

A IMPORTANTE ATUAÇÃO JUDICIAL À LUZ DAS NORMAS FUNDAMENTAIS PARA A TRANSFORMAÇÃO SOCIAL

Luiza Sabino Queiroz

INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade de direitos entre homens e mulheres não é recente. Durante a Revolução Francesa (1789-1799), Marie Gouze propôs à Assembleia Nacional da França a aprovação da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (1791), mas foi condenada e denunciada como uma mulher “desnaturada”¹. Movimentos como estes, embora aparentemente infrutíferos, ajudaram a disseminar o questionamento do senso, então comum, da inferioridade da mulher em relação ao homem.

No âmbito trabalhista, a luta travada pela igualdade de oportunidade, de salário, de tratamento também demandou tempo de maturação. A aculturação ainda não está completa e dados indicam que esse processo

parece estar longe de findar para a trabalhadora que opta por ser mãe.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por finalidade analisar determinados impasses que podem ocorrer entre a empregada gestante ou mãe durante ou após o fim do seu contrato de trabalho. As soluções demandam sensibilidade e interpretação à luz do arcabouço normativo estrangeiro e nacional.

Para tanto, de forma breve e inicial, serão apresentadas as normas protetivas da gravidez e da maternidade que ao longo do tempo se revelaram necessárias. Após, o estudo versará sobre determinadas situações e proporá resoluções.

Este trabalho, conquanto enxuto, se justifica pela necessidade de se compreender o papel do magistrado trabalhista no processo de amadurecimento da sociedade e de libertação da cultura discriminatória contra a empregada que opta por conciliar a maternidade e o labor.

O método utilizado foi o dedutivo

1 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> .

Luiza Sabino Queiroz

Advogada e sócia do Escritório de Advocacia Marra Teixeira Sabino. Pós-graduanda em Direito Material e Processual do Trabalho pela OAB/RJ. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Uniderp. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

de cunho qualitativo, com pesquisa teórica baseada nos seguintes instrumentos: revisão bibliográfica e normativa, decisões de Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, análise de casos concretos.

BREVE REUNIÃO DE IMPORTANTES MANIFESTAÇÕES LEGISLATIVAS DE PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E À MATERNIDADE

Na Revolução Industrial o trabalho da mulher foi altamente explorado por se tratar de mão de obra dócil e barata. A tutela especial ao trabalho feminino surge na Inglaterra, em 1842, com a “Coal Mining Act”, que proibia o labor da mulher no subterrâneo. Em seguida, o “Factory Act”, de 1844, que reduziu sua jornada para 12 horas por dia (BARROS, 1995).

O trabalho da mulher foi tema de preocupação desde a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1919, por dois motivos: o primeiro, pela busca da igualdade formal de direitos entre homens e mulheres, e o segundo, pela proteção de sua integridade física, especialmente quando em estado de gestação (BARROS, 1995).

No mesmo ano em que foi criada, a OIT adotou a Convenção 03, ratificada pelo Brasil, que assegura à mulher empregada, independentemente de seu estado civil, uma licença remunerada compulsória de seis semanas antes e de seis semanas após o parto, além de dois intervalos de trinta minutos cada um para aleitamento. Embora o campo de atuação dessa Convenção se restrinja às empregadas de estabelecimentos industriais e comerciais, inovou no âmbito laboral de proteção à gravidez e à maternidade, em especial ao considerar ilegal a dispensa da

empregada durante a gestação, por ocasião parto e da licença compulsória (BRASIL, 1935).

Em 1952, a Convenção 03 da OIT foi revista pela Convenção 103, do mesmo Organismo, que ampliou a aplicação das normas de proteção à maternidade e previu a licença remunerada da gestante por um sistema de seguro obrigatório. No intuito de evitar qualquer tipo de discriminação na contratação de mulheres em idade fértil, estipulou a Convenção 103 da OIT, em seu art. IV, item 8: em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega (BRASIL, 1966).

No âmbito nacional, as Convenções da OIT influenciaram a legislação brasileira. Embora o Decreto 21.417-A, de 1932, conflitasse com a Convenção 03 da OIT quanto à duração da licença-maternidade e à imposição ao empregador do pagamento correspondente na ausência de seguro social ou fundo público, em 1943, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) igualou o período do afastamento (art. 393). No entanto, apenas em 1975, o País se adequou à Convenção 103 e retirou do empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários integrais durante a licença, incumbindo à Previdência Social, por meio do Decreto 75.207 (BARROS, 1995).

Com a Constituição da República de 1988 (CR/88), a proteção da gestante e da maternidade encontra respaldo no fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 3º, III), no objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), na sua natureza de direito social (art.6º), na valorização da família (art. 226), na busca por um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e

adolescente (art. 227), na saúde como direito de todos e dever do Estado (art. 196), na estabilidade provisória (art. 10, II, b, do ADCT). Ademais, a própria CR/88 garantiu a licença à gestante de 120 dias diferente da licença paternidade de 5 dias.

O reconhecimento formal da necessária proteção da gestação e da maternidade, porém, não se mostrou suficiente para aniquilar a discriminação da mulher em idade fértil na obtenção e manutenção no emprego. Não por outra razão, em 1995 foi publicada a Lei 9.029, que proíbe a adoção de qualquer prática discriminatória no que tange ao acesso ou à manutenção no trabalho por motivo de situação familiar (que envolve o estado gravídico, em uma interpretação sistemática da norma e maximização dos direitos fundamentais), bem como considera crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez (art. 1º e 2º). Nesse mesmo sentido, em 1999, o art. 373-A foi inserido na CLT e inovou ao prever a possibilidade de adoção de ações positivas para alcançar a finalidade legal.

O COMBATER À DISCRIMINAÇÃO POR MEIO DAS NORMAS INTERNACIONAIS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

A plêiade normativa de tutela da trabalhadora gestante e mãe é considerada robusta e se justifica pela função social que a maternidade cumpre, já que desta depende a renovação das gerações. “As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência da gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu

fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações” (BARROS, 1995, p. 39).

Embora o arcabouço jurídico não consiga, por questões técnicas e de evolução social, prever todas as situações de impasse que a mulher poderá encontrar durante ou após o seu contrato de trabalho, as inevitáveis lacunas não podem ser capazes de afastar a intenção protetiva das normas em vigor.

No entanto, não é incomum encontrar decisões que não reconhecem a ex-empregadas o direito de receber a indenização que lhes é garantida pelo simples fato de a demandante deixar escoar o prazo da estabilidade para comunicar a gravidez (a título de exemplo, o acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região no processo nº 0000125-93.2016.5.21.0002). Também não raro há decisões que não concedem a referida indenização caso a gestante se negue a retornar ao trabalho (nesse sentido a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no processo nº 0010243-82.2016.5.03.0050).

As razões que levam mães e gestantes a não comunicarem uma gravidez ao ex-empregador ou a não desejarem a reintegração no antigo emprego dizem respeito à esfera íntima e privada de cada uma delas, não se podendo presumir qualquer abuso de direito, consoante indica a OJ 399 da SDI-1. Conforme afirma Beltramelli Neto (2014, p. 111),

o direito à intimidade protege a esfera secreta da vida do indivíduo, contra o conhecimento dos demais (...) [o direito à vida privada] é mais abrangente, alcançando tudo o que se refira ao modo de ser e de agir do indivíduo, que encontre no segredo a condição para o

desenvolvimento da personalidade, a partir da liberdade de ser e agir longe dos olhos dos outros.

Segundo Tartuce (2016, p. 489), “a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato”. No entanto, encontra-se dentro do direito da personalidade da empregada dividir ou não com o empregador, ou com qualquer outra pessoa, a sua gravidez, bem como aceitar ou não retornar ao emprego do qual foi demitida.

Nota-se que não há excesso dos limites impostos pelo fim social da estabilidade provisória ou pela boa-fé ou pelos bons costumes (art. 187 do Código Civil), mas tão somente uma opção legítima, que, portanto, é incapaz de retirar do empregador as consequências legais da dispensa imotivada, independente do conhecimento da gravidez pelo patrão e/ou pela empregada quando da rescisão do contrato.

Essa conclusão se depreende do inciso I, do art. 7º, da CR/88, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e prevê indenização compensatória caso qualquer das duas modalidades de rescisão contratual ocorra. Ainda que a Lei Complementar indicada no referido inciso não tenha sido editada, ao particular, bem como ao Estado em suas funções legislativa, administrativa e judiciária, é vedado comportamento diverso dessa diretriz estipulada pelo Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, conclui José Afonso da Silva que as normas de eficácia limitada têm eficácia jurídica imediata e direta, mas também vinculante, já que, além de condicionarem a legislação futura para determinado vetor,

informam a concepção do Estado e da sociedade, conferem sentido teleológico para as normas jurídicas, bem como criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (SILVA, 2012).

A aplicação vinculante do inciso I, do art. 7º, da CR/88, nas referidas situações é corroborada pelo resultado de recente pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), segundo a qual se constata que quase metade das mulheres é despedida sem justa causa até 2 anos após o retorno da licença maternidade:

Results show that the likelihood of employment increases monotonically since three years before the maternity leave, reaching the maximum at the moment of the event (since $\mu_0 = 0$). During the maternity leave period, the employment is stable, but falls sharply mainly after the period of job protection, which is legally guaranteed for 5 months. After one year from the event, the employment seems to stabilize again, but three years after it, almost half of women were out of the formal labor market. The level of employment observed three years after was almost 6.8 (48.41%-41.6%) percentage points lower than the level observed three years earlier the event. (...)

We find that the extended leave policy alleviates part of the negative employment effects of maternity leave-taking (MACHADO, [2017-]).

Os dados estatísticos, que nesse caso devem ser entendidos como dados probatórios sensíveis, permitem presumir o cunho discriminatório na despedida da gestante e da mãe que retornou da licença-maternidade

há pouco tempo. Soma-se, pois, ao aparato protetivo, a vedação à discriminação ilícita, conforme determinado pela CR/88 (art. 3º, IV, e 5º, caput e I), pelas Convenções 100 e 111 da OIT, pela Convenção sobre todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, pela Convenção de Belém do Pará de 1994.

Com efeito, à luz das Convenções internacionais e dos direitos fundamentais assegurados na CR/88, dada a reprovabilidade da conduta do empregador e o potencial abalo emocional à gestante ou à mãe, pode-se concluir pelo direito a reparação por danos morais (art. 5º, X, da CR/88 e art. 4º, *caput*, da Lei 9.029/95).

Outrossim, para as empregadas que são despedidas sem justa causa durante a gestação ou durante o período estabilizatório, também é possível afirmar pela cumulação das verbas de danos morais com valores correspondentes ao dobro da remuneração do período de afastamento (art. 4º, II, da Lei 9.029/95). Neste caso, não há falar em *bis in idem*, já que, desde 2010, por meio da Lei 12.288, foi incluído ao *caput* do art. 4º da Lei 9.029/95 a expressão “além do direito à reparação pelo dano moral”, sugerindo, pois, que o pagamento em dobro da remuneração possui natureza distinta da indenização por danos materiais e distinta do dano moral, mas sim multa revertida em favor do empregado.

Nesse contexto de constatação de atos discriminatórios contra o planejamento familiar das mulheres, é bastante sugestivo que o Poder Legislativo, ao lado da atuação positiva dos Tribunais do Trabalho, mature a possibilidade de se entender injusta a dispensa da empregada que retornou da licença maternidade há menos de 24 meses, cabendo ao empregador o ônus

de provar razoável motivo. A súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) indica respeitável critério.

Outra situação que demanda interpretação sistemática e teleológica, à luz das normas internacionais e nacionais protetivas, diz respeito à empregada que pede demissão e, no curso do aviso prévio, descobre que está grávida. A 3ª Turma do TST, no RR-20074-75.2015.5.04.0014, entendeu que não há cogitar em estabilidade provisória por inexistir a dispensa arbitrária ou sem justa causa, conforme consta no art. 10, II, “b”, do ADCT.

Com o devido respeito à decisão, entendo que o pedido de demissão da empregada que desconhece estar grávida contém vício de consentimento, na modalidade erro, podendo, portanto, ser anulado se assim o desejar a gestante. Ensina Tartuce (2016, p. 254) que “erro é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes”.

No caso, há erro substancial sobre a própria pessoa (art. 139 do Código Civil), o que torna o ato relativamente nulo e retira do empregador a faculdade da reconsideração caso a empregada opte por permanecer no emprego. A falsa percepção da realidade pela empregada ao pedir demissão afasta a incidência do art. 489 da CLT, não havendo falar em violação ao ato jurídico perfeito.

Isto porque, o aviso prévio é instituto que visa dar concretude aos deveres anexos do contrato de trabalho, tais como dever de informação, boa fé e atuação ética das partes (art. 7º, XXI, da CR/88 e Lei 12.506/11). Assim, consoante o próprio nome indica, o aviso antecede a rescisão, razão pela qual esta

somente se torna efetiva após expirado o respectivo prazo, ainda que esse período seja indenizado (OJ 82 da SDI-I).

O aviso prévio, trabalhado ou indenizado, não põe fim imediato ao vínculo jurídico, de forma que, consoante art. 487 §1º da CLT, seu período integra o contrato de trabalho. Não há, pois, violação a ato jurídico perfeito, que, conforme a lei civilista (art. 6º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), apenas se concretiza quando o ato é conduzido à parte final do seu desenvolvimento, isto é, quando o respectivo prazo do aviso é exaurido, tendo ou não o empregado laborado.

Destarte, o pedido de demissão da empregada que comprovadamente engravida no curso do aviso prévio ou não tinha conhecimento da gravidez pode ser anulado, pois, de forma equivocada, houve disposição da estabilidade provisória, cujo direito não é assegurado apenas à mãe, mas também ao nascituro. Neste caso, se a gestante optar por permanecer no emprego, o empregador obrigatoriamente deve desconsiderar o ato, como se o aviso nunca tivesse sido dado.

Para evitar a demissão de empregadas que desconheciam estar grávidas, ou o pedido viciado de demissão por elas mesmas, há quem entenda ser possível a exigência do exame de gravidez na rescisão do contrato, uma vez que a Lei 9.029/95 não a veda. Nesse sentido tramita o Projeto de Lei 6.074/2016, de autoria do Deputado Laercio Oliveira.

Outra vez mais, com o devido respeito a essa concepção, entendo que a lacuna legal não se sobrepõe aos direitos à intimidade e à vida privada. Estes estão assegurados no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 17), na Convenção Americana de Direitos

Humanos (art. 11), na CR/88 (art. 5º, X, XI, XII), além da Lei 13.271/2016 e da Lei 13.709/2018.

Quanto à possível tensão entre o poder diretivo e fiscalizatório empresarial e o respeito à privacidade e à intimidade da empregada, consideradas por Maurício Godinho Delgado (2013, p. 51) como dimensões do princípio da inviolabilidade do direito à vida, ensina o autor que “o reconhecimento da existência de tal zona de tensão não implica a invalidação de qualquer das duas esferas (a obreira e a empresarial), conduzindo, preferentemente, à razoável, proporcional e justa adequação entre elas”.

Nesse sentido, não se mostra proporcional que a empregada que se negue a realizar o exame de gravidez no ato demissional seja obrigada a fazê-lo. À luz da doutrina alemã, conquanto o teste possa se mostrar adequado para averiguar possível estabilidade provisória, bem como necessário para o fim a que se destina, não há proporcionalidade em sacrificar a intimidade de uma mulher no ato demissional em favor de uma dúvida patronal que pode ou não vir a gerar consequências para o extinto contrato.

A autodeterminação informativa, considerada direito fundamental (Lei 13.709/2018, art. 2º, II), é corolário do direito à intimidade, deve ser preservada e se mostra, novamente, mais relevante que o poder empregatício. Deve-se, pois, conceder a máxima efetividade ao direito da intimidade.

Demais disto, se, por um lado, o art. 1º da Lei 9.029/95 não elenca o ato demissional, por outro, o inciso I do art. 2º, da mesma Lei, criminaliza a conduta sem fazer referência ao momento da exigência do exame.

CONCLUSÃO

Por meio deste estudo foi possível constatar que, conquanto a proteção à maternidade seja revestida de função social, não é esta a percepção do empregador, conforme se depreende de recentes estudos, e, não raras vezes, também tem sido negada por magistrados.

O conjunto normativo nacional e estrangeiro possui fundamentação suficiente para se tutelar a mulher que opta por ser mãe sem que isto sacrifique sua vida profissional. A opção por procriar não pode ser desincentivada e, ao lado do respeito a essa faculdade, também devem ser reprimidas atitudes que violam os direitos à intimidade e à vida privada da mulher.

Esse processo de aculturação e de maturação demanda tempo, cumprindo ao magistrado trabalhista fundamental papel na disseminação dessa prática inclusiva e respeitosa, por meio de atuações garantistas e positivas para coibir qualquer ato discriminatório quanto a decisões familiares e direitos da personalidade da mulher.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Alice Monteiro de. **A mulher e o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

BRASIL. Poder Executivo. **Decreto nº. 423 de novembro de 1935**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm#c1. Acesso em: 30/09/2019.

BRASIL. Poder Executivo. **Decreto nº. 58.820 de julho de 1966**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm. Acesso em: 30/09/2019.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região. **Processo n. 0000125-93.2016.5.21.0002 do TRT-21**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/101175745/processo-n-0000125-9320165210002-do-trt-21>. Acesso em: 30/09/2019.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Processo n. 0010243-82.2016.5.03.0050 do TRT-3**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/100691390/processo-n-0010243-8220165030050-do-trt-3>. Acesso em: 30/09/2019.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo: RR - 20074-75.2015.5.04.0014**. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&cons-csjt=&numeroTst=20074&digitoTst=75&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=&varaTst=&submit=Consultar>. Acesso em: 30/09/2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

MACHADO, Cecilia; NETO, V. Pinho. *In*: Fundação Getúlio Vargas (FGV). **The labor market consequences of maternity leave policies: evidences from Brazil**. FGV: [2017-]. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_

MACHADO, Cecilia; NETO, V. Pinho. *In*: Fundação Getúlio Vargas (FGV). **The labor market consequences of maternity leave policies: evidences from Brazil**. FGV: [2017-]. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_

brazil.pdf . Acesso em: 30/09/2019.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 6ª ed., rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.