

C&A tem de reintegrar trabalhadora que perdeu bebê

O direito da gestante à estabilidade no emprego até o fim da licença-maternidade é garantido mesmo que o bebê morra dias após seu nascimento. A decisão é do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que determinou que a C&A reintegre uma empregada demitida.

A ex-funcionária Vivian Martins de Lima se encontrava afastada por licença maternidade e foi demitida após perder seu bebê, que tinha três dias de vida. Vivian entrou com ação na 1ª Vara do Trabalho de Mauá, região metropolitana de São Paulo e, depois de ter seu pedido de reintegração negado, recorreu ao TRT paulista.

Vivian alegou que teria direito a estabilidade no emprego por estar gestante e não poderia ser demitida pela rede de lojas de roupas. Os juízes da 4ª Turma do TRT de São Paulo determinaram, por maioria de votos, que a C&A reintegre a antiga promotora de vendas.

A C&A sustentou que a estabilidade empregatícia da gestante tem como objetivo propiciar tempo à mãe de dar atenção devida ao recém-nascido, “o que não foi possível em face do infortúnio do falecimento três dias após o nascimento”. Além disso, a empresa alegou que a funcionária fora demitida sem justa causa e, dessa maneira, recebeu devidamente as verbas rescisórias.

O juiz Ricardo Artur da Costa Trigueiros, relator do processo, refutou as alegações. Segundo ele, a lei não cria exceções para a morte do recém-nascido, proibindo a demissão da funcionária gestante. O juiz apontou que, com a licença maternidade e o direito de estabilidade, procura-se proteger os direitos do recém-nascido e permitir que a mãe se recupere psicologicamente e fisicamente do período de gestação, independentemente da morte do bebê. “O processo de recuperação, na situação dos autos contou com a circunstância traumática da perda da criança logo após o nascimento.”

4ª. TURMA: PROCESSO TRT/SP NO: 01046200336102000 (20040229003)

RECURSO: RECURSO ORDINÁRIO

RECORRENTE: VIVIAN MARTINS DE LIMA

RECORRIDO: C & A MODAS LTDA.

ORIGEM: 1ª VT DE MAUÁ

EMENTA: GESTANTE. MORTE DA CRIANÇA APÓS O PARTO. DIREITO À ESTABILIDADE.

O legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o **parto**, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. A Lei 8.213/91 também elegeu o parto como marco para a concessão do salário-maternidade, não excepcionando a hipótese de morte da criança, após o parto, pelo que, esta circunstância não pode

ocasionar a cessação da licença-maternidade e tampouco compromete a garantia estabilitária assegurada pelo artigo 10º, II, b, do ADCT. Se o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo. A instituição de benefícios e garantias da gestante em nome da “utilidade social da função materna”, no dizer de André Gorz, introduz “a idéia de que a mulher pode tornar-se o equivalente de um ventre de aluguel no interesse da sociedade”, o que é de todo intolerável. A maternidade não pode ser dissociada da pessoa da mãe, sob pena de concretização da visão fantasmagórica de futuro referida na literatura e cinema (vide Matrix), em que a função materna, e portanto, a matriz da vida, acabará por ser retirada da mulher e terceirizada por meio de barrigas artificiais. Tampouco se pode aceitar a alocação da garantia constitucional à gestante condicionada à “maternidade útil”, i. é, “bem sucedida”, já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança vir a falecer: **a uma** porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; **a duas**, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista conferida pelo artigo 10º, II, b, do ADCT da Constituição Federal, sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção (Código Civil, art. 2º). Recurso provido para deferir a reintegração e conseqüentes.

Contra a respeitável sentença de fls. 110/111 recorre ordinariamente a reclamante postulando o reconhecimento ao direito à estabilidade gestante.

Contra-razões fls.119/121.

Considerações do Digno representante do Ministério Público do Trabalho, fls.122, quanto à inexistência de interesse público que justificasse sua intervenção.

É o relatório.

V O T O

Conheço porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

DA ESTABILIDADE DA GESTANTE

A meta estabelecida na alínea “b” do inciso II do art. 10º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, sempre foi a de conferir garantia objetiva de emprego à gestante desde a confirmação da gravidez, sendo certo que ao fazer uso da expressão “confirmação”, na verdade, quis o legislador constituinte referir-se à data da concepção ratificada por laudo médico. Portanto, o escopo da norma é mesmo o de impedir o empregador de despedir, arbitrariamente ou sem justo motivo, a trabalhadora grávida. A responsabilidade da empresa, portanto, é de corte objetivo, pouco importando a ciência do empregador quanto ao fato, vez que a proteção se direciona à gestante e ao nascituro.

A feição objetiva da tutela é inquestionável e a nível doutrinário e jurisprudencial sequer constitui matéria de interpretação controvertida.

O instituto em foco tem dupla finalidade: de um lado, a proteção aos direitos do nascituro, desde a sua

concepção, proteção esta que se estende até cinco meses após o parto, com o fito de promover a integração entre genitora e rebento, nesses meses vitais para o desenvolvimento da criança e em que esta é totalmente dependente da mãe; **de outro lado, e com igual importância, visa permitir à gestante que se recupere psicológica e fisicamente do período de gestação, bem assim do próprio parto**, valendo lembrar que o processo de recuperação, na situação dos autos contou com a circunstância traumática da perda da criança logo após o nascimento.

Trata-se pois de tutela jurídica sob duas vertentes relevantes e não excludentes entre si.

Portanto independentemente do fato, incontroverso, de a reclamante ter dado à luz em 11.12.02 e que, apenas três dias após, em 14.12.02, a criança veio a falecer, não há que se cogitar de perda do direito à licença-maternidade e, via de consequência, ao lapso estabilitário.

Com efeito, se houve o parto, a situação se adequa àquela prevista pela alínea b, do inciso II, do artigo 10 do ADCT, que garante o emprego desde o momento da confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, não excepcionando o legislador constituinte, a situação em que a criança vem a falecer após o parto:

“Art. 10.

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa;

a-da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.”

Aí está.

O legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o **parto**, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. Ora, se o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo (ubi lex non distinguit nec interpres distinguere potest).

Também a norma coletiva que instruiu a exordial, em sua cláusula 20 (fls. 18-verso), assegura o direito em comento, nos seguintes termos: “Fica assegurada a garantia de emprego e/ou salário à gestante, a partir da concepção e, até 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade, devidamente atestada por médico do INSS, ou entidade conveniada”. Como se vê, não trata a norma coletiva da situação de morte da criança e ainda que o fizesse, seriam írritas eventuais disposições que criassem restrição ao exercício de direito assegurado pela lex legum e por dispositivos de ordem pública, mormente em se tratando de normas de proteção à mulher e à maternidade, que são imperativas, indisponíveis e irrenunciáveis.

A Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que disciplina os benefícios previdenciários, ao tratar do salário-maternidade também eleger o parto como

“Art. 71: O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção da maternidade.”

Constata-se assim, que o legislador previdenciário também não excepcionou a respeito da morte da criança, após o parto, pelo que esta circunstância não pode ocasionar a cessação da licença-maternidade e ipso facto, não compromete a garantia estabilitária assegurada pelo artigo 10º, II, b, do ADCT.

Vale reproduzir, pela clareza expositiva, a melhor doutrina a respeito, da lavra da eminente Juíza Alice Monteiro de Barros (“O Trabalho da Mulher na Constituição de 1988”, in “Constitucionalismo Social” – Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello –, LTr, 2003, p.114):

“(…) Cumpre salientar que **o direito à licença-maternidade** independe do estado civil da mulher (artigo 2º da Convenção nº 103, ratificada pelo Brasil), **tampouco está condicionado ao nascimento com vida do filho**. Anteriormente à ratificação da referida convenção pelo Brasil, havia os que admitiam o retorno da empregada ao trabalho antes marco referencial para a concessão do benefício, dispondo, in verbis: do término da licença, caso o filho nascesse sem vida e desde que a saúde da mulher não o impedisse. Nesse caso, a empregada estaria onerada com a prova da necessidade de repouso após o parto; do contrário, seria facultado ao empregador exigir-lhe o retorno ao trabalho, antes do término da licença-maternidade.

Atualmente, o afastamento após o parto é obrigatório. É que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que como é sabido ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos. Aliás, o próprio diploma internacional citado, isto é, a Convenção nº 103 da OIT (revista pela nº 183) e ratificada pelo Brasil, em 1.966, previu no artigo 3º, item 6, para a hipótese de doença decorrente do parto, uma prorrogação dessa licença, mas nunca substituição da licença-maternidade pela licença por doença, ainda que decorrente daquela.

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o artigo 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Aliás, a totalidade dos doutrinadores, igualmente juízes e ministros aposentados do TST, que abordam o tema, especificamente, defendem o descanso, independentemente da criança nascer com vida, salvo a hipótese de aborto, dada a previsão legal específica. Se o legislador pretendesse reduzir a licença, nesta hipótese, deveria tê-lo feito expressamente, como ocorre com o Código do Trabalho da Hungria, com a lei nº 4, de 1.984, de Portugal, entre outras legislações.”

Portanto, se a licença-maternidade e a garantia de emprego são direitos que prescindem do nascimento com vida do filho, com maior razão tais direitos são assegurados à empregada no caso dos autos, em que a criança nasceu com vida e veio a falecer três dias após. O entendimento supra explanado é corrente e se aóia, como dito, em norma constitucional (alínea b, do inciso II, do artigo 10 do ADCT),

infraconstitucional (artigo 392 da CLT; art. 71 da Lei 8.213/91) e internacional (Convenção OIT nº 103, revista pela Convenção nº 183).

Não se cuida de aplicar por analogia o que dispõe o artigo 395 da CLT porquanto a hipótese dos autos não é de aborto e sim, de nascimento seguido de morte da criança, tendo assim, ocorrido o parto, que constitui o fato jurídico assegurado da tutela em questão.

Na mesma linha, a jurisprudência desta Corte:

“Garantia de emprego da gestante.

Natimorto. A reclamante deu à luz a criança que nasceu morta. Logo, houve o parto. A alínea b, do inciso II, do artigo 10 do ADCT prevê que a garantia de emprego é desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Isso indica que se houve parto é o caso de se deferir a garantia de emprego. Não é o caso de se aplicar por analogia o artigo 395 da CLT, que se refere a caso de aborto, sendo indevida a garantia de emprego por apenas duas semanas. A garantia é integral, pois é deferida não só para a empregada cuidar do nascituro, mas também para se recuperar do parto. Fica, portanto, 02970075568 ANO: 1997

RECURSO ORDINÁRIO TURMA: 03 RECORRENTE(S): LOTECA DO SUCESSO LTDA
RELATOR SÉRGIO PINTO MARTINS ESTABILIDADE NO EMPREGO DA EMPREGADA
GESTANTE. HIPOTESE DE NATIMORTO. MESMO EM SE TRATANDO NATIMORTO, TEM A
EMPREGADA DIREITO A ESTABILIDADE PROVISORIA. INTELIGENCIA DO ARTIGO 10, II,
“B”, DO ATO DAS DISPOSICOES CONSTITUCIONAIS TRANSITORIAS. TRIBUNAL: 2ª Região
ACÓRDÃO NUM:02950359072 DECISÃO: 23 08 1995 TIPO: RO01 NUM: 02930539440 ANO: 1993
TURMA: 01 RECORRENTE(S): JP CONSTRUÇOES E MONTAGENS RELATOR FLORIANO VAZ
DA SILVA

Por fim, não se pode deixar de aludir ao caráter precipitado, desumano e ilegal da dispensa da empregada, praticada logo após o parto seguido do triste episódio do falecimento da filha.

Pensar a questão exige que se dissocie a maternidade, enquanto função social, da condição materna da mulher, vista em toda a sua singularidade, (1) seja sob o prisma da mãe enquanto pessoa e mulher, na relação consigo mesma, com sua feminidade e seu corpo que passa a recepcionar outra vida, e bem assim, (2) na relação da mãe com mantida a sentença que deferiu o pagamento de salários do período de garantia de emprego de 8.5.96 a 2.11.96, com os reflexos. TRIBUNAL: 2ª Região ACÓRDÃO NUM: 02980053753 DECISÃO: 03 02 1998 TIPO: RO01 NUM: a criança.

Não se pode negar que “a maternidade, do ponto de vista do sistema social, constitui também uma “função” que a mulher deve imperativamente cumprir para que a sociedade possa perpetuar-se.”(in “Metamorfoses do Trabalho”, André Gorz, Annablume, 2003, pág. 149). Todavia, é preciso cautela quando se trata de repetir velhos paradigmas que atribuem “uma alocação pública específica à mãe, em nome da utilidade social e econômica da “função materna”(in op. cit. pág. 148).

Os regimes totalitários, de direita ou de esquerda, abusaram da idéia de socialização da função materna

e, a pretexto de promover a mãe, reduziram a mulher à condição de procriadora, seja para propiciar o aperfeiçoamento da raça ou para servir a pátria fornecendo braços para a produção ou para a guerra.

A maternidade está indissolúvelmente ligada à condição da mulher e interessa a esta em sua luta por emancipação e valorização. Não pode ser dissociada da pessoa da mãe, sob pena de concretização da visão fantasmagórica de futuro referida na literatura e cinema, em que a função materna, e portanto, a matriz da vida, acabará por ser retirada da mulher, através da tecnologia, e terceirizada por meio de barrigas artificiais, como a sétima arte retratou no instigante Matrix (EUA, 1999, Larry e Andy Wachowski).

A instituição de benefícios e garantias da gestante em nome da “utilidade social da função materna”, no dizer de Gorz, introduz “a idéia de que a mulher pode tornar-se o equivalente de um ventre de aluguel no interesse da sociedade”, o que é de todo intolerável.

Pela mesma razão não há como aceitar a alocação da garantia constitucional à gestante condicionada à “maternidade útil”, ou seja, aquela “bem sucedida”, já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança vir a falecer: **a uma** porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; **a duas**, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista conferida pelo artigo 10º, II, b, do ADCT da Constituição Federal, sem embargo de se reconhecer que o nascituro é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção (Código Civil, art. 2º).

A adjudicação à mulher, pela Constituição Federal e legislação ordinária, de ampla proteção durante a gravidez, e em especial, a garantia estabilitária, não decorrem pois, de qualquer consideração de corte ideológico acerca da utilidade da mãe trabalhadora para a sociedade ou para a economia, ou mesmo da maternidade bem sucedida, mas sim, em mão inversa, do papel da sociedade e da atividade econômica na proteção indispensável à mãe e ao nascituro.

Nem poderia ser diverso vez que a Carta Magna fundamenta a ordem econômica nos valores do trabalho humano e da livre iniciativa e confere sentido social à iniciativa privada. Ou seja, o direito de propriedade não é um fim em si e a economia está atrelada aos fins sociais da atividade econômica, a teor do disposto nos artigos 1º, IV e 170, caput e III, da Constituição Federal.

Como salienta de forma lapidar o professor austríaco radicado na França (op. cit. pág.148), “a função social da maternidade pouco tem em comum com seu sentimento vivido. **Para cada mulher, a gravidez livremente aceita ou livremente escolhida é a experiência absolutamente singular da vida de sua vida querendo tornar-se outra sem deixar de ser ela mesma.** Uma vez nascida, esta vida tornada outra desejará ainda ser **dada a si mesma.** Pois é isso criar uma vida: ajudar uma vida, de início participando ainda intimamente do corpo da mãe, a separar-se dele, a apossar-se de si mesma, a tornar-se um sujeito autônomo” (grifamos).

A reclamante viveu a experiência singular e intensa de ser mãe, portando em seu ventre durante meses a fio uma menina que veio ao mundo com o nome de GABRIELA. Todavia, a criança infelizmente veio a

falecer (fls. 08) e sua morte não pode representar um duplo castigo para a mãe, incapacitando-a para o recebimento da proteção constitucional da qual é destinatária. Tampouco se concebe que a empregadora aufera benefício dessa tragédia humana, livrando-se da indesejada estabilidade.

Despedir a mãe que acabou de dar à luz e vem de enterrar a filha morta certamente excede todos os limites do exercício regular da atividade econômica e do poder diretivo, olvidando-se a empresa que a livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (170, caput, CF).

Assim, ante todo o considerado, e tendo intentado a reclamatória ainda no início do lapso estabilitário, faz jus a reclamante à reintegração no emprego, com pagamento dos salários vencidos e vincendos, até a efetiva reintegração, bem como 13º salário, férias acrescidas de 1/3, e depósitos do FGTS relativos ao período contado desde a ilegal dispensa até o efetivo retorno, na forma do pedido, ficando sem efeito a baixa na CTPS.

Reformo.

DOS JUROS DE MORA

Juros de mora, à taxa de um por cento, serão contados da data do ajuizamento (artigos 883 da CLT, 39 da Lei 8.177/91 e Súmula nº 200 do C. TST).

DA CORREÇÃO MONETÁRIA

A correção monetária observará os termos do artigo 39 da Lei 8.177/91 c/c 459 da CLT e Súmula nº 381 do C. TST.

DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS

Recolhimentos previdenciários incidirão sobre os valores devidos mês a mês, calculáveis com as alíquotas e tabelas pertinentes, de acordo com suas vigências, deduzindo-se mensalmente os valores já recolhidos, observando-se o disposto pelos artigos 20 da Lei 8.212/1991 e 276, § 4º do Decreto nº 3.048/99 e a Ordem de Serviço nº 66 do Secretário da Previdência Social.

Recolhimentos fiscais, decorrentes do disposto no artigo 46 da Lei nº 8.541/92 e do Prov. 1/96 da CGJT, serão calculados no regime de caixa (lei nº 7.713/88), tomando-se todo o rendimento recebido e aplicando-se tabela e alíquotas do mês do pagamento, verificando-se os dependentes e as parcelas da condenação isentas de recolhimento, como os juros de mora (artigo 46, § 1º, inciso I, da Lei 8.541/92), as férias indenizadas (Súmula 125 do STJ), o FGTS e as multas normativas, facultada ao autor a busca de eventual restituição ao apresentar sua declaração anual de ajuste.

DO EXPOSTO, conheço do apelo interposto e, no mérito, **DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, para julgar **CEDENTE** a ação, deferindo à reclamante a reintegração no emprego, com pagamento dos salários vencidos e vincendos, até a efetiva reintegração, bem como 13º salário, férias acrescidas de 1/3, e FGTS, a apurar, desde a ilegal dispensa até a efetiva reintegração, ficando sem efeito a baixa na CTPS, tudo na forma do pedido. Juros de mora, correção monetária, descontos previdenciários e fiscais

consoante fundamentação supra, que integra e complementa este dispositivo. Custas pela Ré sobre o valor da causa arbitrado na origem, que ora mantenho.

RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS

Relator

Date Created

11/10/2006