

# **A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO FATO DA GRAVIDEZ E A RESSALVA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: O EQUÍVOCO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 88 DA SDI/TST**

**Carlos Henrique Bezerra Leite**  
Procurador Regional do Trabalho  
Professor de Direito do Trabalho da UFES  
Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP

## **SUMÁRIO**

1. Introdução. 2. Significado da expressão “desde a confirmação da gravidez”. 2.1. Teoria da responsabilidade subjetiva. 2.2. Teoria da responsabilidade objetiva. 3. A orientação jurisprudencial nº 88 da SDI/TST. 4. Proteção ao nascituro ou à empregada gestante? 5. Previsão da comunicação em norma coletiva e a teoria da responsabilidade objetiva. 6. “Procedimento específico” para anular a norma coletiva que exige comunicação da gravidez. 7. Conclusão. Bibliografia.

## **1 – Introdução**

O objeto deste estudo é examinar, à luz da ciência do direito, alguns aspectos que gravitam sobre a expressão “desde a confirmação da gravidez”, prevista no art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a interpretação dada pela Orientação Jurisprudencial nº 88 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, os quais podem ser assim problematizados:

a) a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante implica responsabilidade objetiva do empregador, independentemente, portanto, de sua prévia ciência ou da própria empregada?

b) quem é o destinatário da proteção constitucional: a gestante ou o nascituro?

c) se a proteção, da gestante ou do nascituro, implicar norma de ordem pública, será válida a cláusula prevista em norma coletiva de trabalho exigindo a comunicação formal?

d) será necessário um “procedimento específico” para anular cláusula convencional desse jaez?

## **2 – Significado da expressão “desde a confirmação da gravidez”**

É sabido que à empregada gestante foi assegurada a garantia provisória no emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, *b*).

A expressão “desde a confirmação da gravidez” ainda tem suscitado discussão doutrinária e jurisprudencial, o que pode ser traduzido na seguinte problematização: para que a empregada adquira o direito à garantia provisória no emprego há necessidade de comunicar ao empregador o seu estado gravídico?

Dois teorias se apresentam para responder à pergunta: a teoria da responsabilidade subjetiva e a da responsabilidade objetiva.

## 1.1 – A teoria da responsabilidade subjetiva

Para esta corrente doutrinária, a expressão “desde a confirmação da gravidez” significa “comunicação”, isto é, exige um ato formal da empregada, levando ao empregador, no momento da ruptura do contrato de trabalho, a informação de que se encontra em estado gravídico.

AMAURI MASCARO NASCIMENTO, um dos mais autorizados defensores dessa teoria, assevera que a

*“Constituição dispõe que o início da estabilidade da gestante ocorrerá com a confirmação da gravidez. A confirmação é um ato formal a ser praticado. Caberá à interessada a demonstração da gravidez, porém só depois que o fizer estará protegida. Diverge o critério ora adotado da concepção objetivista sufragada pelos Tribunais do Trabalho segundo a qual a garantia, pela sua finalidade social, independe, para que se efetive, da comunicação da gravidez. Esta, sempre que constatada, é o bastante para atribuir à gestante todos os direitos, desde a concepção”<sup>1</sup>.*

Tal orientação foi seguida por alguns Tribunais Regionais do Trabalho:

*“O sentido da palavra confirmação contida na alínea b, do inciso II, do art. 10 do ADCT é de dar certeza. Não poderia a empresa saber se a reclamante estava grávida na data da dispensa, se a própria autora não tinha certeza desse fato na data da dispensa, tanto que a gravidez foi confirmada apenas em 17.02.95, quando o contrato de trabalho terminou em 21.11.94. Logo, a dispensa foi lícita, pois a empresa não violou o direito à estabilidade da autora, posto inexistir impedimento à dispensa na data da rescisão contratual” (TRT-SP, RO 02960451770, Ac. 3ª T. 02970546013, Rel. Juiz Sérgio Pinto Martins, in Boletim Doutrina e Jurisprudência, publicado em 31.10.97).*

---

<sup>1</sup>O Direito do Trabalho na Constituição de 1988, 2ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 46.

E o próprio TST, em algumas oportunidades, decidiu nos seguintes termos:

*“Com a falta de comprovação do estado gravídico, fica impossível a garantia de estabilidade provisória da gestante”<sup>2</sup>.*

É importante registrar, com Alice Monteiro de Barros<sup>3</sup>, que em alguns países, a garantia no emprego pelo fato da gestação ou da maternidade, depende de comunicação formal da empregada ao empregador, como é o caso da Itália (Lei nº 1204/71, art. 2º, § 2º), França (Lei nº 66.104/66), Chile (Código do Trabalho, art. 201, que exige, inclusive, um processo judicial para a dispensa) e Argentina (Decreto-lei nº 390/76).

## 2.2 – A teoria da responsabilidade objetiva

Segundo os defensores da teoria da responsabilidade objetiva, a garantia provisória no emprego da empregada gestante independe de sua ciência ou da comunicação ao empregador, pois a expressão “desde a confirmação”, contida na Carta Magna (ADCT, art. 10, II, b), não faz qualquer exigência nesse sentido.

Dito de outro modo, a proibição da dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante decorre do **fato da gravidez**, não exigindo, pois, **culpa** quer da trabalhadora quer do empregador.

Da pena de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA extrai-se que a responsabilidade objetiva é assentada

*“com a abstração da idéia de culpa, estabelecida ex lege a obrigação de reparar o dano, desde que fique positivada a autoria de um comportamento, sem necessidade de se indagar se foi ou não contrário à predeterminação de uma norma uma vez apurada a existência do fato danoso, caberá indenização por parte do ofensor ou de seu preponente”<sup>4</sup>.*

De acordo com essa teoria, portanto, a responsabilidade patronal pela manutenção do emprego da gestante é objetiva, porquanto depende apenas da demonstração do nexo causal entre o dano (perda do emprego) e o ato (dispensa) praticado pelo empregador, sem se perquirir sobre a culpabilidade deste.

E nem se argumente que a perda do emprego não constitui um dano para o empregado, na medida em que o art. 7º, I, da Constituição o reconhece expressamente, ao estabelecer uma “indenização compensatória” em favor do trabalhador dispensado injusta ou arbitrariamente. Ora, se existe o dever de indenizar é porque existe um dano.

<sup>2</sup> TST, RR 16.736/90.5, Ac. 3º T., 975/92, Rel. Min. Calixto Ramos, apud Nei Frederico Cano Martins, *Estabilidade provisória no emprego*, p. 86.

<sup>3</sup> ALICE MONTEIRO DE BARROS, *A mulher e o direito do trabalho*, *passim*.

<sup>4</sup> CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. III, p. 396-397.

Ademais, é sabido que o risco da atividade empresarial corre por conta do empregador (CLT, art. 2º), máxime se atentarmos para o princípio constitucional determinante de que “a propriedade atenderá a sua função social” (CF, art. 5º, XXIII).

A teoria objetiva é, por outro lado, a que mais se aproxima da *mens legis*, porquanto o espírito de todo o sistema é o de colocar a empregada gestante a salvo de toda e qualquer discriminação pelo simples fato de encontrar-se em estado gestacional, mesmo porque, é justamente nesse período que a mulher mais necessita de uma maior segurança nas relações jurídicas em que seja parte, o que constitui, em última análise, dever do Estado, da família e de toda a sociedade para essas relações sejam mantidas.

Recolhe-se, por oportuno, o pensamento de FREDERICO CANO MARTINS, para quem

*“o legislador constituinte não utilizou o termo confirmação com o sentido de comunicação, já que, à obviada, não teve por escopo contrariar um longo caminho já percorrido pelo nosso direito laboral na senda da tese objetivista (...) o termo confirmação, no dispositivo constitucional em exame, não tem o sentido de aviso que deva ser feito pela empregada ao empregador. Marca apenas o início, em termos objetivos, da aquisição do direito ao emprego”<sup>5</sup>.*

Frise-se, finalmente, que o termo “desde a confirmação” há de ser entendido no seu sentido finalístico, que é o de proteger a maternidade, razão pela qual impõe-se a interpretação teleológica da norma constitucional, isto é, visando aos fins sociais a que se dirige.

### **3 – A orientação jurisprudencial Nº 88 da SDI/TST**

Tomando partido em favor da teoria objetiva, e seguindo a tendência da jurisprudência dos Tribunais Regionais, a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho – SDI/TST, editou a Orientação Jurisprudencial nº 88, *in verbis*:

*“Gestante. Estabilidade provisória. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador, salvo previsão contrária em norma coletiva, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (Art. 10, II, “B”, ADCT)”.*

Embora não conste expressamente da ementa supratranscrita, cumpre mencionar que alguns dos acórdãos que serviram de paradigmas para o novel entendimento da SDI deixaram assentado que a desnecessidade da comunicação da gravidez decorre da responsabilidade objetiva do empregador e tem por destinatário o nascituro<sup>6</sup>. É o que deflui

<sup>5</sup> FREDERICO CANO MARTINS, Estabilidade provisória no emprego, p. 86-87.

dos julgados da SDITST que ensejaram a Orientação nº 88, a saber:

*“ESTABILIDADE GESTANTE – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO ESTADO GRAVÍDICO AO EMPREGADOR NÃO RETIRA O DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA A Constituição Federal não exige, como pressuposto para a estabilidade provisória da gestante, a ciência prévia do empregador do estado gravídico, protegendo-a objetivamente da despedida arbitrária. Mesmo porque a própria gestante pode ainda não ter como saber de seu estado quando despedida, e essa impossibilidade não poderia lhe acarretar a perda desse direito que visa a tutela principalmente do nascituro. Recurso de embargos não conhecido” (TST-E-RR-207.124/95.4, Ac. SBDI1 3630/97, Rel. Wantuil Abdala – grifos nossos).*

*“Na forma da iterativa jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do Empregador, na hipótese de estabilidade provisória da gestante, é de natureza objetiva, sendo desnecessária a comprovação do estado gravídico antes da dispensa da obreira. Este entendimento surge, na medida em que o artigo 10, inciso II, letra b, do ADCT condiciona a aquisição da estabilidade provisória a confirmação do estado gravídico, ou seja, que a concepção tenha ocorrido quando, ainda, existente o vínculo empregatício” (TST-E-RR 96746/93.6, Ac. SBDI-1 3713/96, Rel. Cnéa Cimini Moreira de Oliveira, DJU 28.2.97, p. 4353 – grifos nossos).*

*“Estabilidade – Gestante – Desconhecimento da gravidez pelo empregador – Marco inicial da garantia constitucional – A estabilidade provisória da gestante, prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prescinde do conhecimento do empregador ou mesmo da empre-*

<sup>6</sup> E-RR 207124/1995, Ac.3630/97 Min. Wantuil Abdala, DJ 29.08.97, Decisão unânime; E-RR 118616/1994, Ac.1010/97 Min. Leonaldo Silva DJ 18.0.97, Decisão por maioria; E-RR 174892/1995, Ac.0759/97 Red. Min. Moura França, DJ 18.04.97, Decisão por maioria; E-RR 183244/1995, Ac.0771/97, Min. Francisco Fausto, DJ 04.04.97, Decisão unânime; E-RR 127533/1994, Ac.3828/96, Min. Wantuil Abdala, DJ 07.03.97, Decisão por maioria; E-RR 125407/1994, Ac.2770/96, Min. Francisco Fausto DJ 07.02.97, Decisão por maioria; E-RR 80440/1993, Ac.3445/96, Min. Armando de Brito, DJ 09.08.96, Decisão unânime; E-RR 6088/1989, Ac.2618/91, Min. Cnéa Moreira, DJ 27.11.92, Decisão unânime.

*gada e a exegese teleológica do referido comando legal é a de que a garantia tem seu marco inicial no momento da concepção, pois o que pretendeu-se proteger foi o nascituro, a gestação. Embargos não conhecidos" (TST-E-RR-296.488196.1, Ac. SBDI-1, 4ª Reg., Rel. Min. Milton de Moura França. DJU 15.5.98, p. 306).*

Sem embargo do acerto da tese adotada pela SDI, no sentido da responsabilidade objetiva do empregador, parece-nos que há duas contradições lógicas na Orientação Jurisprudencial nº 88. É o que procuraremos demonstrar nos dois tópicos seguintes.

## 4 – Proteção ao nascituro ou à empregada gestante?

A primeira contradição que vislumbramos na tese adotada na Orientação Jurisprudencial nº 88, da SDI, diz respeito ao destinatário da norma constitucional que protege a relação empregatícia contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Como restou demonstrado no tópico precedente, há entendimento na própria SDI/TST declarando que a proteção da norma constitucional é dirigida ao nascituro.

Todavia, cabem as seguintes indagações: se é o nascituro, como então excluir da garantia constitucional, e o que é mais importante, sem violar o princípio constitucional fundamental que proíbe qualquer forma de discriminação (CF, arts. 3º, IV e 5º, *caput*), os “nascituros” das demais trabalhadoras, como a doméstica, a temporária, a contratada por tempo determinado, a eventual, a técnica estrangeira? Será que há justificativa razoável para tal discriminação?

Ora, se se concluir que não há base razoável para tal *discrímen* não nos parece lógica a argumentação de que o destinatário seja o nascituro, mas, sim, a empregada, enquanto em estado gravídico. Vale dizer, a proteção é dirigida à cidadã empregada gestante, como partícipe da relação empregatícia, pois, desse modo, estar-se-á respeitando a sua dignidade, colocando-a a salvo de eventual discriminação do empregador.

Dessa forma, avulta a empregada,<sup>7</sup> contratada por tempo indeterminado,<sup>8</sup> como a natural beneficiada **imediatamente** da proteção constitucional, sendo o nascituro apenas **imediatamente** protegido.

Inversamente, as demais trabalhadoras que não fazem parte da relação empregatícia protegida pela norma constitucional em apreço podem desfrutar, como realmente desfrutam, da proteção de outros ramos da ciência jurídica, como o direito previdenciário (quando seguradas, fazem jus ao salário-maternidade), o direito civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente etc., mas não do Direito do Trabalho, pois o objeto especial deste é regular as relações entre empregados e empregadores ou, na forma da lei, outras relações de trabalho.

<sup>7</sup> Também a trabalhadora avulsa, por força do art. 7º, XXXIV, da Constituição Federal.

<sup>8</sup> A Lei nº 9.601/98 (art. 1º, § 4º) contém uma exceção a essa regra.

Num julgado da própria SDI/TST<sup>9</sup> restou assentado

*“...A norma constitucional que ampliou a licença-gestante é auto-aplicável, consoante já decidiu esta Egrégia Turma no Processo nº 29.304/91, publicado no DJ de 14.02.92, cujo Relator foi o Eminentíssimo Ministro Norberto Silveira de Souza. Também a Egrégia 2ª Turma, no Processo nº 16.597/90, publicado no DJ de 19.12.91, Relator Ministro José Francisco da Silva, adotou decisão no sentido da auto-aplicabilidade da licença-gestante estatuída pela Constituição Federal de 1988. De assinalar que a Constituição (Emenda Constitucional nº 01/69), em seu art. 165, inciso XVI, prevê já a proteção à maternidade como uma das obrigações da Previdência Social. Direito, pois, antigo, amparando as trabalhadoras. O inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é claro ao afirmar que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*

*Assim, uma vez que já superado o fato de a recorrida estar grávida quando ainda empregada, mesmo porque impossível nesta esfera recursal extraordinária rever tais fatos e provas a teor do Enunciado nº 126/TST, tendo em vista que o benefício hoje erigido a princípio constitucional não comporta exceções ou condicionantes.*

***A responsabilidade do empregador é, portanto, objetiva, gerando direito a todas as garantias constitucionais e legais de proteção à mulher e à gravidez o simples fato de a empregada encontrar-se grávida...”*** (grifos nossos).

Em outro acórdão turmário do TST a matéria foi enfrentada nos seguintes termos:

***“O referido dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias veda a dispensa arbitrária da empregada gestante desde a confirmação da gravidez. De sua redação deflui-se que a referida norma visa proteger a obreira quando da sua***

---

<sup>9</sup> TST-ERR 80440/93, Ac. SDI 3.445/96, Rel. Min. Armando de Brito.

***gestação, independentemente da divulgação do seu estado, porque não lhe impôs a obrigação de comunicar ao empregador, salvo se esta obrigação tiver sido imposta por norma coletiva (hipótese não cogitada em sede ordinária). A este competia garantir àquela empregada o período de estabilidade, uma vez comprovado que a demissão ocorreu quando já iniciada a gravidez” (TST, RR 304.784/96.5, Ac. 5ª T, DJU, 23.4.99, p. 305).***

Andou bem a Corte, a nosso sentir, quando esclarece que a proteção é destinada à obreira gestante, independentemente de ato formal de comunicação, mas equivocou-se, *data venia*, quando ressaltou a possibilidade de que tal comunicação possa ser “flexibilizada” *in pejus* mediante norma coletiva de trabalho.

## **5 – Previsão da comunicação em norma coletiva e a teoria da responsabilidade objetiva**

No que diz respeito à possibilidade da exigência, estipulada em norma coletiva, de comunicação da empregada ao empregador, a segunda parte da Orientação Jurisprudencial 88 da SDI/TST é a seguinte:

*“A ausência de cumprimento da obrigação de comunicar à empregadora o estado gravídico, em determinado prazo após a rescisão, conforme previsto em norma coletiva que condiciona a estabilidade a esta comunicação, afasta o direito à indenização decorrente da estabilidade”.*

Eis os acórdãos que serviram de base para tal entendimento: E-RR 131184/1994 Min. Ronaldo Leal, DJ 27.03.98 Decisão unânime; E-RR 202148/1995 Ac.4938/97 Min. Nelson Daiha, DJ 14.11.97 Decisão por maioria; E-RR 209666/1995, Ac.4805/97 Min. Nelson Daiha, DJ 31.10.97 Decisão por maioria; E-RR 132681/1994, Ac.1029/97 Red. Min. Nelson Daiha, DJ 30.05.97 Decisão por maioria.

Entre os acórdãos mencionados, merece destaque o último, de cuja ementa se extrai:

*“1. ESTABILIDADE-GESTANTE – Gestante. Estabilidade provisória. Condição imposta em cláusula de acordo coletivo: 1) o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal reconhece a validade de eficácia das convenções de acordos coletivos durante a sua vigência. Assim, os termos livremente negociados e obtidos*



*mediante muitas concessões, prevalecem enquanto não desconstituídos pelo **procedimento específico previsto legalmente**; 2) o art. 10, inciso II, alínea “b”, da ADCT traça linhas gerais sobre a estabilidade da gestante. A cláusula convencionada que condiciona a estabilidade provisória da gestante à comunicação ao empregador do estado gravídico até sessenta dias contados da data da dispensa, não restringe ao benefício, sendo, portanto, constitucional. Assim, **a não-obeidência dos termos pactuados com inobservância do prazo para a ciência do empregador da gravidez da empregada demitida implica perda da garantia de emprego**. 2. Embargos conhecidos, porém desprovidos” (TST-ERR 132681/94, Ac.SBDI1-1029/97, Rel. Min. Nelson Daiha, DJ 30.5.97 – grifos nossos).*

Inferese do acórdão supratranscrito que o fundamento da validade da cláusula que obriga a empregada gestante comunicar o fato da gravidez ao empregador decorre, segundo a tese ali exposta, do reconhecimento dos acordos e convenções coletivas previstos no art. 7º, XXVI, da Constituição.

Ocorre que, como já apontado no item anterior, a prevalecer a orientação da SDI/TST, há dois problemas que não podem ser olvidados.

*Primus*, se a proteção constitucional é destinada aprioristicamente ao nascituro, parece-nos equivocado o entendimento da SDI ao permitir a flexibilização *in pejus* mediante norma coletiva para que a “confirmação da gravidez” possa ser substituída por “comunicação formal da empregada ao empregador”.

Justifiquemo-nos.

É preciso assinalar, antes de tudo, que não há base legal para que o sindicato possa representar o nascituro na negociação coletiva, uma vez que este não possui, ainda, personalidade para tal. Vale dizer, não há possibilidade jurídica de o sindicato representar alguém que não integra a categoria.

Ademais, se a proteção ao nascituro constitui, inegavelmente, **norma de ordem pública**, também não há como o sindicato transigir (negociar) ou renunciar em relação aos direitos daquele, porquanto é cediço que tal espécie normativa impede, em função da sua própria natureza, a livre negociação, tanto individual quanto coletiva, pelos particulares.

As normas jurídicas, quanto à imperatividade, são classificadas de **imperatividade absoluta**. Nesse terreno estão as normas de ordem pública ou absolutamente cogentes, que são, nas palavras de MARIA HELENA DINIZ,

*“as que ordenam ou proíbem alguma coisa (obrigação de fazer ou não fazer) de modo absoluto. As que determinam, em certas circunstâncias, a abstenção*

*ou o estado das pessoas, sem admitir qualquer alternativa, vinculando o destinatário a um único esquema de conduta (...) A imperatividade absoluta de algumas normas é motivada pela convicção de que em determinadas situações ou estados da vida social não podem ser deixados ao arbítrio individual, o que acarretaria graves prejuízos para a sociedade. As normas impositivas tutelam interesses fundamentais, diretamente ligados ao bem comum, por isso são também chamadas de ordem pública”<sup>10</sup>.*

*Secundum*, se a proteção da garantia no emprego é destinada à empregada gestante, também aqui esta proteção se reveste de norma de ordem pública, como, aliás, deixa explícito o art. 377 da CLT, *in verbis*:

***“A adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não importando, em hipótese alguma, a redução de salário” (grifos nossos).***

Saliente-se, outrossim, que a natureza de ordem pública da proteção à maternidade também é repetida no parágrafo único do art. 381 da CLT, que estabelece a proibição de qualquer restrição ao direito da mulher ao seu emprego, seja em regulamento empresarial ou acordo individual, seja em acordo coletivo ou convenção coletiva, por motivo de casamento ou gravidez.

De tal arte, e sob qualquer ângulo que se examine a questão, o certo é que a natureza de ordem pública da norma constitucional ora em estudo, seja em relação ao nascituro, seja em relação à gestante, não permite a negociação, ainda que coletiva, sobre direitos indisponíveis.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte aresto da própria SDI/TST, *in verbis*:

***“ESTABILIDADE À GESTANTE. O inciso II do artigo 10 do ADCT garante a estabilidade provisória da gestante independentemente da ciência do seu estado gravídico pelo empregador. Não pode norma convencional estabelecer prazo decadencial para a postulação de direito constitucionalmente garantido” (TST-ERR 80440/93, Ac. SDI 3.445/96, Rel. Min. Armando de Brito).***

---

<sup>10</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 376.

No mesmo sentido, a SDC/TST também vem decidindo:

*“O art. 10, II, b, do ADCT, da Carta Magna atual assegura a estabilidade da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, depreendendo-se daí que o direito à mesma pressupõe a confirmação do estado gravídico da empregada. As partes têm direito a transacionar desde que não infrinjam a lei e nem disponham sobre direitos irrenunciáveis e a estabilidade da Gestante constitui um deles” (TST-RO-DC 401696/97.9, Ac. SDC, Rel. Min. Regina Fátima Abrantes Rezende Ezequiel, DJU 5.2.99, p. 6).*

## **6 – “Procedimento Específico” para anular a norma coletiva que exige comunicação da gravidez**

Parece-nos *data venia* equivocada posição do TST ao exigir “procedimento específico” para a anulação da cláusula ofensiva à norma de ordem pública.

A bem ver, o controle judicial para expungir do ordenamento jurídico cláusula desse jaez pode ser feito tanto em processo individual (reclamação trabalhista com pedido de anulação da cláusula) quanto coletivo (ação anulatória proposta pelo Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93, ou dissídio coletivo de natureza declaratória). A distinção entre essas duas formas de controle judicial repousa nos efeitos da sentença: *inter pars*, no primeiro caso, e *ultra pars*, no segundo.

Acresça-se que a nulidade da cláusula da norma coletiva que fere norma de ordem pública deverá ser declarada até mesmo *ex officio*, por força do art. 146 e seu parágrafo único do Código Civil brasileiro.

Não se pode perder de vista que o controle judicial há de ser feito aqui em homenagem ao princípio constitucional da indeclinabilidade ou inafastabilidade da apreciação, pelo Judiciário, nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).

## **7 – Conclusão**

Como síntese deste ensaio, apresentamos as seguintes conclusões:

- a) é objetiva a responsabilidade do empregador pelo fato da gravidez, razão pela qual a proteção da relação empregatícia contra a despedida arbitrária ou sem justa causa independe de sua ciência prévia ou de qualquer comunicação formal da empregada gestante;
- b) a destinatária imediata da proteção constitucional é a empregada gestante, sendo o nascituro protegido apenas mediamente, isto é, por via reflexa;

c) em qualquer caso, vale dizer, as normas que protegem tanto a gestante como o nascituro são de ordem pública, de imperatividade absoluta, o que torna nula de pleno direito a cláusula prevista em contrato individual, convenção ou acordo coletivo de trabalho que flexibilize *in pejus* a responsabilidade objetiva do empregador;

d) se da convenção ou do acordo coletivo constar cláusula que contrarie norma de ordem pública, o controle judicial para declaração da nulidade pode ser feito, em função do princípio constitucional da indeclinabilidade da jurisdição, tanto em reclamação trabalhista (processo individual) quanto em (ação anulatória promovida pelo Ministério Público ou dissídio coletivo de natureza jurídica) processo coletivo.

Urge, pois, a modificação parcial do entendimento solidificado na Orientação Jurisprudencial nº 88 da SDI/TST, para dela expungir a expressão “salvo previsão contrária em norma coletiva”.

## Bibliografia

- ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- ALMEIDA, Renato Rua de. *A consequência jurídica das estabilidades provisórias constitucionais*. Revista do Advogado nº 39, mai/93, São Paulo, p. 59-60.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho : estudos em memória de Célio Goyatá*; coord. de Alice Monteiro de Barros. 2. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- \_\_\_\_\_. *O trabalho doméstico*. Suplemento Trabalhista n. 78/99. São Paulo: LTr, p. 415-432.
- CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. ed. em CD-ROM. São Paulo: Saraiva, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Nova jurisprudência em direito do trabalho*. ed. em CD-ROM. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CUNHA, Maria Inês Moura S. A. da. *Direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- GONÇALVES, Emílio. *Direitos Sociais dos Empregados Domésticos*. 3. ed., São Paulo, LTr, 1994.
- JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de direito do trabalho*. Tradução Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito do trabalho: primeiras linhas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho e processo trabalhista: temas controvertidos*. Belo Horizonte: Editora RTM, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.
- LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1994.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho: parte geral*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed., São Paulo: LTr, 1992.
- MALTA, Christovão Piragibe Tostes, ALVES, Ivan Dias Rodrigues. *Teoria e prática do direito do trabalho*, 9. ed., rev. atual. e aum. São Paulo: LTr, 1995.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Estabilidade e garantia no emprego : estabilidade provisória*, in *Manual de direito do trabalho : estudos em homenagem ao prof. Cássio Mesquita Barros*; coord. Herculano Duarte. São Paulo: LTr, 1998.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995.
- MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MELO, Raimundo Simão de. *A garantia de emprego dos membros da CIPA eleitos depois da Carta Constitucional de 1988*. Suplemento Trabalhista nº 125/91, São Paulo: LTr, 1991, p. 777-783.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho na constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. 3. v.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho* 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Noções atuais de direito do trabalho. estudos em homenagem ao professor Elson Gottschalk* (vários autores). São Paulo: LTr, 1995.
- PIZETTA, Armando. Estabilidade da empregada gestante. *Revista Justiça do Trabalho; Jurisprudência Trabalhista do Rio Grande do Sul* nº 122, fevereiro/94, p. 78.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *O trabalho feminino no direito brasileiro*, in *Noções atuais de direito do trabalho*; coord. José Augusto Rodrigues Pinto. São Paulo: LTr, 1995.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho* (tradução de Wagner D. Giglio). São Paulo: LTr, 1978.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos sociais na constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

SOUZA, Ronald Amorim e. *Manual de legislação social*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Édson Silva. *Considerações sobre a estabilidade decorrente de estado gestacional*. Suplemento Trabalhista n° 69/99. São Paulo: LTr, p. 363-368.