

## **A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**INAJÁ OLIVEIRA DE BORBA**

Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

**SYLVIO ROBERTO CORRÊA DE BORBA**

Médico; acadêmico do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

**Reza a Constituição Federal em vigor:**

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

**I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, entre outros direitos."**<sup>1</sup>

Norma de eficácia contida, a ela está correlacionada a disposição do Ato das Disposições Transitórias (ADCT), que abaixo se transcreve:

**"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."**<sup>2</sup>

Ademais, é o Brasil signatário da Convenção da Organização Mundial do Trabalho nº 103/52, em cujo art. VI se lê:

---

<sup>1</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Art. 7º, I.

<sup>2</sup> Brasil. *Ato das Disposições Transitórias*. Art. 10, II, b.

"Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. III da presente convenção (licença maternidade), é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada."<sup>3</sup>

O de que aqui se cuida é, pois, uma restrição ao direito potestativo de o empregador resilir, unilateralmente, o contrato individual de trabalho, se gestante ou recente puérpera estiver no outro pólo. É perfeitamente aceitável a postura do constituinte de 1988: quer-se, com isto, proteger a espécie, na medida em que, gestante e, após, puérpera, toma a si a trabalhadora o ônus de arcar com os cuidados do recém-nato, neles incluso o aleitamento materno, a que está naturalmente afeiça e cuja adequação é de fundamental importância para que se crie, hoje, o cidadão produtivo de amanhã. Tem-se, igualmente, que o prazo de seis meses de diuturno convívio materno, que não foi, como se depreende, integralmente abrangido pela garantia constitucional em tela, marcará indelével e positivamente o sentimento de apego, permitindo adequado desenvolvimento psicológico do lactente.<sup>4</sup> Assim, razões médicas, imediatamente, mas sociais, de forma mediata, justificam o texto constitucional. E, definido o trabalho como direito social, nos termos do art. 6º do texto constitucional, não seria aceitável que, por força de fato natural, fosse a trabalhadora marcada com o ônus da perda do emprego em virtude do necessário afastamento por ocasião do parto já que, nos termos do art. 193 da Carta Magna, "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais."<sup>5</sup>

Resta saber as condições em que ocorrente tal estabilidade provisória. Em outras palavras, quais as circunstâncias que, existentes, marcariam os termos inicial e final do instituto.

Quanto a seu termo inicial, à vista do texto do ADCT, é particularmente importante que se responda se o desconhecimento, por parte do empregador, da condição gravídica da obreira constituiria óbice suficiente, a elidir o reconhecimento e o gozo desse direito. Cremos que não: a ciência, pelo empregador, da gestação de sua empregada não constitui *conditio sine qua non* para a eficácia do dispositivo em tela. Não assim, entretanto, a confirmação do diagnóstico de gravidez, que se faz necessária e, a nosso juízo, constituirá o termo inicial, na forma da lei maior, dessa proteção constitucional.

Vejamos: o diagnóstico de gravidez pode ser efetuado clínica, laboratorial ou imageticamente. Embora variáveis a sensibilidade e especificidade dessas técnicas, todas, entretanto, são tendentes ao estabelecimento da existência da gesta. Nitidamente distintas, contudo, quanto ao momento em que sensíveis à sua detecção. Assim, uma dosagem de gonadotrofina coriônica humana (HCG), hormônio produzido pela placenta e lançado ao plasma materno, será capaz de diagnosticar com segurança a gravidez poucos dias após seu início; já uma ecografia pélvica demandará semanas para a positiva

<sup>3</sup> Apud Da Costa, Marcus Vinícius Americano. *Estabilidade*. Revista LTr, 57: 1336, nov. 1993.

<sup>4</sup> Crouch, JB & Rubin, LP. Nutrição. In: Cloherty, JP & Stark, AR (org.). *Manual de neonatologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Medsi, 1993, p. 629-631.

<sup>5</sup> Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Art. 193.

Identificação do saco gestacional, e um exame clínico, desprovido de propedêutica armada, demandará ainda maior prazo para que se estabeleça o diagnóstico inequívoco.<sup>6</sup>

Possível, pois, que embora gestação haja, sua confirmação dependa, entretanto, do método propedêutico utilizado. Entendemos, não obstante afirmações em contrário, que protegido estará o emprego da gestante apenas a partir do momento em que confirmada a gestação, sendo seu o ônus de tal prova.<sup>7</sup> Não se exige a comunicação ao empregador, distintamente do que pretendem alguns dentre eles; é mister, apenas, esteja a trabalhadora no exercício pleno de seu cargo, em virtude de contrato de trabalho por tempo indeterminado.<sup>8</sup> Não se compadece o contrato de experiência da estabilidade porventura advinda de gestação superveniente à confirmação da avença, porquanto tudo quanto nele se opera, ao término, é, não despedida, que aqui inexistente, mas extinção, pela chegada do termo.<sup>9</sup>

Examinemos, agora, o final do prazo do instituto em apreço o qual, no dizer da lei maior, se estabelece a certo termo de data (cinco meses após o parto). Estarão, pois, todas as trabalhadoras gestantes, após o diagnóstico da gestação, protegidas de despedida arbitrária e sem justa causa por cinco meses após o término da gravidez? Por certo que não, como exporemos:

há parto, qualquer que seja a forma de que se revista, apenas após a vigésima semana de gravidez. Antes disso, o término da gestação dá-se na forma de aborto<sup>10</sup>, não se revestindo, pois, da proteção legal a que nos referimos. Claro está que tal questão é matéria de prova técnica, a ônus de quem dela pretenda obter vantagem. Após vinte semanas de gestação, porém, o termo se dará através de parto que, segundo a via de expulsão fetal, poderá ser vaginal ou abdominal (cesareana) e, segundo a idade gestacional, resultará em recém-nascido a termo ou prematuro. Observe-se que a condição de vitalidade (ou ausência desta) no concepto é característica deste último, e não do parto, não se exigindo, pois, em nosso entendimento, o parto de um nativivo para que goze a mãe da estabilidade proposta pelo ADCT. Impõe-se tal interpretação já que odiosa restringenda,, favorabilia amplianda. Além disso, não nos será dado restringir onde a lei maior não o faz.<sup>11</sup> Bastará, pois, que parto ocorra: se de nativivo ou natimorto, pouco importa. Não se diga, em contrário, que a intenção da Carta bem outra tenha sido, e apenas a de propiciar maior tempo de contato entre mãe e filho porquanto, em relação

<sup>6</sup> Schroeder, SA; Krupp, MA; Tierney, Jr., LM; McPhee, SJ (eds.). *Current medical diagnosis and treatment*. 1. ed. Norwalk: Appleton & Lange, 1990, p. 509.

<sup>7</sup> Brasil. TRT 10ª Região. RO 5.016/92 – Ac. 1ª Turma 1.713/93. Rel. Juiz Franklin de Oliveira. DJU 12.08.93. *Síntese Trabalhista*, 5:77, nov. 1993.

<sup>8</sup> Brasil. TST. RR 38.636/91.8 – Ac. 3ª Turma 3.692/92. Rel. designado Ministro Roberto Della Mana. DJU 13.08.93. *Síntese Trabalhista*, 5:77, nov. 1993.

<sup>9</sup> Brasil. TRT 4ª Região. RO 7.953/91. Ac. 3ª Turma. Rel. Juiz José Fernando Ehlers de Moura. DOE 03.05.93. *Síntese Trabalhista*, 5:77, nov. 1993.

<sup>10</sup> Vidal, AMC; Chaves, MTP; de Aguiar, LO; Passos, EP. Abortamento. In: Freitas, F; Martins-Costa, S; Ramos, JGL; Passos, EP (orgs.). *Rotinas em obstetrícia*. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 235.

<sup>11</sup> "Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ..., esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência ... para sujeitar o exercício do direito a condições novas ..." Cf. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 313.

a mães que, tendo dado à luz nativos (estando, portanto, definida a data a partir da qual, após o prazo de cinco meses, finda estará sua estabilidade no emprego), vierem, por infortúnio, a perdê-los dentro de tal período, a ninguém ocorrerá a idéia de que tal superveniência tenha o condão de fazer-lhes suprimir a estabilidade já existente.

Assim sendo, pelo fenômeno da recepção, para tal prova será suficiente qualquer dos documentos elencados pelos arts. 50, 53, 54 e 77 da Lei nº 6.015/73 (lei dos registros públicos, que dispõe sobre registros de nascimento, de natimortos ou de óbito de lactentes).<sup>12</sup>

Como se viu, portanto, dá o ADCT estabilidade no emprego à trabalhadora gestante, desde a confirmação da condição até o termo de um período de cinco meses após o término da mesma, desde que ocorrente, este último, após a vigésima semana da gravidez. Excluem-se da proteção legal, pois, os casos em que a trabalhadora não é capaz de confirmar a ocorrência da gestação por qualquer método, bem como os casos em que a gravidez se finda por aborto. A vitalidade ou não do conceito dado à luz não constitui elemento participante do direito em apreço, sendo indiferente, a tal tocante.

## BIBLIOGRAFIA

- Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. In: *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 136.
- . *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 19 e 112.
- . Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. In: Brasil. *Código Civil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 558-559 e 564.
- . TRT 4ª Região. RO 7.953/91. 3ª Turma. Rel. Juiz José Fernando Ehlers de Moura. DOE 03.05.93. *Síntese Trabalhista*, 5:56-58, nov. 1993.
- . TRT 10ª Região. RO 5.016/92. 1ª Turma. Ac. 1.713/93. Rel. Juiz Franklin de Oliveira. DJU 12.08.93. *Síntese Trabalhista*, 5:77, nov. 1993.
- . TST. RR 38.636/91. 8ª Turma. Ac. 3.692/92. Rel. designado Ministro Roberto Della Mana. DJU 13.08.93. *Síntese Trabalhista*, 5:77, nov. 1993.
- Crouch, JB & Rubin, LP. Nutrição. In: Cloherty, JP & Stark, AR (org.). *Manual de neonatologia*. 3. ed. Rio de Janeiro, Medsi, 1993, p. 618-657.
- Da Costa, Marcus Vinicius Americano. Estabilidade. In: *Revista LTr*, 57:1331-1336, nov. 1993.
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 304-315.
- Schroeder, SA; Krupp, MA; Tierney, Jr., LM; McPhee, SJ (eds.). *Current medical diagnosis and treatment*. 1. ed. Norwalk: Appleton & Lange, 1990, p. 509.
- Vidal, AMC; Chaves, MTP; De Aguiar, LO; Passos, EP. Abortamento. In: Freltas, Fernando; Martins-Costa, Sérgio; Ramos, José Geraldo Lopes; Passos, Eduardo Pandolfi (orgs.). *Rotinas em obstetrícia*. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993, p. 235-244.

---

<sup>12</sup> Brasil. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, com alterações determinadas pela Lei nº 6.216, de 30 de junho de 1975. Arts. 50, 53, 54 e 77.

