

Igor Zwickler: A verdade sobre a garantia de emprego à gestante

18/10/2023

Muito embora, em seminário internacional [1] ocorrido neste ano, o ministro Alexandre de Moraes tenha apresentado o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais como uma "novidade", fato é que tal reconhecimento é antiquíssimo, no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal (STF).



Faz-me lembrar da discussão travada, em agravo

regimental, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.153, entre os ministros Carlos Mário Velloso (aposentado), Sepúlveda Pertence (falecido) e Carlos Ayres Britto (aposentado), onde este último consignou: "*Os direitos sociais, embora não clausulados de pétreos, são pétreos; eles são implicitamente pétreos, não explicitamente*" [2].

Isso porque, embora a literalidade do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição da República registre "direitos e garantias individuais", reportando-se, aparentemente, apenas ao Capítulo I do Título I, excluindo os direitos sociais, previstos no Capítulo II, trata-se apenas de dimensões dos direitos fundamentais, com os direitos individuais compondo a primeira dimensão e os direitos sociais, a segunda.

E, entre os direitos sociais, pétreos e de aplicação (não aplicabilidade) imediata [3], previstos na Constituição da República, encontra-se a proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, "nos termos de lei complementar", que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos [4].

Aqui já há uma teratologia, em face de mais de trinta anos de omissão legislativa, até porque, como cirurgicamente explicitou Michel Temer, a Constituição da República conferiu "*eficácia plena a todos os preceitos constitucionais em face da previsão do controle da inconstitucionalidade por omissão*" [5].

Porém, ainda segundo a Constituição da República, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto [6].

Ao interpretar esta disposição normativa, o STF fixou a seguinte norma, vazada no Tema nº 497 da repercussão geral: *"A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa"* [7].

Mas vejam. A discussão, no âmbito do STF, foi tão somente em definir o sentido e o alcance da expressão "confirmação da gravidez", isto é, se a proteção constitucional exigiria apenas a presença do requisito biológico (a gravidez) ou se seria necessário o prévio conhecimento ou comprovação da gravidez no momento da dispensa. Esta foi a controvérsia, unicamente.

Tanto que o relator originário, ministro Marco Aurélio (aposentado), único vencido, votou no sentido de ser impertinente o elastecimento do conteúdo da locução "confirmação da gravidez" para abarcar o instante da concepção, pois impor a garantia ao emprego, independentemente da ciência pelo empregador do estado gravídico, seria "puni-lo" financeiramente sem o concurso de culpa ou dolo.

Segundo o restante da Corte, liderada pela divergência instaurada pelo ministro Alexandre de Moraes, redator do acórdão, a proteção constitucional exige apenas a presença do requisito biológico (gravidez preexistente), independentemente de prévio conhecimento do empregador ou de comprovação do estado gravídico perante este.

Porém, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou a restringir o sentido e o alcance do artigo 10, II, "b", do ADCT, limitando-o às dispensas arbitrárias ou sem justa causa, retirando do seu manto protetor, por exemplo, as mulheres gestantes contratadas por prazo determinado [8] ou aquelas arregimentadas para o trabalho temporário [9].

Tanto que superou o entendimento já consagrado, no mínimo desde 2012 [10], de que *"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"* [11].

O TST chegou a afirmar, expressamente, que a sua jurisprudência foi superada em razão do Tema nº 497, que seria "de clareza ofuscente" [12] quando elegeu como pressupostos para a garantia de emprego a anterioridade do fator biológico da gravidez à terminação do contrato e a dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a estabilidade das outras formas de terminação do contrato de trabalho.

Tal entendimento do TST — contrário ao que decidiu o STF no Tema nº 497 — chegou ao seu ápice com a tese fixada no Incidente de Assunção de Competência (IAC) nº 2, na qual o Tribunal Pleno do TST firmou entendimento de que *"É inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei nº 6.019/1974, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias"* [13].

Felizmente, o STF acaba de fixar a tese jurídica em outro recurso extraordinário, com repercussão geral, no mérito, e, acredito, afastará de vez o equívoco engendrado pelo TST.

Segundo tese de repercussão geral fixada no recém-julgado Tema nº 542 [14], *"A trabalhadora gestante tem direito ao gozo de licença maternidade e à estabilidade provisória, independentemente do regime jurídico aplicado, se contratual ou administrativo, ainda que ocupe cargo em comissão ou seja contratada por tempo determinado"* [15].

Conforme o STF, no tema em questão, as garantias constitucionais de proteção à gestante e à criança devem prevalecer independentemente da natureza do vínculo empregatício, do prazo do contrato de trabalho ou da sua forma de provimento.

Ainda segundo o STF, *"não deve ser admitida nenhuma diferenciação artificial entre trabalhadoras da esfera pública e da privada, seja qual for o contrato em questão. Pensar de modo diverso, a seu ver, seria admitir que a servidora contratada a título precário jamais contaria com a tranquilidade e segurança para exercer a maternidade e estaria à mercê do desejo unilateral do patrão"*.

Assim, revelada a verdade do Tema nº 497, pelas vias do Tema nº 542, espera-se que o TST, com a urgência que o caso requer — pois se trata de proteção à maternidade e ao nascituro —, corrija a tese fixada no IAC nº 2 e volte a aplicar o que já estava consagrado há, pelo menos, uma década, na sua jurisprudência uniforme, nos termos do item III da Súmula nº 244 do TST.

Todas as mulheres grávidas têm direito à garantia de emprego inerente, na forma do artigo 10, II, "b", do ADCT, sejam elas admitidas por regime jurídico-administrativo ou contratadas pela CLT, estejam na esfera pública ou privada, contratadas ou admitidas para vínculo temporário, permanente ou precário, por prazo determinado ou indeterminado.

[1] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Seminário vai abordar direitos constitucionais e relações de trabalho**: o evento, nos próximos dias 2 e 3/3, é promovido pelo STF, pelo TST e pela Enamat. Publicado em: 22 fev. 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=502838>. Acesso em: 9 out. 2023.

[2] ADI 3.153 AgR, relator: Celso de Mello, relator p/ Acórdão: Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/8/2004, DJ 9/9/2005.

[3] Constituição da República, arts. 5º, § 1º, 60, § 4º, IV.

[4] Constituição da República, art. 7º, I.



[5] TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 25. ed. Salvador: JusPODIVM, 2023. p. 44.

[6] Constituição da República, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, II, "b".

[7] RE 629.053, relator: Marco Aurélio, relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2018, DJe 27/2/2019.

[8] Consolidação das Leis do Trabalho, art. 443, § 2º.

[9] Lei nº 6.019/1974, art. 2º.

[10] Resolução nº 185/2012, aprovada pelo Tribunal Pleno do TST, conforme DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012.

[11] É o que diz o item III da Súmula nº 244 do TST.

[12] TST-RR-1001345-83.2017.5.02.0041, 4ª Turma, relator ministro Alexandre Luiz Ramos, julgado em 24/11/2020, DEJT 27/11/2020.

[13] TST-IAC-5639-31.2013.5.12.0051, Tribunal Pleno, redatora ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, julgado em 18/11/2019, DEJT 29/7/2020.

[14] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Gestante contratada por tempo determinado pela administração pública tem direito à licença-maternidade, decide STF: a decisão abrange também a estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Publicado em: 5/10/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=515337>. Acesso em: 9 out. 2023.

[15] Até o fechamento deste artigo, a tese, fixada pelo Plenário do STF em 5/10/2023, teve apenas a certidão de julgamento juntada no processo, no mesmo dia, mas o acórdão ainda está pendente de publicação no Diário da Justiça Eletrônico.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-out-18/igor-zwicker-verdade-garantia-emprego-gestante/>