

A ESTABILIDADE DA GESTANTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Emmanuel Pereira*

1 – INTRODUÇÃO

O texto pretende fazer uma reflexão sobre a estabilidade da gestante perante a tutela jurisdicional da Justiça Trabalhista em face da capacidade de intervir em pontos obscuros nos quais a vontade particular avança de modo avassalador contra garantias mínimas de segmentos débeis de uma relação jurídica de poder.

Portanto, o texto trará uma modificação jurisprudencial em favor da gestante, a demonstrar a indeclinabilidade por parte dos magistrados trabalhistas na função de sindicabilidade dos direitos sociais, que nada mais é do que uma garantia constitucional importante que impõe a vedação à supressão de direitos elementares por maiorias variantes do ambiente democrático. Ou seja, a sindicabilidade exercitada pelo Poder Judiciário assume em certo sentido um papel de garantia contramajoritária, apesar de não haver direito social absolutamente intangível, em essência, dado que a sua materialidade compõe um constructo social pautado em um critério racional de definição de patamares civilizatórios mínimos nas relações de trabalho, e não um conteúdo imanente de um direito jusnaturalista ou metafísico, a exemplo do que se formou em favor da gestante no âmbito da Justiça do Trabalho.

Do mesmo modo, é igualmente importante pontuar, a partir das reflexões do precedente que será analisado, que o negociado não representa um valor jurídico que possa ser tido como invariavelmente superior ao legislado, e que a função jurisdicional de sindicabilidade dos direitos sociais é intangível pelo direito legislado, por sua evidente matriz constitucional.

Porém, há uma passagem jurisprudencial bastante interessante, que veio a suscitar profunda reflexão e uma mudança substancial de conceitos e

* *Ministro Vice-Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.*

perspectivas no tocante ao direito da empregada gestante e do próprio gênero feminino no universo laboral.

2 – A ESTABILIDADE DA GESTANTE EM FACE DO DIREITO NEGOCIADO

Parte-se da reflexão discutida no Tribunal Superior do Trabalho que promoveu alteração da jurisprudência sobre o tema: estabilidade da gestante. Trata-se do julgamento do Processo AIRR-1422400-38.2002.5.04.0900¹, no qual se discutia a validade de uma cláusula negociada em norma coletiva que previa um ônus à empregada gestante para o gozo do direito à estabilidade contido no art. 10, II, *b*, do ADCT².

A referida norma coletiva negociada estabelecia, em caso de dispensa sem justa causa de empregada gestante, a comunicação do estado gravídico ao empregador até 60 dias após o aviso prévio como pressuposto para o gozo da referida estabilidade.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em sentido contrário à jurisprudência então dominante que ensejou a extinção da OJ nº 88³, da Sessão de Dissídios Individuais-1, do Tribunal Superior do Trabalho, que privilegiava a validade e a eficácia dessa previsão normativa, chancelou o entendimento no sentido de que “não há como admitir a interpretação restritiva, que permite a

- 1 “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. 1. Prevê o art. 10, inciso II, *b*, do ADCT o direito da gestante à estabilidade provisória no emprego, demarcando-o desde a data da confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto. Deste comando constitucional, não há como admitir a interpretação restritiva, que permite a fomentação do entendimento no sentido de que o não cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória, ou, pelo menos, de redução do período estável. Em verdade, a construção jurisprudencial no sentido de a demora da gestante em comunicar o seu estado ao empregador, em face do estabelecido em norma coletiva, provocar prejuízos à gestante decorreu do entusiasmo de privilegiar as convenções e acordos coletivos de trabalho, como forma de respeitar o entabulado entre as partes. Com este raciocínio, colocou-se à margem da discussão fator nuclear ao intuito do constituinte, visto revestir-se a estabilidade assegurada no Texto Constitucional de caráter dúplice, pois não só tem a finalidade de resguardar o direito da trabalhadora, mas, precipuamente, proteger o nascituro. 2. Não caracterizada ofensa ao art. 10, inciso II, *b*, do ADCT, nega-se provimento ao agravo.” (AIRR-1422400-38.2002.5.04.0900, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 30.06.04, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 17.09.04)
- 2 “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.”
- 3 OJ SDI-1 nº 88: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, *b*, do ADCT)”.

fomentação do entendimento no sentido de que o não cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória, ou, pelo menos, de redução do período estável⁴.”

Assim, inclinando-se a 1ª Turma a divergir do entendimento consagrado na OJ nº 88 da SDI-1 do TST, nos termos do Regimento Interno em vigência, deixou-se de pronunciar o resultado do julgamento e decidiu-se pelo deslocamento da competência do feito ao Tribunal Pleno, em decisão redigida nos seguintes termos:

“Decisão: por unanimidade, suspender o pronunciamento do resultado do julgamento, em virtude da egrégia 1ª Turma divisar possível contrariedade à OJ nº 88 da SBDI-1, submetendo-se a matéria à apreciação do egrégio Tribunal Pleno do TST, após ter votado o Exmo. Ministro Emmanoel Pereira, Relator, que negava provimento ao agravo de instrumento.”⁵

Mais adiante, o Tribunal Pleno se debruçou sobre a matéria e abraçou a tese lançada naquele processo⁶, modificando, inclusive, a redação da OJ nº 88 da SDI-1 do TST, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.” (art. 10, II, *b*, do ADCT)⁷

Ao final dos debates, o entendimento ficou pacificado no sentido de que a construção jurisprudencial com relação à demora da gestante em comunicar o seu estado ao empregador, em face do estabelecido em norma coletiva, provocar prejuízos à gestante, decorreu do entusiasmo de privilegiar as convenções e acordos coletivos de trabalho, como forma de respeitar o entabulado entre as partes. Com este raciocínio, colocou-se à margem da discussão fator nuclear ao intuito do constituinte, visto revestir-se a estabilidade assegurada no Texto Constitucional de caráter dúplice, pois não só tem a finalidade de resguardar o direito da trabalhadora, mas, precipuamente, proteger o nascituro. Não é irrele-

4 AIRR 1422400-38.2002.5.04.0900, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 30.06.04, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 17.09.04.

5 Decisão proferida em 10.03.04, nos autos do AIRR 1422400-38.2002.5.04.0900, Rel. Min. Emmanoel Pereira.

6 Decisão proferida em 15.04.04, nos autos do AIRR 1422400-38.2002.5.04.0900, Rel. Min. Emmanoel Pereira.

7 Nova redação dada à OJ SDI-1 nº 88.

vante lembrar que são muitos os perigos biológicos concretos aos quais as mulheres são expostas, bem como os nascituros, ao longo do período gestacional.

Prevê o art. 10, inciso II, *b*, do ADCT o direito da gestante à estabilidade provisória no emprego, demarcando-o desde a data da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Desse comando constitucional, não há como admitir a interpretação restritiva, que permite a fomentação do entendimento no sentido de que o não cumprimento de prazo fixado em norma coletiva a respeito da obrigatoriedade de comunicação ao empregador do estado gravídico seria fator impeditivo ao direito à estabilidade provisória, ou, pelo menos, de redução do período estável.

3 – OS AVANÇOS DA JURISPRUDÊNCIA TRABALHISTA NA AQUISIÇÃO DE DIREITOS DAS MULHERES

A partir do citado precedente, que privilegiou o direito inalienável das mulheres e dos nascituros à manutenção de sua dignidade durante todo o estado gravídico e nos primeiros momentos da vida do rebento, foi possível visualizar outros avanços no campo da estabilidade da empregada gestante.

Esse direito, que antes se via enfraquecido pelo contingenciamento de normas coletivas que impunham condições e encargos ao seu pleno exercício, foi fortalecido com a mudança de paradigma representada pelo precedente acima referido⁸.

Contudo, o caminho de afirmação de tal garantia constitucional mereceu avanços através de muitos debates em vista da plena consagração de um benefício que nada mais representa do que uma questão humanitária e de saúde pública, visto que permite à mãe e ao filho uma gestação saudável e um envolvimento maternal sadio, evitando os riscos que o fantasma do desemprego em meio ao estado gravídico pudesse causar no seio da família em formação.

O fato é que, até aquela quadra da história, pela ausência de previsão constitucional do direito e pelas próprias limitações que o regime político impunha, a jurisprudência, assim como a legislação, era bastante tímida na afirmação do direito da gestante à estabilidade, tanto que a Súmula nº 244 do TST, anterior ao advento da Constituição Federal de 1988, dispunha sobre tal prerrogativa, contida no art. 392 da CLT, nos seguintes termos:

“GESTANTE – GARANTIA DE EMPREGO (Redação original – Res. 15/85, DJ 05, 06 e 09.12.85). A garantia de emprego à gestante

⁸ AIRR-1422400-38.2002.5.04.0900, Rel. Min. Emmanoel Pereira.

não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.”

Foi a partir de 1988, com a inserção do direito à estabilidade da gestante no ADCT e, em meados de 1999, com a modificação do § 4º do art. 392⁹ da CLT, que o direito em questão passou a ser entendido também como uma garantia de reintegração, por consectário lógico do princípio da proteção à mulher e ao nascituro, assim como por irradiação do princípio da continuidade do emprego.

A Corte Superior Trabalhista, então, impulsionada pela mudança de parâmetro normativo, revisou o conteúdo da Súmula nº 244 do TST, tangenciando o direito à reintegração nos seguintes termos:

“GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO (Súmula alterada – Res. 121/03, DJ 19, 20 e 21.11.03). 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.”

Percebe-se, pois, que a Súmula nº 244 do TST, esmiuçando o alcance e o sentido da garantia constitucional presente no ADCT, esclareceu que o direito ali previsto era atinente ao período de estabilidade, e não autorizava a ilação de uma reintegração compulsória da gestante fora do prazo estabilitário, embora fosse possível sua postulação em juízo após o prazo de vigência da estabilidade, desde que observado o prazo contido no art. 7º, XXIX¹⁰, da Constituição Federal, hipótese na qual o direito à reintegração se converteria automaticamente em indenização substitutiva da estabilidade não usufruída.

De acordo com esse conceito de indenização substitutiva, o direito aos salários, às vantagens e aos reflexos decorrentes do período de estabilidade eram assegurados tanto nos casos em que o empregador não tinha o interesse de reintegrar a empregada quanto nos casos em que o pedido de reintegração

9 “Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário. (Redação dada pela Lei nº 10.421, 15.04.02)

(...)

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos: (Redação dada pela Lei nº 9.799, de 26.05.99)”

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

(...)

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;”

75 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

ocorresse fora do período estável, ou, ainda, nos casos em que o retorno ao emprego estivesse obstado por forte incompatibilidade gerada pelo evento.

Ocorre que, ainda aqui, o direito em questão estava premido por uma série de limitações normativas, dentre as quais se destacavam a OJ nº 196¹¹ da Sessão de Dissídios Individuais-1 do Tribunal Superior do Trabalho e as próprias previsões de normas coletivas que condicionavam a sua fruição a pressupostos como a prévia comunicação do estado gravídico ao empregador.

Foi exatamente nesse ponto que o precedente operou uma profunda mudança paradigmática de conceitos, estabelecendo uma interpretação constitucional a privilegiar o pleno gozo do direito social em questão, e, por via de consequência, podando o excesso de liberalidade da norma coletiva que pretendia tangenciar a sua fruição pela empregada gestante.

Tanto que atualmente, apesar da tardia conversão da OJ nº 196 da SDI-1 no item III da Súmula nº 244 do TST, no ano de 2005, o verbete foi cancelado e a jurisprudência firmou-se em sentido contrário, privilegiando o direito da gestante e do nascituro, “mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”¹², como deixa claro a redação atual da referida súmula.

Fez-se melhor justiça, já que essa garantia de estabilidade à gestante, pela sua própria vocação constitucional de direito social mínimo atinente à saúde e à proteção da dignidade da mulher e do nascituro, é, como foi visto, uma questão humanitária, e não apenas um mero benefício jurídico-econômico.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição Federal (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

11 “GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. NÃO ASSEGURADA. Inserida em 08.11.00”

12 “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

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.”

75 ANOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09.08.1943, p. 11.937.

_____. Emenda Constitucional nº 1, de 24 de janeiro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 fev. 2017.

SÚMULAS E ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244. 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. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27 set. 2012. Livro de Súmulas, Orientações Jurisprudenciais, Precedentes Normativos. Brasília: CSG/SEG/TJDFT, 2016.

_____. _____. Orientação Jurisprudencial nº 88 (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244 – DJ 20.04.05). Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. GESTANTE. ESTABILIDADE. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, *b*, do ADCT).

_____. _____. Orientação Jurisprudencial nº 196 (cancelada em decorrência da nova redação conferida à Súmula nº 244 – DJ de 20.04.05). Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA NÃO ASSEGURADA. (Redação original – Inserida em 08.11.00).

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 1ª Turma. AIRR-142240038.2002.5.04.0900. Relator Exmo. Sr. Min. Emmanoel Pereira. Julgado em: 30.06.04. Brasília, publicado no DJ 17.09.04.