

A gravidez no contrato de trabalho

Alexandre Dias de Andrade Furtado

Como proceder quanto à estabilidade provisória em caso de descoberta da gravidez da empregada no curso no contrato de trabalho é, sempre, dúvida do empregador.

Para entender a proteção conferida pela Constituição Federal, à mãe gestante é necessário entender a evolução histórica das normas que trouxeram tal garantia para o nosso ordenamento jurídico.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, na Convenção nº 3, incluiu, pela primeira vez, a questão da gestação no contrato de trabalho, sob o título “Emprego das Mulheres Antes e Depois do Parto”.

A Convenção nº 3, sob clara influência das péssimas condições de vida que os trabalhadores tinham no auge da Revolução Industrial, contribuiu, conjuntamente com outras normas, significativamente para amenizar os abusos cometidos naquele período.

Destacam-se, da Convenção nº 3 da OIT, os seguintes artigos:

ARTIGO 3º

Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher

a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto;

b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exhibição de um attestado medico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permittam o aleitamento.

ARTIGO 4º

No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphios (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou d'elle se afaste, por um periodo mais longo, depois de uma

doença provada por atestado médico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será ilegal, para o seu patrão, até que a sua ausência tenha atingido uma duração máxima, fixada pela autoridade competente de cada país, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausência ou em uma data tal que, produzindo-se o pré-aviso expire o prazo no decurso da, ausência acima mencionada.

Seguindo-se a esta Convenção, e tratando sobre o mesmo tema, sobrevieram as Convenções nº 103, de 04 de junho de 1952 e a nº 183, de 1999, que trouxeram uma série de aperfeiçoamentos importantes, podendo se destacar os seguintes:

A inclusão da proteção à maternidade às mulheres que trabalham na economia informal;

A fixação de 14 semanas de duração da licença da empregada gestante;

A prorrogação do prazo da licença em caso de complicações decorrentes do parto; e,

Regras gerais de proteção à saúde da gestante.

No Brasil, a previsão da estabilidade da empregada gestante encontrou guarida na alínea “b” do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais da CF/88, que estabeleceu a impossibilidade da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, até que lei complementar regulamentasse o inciso I do art. 7º da Carta Magna:

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.

Assim, com a promulgação da Carta Republicana, o inciso XVIII do art. 7º definiu, dentro do Capítulo II “Dos Direitos Sociais”, a estabilidade da gestante pelo período de 120 dias:

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

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Interessante notar que foram concedidos 120 dias de licença à gestante, tempo superior ao mínimo previsto na Convenção nº 183 da OIT, que em seu art. 4.1 fixa um período de no mínimo 14 semanas.

Além destes dispositivos constitucionais, o tema é também tratado nos arts. 391 a 401 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que explicita esta garantia constitucional, reforçando os direitos da gestante com relação ao seu contrato de trabalho.

Diz o art. 391 da CLT:

Art. 391. Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Este dispositivo legal é norma com clara intenção de proteger a mulher da despedida arbitrária.

O TRT da 2ª Região, reiteradamente, julga a favor da manutenção do emprego no caso de constatação de demissão arbitrária.

Estabilidade-Gestante. "A intenção do texto constitucional ao introduzir uma expressão a mais no tópico referente ao despedimento arbitrário "desde a confirmação da gravidez", não pode ser interpretado como uma confirmação pessoal da gestante. Esta confirmação há de ser um assentamento médico, na prática, laboratorial. Recurso da empregada que se dá provimento." (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 17/08/1999, RELATOR (A): VERA MARTA PUBLIO DIAS, REVISOR (A): JOSÉ FRUGIS, ACÓRDÃO Nº: 19990425747, PROCESSO Nº: 02980452267, ANO: 1998, TURMA: 10ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/09/1999

Já o art. 392 da CLT nos traz:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

De acordo com o *caput* do presente artigo, a empregada gestante terá assegurado o seu direito a licença-maternidade pelo período de 120 dias, e sem prejuízo ao seu emprego e salário.

O prazo de 120 dias, conforme disposto na Lei nº 11.770/2008, pode ser majorado para 180 dias.

Este aumento, entretanto, somente será exigível no ano de 2010, já que não houve tempo de incluir no Orçamento Geral da União de 2009 o impacto da isenção fiscal que será concedida às empresas que aderirem à ampliação.

Diz aquela Lei:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

O § 1º do art. 392 da CLT, por seu turno, indica a forma que deve ser feita a comunicação da gravidez da empregada ao empregador.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

Como fica claro, a empregada deve comunicar, através de atestado médico expedido pelo SUS, a data do início do afastamento ao empregador, o que poderá ocorrer entre o 28º dia antes do parto e a ocorrência deste.

Sobre a questão o entendimento do TRT da 2ª Região:

*Gravidez. Comunicação ao empregador. A palavra "confirmação" deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, confirmando-a perante o seu patrão. **A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal**, até cientificando por escrito que se encontra grávida, pois do contrário o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar atestado médico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez. Não havendo demonstração nesse sentido para a empresa, não se pode falar em dispensa arbitrária. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 28/11/2000, RELATOR (A) DESIGNADO (A): SÉRGIO PINTO MARTINS, REVISOR (A): SÉRGIO PINTO MARTINS, ACÓRDÃO Nº: 20000665058, PROCESSO Nº: 19990548520, ANO: 1999, TURMA: 3ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 16/01/2001). (g.n.).*

Com o advento da Lei 9.799/99, que acrescentou o art. 373-A na CLT, ficou proibido, no processo de seleção e mesmo no curso do contrato de trabalho, a exigência de atestados ou exames comprovando a esterilidade ou a gravidez da empregada.

Art. 373-A. 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:

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

Assim, a empregada deverá entregar ao empregador, de livre e espontânea vontade, e sem interferência deste, o atestado médico expedido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, ou correlato, comprovando a gravidez.

Tendo como parâmetro a Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, os Tribunais Regionais do Trabalho, reiteradamente, tem indicado que o afastamento, para o gozo da estabilidade, ocorre a partir da data da concepção e não da ciência da gravidez pela empregada.

Sendo, assim, o conhecimento do estado gravídico pelo empregador, ou mesmo pela empregada, não é excludente de responsabilidade.

Diz a Súmula 244 do TST:

244 - Gestante. Estabilidade provisória. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005)

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). (ex-OJ nº 88 – DJ 16.04.2004)

Neste sentido, o TST, entende:

*RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. O desconhecimento da gravidez pelo empregador e, até mesmo pela empregada, não retira o benefício da proteção constitucional - maternidade. Basta, para a aquisição da estabilidade provisória, a concepção ao tempo do vínculo empregatício. A responsabilidade objetiva do empregador dispensa a comunicação do estado gestacional como condição ao direito da obreira. O artigo 10, inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não condicionou a proteção da obreira ao conhecimento da gestação pelo empregador, ao prever a estabilidade a partir da confirmação da gravidez. **A confirmação se dá pelo fato consumado, que é a concepção.** Revista conhecida e provida. (Processo: RR - 446316/1998.4 Data de Julgamento: 21/02/2001, Relator Juiz Convocado: Luiz Francisco Guedes de Amorim, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 16/03/2001). (g.n).*

Sobre o tema, o TRT da 2ª Região também se pronunciou:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONHECIMENTO DO EMPREGADOR DO ESTADO GRAVÍDICO DA EMPREGADA. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu artigo 10, inciso II, alínea "b", veda a dispensa sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo a responsabilidade do empregador, portanto, objetiva, considerando-se como início do prazo estabilitário a confirmação do estado gravídico da empregada. **Dessarte, a confirmação de que a empregada engravidou ao tempo da vigência do contrato de trabalho é o quanto basta para a aquisição da estabilidade, ainda que seja comprovada a gravidez após a dispensa da obreira.** (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 27/03/2008, RELATOR (A): VANIA PARANHOS, REVISOR (A): SONIA MARIA PRINCE FRANZINI, ACÓRDÃO Nº: 20080233958, PROCESSO Nº: 02679-2004-056-02-00-7, ANO: 2007, TURMA: 12ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 11/04/2008).

A apresentação do atestado, a que se refere o § 1º, poderá ocorrer até o término do aviso prévio, facultando, de acordo com o art. 489 da CLT, ao empregador a possibilidade de reconsideração da demissão.

O TST, sobre a gravidez no curso do aviso prévio já pacificou qualquer celeuma:

GRAVIDEZ - ATESTADO COMPROBATÓRIO DE QUE A GRAVIDEZ OCORREU NO MÍNIMO NO PRAZO DO AVISO PRÉVIO - DIREITO DA EMPREGADA. Comprovado que a reclamante estava grávida no curso do aviso prévio, conforme atestado, o fato de o empregador desconhecer seu estado gravídico não o isenta de responsabilidade pelo pagamento dos salários e demais vantagens, atento a que a responsabilidade é objetiva, na medida em que decorre de dois elementos: gravidez no curso do contrato e dispensa imotivada da empregada. Recurso de revista conhecido e provido (Processo: RR - 576126/1999.5 Data de Julgamento: 06/08/2003, Relator Ministro: Milton de Moura França, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 22/08/2003.). (g.n.)

Se a comunicação da gravidez ocorrer após a homologação da demissão, a empregada perde o direito da estabilidade garantida pela lei, salvo no caso de comprovação de fraude.

Não tem direito a estabilidade, bem como, qualquer tipo de indenização, casos em que a empregada é demitida, e, conseqüentemente, já foi realizado o ato formal da homologação, e, ainda naqueles em que o pedido de desligamento partiu da própria trabalhadora.

Nesta esteira, o TRT da 2ª Região já se manifestou:

ESTABILIDADE DA GESTANTE - REINTEGRAÇÃO OU INDENIZAÇÃO - Não há que ser provido apelo fundamentado em estabilidade provisória decorrente de estado gestacional, quando a própria autora desconhecia seu estado gravídico quando da rescisão contratual. **A gestante, pode ter a presunção de sua gravidez, entretanto juridicamente para fins de reintegração e ou indenização, deve trazer ao Juízo documento probatório eficaz anterior a data de sua demissão ou imediatamente posterior a esta.** (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO, DATA DE JULGAMENTO: 07/08/2008, RELATOR (A): LILIAN LYGIA ORTEGA MAZZEU, ACÓRDÃO Nº: 20080657820, PROCESSO Nº: 02755-2006-080-02-00-0, ANO: 2008, TURMA: 8ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 19/08/2008). (g.n).

ESTABILIDADE DA GESTANTE - PEDIDO DE DEMISSÃO - INADMISSIBILIDADE - **A estabilidade da gestante não se aplica na hipótese em que o desligamento ocorre por iniciativa da empregada, não tendo esta logrado infirmar o pedido de demissão e declaração expressa de desligamento espontâneos jungidos aos autos.** (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 12/05/1997, RELATOR (A): GUALDO FORMICA, REVISOR (A): JOSÉ MECHANGO ANTUNES, ACÓRDÃO Nº: 02970211488, PROCESSO Nº: 02960083029, ANO: 1996, TURMA: 7ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 12/06/1997). (g.n).

Diz o § 2º do art. 392 da CLT ser possível a extensão de duas semanas no repouso da gestante antes e depois do parto, tendo em vista complicações que podem decorrer da gravidez.

Note-se que é indispensável, para a concessão destas duas semanas, que se apresente atestado médico que indique a necessidade desta dilação de prazo.

O Decreto nº 3.048/99, Regulamento da Previdência Social, no § 4º do art. 93, repete a norma, abaixo, descrita.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

Já o § 3º faz menção ao direito de 120 dias de repouso, hoje 180 dias por força da Lei nº 11.770/2008, caso ocorra parto antecipado.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

Por outro lado, o § 4º introduz a possibilidade, desde que sem prejuízo do salário e dos demais direitos, a transferência de função quando as condições de saúde o exigirem, sendo assegurado o retorno a posto anteriormente ocupado. Quanto o inciso II do § 4º, este é auto-explicativo, não havendo divergências quanto às dispensas para a realização de exames médicos.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Questão de importante relevância, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 10.421/2002, diz respeito à mãe adotiva, que anteriormente não tinha direito ao salário-maternidade por falta de previsão legal.

Entendia-se, para percepção do benefício, como empregada gestante somente aquela que desenvolve o embrião em seu útero até o nascimento, excluindo-se, portanto, a mãe adotante.

Com a promulgação da Lei nº 10.421/2002 estendeu-se a licença pós-parto aos pais adotivos concedendo-lhes o afastamento a partir do ingresso da criança no lar adotivo.

A licença-maternidade, nestes casos, só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante guardiã.

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Diz o art. 393 da CLT que não haverá irredutibilidade de salário enquanto a empregada estiver em pleno gozo da licença maternidade. O valor a ser pago será a média dos últimos 06 meses de trabalho, com todos os direitos.

Art. 393. Durante o período a que se refere o Art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como aos direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhes ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

O art. 394 entende ser possível, desde que seja prejudicial à gestação, encerrar o contrato de trabalho, todavia, para que isso se realize se faz necessária a apresentação de atestado médico comprovando tal fato.

Art. 394. Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

Na ocorrência de aborto, matéria discutida pelo art. 395 da CLT, urge a necessidade de se fazer uma distinção.

No caso do aborto espontâneo, ou seja, quando o feto não tem capacidade de viver por si só fora do útero materno, entendem a doutrina e a jurisprudência, que será concedido à empregada um repouso remunerado de duas semanas, desde que, apresentado atestado médico confirmando o fato.

Todavia, no caso de aborto criminoso, não faz jus a empregada de repouso, conforme expõe o artigo abaixo.

Art. 395. Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

O pagamento deste período, que se justifica por motivos óbvios, ficará a cargo da Previdência Social, desde que mantida a relação de emprego, como prevê o art. 95 do Decreto nº 3.048/99.

Art. 95. Compete à interessada instruir o requerimento do salário-maternidade com os atestados médicos necessários.

Como se pode perceber, da simples leitura do artigo em comento, o aborto não poderá ser criminoso, se, todavia, for comprovada a ilegalidade da interrupção da gravidez a empregada não fará jus ao benefício.

A jurisprudência, quanto ao assunto, é pacífica:

ABORTO ESPONTÂNEO. ARTIGO 395 DA CLT. O artigo 395 da CLT assegura que em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de duas semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 30/09/2008, RELATOR (A): MERCIA TOMAZINHO, REVISOR (A): SERGIO J. B. JUNQUEIRA MACHADO, ACÓRDÃO Nº: 20081006912, PROCESSO Nº: 00501-2005-074-02-00-4, ANO: 2006, TURMA: 3ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/11/2008).

O art. 396 da CLT aborda o direito da empregada em poder fazer, durante a jornada de trabalho, dois descansos especiais para amamentar o filho até que este complete seis meses de idade.

O descanso tem que ser de meia hora, sendo passível, se descumprido pelo empregador, aplicada sanção administrativa e o pagamento de hora extraordinária, tendo como preceito o art. 71 da CLT e a Orientação Jurisprudencial nº 307 da SDI-1 do TST.

Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2(dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único. Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

A jurisprudência do TRT da 2ª Região já se pronunciou:

INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO - O direito à amamentação decorre de norma legal de ordem pública - art.396 da CLT. Sua infração não pode ser considerada de natureza meramente administrativa, haja vista que viola os direitos irrenunciáveis da empregada e do nascituro. O descumprimento pelo empregador desse intervalo importa no pagamento como hora extra. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO DATA DE JULGAMENTO: 19/10/1999, RELATOR (A) DESIGNADO (A): FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA (REVISOR (A): FERNANDO ANTONIO SAMPAIO DA SILVA, ACÓRDÃO Nº: 19990565824, PROCESSO Nº: 02980504534, ANO: 1998, TURMA: 6ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/12/1999).

Traz o art. 397 da CLT:

Art. 397. O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternas e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

Os estabelecimentos que tiverem pelo menos 30 mulheres trabalhando, com mais de 16 anos de idade, terão local apropriado para permitir à empregada guardar sob vigilância e assistência os seus filhos em período de amamentação.

Tal exigência poderá ser provida por entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, ou a cargo do SESI, SESC ou entidades sindicais.

Art. 398. (Revogado pelo Art. 37 do DL-000.229-1967)

Sobre o mesmo assunto, versam o art. 399 e 400 da CLT:

Art. 399. O Ministro do Trabalho conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

Art. 400. Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação, deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Sobre as sanções administrativas, aborda o art. 401 da CLT.

Art. 401. Pela infração de qualquer dispositivo deste Capítulo, será imposta ao empregador a multa de 6 a 60 vezes o valor de referência regional, aplicada pelas Delegacias Regionais do Trabalho ou por aquelas que exerçam funções delegadas.

§ 1º. A penalidade será sempre aplicada no grau máximo:

a) se ficar apurado o emprego de artifício ou simulação para fraudar a aplicação dos dispositivos deste Capítulo;

b) nos casos de reincidência.

§ 2º. O processo na verificação das infrações, bem como na aplicação e cobrança das multas, será o previsto no Título "Do Processo de Multas Administrativas" observadas as disposições deste artigo.

Sobre a demissão injusta da empregada gestante antes do início da licença-maternidade, a obrigação de indenizar recairá sobre o empregador, que deverá pagar por todo o período correspondente à licença, que normalmente fica a cargo da Previdência Social, por força do art. 97 do Decreto nº 3.048/1999.

Vale acrescentar que independe, para o pagamento da indenização, o conhecimento, ou não, pelo empregador, da gravidez da empregada.

Já no caso de dispensa, com ou sem justa causa, e não sabendo, a empregada, de seu estado gravídico, não caberá a estabilidade, pois a rescisão do contrato de trabalho já será um ato jurídico perfeito e acabado.

No caso de reintegração de empregada gestante, desde que a demissão não tenha sido por motivo disciplinar, econômico ou financeiro, utiliza-se o art. 165 da CLT por analogia, assim, possibilita a reintegração da empregada.

Esse é o entendimento da Súmula nº 244 do TST, que já pacificou qualquer celeuma:

244 - Gestante. Estabilidade provisória. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005)

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. (ex-Súmula nº 244 – Res 121/2003, DJ 19.11.2003)

No caso de propositura de demanda trabalhista após o período estável, entende a jurisprudência, unisonamente, que não existe mais o direito de reintegração da empregada, todavia, há divergências quanto à indenização pecuniária do período de estabilidade não cumprido.

ESTABILIDADE GESTANTE. AÇÃO AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO ESTABILITÁRIO. IRRELEVÂNCIA. DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM INDENIZAÇÃO. A alínea "b", II, do Art. 10 do ADCT da CF confere garantia de emprego à gestante desde a confirmação (gestação) da gravidez. A responsabilidade do empregador é objetiva, desimportando o ajuizamento da ação quando exaurido o período estável. Proteção constitucional e da lei civil à gestante e ao nascituro (art. 2º do NCC). Direito fundamental e indisponível. Recurso adesivo obreiro provido. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 12/02/2009, RELATOR (A): DAVI FURTADO MEIRELLES, REVISOR (A): DELVIO BUFFULIN, ACÓRDÃO Nº: 20090071381, PROCESSO Nº: 01082-2006-441-02-00-0, ANO: 2007, TURMA: 12ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 20/02/2009).

Em sentido diverso:

ESTABILIDADE GESTANTE. TRANSCURSO DO PRAZO ESTABILITÁRIO. Vindica a reclamante apenas a obtenção de remuneração sem a correspondente prestação de serviços. Ora, se entendia que tinha direito à estabilidade, a autora deveria ter ajuizado a sua reclamatória dentro do período estável e postulado sua reintegração. Mas não o fez. Somente ajuizou sua ação dois anos após a dispensa, quando já escoado totalmente o período destinado à estabilidade, buscando a obtenção direta da indenização, impedindo a reclamada de cumprir, a tempo e modo, sua obrigação legal de reintegrar a gestante. Assim, de acordo com o lastro de razoabilidade da norma ora examinada, não há como interpretá-la senão no sentido de que a obreira incorreu em abuso de direito, buscando transformar a estabilidade provisória no emprego em vantagem pecuniária. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 09/09/2008, RELATOR (A): MARIA APARECIDA DUENHAS, REVISOR (A): MARCOS EMANUEL CANHETE, ACÓRDÃO Nº: 20080798165, PROCESSO Nº: 02035-2007-045-02-00-8, ANO: 2008, TURMA: 11ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 30/09/2008)

Se configurada alguma das hipóteses do art. 482 da CLT a empregada não fará jus à estabilidade no emprego, sendo dispensado o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave, nos termos do art. 494 da CLT.

Entretanto, há que se pesar a situação fática, para, assim, não se cometer abuso no poder de direção ou ato discriminatório.

JUSTA CAUSA - NÃO CARACTERIZAÇÃO - FALTA GRAVE - BRIGA ENTRE A RECLAMANTE E OUTRA FUNCIONÁRIA - DISPENSA POR JUSTA CAUSA SOMENTE DA RECLAMANTE, GRÁVIDA, QUE CONSTITUIU ATO DISCRIMINATÓRIO, A TORNAR ILÍCITO O ATO - DESOBEDEIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA BOA FÉ, INDISPENSÁVEIS AO CONCEITO DE JUSTA CAUSA - DESRESPEITO MANIFESTO AOS LIMITES DO ATO JURÍDICO, ART. 187 DO NCC. Num contexto de inimizade mútua entre as funcionárias envolvidas numa briga, a provocação é quase tão grave como a via de fato, máxime quando a provocada encontrava-se grávida e, portanto, com sensibilidade acima do normal. Eis o sopesamento das situações que deveria ser efetivado pelo empregador, a fim de que o exercício do poder de direção observasse os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Porém, na espécie, o empregador despediu uma funcionária sem justa causa e a reclamante por justa causa. Deu tratamento diferenciado injustificado às empregadas, o que somente poderia ser explicado pelo fato da reclamante possuir estabilidade de gestante. Destarte, o ato jurídico praticado, a dispensa, tornou-se ilícito ao discriminar a empregada pelo motivo gravidez, excedendo manifestamente os limites impostos pelo fim social e pela boa-fé (art. 187, Código Civil). (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 05/06/2007, RELATOR (A): IVANI CONTINI BRAMANTE, REVISOR (A): IVETE RIBEIRO, ACÓRDÃO Nº: 20070448706, PROCESSO Nº: 00783-2005-062-02-00-0, ANO: 2006, TURMA: 6ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 22/06/2007).

Por fim, cabe salientar que no caso de contrato de trabalho por tempo determinado, o TST, por meio da Súmula nº 244, já pôs a termo qualquer dúvida, já que entendeu haver incompatibilidade entre a estabilidade provisória e os contratos com prazo determinado.

Diz a Súmula nº 244 do TST:

244 - Gestante. Estabilidade provisória. (Res. 15/1985, DJ 09.12.1985.Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005)

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 - Inserida em 08.11.2000)

Desta forma, não há a estabilidade nos casos dos contratos de experiência, pois como já dito acima, por se tratar de contrato com prazo certo para ocorrer o seu término há incompatibilidade entre os institutos.

O TRT da 2ª Região, sobre o tema, nos traz:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO ESTABILITÁRIO. Inexistindo prova capaz de demonstrar que o contrato de experiência foi desconfigurado, é incabível o reconhecimento da estabilidade gestacional, eis que tais institutos são incompatíveis. Recurso a que se nega provimento. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO, DATA DE JULGAMENTO: 11/11/2008, RELATOR (A): RILMA APARECIDA HEMETÉRIO, REVISOR (A):, ACÓRDÃO Nº: 20081000434, PROCESSO Nº: 00467-2008-042-02-00-6, ANO: 2008, TURMA: 10ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 09/12/2008).

No mesmo sentido:

CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO À ESTABILIDADE GESTACIONAL: "Resilido o pacto laboral a termo, na forma da lei, não faz jus a obreira, grávida, à reintegração no emprego". Recurso ordinário da obreira a que nega provimento. (TIPO: RECURSO ORDINÁRIO, DATA DE JULGAMENTO: 04/11/2008, RELATOR (A): DORA VAZ TREVIÑO, REVISOR (A): KYONG MI LEE, ACÓRDÃO Nº: 20080993731, PROCESSO Nº: 01054-2007-033-02-00-7, ANO: 2007, TURMA: 11ª, DATA DE PUBLICAÇÃO: 18/11/2008).

Deste modo, como ficar evidenciado, a licença maternidade foi sendo desenvolvida na história das relações do trabalho, uma vez que, foi considerada como sendo um grande avanço na proteção das mulheres no caso de despedida injustificada e coibir a prática discriminatória contra a mulher no mercado de trabalho.

Como medida social, fica evidente o avanço desta garantia, já que assegura a mãe estar em contato com o seu filho no momento em que este mais precisa de sua presença.

A legislação que rege a matéria, com o passar dos anos, vem se alterando para se alinhar com a nova realidade das famílias e das novas transformações e necessidades da sociedade moderna.

Alexandre Dias de Andrade Furtado Sócio fundador do escritório Dias de Andrade Furtado Advogados