

**O DIREITO DO TRABALHO E A  
MODERNA PROCESSUALÍSTICA FRENTE AO TEMA  
“ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE”**

**Águeda Maria Lavorato Pereira**  
Juíza do Trabalho Substituta  
da 9.ª Região

A matéria que envolve a estabilidade provisória da gestante, polêmica, e não menos indefinida, é, realmente, tormentosa, e o panorama jurisprudencial não é nada alvissareiro para o enfoque que ora se pretende dar.

Inobstante o fato de ser assunto de há muito discutido e objeto de farta jurisprudência justifica-se o interesse, não só em razão da constante necessidade de apreciação dos casos concretos, pelos julgadores, como também, dada a relevante importância, que tal tema *carrega, insita em seu bojo; eis que ampara a trabalhadora mãe que pode na contingência de trabalhar para manter sua família, ou mesmo, ajudar a mantê-la.* Constitui, pois, problemática que ao invés de especulações jurídicas e críticas aos órgãos legiferantes, deveria estar recebendo estímulo, estudo e desenvolvimento.

*Verifica-se de plano, que o legislador constituinte, a exemplo das modernas legislações comparadas inseriu no texto constitucional pátrio, o inciso XI ao art. 165, cobrindo a gestante com um escudo protetor.*

Feita uma pesquisa, constata-se haver dois polos centrais e principais de discussão que têm obstado o reconhecimento pelos tribunais pátrios desse direito: — de um lado, a ausência de regulamentação legal ordinária específica ao inciso XI do art. referido, e, de outro, a argumentação de que em não havendo normatividade especial decorrente de sentença ou negociação coletiva, a decisão, nos dissídios

individuais, deve se ater à aplicação de norma preexistente, ou seja, de se ater a tornar concreta a **voluntas legis**.

Quanto ao dispositivo citado, no que tange à garantia ao emprego, exsurgiu o problema de sua auto-aplicabilidade pelo fato de, realmente, existir no plano constitucional dois tipos de normas de eficácia plena e as de eficácia contida. Temos que o inciso supra citado constitui norma de eficácia plena, inserindo, como de fato inseriu no âmbito dos direitos subjetivos decorrentes da relação empregatícia, a garantia do emprego pela indissolubilidade do vínculo jurídico.

Incontestemente, destarte, que o inciso XI do art. 165 da Magna Carta, não delimita o período dessa garantia.

Portanto, na ausência daquela normatividade especial decorrente de sentença ou de negociação coletiva, entendemos ser lícito ao julgador socorrer-se de todas as formas quer integrativas, quer interpretativas da lei omissa, tais como: analogia **juris**, interpretação teológica, equidade e princípios gerais de direito, e isso, porque, aquela segunda argumentação utilizada como negativa à concessão da estabilidade provisória, não pode prosperar face às mais recentes teorias da ação desenvolvidas pelos modernos processualistas.

De fato, hodiernamente, a ação é elemento da dinâmica de criação do Direito, Direito esse que traduz uma realidade jurídica em perpétua criação e evolução, desde as pedras basilares constituídas pelas normas fundamentais, até os pronunciamentos jurisdicionais.

Sabe-se que, por sua própria natureza, as normas constitucionais não devem conter especificidade, mas sim o máximo de abrangência e de abstração. Já por outro lado, a ação, direito (público subjetivo abstrato) de provocar a prestação jurisdicional, torna-se elemento de criação de normas individualizadas, através das sentenças que devem, **contrario sensu** das normas constitucionais expressar o máximo de concreticidade e o mínimo de abrangência.

Assim é que, para a moderna processualística, não mais se concebe a sentença como mera subsunção de fatos a normas, tanto que já **Hans Kelsen**, in "Teoria Pura do Direito", entende constituir a sentença norma jurídica individualizada, numa visão dinâmica da realidade do direito, norma individualizada esta que reconheça ou não a pretensão invocada, precisa estar fundada e, tão somente, embasada na estrutura do ordenamento jurídico, bem como subordinada, ainda, àquelas normas fundamentais.

Dessa forma, não mais se nega, hoje, que a sentença longe de constituir processo de subsunção lógica e mera aplicação de normas

estáticas, constitui direito específico, norma individualizada, que, somente, se subordina, e isso, imprescindivelmente, às normas da mais alta hierarquia.

Acompanhando essas modernas tendências processuais, **Franz Klein** instituiu seu "processo civil social", no qual o juiz, cuja personalidade dantes obscura e relegada ao pano de fundo nos palcos da Justiça, e, hoje, posto que relevo, colocado bem a frente da cena, junto à ribalta.

No campo do direito material, também há muitas inovações, inclusive, não mais se consagrando o mero direito ao trabalho, mas sim o direito do trabalho.

A miúdo, o que tem ocorrido no foro obrário é ter-se em confronto a norma fundamental — o art. 165 XI e o caso concreto apresentado ao Juízo, onde se postula o reconhecimento do direito existente, embora ausentes decisão normativa ou convenção coletiva.

**Ab initio**, pois, cumpre-nos deixar fixado, que pelos motivos já expostos, somados aos a seguir aduzidos, entendemos perfeitamente admissíveis tais pretensões, eis que concluímos não ser de se acatar aquelas posições adotadas pelos pretórios trabalhistas, que têm negado a estabilidade provisória à gestante, ora sob a alegação de que o referido inciso XI não é **self executing**, carecendo de regulamentação ordinária, ora sob a alegação de que não havendo decisão normativa ou convenção coletiva, o julgador estaria vedado a concedê-la, posto que sua função é a aplicação de normas preexistentes.

O Direito não fica, nem poderia ficar, estagnado em moldes eternos.

Os nossos dias exigem que o julgador encare de forma individualizada e pormenorizadamente os casos concretos que sofrem injunções econômicas, necessitando e clamando proteção.

Se assim não fosse, todas as novas ambições, quer do direito processual, quer do direito material, quedar-se-iam inanes, sem aplicação.

A Justiça Laboral, máxime por seus fundamentos, aspira, sobretudo, a superação do frio tecnicismo jurídico dormente e carente de infra-estrutura social, para vivificar seus aspectos proteiformes.

Em se tratando de estabilidade provisória da gestante, os anseios sociais estão patentes pelo turbilhão de burburinho jurisprudencial e doutrinário tanto pátrio como alienígena, exigindo dos julgadores sua realização.

Constata-se, outrossim, que embora sob a forma de lei em tese, já o art. 400 do Anteprojeto da CLT, acolheu orientação vitoriosa, ao

dispor **in verbis** que “será nula a despedida injustificada, da empregada gestante, a partir da entrega do atestado médico comprobatório da gravidez, e até 60 dias após o término do período de percepção do salário-maternidade” (grifos nossos).

De fato, a tendência predominante, é que o contrato de trabalho subsista enquanto se conserve o trabalho, eis que cada vez mais segura é a convicção de que a relação de emprego, somente, deve ser passível de dissolução válida, quando exista justo motivo.

A estabilidade, pois, significa em **ultima ratio essendi**, proteção contra a despedida arbitrária, o que implica no direito de preservação do emprego, a menos que exista uma causa justificadora para a despedida; eis que esta última constitui uma anomalia jurídica, porquanto atentatória ao princípio da continuidade da relação empregatícia. **Américo Plá Rodríguez** (“Principios del Derecho del Trabajo”) ao desenvolver o princípio da continuidade assegura-nos que medidas como essas que o brasileiro **Martins Catharino** chama de “limitações trabalhistas impróprias”, não excluem na realidade o direito de despedir, mas bem ao contrário, partem do pressuposto de que é um direito patronal, direito esse, que entretanto, é dificultado economicamente, posto que em razão das sanções existentes, torna-se-o mais oneroso. Ainda, acrescenta o ilustre jurista uruguaio, citando novamente nosso mestre **Martins Catharino**, que estas medidas e ônus, entretanto, não obstam o direito de despedir.

Não há que se falar, ademais, que esse entendimento implicaria numa questão social com a conseqüente queda da contratação de mão-de-obra feminina, posto que tal entendimento não implica em mais um ônus compulsório ao empregador, mas, tão só, na vedação da despedida sem justo motivo.

A proteção à maternidade, à mulher e à sobrevivência do novo membro da família recém-chegado, constituem o escopo, a **ratio legis** do texto constitucional, sendo que não pode e não deve o julgador, ficar inerte à espera do despontar da legislação ordinária, quando pelo próprio constituinte já foi mostrado o caminho a seguir. Nossa missão como já sobeja e fundamentadamente destacada não é a de ficarmos adstritos à legislação a porvir, eis que o Direito Obreiro é social e as mudanças que nele se operam advêm de uma real necessidade já preexistente. Se nos quedarmos inanes, à espera das tramitações legais, estaríamos postergando um ideal maior que é o ideal de justiça.

Faz-se mister se acelere o processo legislativo para aqueles que negam reconhecer o direito invocado sob a alegação de não auto-aplicabilidade do dogma constitucional. Para nós não interessa, em última

análise, a indagação de ser o dispositivo **self executing**, ou não. A Justiça urge, os casos concretos se nos apresentam, diariamente, no foro laboral, não sendo plausível que este ideal de justiça fique a mercê do legislador ordinário.

Portanto, superado o conceito de que o Juiz não é apenas uma simples máquina de subsunções lógicas, tocando-lhe examinar com cautela e dedicação os problemas econômicos, a realidade social e as exigências da época, cumpre-nos, voltados para a **mens legis** contida no art. 165 XI da Constituição Federal; no art. 6.º da Convenção n. 103 da OIT, referendada pelo Brasil (Decreto n. 58.820 de 14.7.66); arts. 391 e seguintes da CLT e inspirados, ainda, no interesse coletivo, acatar dita pretensão.

Ademais, poder-se-ia decidir por equidade, eis que assim decidir dentro dos limites do ordenamento jurídico é função legítima do julgador. Nas palavras de **Aristóteles** (Ética de Nicômaco) “o que é equitativo é justo, superior mesmo no justo, não ao justo em si, mas ao justo que, em razão de sua generalidade, comporta o erro. A natureza específica da equidade consiste em corrigir a lei, na medida em que esta se mostre insuficiente, em virtude de seu caráter geral”.

Quando assim não fosse, poder-se-ia também chegar à mesma conclusão pela interpretação teleológica que, como explica **Espinola Filho** “Lei de Introdução ao Código Civil”, opõe-se, “ao abuso das construções lógicas do sistema tradicional (jurisprudência de conceitos), propugna por uma interpretação conforme a finalidade da norma, devendo o intérprete orientar-se pelas necessidades práticas a que o direito visa a atender, considerando e procurando preservar o necessário equilíbrio entre os interesses em jogo (jurisprudência de interesses)”.

Enfim, por todo o aduzido e expendido, temos que, em verdade, seja aplicando a analogia **juris** em relação dos dispositivos supra citados, combinados ainda com o art. 543 § 3.º da CLT, seja interpretando teleologicamente, seja aplicando a equidade em relação àquelas gestantes beneficiadas pelas suas categorias profissionais em 60 dias de estabilidade provisória, seja, ainda, considerando auto-executável o inciso constitucional, entendemos que assim procedendo não se estaria julgando **contra-legem** ou **praeter-legem**, mas sim **secundum jus**.