



DA APLICABILIDADE DA ESTABILIDADE GESTANTE NO CASO DE ABORTO

Fabício Augusto Aguiar Leme¹

Walter Fernandes Sório²

Manoel Fernando Passaes³

Maurício dos Reis Lima⁴

Norberto Rodrigues⁵

RESUMO: O direito do trabalho deve estar sempre em profunda reflexão para atender os anseios do trabalhador, caso contrário poderá desamparar aquele que mais necessita de proteção e tutela.

Atualmente o ordenamento jurídico brasileiro prevê em caso de aborto não criminoso apenas o direito da obreira de uma licença remunerada de quinze dias, que sendo ultrapassada, a mesma estará sujeita a dispensa imediata.

Há na esfera constitucional expressa menção quanto à estabilidade da trabalhadora gestante, no entanto, a trabalhadora que sofre a interrupção da gestação encontra-se totalmente desamparada, sem qualquer garantia de permanência no emprego, no momento em que mais necessita de amparo e dos benefícios decorrentes do contrato de trabalho, tais como assistência previdenciária e o gozo do plano de saúde oferecido pelo empregador.

Dessa forma, necessária a ampliação dos mesmos benefícios garantidos à gestante para a trabalhadora vítima de aborto, impedindo a sua dispensa imotivada, justamente para possibilitar a proteção do planejamento familiar e o total reestabelecimento da trabalhadora.

Palavras-chave: Estabilidade gestante. Aborto. Aplicabilidade.

1 Especialista em Direito Processual

2 Mestre em matemática

3 Bacharel em Direito e Doutor em Letras

4 Mestre em administração

5 MBA em Logística Empresarial



ABSTRACT: Labour law must always be in deep reflection to meet the aspirations of the worker, otherwise you may forsake the one that most needs protection and guardianship.

Currently, Brazilian law provides in cases of criminal abortion not only the right of a worker paid leave of fifteen days, that being exceeded, it will be subject to immediate dismissal.

There constitutional sphere express mention about the stability of working pregnant women, however, the worker who suffers termination of pregnancy is totally helpless, with no guarantee of continued employment, when they need more support and benefits of employment, such as welfare assistance and enjoyment of the health plan offered by the employer.

Thus, the necessary expansion of the same benefits to victims of abortion by preventing their dismissal without cause, precisely to enable the protection of family planning and full reinstatement of the worker.

Keywords: Stability pregnant. Abortion. applicability

Introdução

“A instabilidade corrói a alma humana, transforma-lhe num ser imediatista, descomprometido com o presente ante as perspectivas desconhecidas do futuro. O instável manifesta-se com sofreguidão no presente, transbordando sua inconstante representação , composta de misto de dissimulação e temor”.⁶

Com os abusos da Revolução Industrial - alertados pela *Encíclica Rerum Novarum* de 1891 - somado às revoltas e atos terroristas como dos seguidores de Ned Ludd na Inglaterra, o Direito do Trabalho passou a tomar forma e a reger amplamente o contrato de trabalho, protegendo o trabalhador amplamente.

⁶Palmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p.25/26



Houve primordialmente a limitação da jornada e estabelecimento de salário mínimo bem como idade mínima para determinadas funções. Mas a dinâmica evolução do trabalho obrigou o estabelecimento de ampla proteção.

Atualmente o direito do trabalho já possui amparo constitucional em diversos países. Anteriormente, porém, verificamos inúmeros apontamentos delineando os preceitos do Direito do Trabalho, principalmente no tocante à mulher trabalhadora.

Em 1917, por meio da Constituição Mexicana de 1917, estabeleceram os princípios norteadores para proteção do trabalhador na esfera máxima legislativa.

Também houve a preocupação em estabelecer direitos para a trabalhadora. Através do *Coal Mining Act* de 1842, ficou proibido o trabalho de mulheres em subterrâneo na Inglaterra, bem como em 1844 foi limitada a jornada em 12 horas através do *Factory Act*.

Importante regulamentação referente ao período em que a mulher encontra-se doente decorrente da gravidez ou parto foi efetivada em 1919, pela Organização Internacional do Trabalho, através da Convenção Relativa ao Emprego das Mulheres (Proteção à Maternidade). O art. 4º do citado diploma legal assim estava disposta:

Artigo 4º. No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphos (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou delle se afaste, por um periodo mais longo, depois de uma doença provada por attestado medico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será illegal, para o seu patrão, até que a sua ausencia tenha attingido uma duração maxima, fixada pela autoridade competente de cada paiz, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausencia ou em uma data tal que, produzindo-se o pre-aviso expire o prazo no decurso da, ausencia acima mencionada.⁷

Como podemos verificar, o Direito do Trabalho não reconheceu a necessidade de tutelar a mulher que, em razão de aborto, sofre a interrupção da gestação. A mulher

⁷ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/convention>>. Acesso em: 16/11/11.



trabalhadora que se encontra nessa situação está legalmente desamparada, seja com a perda da estabilidade ou a possibilidade de dispensa imediata pelo seu empregador.

A estabilidade da gestante segundo o Direito Comparado

Antes de apontarmos a estabilidade da mulher gestante conforme as legislações estrangeiras, importante mencionarmos que a estabilidade teve origem constitucional no México em 1917 - Constituição esta considerada um marco nos direitos sociais, inclusive no âmbito trabalhista.

Mário de La Cuerva⁸ corrobora tal entendimento e afirma que:

La idea de la estabilidad en el trabajo es una creación de la Asamblea Magna de 1917, sin ningún precedente en otras legislaciones, ni siquiera en la doctrina de algún escritor o jurista. Nació en Queretáro, sin que pueda decirse quién fue su autor, como una idea-fuerza destinada a dar seguridad a la vida obrera y a escalar la meta tan bellamente expresada por Máximo Dursi en su cuento Bertoldo emn la Corte: 'vivir sin temor es el destino del hombre

A estabilidade da gestante na Colômbia

Conforme preceitua a Constituição Colombiana de 1991, por meio dos seus artigos 25 e 43, a atividade laboral está sujeita a especial proteção do Estado. O diploma ainda ressalta a igualdade de direitos e oportunidades a ser conferidos ao homem e mulher, rechaçando, dessa forma, qualquer mecanismo de discriminação empregado em razão da diversidade de sexo.

Segundo o artigo 43, *in fine*, a mulher que estiver grávida receberá especial proteção do Estado durante a gravidez e logo após o parto, recebendo deste subsídio alimentício enquanto estiver desempregada ou desamparada.

Senão vejamos:

⁸Apud Palmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p.27



ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.⁹

No tocante à estabilidade da mulher gestante, o Código do Trabalho colombiano (lei 50/1990) estabelece, em seu artigo 239, que a mulher gestante tem direito à estabilidade no período de três meses posteriores ao parto. Senão vejamos:

ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.

No tocante ao direito de estabilidade da mulher vítima de aborto, apesar da falta de dispositivo regendo tal situação, encontramos julgados cancelando o direito à

9 Extraído de Political Database of the Americas (PDBA), <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/co191.html#mozTocId183721>, acesso em 14 de outubro de 2011.



estabilidade da mulher vítima de aborto. Nesse sentido, encontramos a Sentença de Tutela nº 1185/03 de Corte Constitucional, em julgamento ocorrido em 4 de dezembro de 2003, com a seguinte ementa:

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional se hace extensiva igualmente frente al aborto El aborto con posterioridad al despido de la accionante no determina la improcedencia de la tutela cuando se verifiquen los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada. En primer lugar, la protección especial consagrada en los artículos 25 y 43 de la Constitución va dirigida a la mujer embarazada y comprende el estado de gravidez y la posterior licencia de maternidad; en segundo lugar, la legislación laboral consagra también un período de licencia en los casos de aborto, el que está igualmente incluido durante el término señalado por el legislador, dentro del referido lapso de protección; y, en tercer lugar, al producirse el despido de la mujer embarazada sin el cumplimiento de los requisitos señalados, el despido se torna ineficaz. Por consiguiente, en los casos de aborto no se desvanece el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y no altera la procedencia de la acción de tutela cuando, en casos como éste, ha sido la condición de mujer embarazada la que determinó la terminación del contrato de trabajo.

Do direito de estabilidade da gestante no Uruguai e na Venezuela

Como podemos verificar nos textos abaixo, a mulher gestante possui total proteção do Estado quando nessa condição. A Constituição Política da República do Uruguai de 1967 ressalta em seu artigo 42 que:

Artículo 42.- Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él.



La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo.

A Constituição da República Bolivariana de Venezuela, de 30 de dezembro de 1999, garante, em seu artigo 76, a tutela e assistência integral à gestante do momento da concepção, durante a gravidez até o parto, conforme preceitua o texto:

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

Do direito de estabilidade da gestante no Brasil

Antes de apontarmos o posicionamento do Brasil no tocante à estabilidade da gestante, importante destacar o entendimento da doutrina brasileira acerca do conceito de estabilidade.

Zéu Palmeira Sobrinho define estabilidade como “instituto de caráter tutelar que consiste na impossibilidade de o empregador dispensar o empregado, salvo quando este tenha praticado falta grave”¹⁰ Para Francesco Santoro Passarelli¹¹, estabilidade é a exclusão do direito de rescisão por parte do empregador.

Maurício Godinho Delgado ensina que estabilidade é “a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada

¹⁰Palmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p. 27

¹¹Apud Palmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p. 27



de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador”¹²

No tocante à proteção à gestante e ao nascituro, verificamos que a legislação brasileira confere proteção integral a mesma, inclusive preservando o contrato de trabalho existente. De acordo com o art. 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, é devida a estabilidade à gestante, sendo certo que tal proteção inicia-se com a confirmação da gravidez estendendo até cinco meses após o parto. Senão vejamos:

Art. 10 - Até que seja promulgada a Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I da Constituição:

I - ...

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a)

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT nº 103, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.821/66, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, veio a estabelecer, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória, nos termos previstos no art. 10, II, "b", do ADCT. 13

Da estabilidade e aborto

A doutrina e a jurisprudência pátria entendem que a estabilidade gestante é instituto jurídico de proteção ao nascituro, logo, ocorrendo aborto espontâneo faz

¹² Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho, 6ª ed. , p . 1242.

¹³ AI 448.572-8 SÃO PAULO - STF - Ministro Celso de Mello - Relator. DJU de 22/03/2004 (DT-Março/2004 – vol. 116, pág. 135



perecer o direito à estabilidade provisória estabelecida no referido artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Alice Monteiro de Barros traz precioso posicionamento para conferir a estabilidade prevista no artigo 10, II, "b" do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a trabalhadora vítima de aborto.

A doutrinadora expõe que a “licença tem como fato gerador não só o nascimento com vida do filho, mas também a gestação, que, como a saúde, ocasiona à mulher transtornos físicos naturais e até psíquicos. (...) O fato da criança ter falecido não ilide 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”¹⁴

No caso de aborto, a jurisprudência reconhece apenas duas semanas de repouso remunerado, conforme aplicação do artigo 395 da CLT, que traz:

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

No entanto, em momento algum o constituinte de 1988 mencionou que a estabilidade visava exclusivamente a proteção do nascituro. Tal interpretação não traduz a vontade do legislador.

Como bem destacado por Alice Monteiro de Barros, não cabe ao intérprete fazer distinções se o próprio legislador não o fez.

Importante destacar que há jurisprudências que reconhecem o direito a estabilidade gestante mesmo no caso de falecimento do filho da empregada, como abaixo transcrito:

¹⁴ Barros, Alice Monteiro de. “O trabalho da Mulher na Constituição de 1988”. In *Constitucionalismo Social – Estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello*, p. 114.



GESTANTE ESTABILIDADE. PARTO. O 'parto', como fato jurídico, mostra-se como a condição suspensiva do direito, no sentido de que, se não existir, cessa a garantia ao emprego, como no caso do aborto veiculado no art. 395, da CLT. De modo que, a circunstância do filho da empregada grávida falecer após seu nascimento, em parto prematuro, não exclui a garantia de emprego de que trata o artigo 10, inciso II, alínea b, dos ADCT/CF-1988.(0109300-5120035070007, Relator: JOSÉ ANTONIO PARENTE DA SILVA, Data de Julgamento: 20/09/2004, PLENO DO TRIBUNAL, Data de Publicação: 21/10/2004 DOJT 7ª Região)

Ora, cai por terra a fundamentação de que a estabilidade gestante visa o amparo do nascituro, eis que nesta situação não há mais nascituro para proteger.

Forçoso concluir que este entendimento visa, acertadamente, a proteção da empregada e não somente o nascituro, reconhecendo o direito a estabilidade mesmo com o falecimento de seu filho.

Das consequências psicológicas do aborto

Inúmeros estudos médicos concluíram que a experiência do aborto acarreta trauma para a mulher, que poderá perdurar durante meses ou anos.

Primeiramente, ressalte-se o fator cultural-religioso, no qual predomina o entendimento que a vida inicia-se na concepção. Ao abortar, a mulher passa a carregar consigo uma culpa decorrente do insucesso gestacional.

Muitas vezes a mulher apresenta o quadro clínico de desordem de stress pós-traumático.

Uma percentagem significativa de mulheres experimentam níveis elevados de ansiedade após um aborto até cerca de 6 meses pós-aborto, e eles estão em maior risco de transtorno de estresse obsessivo-compulsivo e pós-traumático.



Estudo realizado na Universidade de Oslo, publicado na Revista médica BioMed Central em 12 de dezembro de 2005, retrata que o aborto pode causar ansiedade e depressão, e também pode ser vivida como um acontecimento traumático.¹⁵

Os sintomas da angústia de resposta após aborto espontâneo incluem psicológicos, efeitos físicos, cognitivos e comportamentais, sendo que após o aborto espontâneo dez por cento das mulheres podem ter transtorno de estresse agudo e até um por cento pode ter pós-traumático.

Considerações Finais

O homem estável apresenta maior probabilidade de ser detentor de uma auto-estima persuasiva e suficientemente capaz de reconhecer e valorizar os sentimentos altruístas. ¹⁶

Os ordenamentos jurídicos protegem a gestante e o nascituro, no entanto, além do trauma decorrente do aborto, somado a desestruturação familiar, a mulher se depara com o risco de ser dispensada de seu trabalho, eis que a estabilidade gestante consagrada na esfera constitucional brasileira não salvaguarda o trabalho da mulher em caso de aborto.

Logo, no momento mais delicado de sua saúde física e psicológica, a obreira encontra-se desamparada, sujeita a dispensa imediata, sem qualquer benefício específico. Sequer poderá manter os benefícios médicos (plano de saúde) de seu empregador para o devido tratamento psicológico decorrente do aborto ocorrido.

A ausência de proteção da mulher no caso de interrupção da gestação também possibilita a interrupção do planejamento familiar.

Mas há também reflexos imediatos no contrato de trabalho e na relação com o empregador. Afinal, o empregador, ciente do aborto ocorrido, sabe, ainda que por presunção, que a funcionária, até então enquanto gestante estável e com garantias

¹⁵<http://www.biomedcentral.com/1741-7015/3/18>. Acesso em 31 de outubro de 2011.

¹⁶ Palmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p. 26



invioláveis, buscará nova gestação, acarretando novo afastamento (licença maternidade) e garantida a estabilidade, não podendo contar com o labor da obreira.

Valiosa a lição de Carlos Maximiliano ao afirmar que “cumprir atribuir ao texto um sentido tal que resulte haver a lei regulado a espécie a favor e não em prejuízo de quem ela evidentemente visa a proteger”.¹⁷

Assim, necessária a análise da intenção do legislador, especificamente a do Constituinte de 88, que visou proteger igualmente nascituro e a gestante, e não somente o primeiro.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª Ed. São Paulo: LTr., 2007.

GOMES, Orlando e Elson Gottschalk. **Curso de direito do trabalho**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JORGE NETO, Francisco Ferreira – **Direito do Trabalho**. Tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Nei Frederico Cano. **Estabilidade provisória no emprego**. São Paulo: Ltr, 1995.

¹⁷ In “Heremênutica e Aplicação do Direito. Ed. Forense, 1991, 11ª edição, página 156 Apud APalmeira Sobrinho, Zéu. Estabilidade. São Paulo. Ltr. 2002. p.27



MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989