ordinário nº 0001060-77.2014.5.09.0022. Relator: Desembargador Archimedes Castro Campos Junior, 5ª Turma. DJ: 16/04/2015, DP: 19/06/2015. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/publicacaoman.do?evento=Editar&chPlc=6534958&procR=AAAXsSABNAAKzgXAAK&ctl=23318>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 7 ed. São Paulo: Método, 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao Art. 7º: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang e STRECK, Lenio L. (Coord.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria. v. 2, n. 1, jan/jun. 2013. p. 8. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/REDESG/article/view/10183/pdf_1#.VrCkvdCrFBI>. Acesso em: 02 fev 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANVO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e Vinculação dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.