Luciano Chaves: Estabilidade da gestante: da confirmação à concepção

O Diário Oficial da União publicou, em 17 de maio de 2013, a Lei Federal 12.812, que acrescentou ao texto da Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 391-A, para estabelecer que "a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias".

A inovação legislativa tem o inegável mérito de exercer uma tarefa de positivação de um degrau a mais nas disposições infraconstitucionais relativas à proteção à maternidade. E, nesse esforço, o novo diploma legal dá publicidade ao tema.

Porém, no que se refere à eficácia normativa, não avançou além do que já assentado pela jurisprudência atualmente em vigor na Justiça do Trabalho.

É representativo desse paradigma decisão do Tribunal Superior do Trabalho, que afirma: "o entendimento desta c. Corte é no sentido de que não há como se afastar a estabilidade provisória da gestante, no caso da concepção ter ocorrido no curso do aviso prévio indenizado, pois o contrato de trabalho ainda se encontra vigente" (RR-7298-94.2011.5.12.0035, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, 10.05.2013).

Também a nova disposição legal não ultrapassou o problema semiótico que repousa na locução "desde a confirmação da gravidez", contemplada desde a promulgação da Constituição Federal (ADCT, artigo 10, item II, alínea 'b'). É que essa opção textual do constituinte originário é de significância imprecisa, e apresenta diversos problemas na dimensão pragmática de aplicação da norma.

O que significa "confirmação" nesse contexto? Ciência da gravidez pela (ex)trabalhadora gestante? Ciência pelo empregador? Indicação do fato por exames médicos?

A experiência da aplicação do preceito findou por (re)significar a expressão como equivalente à "concepção", ou seja, os aspectos subjetivos da cognição dos atores sociais envolvidos, em especial trabalhadora e empregadora, não se mostram relevantes para o exercício do direito à garantia provisória ao emprego, uma vez que a proteção do preceito constitucional se dirige ao nascituro.

Logo, passou ao enfrentamento do tema a partir de uma objetivação dos fatos, independente dos comportamentos dos envolvidos.

Nesse sentido, mostra-se a *ratio* da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho.

Mercê dessa concretização do preceito constitucional de proteção ao nascituro, a jurisprudência da Justiça do Trabalho tem indicado avanços quanto ao tema, não contemplados pela Lei 12.812, tais como:

a) a garantia da estabilidade mesmo quando se trata de contratos por prazo determinado, inclusive no

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

contrato por experiência;

b) o reconhecimento da higidez dessa mesma estabilidade mesmo quando ajuizada a ação trabalhista após o período estabilitário, desde que observado o biênio prescricional;

c) a irrelevância da recusa da trabalhadora em aceitar a readmissão ou reintegração quanto ao direito da indenização substitutiva.

Como se percebe, é muito amplo o panorama de proteção que atualmente se densifica a partir do texto constitucional, em demonstração de avanços na concretização de direitos sociais pelo Poder Judiciário.

Sucede que a efetividade das tutelas judiciais relativas a esses direitos, ou seja, a materialização do bem da vida perseguido (reintegração ou pagamento da indenização referente ao período estabilitário) não tem mostrado os mesmos progressos.

Com efeito, palmilhando a *ratio decidendi* das diversas interpretações que convergem para uma ampla proteção ao nascituro, é de se supor que, ato contínuo à evidência de que a concepção teve lugar durante o contrato de trabalho, ou no curso do aviso prévio (indenizado ou trabalhado), seja possível assegurar à gestante (e, portanto, ao nascituro) as condições materiais decorrentes dessa situação jurídica de proteção.

E imagino que essas condições lhe sejam asseguradas de duas formas: a) a reintegração imediata ao emprego; ou b) o pagamento, no todo ou em parte, da indenização devida em razão da garantia provisória ao emprego.

Na primeira hipótese, é de se ter em conta que a reintegração tem sido admitida apenas se pleiteada durante o período da estabilidade, ou seja, até cinco meses após o parto (cf. a referida Súmula 244). Em geral, no entanto, o pouco tempo tem se constituído um desestímulo a pleitos reintegratórios.

Por outro lado, percebo uma preferência aos pedidos de pagamento de indenização. Possivelmente alguns fatores contribuem para esse quadro: a) a progressiva monetização da vida; b) o baixo profissionalismo nas relações de trabalho no Brasil, que provoca animosidades que desanimam a trabalhadora a voltar ao emprego; c) certa tendência da jurisprudência em presumir a incompatibilidade do retorno da trabalhadora ao emprego, bem como presumir a disposição do empregador de despedir, sem justa causa, a trabalhadora, tão logo exaurido o prazo da garantia provisória ao emprego.

Pois bem. Reconhecida pela decisão de primeiro grau, por exemplo, o direito à indenização, quais as opções para a efetivação imediata dessa tutela?

Nesse ponto, as dificuldades começam a aparecer. Isso porque, em caso de interposição de recurso (embora sem efeito suspensivo), a jurisprudência uniformizada do Tribunal Superior do Trabalho aponta para a impossibilidade de apreensão de dinheiro para — total ou parcialmente — atender aos propósitos de proteção ao nascituro.

Vejamos o que diz a Súmula 417, item II: “em se tratando de execução provisória, fere direito líquido e certo do impetrante a determinação de penhora em dinheiro, quando nomeados outros bens à penhora, pois o executado tem direito a que a execução se processe da forma que lhe seja menos gravosa, nos

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

termos do art. 620 do CPC".

Adianto em assinalar minha já conhecida posição contrária ao assertivo bloqueio que o verbete aponta para a satisfação provisória da tutela jurisdicional, nomeadamente diante do que reza o artigo 475-O do Código de Processo Civil.

Não me impressiona a tese de que o artigo 899 da CLT limita o cumprimento provisório da decisão até a penhora. Trata-se de um texto pensado em outra época, e de técnica processual superada pela Teoria Geral do Processo.

Logo, a especialidade da regra processual do trabalho não pode ser um argumento voltado contra sua eficiência enquanto subsistema. É dizer: o método da especialidade não pode se constituir em bloqueio para regra geral se não for, na espécie, uma virtude. A regra especial só se justifica e legitima se se mostra eficaz. Não pode ser usada para impor, à tutela diferenciada de proteção a grupos vulneráveis, solução pior que a geral.

Assim, creio que, nos termos do artigo 475-O do CPC, é possível e necessário atender, de pronto (no todo ou em parte), à efetividade reclamada por tutelas de proteção ao nascituro, em sede de execução provisória.

Mesmo para aqueles que conservam a pertinência, como vetor interpretativo, do que projeta a referida Súmula n. 417, tenho como imperioso avaliar a possibilidade de lançar mão da técnica do *distinguishing*, "assim entendido como sendo a "recusa à aplicação de um precedente a um caso atual em decorrência de peculiaridades deste, as quais impedem a convergência entre os fatos (fatos relevantes – 'material facts') e a conformação da fundamentação ('substantive rationale') utilizada no caso predecessor ao caso atual" (PORTES, Maíra. 'Instrumentos para revogação de precedentes no sistema de common law'. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011*)*.

Esse *método da distinção* é de largo uso nos sistemas de justiça inspirados nos precedentes, com os quais o sistema brasileiro tem mantido grandes aproximações nas últimas décadas, em razão da ampliação do papel da jurisprudência no cenário das fontes do Direito.

É que o peso do bem jurídico em debate (proteção jurídica integral, desde a condição de nascituro até os primeiros momentos da vida de criança) impõe considerar uma situação excepcionalmente relevante, distinguindo-a da regra geral de inviabilidade de apreensão e liberação de crédito em execução provisória.

De que adiantam tantos avanços na hermenêutica dos direitos fundamentais no plano material, mercê dos quais assistimos a tantos progressos da proteção da maternidade, se não logramos avançar — em igual quilate e musculatura — na aplicação das ferramentas processuais necessárias à efetivação dessas tutelas?

Creio que se trata de uma indagação importante para dizer sobre as potencialidades de realização da jurisdição trabalhista, na linha defendida por Cappelletti (*Acesso à justiça*), ou seja, para além da garantia do acesso apenas formal à justiça, assegurando-se uma tutela materialmente efetiva ao nascituro.

Date Created

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

28/05/2013

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.