

ESTABILIDADE DA GESTANTE: ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Luiz Eduardo Gunther (Juiz no TRT da 9ª Região)

Cristina Maria Navarro Zornig (Assessora no TRT da 9ª Região)

Sumário: 1) As origens da proteção contra a dispensa abusiva da empregada gestante; 2) a concepção objetivista e as normas coletivas; 3) Reintegração, indenização e despedida discriminatória; 4) Fechamento da empresa; 5) A demora no ajuizamento da ação; 6) Renúncia ou transação – validade; 7) O caso especial da gestante doméstica.

1. As origens da proteção contra a dispensa abusiva da empregada gestante.

As mulheres trabalhadoras grávidas tinham garantido pela lei, até 1988, somente o direito ao chamado salário-maternidade no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto (art. 392, caput, e 393 da CLT), atingindo um total de 84 dias.

As entidades sindicais, através de negociação coletiva, conquistaram, em acordos e convenções coletivas de trabalho, para a mulher gestante, o direito à estabilidade cujo período variava de noventa dias a cinco meses. A própria Justiça do Trabalho, em sentenças normativas, passou a garantir esse direito, como dá exemplo o precedente normativo da Seção de Dissídios Coletivos do C. TST, que dizia: “Cria-se a estabilidade provisória à empregada até 90 dias após o término da licença previdenciária”.¹

A partir da Constituição de 1988 ampliou-se o direito da mulher gestante. Garantiu-se o salário-maternidade de cento e vinte dias, aumentando-se em trinta e seis dias o direito antes existente (art. 7º, XVIII, CF/88).

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seguindo a tendência das conquistas sindicais, vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 10, II, b, ADCT).

2. A concepção objetivista e as normas coletivas

A atual Constituição Federal não modificou a concepção objetivista concernente à estabilidade provisória da gestante, a qual é centrada na teoria do risco da atividade econômica, fruto de longa discussão doutrinária acerca da responsabilidade civil do empregador.

O Excelso Supremo Tribunal Federal, recentemente, pôs fim à cizânia que existia sobre o tema. Considerando que os acordos e convenções coletivas de trabalho não podem restringir direitos irrenunciáveis dos trabalhadores, deu provimento a

recurso extraordinário para reformar acórdão do C. TST, que afastara o direito da empregada gestante à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, em razão da existência, na espécie, de cláusula de acordo coletivo que condicionara o mencionado direito à necessidade de prévia comunicação da gravidez ao empregador (RE 234.186-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 05.06.01. Informativo STF nº 231/01).

Essa responsabilidade, aliás, atualmente firmada no artigo 2º da CLT, já estava prevista nos artigos 1.521, 1.522 e 1.523 do Código Civil, que culminaram, inclusive, com o advento da súmula 341 do E. STF, que diz: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. Em análise a essa súmula, Roberto Rosas esclarece que: “Filadelfo Azevedo, ao criticar a ancianidade do nascente Código Civil brasileiro, apontava o caminho para se considerar presumida a culpa do patrão, em vista do risco assumido na empresa (RE nº 5.427 – RF/93/287)”.²

3. Reintegração, indenização e despedida discriminatória.

Encontrando-se a empregada grávida, por ocasião de sua injusta dispensa, faz jus ao benefício estipulado no artigo 10, inciso II, letra “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Não sendo possível a reintegração, deve ser reconhecido o direito a indenização, pois a rescisão contratual obsta a estabilidade assegurada (art. 10, II, “b”, do ADCT), com o pagamento dos salários relativos aos 150 dias da estabilidade à gestante, observados reajustes legais e convencionais no período. Devidas, também, as incidências no FGTS (8%).

É possível, ainda, a condenação em dobro em face da negativa da empresa em receber a trabalhadora de volta às atividades, a partir da ciência da gravidez, atraindo a aplicação da Lei nº 9.029/95, demonstrada a despedida discriminatória.

Nesse sentido foi a decisão da 2ª Turma do E. TRT da 9ª Região no RO 3.322/01, na sessão do dia 21.08.01, cujo acórdão ainda não foi publicado, mas pode assim ser sintetizado:

GESTANTE. ESTABILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. INDENIZAÇÃO EM DÓBRO. O direito da empregada gestante à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, ‘b’, do ADCT independe de prévia comunicação da gravidez ao empregador (RE 234.186 – SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 05.06.01 – Inf. STF 231/01). Já expirado o prazo da garantia, a reintegração converte-se em indenização equivalente aos salários e demais vantagens do período e, nos termos do art. 4º, II, da Lei nº 9.029/95, em dobro, na medida em que a ciência da gestação pelo empregador e a omissão em devolver o emprego implica despedida discriminatória em razão do sexo e da condição de gestante (art. 1º da mesma lei).

4. Fechamento da empresa

Sempre houve controvérsia sobre a existência do direito da gestante à estabilidade em caso de fechamento da empresa.

Recente julgado do C. TST fez opção jurídica pelo direito da empregada, quando: “Julgando recurso procedente do Rio Grande do Sul, a 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria de votos, decidiu que a gestante tem direito à estabilidade provisória prevista na Constituição, mesmo em caso de fechamento da empresa”.³

A alegação da empresa consistia em invocar o fato de “que o fechamento da fábrica, com dispensa de todos os empregados, a desobrigava de pagar indenização à gestante por não ter havido intenção de criar obstáculo à estabilidade. Argumentou ainda com o fato de haver decisão judicial nesse sentido”.⁴

A Egrégia 5ª turma do C. TST, ao acompanhar voto do Eminentíssimo Min. Rider de Brito “entendeu, porém, que a estabilidade provisória da gestante não se compara a outro tipo de estabilidade, porque o legislador constituinte teve por objetivo assegurar a sobrevivência da mãe e do filho. Por isso, no caso em julgamento, a gestante tem direito à indenização correspondente ao período da estabilidade, que se estende até o quinto mês após o parto”.⁵

5. A demora no ajuizamento da ação

Uma das questões mais polêmicas sobre a estabilidade da gestante é aquela originada da suposta demora da mulher trabalhadora em ajuizar a ação, supondo-se, assim, a sua má-fé e só deferindo-se direito a indenização desde o ajuizamento da ação, pois seria sua a culpa pela demora.

Essa corrente foi defendida arduamente pelo Eminentíssimo Professor e Juiz Valentin Carrion, que afirmava: “A sentença deve deferir os salários a partir do ajuizamento da ação; perde os salários anteriores quem os pleiteia tardiamente; a lei quer a manutenção do emprego com trabalho e salários, mas não pode proteger a malícia”.⁶

Mais contundente é o Eminentíssimo Professor da USP e Juiz Sergio Pinto Martins, que afirma: “Existem acórdãos que entendem que se a empregada ajuíza a ação depois de expirado o prazo da garantia de emprego, ainda assim faz jus a esse direito, em razão de que o prazo prescricional é de dois anos a contar da cessação do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, “a”, da Constituição).

Entretanto, passados alguns meses após a dispensa e pedindo a empregada reintegração, entendo que deva ser desconsiderado o período que vai da dispensa

até a data do ajuizamento da ação, em razão da inércia da empregada na sua proposição e de ter direito ao emprego e não a receber sem trabalhar.

No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa. O direito previsto na Constituição é ao emprego e não à indenização”7.

Em contraposição a essas duas posições doutrinárias, coloca-se uma corrente jurisprudencial mais tolerante com a demora no ingresso da ação, cujos argumentos principais são os seguintes:

“GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. CONVERSÃO EM INDENIZAÇÃO - A reintegração de empregada gestante deve ser convertida em indenização, face a decorrência do prazo de garantia de emprego”.8

“GESTANTE. ESTABILIDADE. PRESCRIÇÃO. Permitindo a lei que a empregada ingresse com ação até dois anos depois da ruptura do contrato não há que falar em perda do direito da gestante aos salários da estabilidade, mesmo que a reintegração fosse inviável já no 1º grau, pelo decurso de dez meses. De duas, uma- ou tem-se que reduzir o prazo prescricional, ou dilatar-se o prazo da gestação humana. As duas hipóteses fogem à competência da junta”.9

“GESTANTE. AJUIZAMENTO DA AÇÃO QUANDO JÁ VENCIDO O PRAZO DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA. INDENIZAÇÃO. O ajuizamento da reclamação após expirado o prazo da estabilidade provisória gestante não obsta a reparação do direito, pois a própria lei permite que o pleiteie em até dois anos (art. 7º, -a-, parte final, da CF-88) e que terá a empregada garantia à estabilidade desde a confirmação da gravidez (alínea -b- do inciso II do artigo 10 do Ato das Disposições Transitórias da CF-88). Essa estabilidade provisória assegura a reintegração e, não sendo mais possível, a empregada terá direito, decorrente da regra constitucional, a todos os efeitos que decorreriam do exercício do trabalho até o termo final previsto, inclusive o cômputo desse lapso em seu tempo de serviço”.10

6. Renúncia ou transação – validade

A Orientação Jurisprudencial nº 30 da Seção de Dissídios Coletivos estabeleceu que: “Nos termos do art. 10, II, a, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário”.

Essa orientação, embora específica para dissídios coletivos, permanece como subsídio para interpretação sobre tão importante tema.

7. O caso especial da gestante doméstica

Quando começou a vigor a Constituição da República Federativa do Brasil, em 05.10.88, verificou-se que os trabalhadores domésticos tiveram um importante acréscimo em direitos, consoante o parágrafo único do artigo 7º.

Passou-se a discutir, então, se a trabalhadora doméstica gestante faria jus à licença maternidade de 120 dias prevista no inciso XVIII do artigo 7º e à estabilidade criada pelo art. 10, II, b, do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Primeiramente, quanto à licença maternidade, afirma o art. 7º, inciso XVIII, como direito de trabalhadoras urbanas e rurais: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. O parágrafo único do mesmo artigo assegura à categoria da trabalhadora doméstica o direito previsto no inciso XVIII.

Parece não haver dúvida, então, que às trabalhadoras domésticas gestantes garantiu-se o direito à licença maternidade de cento e vinte dias. Nesse sentido a doutrina de Sergio Pinto Martins: “O artigo 71 da Lei nº 8.213/91, de acordo com a redação da Lei nº 9.876, passou a prever o direito do salário-maternidade para a segurada da Previdência Social. Isso inclui qualquer segurada, tanto a empregada urbana, rural ou temporária, como também a empregada doméstica (...)”.¹¹

Nesse sentido, também, Cláudia Salles Vilela Vianna: “Tem direito à percepção de salário-maternidade a segurada empregada, a empregada doméstica e a trabalhadora avulsa, independentemente do número de contribuições”.¹²

Não se compreende, pois, o noticiado Projeto de Lei nº 1.733/96, aprovado na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, no dia 29.08.01, como garantindo “o direito à licença-maternidade de 120 dias para a empregada doméstica” (Agência Câmara, 10.09.01, 15h16, pela internet), já existindo garantia em norma constitucional e regulamentação por legislação ordinária.

Relativamente à estabilidade da gestante, se deve ser aplicada à trabalhadora doméstica, remanesce acesa a controvérsia.

Interpretando esse tema, o Juiz José Carlos da Silva Arouca, recentemente, concluiu, em acórdão de sua lavra, que à doméstica não se aplica a proteção do inciso I do artigo 7º da Constituição, em face do parágrafo único do mesmo dispositivo, tendo sido negada a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, mas: “Todavia, contempla, dentre os direitos reservados às domésticas, o inciso XVIII e este assegura à gestante a

licença-maternidade de cento e vinte dias sem prejuízo do emprego e do salário. O artigo 1º do ADCT, no inciso II, alínea b, veda a dispensa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sem discriminar a empregada doméstica”.¹³

Em sentido contrário, acórdão que diz: “Inaplicabilidade – A estabilidade provisória da gestante, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é mero desdobramento do direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto não se aplica à empregada doméstica, já que não se encontra entre os direitos expressamente assegurados àquela categoria pela Constituição Federal. Recurso improvido no particular por maioria”¹⁴.

Também esse é o entendimento de Domingos Sávio Zainaghi, quando diz: “A simples leitura do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal, faz com que se conclua que o inciso I, do mesmo artigo, não se aplica às empregadas domésticas, pois o mesmo não foi ali mencionado. Portanto, não resta outra conclusão, a não ser a de que à empregada doméstica não se aplica às empregadas domésticas, pois o mesmo não foi ali mencionado. Portanto, não resta outra conclusão, a não ser a de que à empregada doméstica não se aplica o disposto no artigo 10, II, b, do ADCT”.¹⁵ E conclui afirmando: “A empregada doméstica grávida não goza de estabilidade durante a gravidez, podendo ser despedida caso o empregador assim o deseje”.¹⁶

Enfrentando esse tema, a Egrégia 4ª Turma do TRT da 9ª Região, concluiu que: “DOMÉSTICA – ESTABILIDADE À GESTANTE. O artigo 7º, parágrafo único, da Carta Magna não elencou dentre os direitos concedidos às domésticas as vantagens do inciso I (proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária). Portanto, não estendeu às mesmas a garantia prevista no artigo 10, II, ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conferindo-lhe apenas o auxílio-maternidade (artigo 7º, XVII, da CF/88”.¹⁷

Registre-se uma posição interessante, extraída da jurisprudência, de Domingos Sávio Zainaghi, no sentido de que se o empregador não tem obrigação legal de manter no emprego empregada doméstica grávida, e sendo o salário-maternidade de responsabilidade da Previdência Social, “mesmo que o empregador venha a despedir a empregada durante a gravidez, ele não será responsável pelo pagamento do referido benefício”.¹⁸

Nesse mesmo sentido, traz a Professora Cláudia Salles Vilela Vianna, em seu livro “Manual Prático das Relações Trabalhistas”, um julgado do E. TRT da 3ª Região: “SALÁRIO-MATERNIDADE – DOMÉSTICA – PAGAMENTO PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. Salário-maternidade – Empregada doméstica. É da Previdência Social o encargo de pagar diretamente à empregada doméstica o salário-maternidade, correspondente ao último salário-de-contribuição. Não se exige para a sua concessão prazo de carência e, portanto, não é ele condicionado à manutenção do vínculo empregatício. Assim, não cabe ao empregador, em razão da dispensa sem justa causa, arcar com este benefício previdenciário (AC. un. da 1ª T. do TRT

da 3ª Reg. RO 3349/94. Rel. Juiz Antonio Fernando Guimarães. “Minas Gerais” II, 07.10.94, ementa oficial”.

Finalmente, conclui-se dizendo ser: a) incabível a denúncia à lide do INSS quando se discutem direitos pertinentes à licença-maternidade (AC. 1ª T. TST 1.706/92. Rel. Min. Afonso Celso. DJU 14.08.92. p. 12345; e b) inacumulável a indenização da estabilidade provisória com o salário maternidade, pois fere o princípio do non bis in idem (AC. 1ª T. TST 2.332/92. Rel. Min. Afonso Celso. DJU 25.09.92. p. 16.628).

1 MACIEL, José Alberto Couto. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho em Dissídios Coletivos Comentados. São Paulo: LTr, 1990. p. 110.

2 ROSAS, Roberto. Direito sumular: comentários às súmulas do STF e do STJ. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990. p. 142).

3 RR 363.032.97. RDT – Revista do Direito Trabalhista. Ano 7. nº 4 – abril de 2001. Brasília: Consulex, 2001. p. 2.

4 ob. e p. citados.

5 ob. e p. citados.

6 CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 26ª ed. Atualizada e ampliada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251.

7 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 368-369.

8 TRT-PR-RO 3.700-91 - Ac.3ª T 8.641-92 - Rel.Juiz Pedro Ribeiro Tavares.DJPR 13.11.92.

9 TRT-PR-RO 16.499-95 - Ac.2ª T 6.461-97 - Rel.Juiz Ricardo Sampaio. DJPR 21.03.97.

10 TRT-PR-RO 773-98 - Ac. 4ª T 16.628-98 - Relatora Designada a Eminente Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão. DJPR 14.08.98.

11 Direito da Seguridade Social. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 388.

12 VIANNA, Cláudia Salles Vilela Vianna. Manual Prático das Relações Trabalhistas. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 626.

13 AROUCA, José Carlos da Silva. TRT 2ª Reg. RO 029901.60676, Ac. 8ª T., 20000259033, de 08.05.00. Revista LTr. Vol. 65, nº 01, jan/2001. p. 91/92.

14 TRT 24ª Reg. AC. 0001290/97. RO 0000167/97. Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza. DJMS 20.06.97. p. 00051 – in Suplemento Trabalhista da LTr. São Paulo – 2001 – Ano 37, nº 108/01. p. 517.

15 ZAINAGHI, Domingos Sávio. A questão da estabilidade da empregada doméstica durante a gravidez. Suplemento Trabalhista da LTr. São Paulo: 2001, Ano 37, nº 108/01. p. 516.

16 Ob. cit. p. 518.

17 TRT-PR-RO 9.348/97. AC. 4ª T. 33.269/97. DJPR 05.12.97. Rel. Juíza Rosemarie Diedrichs Pimpão.

18 Ob. cit. p. 517/518.