

ESTABILIDADE DA GESTANTE

Gravidez ocorrida no prazo de Experiência Gravidez ocorrida no cumprimento do Aviso Prévio Teste de Gravidez na Demissão – ato lícito ou ilícito ?



Desde a alteração da Súmula nº 244 - III, alterada pela Sessão do Tribunal Pleno do TST – Tribunal Superior do Trabalho, divulgada no dia 29.09.2012, a questão sobre a matéria tem gerado dúvidas na interpretação do texto por parte de empregadores.

O texto anterior da referida Súmula dizia:

**“SÚMULA nº 244 do TST - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
GESTANTE. GARANTIA DE EMPREGO.**
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 - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)”.

O texto atual da referida Súmula vigora da seguinte forma:

“SÚMULA nº 244 do TST - (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.
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”.

O primeiro ponto é entender que se a concepção ocorrer durante o curso do aviso prévio, ainda que este seja indenizado, a trabalhadora terá direito à estabilidade provisória no emprego. Assim, se a rescisão do contrato de trabalho ocorrer por desconhecimento do estado gravídico por parte do empregador ou até mesmo da própria trabalhadora, o direito ao pagamento da indenização do período de estabilidade não usufruído estará garantido.

Em recente julgado proferido pelo Egrégio TST (Processo: RR-490-77.2010.5.02.0038), restou fundamentado que **o pré-aviso não significa o fim da relação empregatícia**, “*mas apenas a manifestação formal de uma vontade que se pretende concretizar adiante, razão por que o contrato de trabalho continua a emanar seus efeitos legais*”.

O relator do processo na Terceira Turma, **ministro Maurício Godinho Delgado**, destacou que o próprio Tribunal Regional admitiu que a gravidez ocorreu no período de aviso prévio indenizado. Ao adotar a Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1 do TST, que dispõe que a data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado, entendeu que a estabilidade estava configurada. “*Incontroverso, portanto, que a concepção ocorreu durante o aviso-prévio indenizado, ou seja, antes da despedida, configurada está a estabilidade provisória,*” destacou o ministro em seu voto.

Assim, com base na **Súmula 396 do TST**, decidiu que a trabalhadora tem direito ao pagamento dos salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração. O voto foi acompanhado por unanimidade.

“SÚMULA Nº 396 do TST (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 106 e 116 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 .

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO "EXTRA PETITA" .

I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. (ex-OJ nº 116 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - Não há nulidade por julgamento “extra petita” da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT. (ex-OJ nº 106 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997)”.

O segundo ponto é entender que se APÓS FORMALIZADA A DEMISSÃO da Empregada, o Empregador vir a tomar conhecimento de que a concepção ocorreu durante o período que ainda mantinha vínculo empregatício (ou seja, antes do término do aviso prévio), este **deverá convocá-la (por escrito) a retornar ao emprego, procedendo a reintegração** (realizando novo registro sem período experimental), e **mantê-la no seu quadro de funcionários até o término do período de estabilidade (05 meses após o parto** – cf. art. 7º, XVIII, da Constituição do Brasil e do art. 10, II, "b", do ADC).

Mas se o Empregador vir a tomar conhecimento do estado gravídico da ex-empregada já em vias desta ter sido indicada ao afastamento médico ou após ultrapassado o período de estabilidade, **não se fala mais em reintegração, somente lhe restando a opção de indenizar** com base nos salários, reflexos e demais benefícios que a mesma percebia, desde sua demissão até o final do período de estabilidade.

Cabe observar que os julgados se referem à estabilidade da gestante desde o momento da **CONCEPÇÃO** e não do momento em que se atestou o estado de gravidez !

A nós parece um tanto injusta dada situação, em que, por ex., a empregada demitida, conhecedora de seu estado gravídico, omite essa informação, apenas vindo a divulgá-la para sua ex-empregadora somente após a extinção do contrato de trabalho ou após gerar o filho, vindo a surpreender o Empregador com uma Ação Trabalhista, postulando, não mais a reintegração, mas indenização de todo o período de estabilidade, fato que merece maior atenção por parte dos profissionais de Recursos Humanos.

E quanto ao teste de Gravidez na DEMISSÃO ?

Aqui vem a polêmica !

Ao compararmos o posicionamento do TST com a Lei nº 9.029, de 13/04/95, que **veda a exigência de atestado de gravidez para efeitos admissionais ou de permanência do contrato de trabalho.**

Desta forma, estabelece o art. 1º da referida lei, a proibição de qualquer prática discriminatória ou limitativa para efeito de contratação ou manutenção do emprego, por motivo de sexo, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, com as ressalvas, nesta última hipótese, das proteções do trabalho do menor.

Em seu art. 2º, inciso I, a mesma lei define como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo ao estado de gravidez, passível, inclusive, de pena de detenção de um a dois anos e multa, conforme capitulado no parágrafo único de mesmo artigo.

Em sendo assim, em uma análise direta, **qualquer prática de exigência pelo empregador de ciência do estado de gravidez da funcionária estaria incursa nas previsões da Lei 9.029/95, inclusive as solicitações em exames demissionais.**

Todavia, como salvaguarda ao Empregador, em nossa visão jurídica, entendemos possível, dentre os exames demissionais exigidos, a realização de exame de gravidez, desde que já expressa, formalmente, a sua intenção de dispensa, o qual estaria, com o pedido do exame, disponibilizando-se em manter o contrato de trabalho, acaso confirmada a gravidez.

O aspecto a ser defendido é que não há, por parte do Empregador, com a exigência do exame, a intenção discriminatória ou intuito de, sabendo do seu resultado, formalizar a demissão.

Ao contrário, o exame busca a preservação, manutenção da empregada grávida, evitando-se, apenas, desgastes futuros e custos adicionais com o pagamento de indenização pelo período estável.

Ainda mais, porque o pedido e o resultado do teste de gravidez - Beta-HCG - não terá nenhuma influência na hora de considerar essa trabalhadora como "apta" ou "inapta" em seu exame DEMISSIONAL. O objetivo do teste de gravidez é de preservar o direito da empregada de manter-se vinculada à empresa caso esteja grávida. Se o teste tiver o objetivo de obstar uma contratação aí sim, será crime. Essa é a nossa tese ! Compartilhamos com a idéia, inclusive, de que a eventual solicitação do Beta-HCG no exame DEMISSIONAL nem seja descrita no PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), uma vez que sua justificativa é mais pelo aspecto legal, do que pelo aspecto médico.

Da leitura do art. 373-A, inciso IV, da CLT, temos:

“Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

I -

II -

III -

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego”.

(g.n.)

Podemos ver que o referido inciso IV do artigo consolidado, se refere ao ato “admissional”, e não para o momento da demissão, o que fortalece a tese da licitude do pedido de exame de gravidez após formalizada a demissão de uma empregada.

Assim, o legislador, propositalmente, não inserido tal proibição no exame médico demissional, logicamente para que ficasse mantida a obrigação contido no **inciso II, do art. 168, da CLT** .

Em suma, em nossa análise e conclusão, apontamos como “legal” a exigência de exame, quando já formalizada a intenção real de dispensa, buscando, no ato de sua comunicação, ofertar à trabalhadora a possibilidade de manutenção do seu emprego, de modo que o Empregador e ela própria, não fiquem alheios à real situação da existência ou não da gravidez naquele momento da demissão, resguardando um direito constitucional dado à provável gestante (de não ser dispensada do emprego estando grávida).

É uma questão de interpretação jurídica, mas com lógica e coerência ! No entanto, infelizmente, para aqueles que militam perante a Justiça do Trabalho, bem sabem, que o “protecionismo” voltado aos empregados ainda prevalecem nas decisões, que muitas vezes também condenam empresas a pagar indenização por “danos morais” no caso de exigência do teste de gravidez.

ARTIGO JURÍDICO EDITADO POR:

Gerson Rodrigues
Luiz Eduardo Ferrari



RODRIGUES & FERRARI SOCIEDADE DE ADVOGADOS - CNPJ 14.860.042/0001-07

Av. Antártico, 464 – Jd. do Mar – S. B. do Campo – S.P

CEP: 09726-150 - Tel. (11) 4362-4752 /Cel. 9- 9987-0993

e-mail: contato@rf-associados.adv.br

FEV/2013
