Robson Silva: A legalidade do teste de gravidez no exame demissional

Sob pena de caracterizar-se discriminação, é vedado às empresas, por expressa previsão legal, exigir testes de gravidez de suas empregadas durante os exames admissionais ou ao longo do contrato de trabalho. É o que determina o artigo 1º da Lei 9.029/95, abaixo transcrito:

> Art. 1º Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa **para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção**, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
>
> Art. 2º **Constituem crime** as seguintes práticas discriminatórias:
>
> I – **a exigência de teste**, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a **estado de gravidez.**

Não obstante, a CLT também dispõe nesse mesmo sentido, a saber:

> **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.**

Essa vedação tem gerado grande insegurança em relação à demissão imotivada de mulheres em idade fértil, pois o empregador, ao rescindir o contrato de trabalho de empregadas em determinada faixa etária, jamais terá certeza se a rescisão contratual levada a efeito é plenamente válida ou não.

Desse modo, podemos afirmar, neste primeiro ponto, que a legislação indica que a discriminação com relação à exigência de teste de gravidez se refere apenas ao acesso à relação de emprego (admissional) ou sua manutenção (periódico/retorno/mudança), sendo silente em relação à demissão (demissional), exceto em algumas situações nas quais o exame é necessário, como nas vagas para técnico em radiologia, por exemplo, onde o bebê correria riscos se a mãe ficasse exposta aos raios-X.

Ainda são poucas as decisões que tratam do tema, e não daria para dizer que há uma jurisprudência consolidada. Mas existem julgados nesse sentido no Tribunal Superior do Trabalho e nos tribunais regionais do Trabalho de São Paulo, Paraná e Minas Gerais.

Pelo teor da jurisprudência, nota-se que não há qualquer inovação jurídica quanto aos aspectos da legislação citada, apenas tem se firmado no sentido da interpretação estrita da Lei 9.029/95, já que o dispositivo legal não se manifesta de forma expressa sobre a proibição da solicitação de teste de gravidez no ato de demissão do empregado.

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

Por falta de previsão legal, essa mesma jurisprudência caminha no sentido de que o empregador pode solicitar o teste no exame demissional, com o objetivo de evitar futuras ações judiciais, já que a gestante tem estabilidade garantida desde a concepção até cinco meses após o nascimento de seu filho.

A medida, aliás, atenderia aos anseios da própria trabalhadora gestante, com garantia de emprego e salário, bem como a licença-maternidade, propiciando uma gravidez tranquila e saudável, sem necessidade de uma reclamatória trabalhista.

Importante destacar que, apesar de tendência, não se trata de uma posição unânime, existindo aqueles que defendem se tratar de uma atitude discriminatória, onde uma corrente divergente e minoritária de juízes considera o procedimento como violação da intimidade e da privacidade da empregada, mesmo no momento da demissão.

Opinio Juris, sob o aspecto legal e pela tendência dos julgados, não vejo impedimento na implementação pelas empresas do teste de gravidez na demissão, pois entendo se tratar de uma conduta que preserva todos os interessados. Solicitar o exame traz uma proteção a mais ao empresário, à empregada e, sobretudo, à criança que vai nascer. No entanto, recomendo alguns cuidados que devem ser observados, quais sejam:

- que haja a concordância expressa da empregada para a realização;
- que a empregada não se negue a fazê-lo;
- que essa manifestação de vontade (positiva ou negativa) seja reduzida a termo;
- que o exame seja custeado pela empresa;
- que o resultado seja mantido restrito apenas ao empregador e à empregada;
- que essa solicitação de exame também esteja no plano de demissão da empresa como opcional e extensivo a todas as empregadas que se desligarem da companhia.

Desse modo, para fins de preservar que ambas as partes não tenham prejuízo em decorrência de uma rescisão contratual vedada pela condição de proibição que era desconhecida pelo empregador ou por ambas as partes, no momento em que ela foi executada, é cada vez mais latente que a Justiça do Trabalho reconheça como válida a inclusão de teste de gravidez nos exames demissionais.

Nesse diapasão, sustento não haver qualquer ilegalidade ou condição discriminatória, sendo lícita a realização do teste de gravidez no exame demissional. Não vejo objeção no ato de a empresa fazer com que a empregada assine declaração de que desconhece estar grávida e que, se estiver, seja convidada a continuar em seu posto, após exame médico comprobatório. Se ela se recusar, outras duas pessoas podem ser testemunhas de que a oportunidade lhe foi oferecida.

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

Se a empresa receber uma reclamação desse tipo, poderá se defender e até argumentar ocorrência de má-fé. Tal conduta poderá minimizar os riscos de a empresa ser condenada em futura reclamatóriatrabalhista a arcar com prejuízos oriundos de demissão de empregada gestante cuja condição eradesconhecida no momento da rescisão contratual, pois a empresa terá como provar em sua defesa queagiu de boa-fé e tomou todas as medidas possíveis para evitar que uma rescisão contratual vedada fosserealizada.

O exame ainda evitaria que a empresa tivesse que arcar posteriormente com os salários e verbas dos 14 meses de estabilidade, sem que a gestante tenha trabalhado durante a gravidez. Como a funcionária tem dois anos para entrar na Justiça, poderia pleitear a estabilidade após o tempo de gravidez, sendo indenizada por isso.

As decisões tratando deste tema indicam que a jurisprudência irá se firmar no sentido de permitir a inclusão do teste de gravidez quando da realização do exame demissional, e é possível entender que a Justiça procura assegurar o direito:

- à empresa, que evitará futura reclamação trabalhista;
- à empregada, que terá seu direito a estabilidade garantido;
- ao bebê, que vai precisar ser cuidado e amparado, e para isso é preciso o recurso financeiro, que pode advir da estabilidade do emprego da mãe.

Por fim, há que se destacar que tramita no Congresso Nacional, de autoria do deputado federal Laércio Oliveira (SD-SE), o Projeto de Lei 6.074/16, que tem como intuito incluir o parágrafo 8º no artigo 168 da CLT, a regulamentação da necessidade de, quando da demissão da trabalhadora, esta submeter-se a teste ou exame de gravidez, com o objetivo de garantir a estabilidade provisória concedida às gestantes, com vistas a pacificar essa questão e trazer maior segurança jurídica para essa medida adotada pelas empresas. Em consulta realizada em 6/4/2017, a situação desse projeto de lei mostra que o mesmo aguarda designação de relator na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Aqueles que defendem esse ponto de vista dizem que a medida resguarda a empresa da conduta muitas vezes repetida de parte de empregadas, que, despedidas, não informam estarem grávidas, saem, trabalham em outra empresa, ou sequer trabalham, e lá pelo oitavo mês de gravidez reclamam, numa época em que dificilmente podem ser obrigadas a retornar.

Date Created
23/04/2017

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