

Doutrina

LICENÇA À GESTANTE

Messias Pereira Donato

Titular de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da UFMG
e Juiz do Trabalho

A Constituição Federal vigente assegura à gestante descanso remunerado antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário. Sua duração está prevista no artigo 392, da CLT: quatro semanas antes do parto e oito semanas depois do parto, mesmo em caso de parto antecipado. Cada um desses lapsos de tempo é passível de prolongamento por duas semanas, em situações de exceção, estabelecidas em atestados médicos. Se ocorrer aborto não criminoso, regularmente atestado, o repouso é de duas semanas, com direito a retorno às mesmas atividades que desempenhava ou lhe era garantido desempenhar, quando do afastamento. É passível de a ela fazer jus a empregada-gestante, casada ou solteira. Satisfeitos os requisitos à sua obtenção, a gestante beneficia-se da licença junto a cada emprego que desempenhar.

1. Afastamento do serviço - Para afastar-se do serviço, a empregada deve fazê-lo com base em atestado médico fornecido:

a) Pela empresa que dispuser de serviço médico próprio ou em razão de convênio;

b) pelo INPS, nas demais situações.

No atestado cumpre observar o registro dos dados médicos indispensáveis, os períodos de afastamento (licença, prolongamento, aborto não criminoso...) e seu início. É de ser apresentado ao empregador, a quem incumbe visá-lo. Se não o faz, ou se se omite em deferir a licença, ou se recusa em autorizá-la, a gestante é legítimo afastar-se por iniciativa própria, sem que se lhe possa imputar falta funcional.

2. Salário-maternidade - Responsabilidade da Previdência Social

- Já se viu ser remunerada a licença. Chama-se de salário-maternidade a paga que lhe é então atribuída. A matéria é hoje objeto da Lei nº 6.136, de novembro de 1974, regulamentada pelo Decreto nº 75.207, de 10 de janeiro de 1975. Em decorrência desses diplomas legais, o salário-maternidade foi incluído entre as prestações da Previdência Social (Cf. Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 77.077, de 24.01.1976, artigo 50).

Antes dessa inclusão, ficava exclusivamente a cargo do empregador o ônus do pagamento. É de ontem a experiência de reminiscências amargas pela discriminação desgovernada na contratação da mão-de-obra feminina, de par com os pesados encargos lançados sobre a empresa, em virtude de uma legislação inadequada e desajustada. Não obstante, desde 1934 o Brasil já se havia comprometido a fazer recair o gravame sobre a Previdência Social, ao ratificar a Convenção nº 3, promulgada pelo Decreto nº 423, de 12.11.1935, adotada em Washington, em 1919, pela Organização Internacional do Trabalho, ao ensejo da primeira sessão da Conferência Internacional do Trabalho. A Lei nº 6.136/74, citada, veio corrigir a distorção.

2.1. Salário-maternidade - Responsabilidade do empregador - A responsabilidade da cobertura do pagamento do salário-maternidade somente fica a cargo da Previdência Social, enquanto vigor o contrato de trabalho. Cessa quando ele se dissolve sem que tenha ocorrido justa causa. Passa a ser encargo do empregador. Se vem ele a resilir o contrato, por exemplo, pela dispensa aberta, sem justa causa, da empregada, pela cessação total ou parcial da atividade da empresa, ou dá margem à resilição, como na despedida dita indireta, na inadimplência pelo rompimento de contrato a prazo certo, contra ele é que a empregada tem ação para ressarcir-se do pagamento.

Cumprir lembrar nesse passo o texto do Prejulgado nº 14, do TST: "Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas (agora são quatro) anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade". É irrelevante pretender indagar se ao empregador é possível perceber-lhe o estado de gravidez. A proteção visa a gestante, independentemente do grau de gestação inicial, adiantado ou no fim.

E se a empresa não efetuar o registro da empregada, nem recolher sua cota destinada a custear o pagamento do salário-maternidade, que é de 0,3% sobre sua folha de salários-de-contribuição, quem responde pelo direito da empregada?

A exemplo do que se dá com o salário-família, o salário-maternidade é pago pelo empregador, intermediário, que se reembolsa do quantum despendido junto ao INPS, ao ensejo do recolhimento de suas contribuições previdenciárias mensais. Logo, se o contrato continua em vigor, a responsabilidade pelo pagamento é do INPS, que não pode furtar-

se em assumi-la, porquanto lhe cabe a fiscalização sobre o empregador inadimplente. Sei das dificuldades para se alcançar esse desideratum, sobretudo no plano administrativo. Na via judicial outra não poderá ser a solução. A responsabilidade do empregador ocorrerá quando o contrato não mais vincular as partes, em razão de dispensa sem justa causa da gestante.

Presos os co-contratantes pelo contrato de trabalho por prazo determinado e à luz de amplo conceito de proteção à maternidade, os Tribunais entendiam subsistir a responsabilidade do empregador pelo pagamento da licença integral, se o início ou parte dela se desenrolasse até o termo do contrato. Esse entendimento parece abalado com os dispositivos do § 3º, do artigo 1º, do Decreto nº 75.207, já referido, que leva o salário-maternidade à conta do INPS, vigente a relação de emprego. Com o implemento do termo, o contrato de trabalho a prazo certo exaure-se. Não ocorre despedida sem justa causa. Não mais vigora, nem o seu termo se deveu a ato unilateral da empresa. O prazo que o extravasar fica a descoberto. O que permanecer nos seus limites cai na responsabilidade da Previdência Social.

Dentro dessa mesma orientação, entendiam os Tribunais a possibilidade de concomitância de recebimento de prestações de duas fontes, quando a gestante, por motivo de doença, lograsse obter benefício de natureza previdenciária: uma do empregador, relativa ao salário-maternidade; outra do INPS, concernente ao benefício - auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. As causas eram diversas. Lá se visava a proteção à maternidade; aqui se visa a suprir a incapacidade para o trabalho - impossibilidade ou inabilitação gerada por estado mórbido (1). Agora, por força do disposto no § 5º, do artigo 1º, do decreto atrás referido, não se cumulam recebimentos de salário-maternidade com benefício por incapacidade.

Essa restrição parece ser de validade duvidosa. Não está prevista na Lei nº 6.136/74, e que o decreto limitativo regulamenta. Ora, a Lei Orgânica da Previdência Social, LOPS, veda a percepção conjunta apenas das seguintes prestações:

- a) Auxílio-doença com aposentadoria de qualquer natureza;
- b) auxílio-doença e abono de retorno à atividade;
- c) auxílio-natalidade, quando o pai e a mãe forem segurados (2).

(1) Cf. Agudaldo Simões, "Princípios de Segurança Social", São Paulo, 1967, pp. 124 e 142.

(2) Cf. art. 57, § 1º, da Lei nº 3.807/60, com a redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 5.890/73, bem como art. 25, da Consolidação das Leis da Previdência Social, Decreto nº 77.077, de 24.01.1976, que eliminou o item b.

Admitida a proibição, não se estende ela à hipótese em que o salário-maternidade vem a ser ônus do empregador, pois aqui não se trata de prestação de natureza previdenciária. A proibição só existe quando o encargo recai no INPS, porque o critério geral em nosso sistema previdenciário é o da proibição de acumulação de benefícios.

2.2. Custeio do salário-maternidade - Para seu custeio não se criou ônus suplementar sobre a empresa. Sua contribuição mensal para esse fim provém de redução na cota para custeio do salário-família, que de 4,3% passou para 4%. O restante, 0,3%, ficou destinado à cobertura do salário-maternidade. Seu recolhimento se processa junto com as demais contribuições regulares devidas ao INPS.

2.3. Valor do salário-maternidade - A Lei nº 6.136/74 invoca o artigo 393, da CLT, a propósito do valor do salário-maternidade. Prescreve ela que à licenciada se garante o salário integral. Aduz que, quando se tratar de salário variável, seu cálculo se dará segundo a média dos seis últimos meses de trabalho. Ser-lhe-ão assegurados igualmente direitos e vantagens adquiridos na empresa. Por outra parte, já se viu que a Constituição Federal lhe ressalva o afastamento sem prejuízo de salário. Cumpre atentar para os dois preceitos. Se a média salarial, na espécie, for superior ao valor do salário por ocasião da licença, prevalece o valor mais elevado. Se sensivelmente inferior, respeite-se o texto constitucional, que não admite deterioração de salário, pelo que vingará o salário ou a remuneração da época da licença. Em qualquer caso, não deve haver lesão a direitos e vantagens adquiridos na empresa.

O Decreto nº 75.207/75, regulamentador da Lei nº 6.136/74, procurou trazer inovação à matéria. Diz o § 2º, de seu artigo 2º, que "na hipótese de a segurada contar menos de nove meses de trabalho, o valor do salário-maternidade não excederá o do salário inicial das empregadas com atividade equivalente". Cria limitações não permitidas pelo texto constitucional e pela lei ordinária que pretende regulamentar. Verifica-se lamentável extravasamento de competência. Fixa salário supletivo para substituir o salário ajustado entre os co-contratantes e sobre o qual inexistia controvérsia. Cuida mesmo é de substituto de salário. Nem o Decreto nº 20.465, de 01.10.1931, pioneiro na fixação de salário supletivo, chegou a tais extremos. Respeitou ele o salário estipulado por dia ou por hora e somente adotou o salário supletivo quando pago por serviços prestados. Nesse caso, seria calculado "sobre o salário dos serviços de natureza semelhante pago por dia" (artigo 2º, § 2º). A truculência do Decreto de 1974 desrespeita o salário efetivo, qualquer que seja ele e faz prevalecer o salário inicial das empregadas com atividade equivalente. E se não houver na empresa empregada com atividade equivalente, recorrer-se-á a outras empresas no mercado? Ou aqui outro seria o critério, para se respeitar o disposto no artigo 460, da CLT, sobre salário supletivo, quando preceitua que, na falta de estipulação de salário ou de prova sobre seu valor, corresponderá ao salário

igual ao daquele que na mesma empresa fizer serviço equivalente, ou do que for habitualmente pago por serviço semelhante?

2.4. Pagamento do salário-maternidade Seu pagamento incumbe à empresa e está sujeito às mesmas normas de proteção ao salário. Em consequência, ela e não o INPS responderá pelo ônus resultante de sua inadimplência. Por exemplo, se tiver que repetir o pagamento, se cair em mora (artigo 964 e seguintes do Código Civil). Ao pagar, o empregador deverá munir-se de quitação regular, com menção de valor e espécie da dívida, nome da empresa ou do devedor, tempo e lugar do pagamento, assinatura de quem recebe (accipiens). Se analfabeto, aporá sua impressão digital no documento ou, se impossível, mediante assinatura a rogo (artigos 940, do Código Civil, parágrafo único, do artigo 5º, do Decreto nº 75.207/73 e artigo 464, da CLT). O comprovante há de ser apresentado ao INPS, porque este reembolsa o empregador do que despendeu com o pagamento. Sobre o valor do salário-maternidade incidem 8% de contribuição previdenciária, a cargo da empregada e 8%, com igual finalidade, sob a responsabilidade da empresa. O montante líquido que esta pagar no mês, a título de salário-maternidade, é deduzido no total das contribuições que vai recolher. Se houver saldo a seu favor, recebê-lo-á no ato, junto aos cofres daquela instituição.

3. Garantia de emprego - Durante a licença, à gestante fica assegurado o emprego. Dele não poderá ser despedida. Já o havia dito a Convenção de Washington que, com cautela, ainda reputou ilegal a circunstância de concessão de aviso prévio, de modo que seu prazo se expirasse no curso da licença (artigo 4º). A despedida de que aqui se cuida é a processada sem justa causa. É passível de consumir-se em caso de falta grave, em caso de cessação da atividade da empresa, em razão de expiração do termo do contrato por prazo determinado.

Se despedida sem justa causa, faz jus às reparações legais, computado o período integral da licença. Isto equivale a dizer que não sofrem descontinuidade os efeitos de direitos que se vencerem ou se consolidarem, inclusive em relação ao aviso prévio, cujo prazo não pode iniciar-se antes do dia imediato ao do término da licença. Nesse caso, o salário para reparações será aquele a que faria jus, se tivesse reassumido a função no último dia da licença. O tempo de afastamento da gestante é computado como tempo de serviço, para todos os efeitos legais.

Há quem entenda gozar a gestante de estabilidade provisória durante o período de licença. De conseguinte, sua despedida somente será viável após inquérito judicial, o que equivale a exigir que lhe seja imputada falta grave resolutória do contrato. Ao empregador não é dado resili-lo, no curso normal das atividades da empresa.

Uma corrente jurisprudencial extrai da expressão estabilidade provisória todas as consequências legais. Por analogia, estende à gestante, através do poder normativo da Justiça do Trabalho, a estabilidade

provisória reconhecida por lei ao dirigente sindical (artigo 543, da CLT). Outros arestos, também através de sentença normativa, estendem dita estabilidade por prazo inferior ao estabelecido neste último inciso consolidado, que é de um ano. Essa variação de entendimentos desde logo parece não a recomendar, por deixar o prazo de duração ao arbítrio do órgão judicante. Arriscamo-nos a colocar em dúvida a base de sustentação da tese em si mesma.

Primeiramente, não cremos se trate de estabilidade, mas de garantia de emprego. A estabilidade requer que a resolução do contrato se processe em Juízo. À luz de nosso ordenamento jurídico, isto significa necessidade de ajuizamento de inquérito, porque somente à Justiça do Trabalho é dado considerar o contrato resolvido, com assento em justa causa. Em segundo lugar, parece duvidosa a competência desta Justiça para instituir estabilidade. Esta pode advir da lei ou de situação mais vantajosa decorrente de estipulação convencional. Di-lo a Constituição Federal vigente, quanto ao primeiro aspecto, ao prescrever que ela, a Constituição, assegura aos trabalhadores estabilidade, com indenização na despedida ou fundo de garantia equivalente (artigo 165, XIII), "além de outros direitos que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social". A regulamentação da Constituição faz-se por lei ordinária. Até o presente, em casos de estabilidade, em número de dois, decorreram de lei: a decenal, regulamentada pela CLT e a provisória para o mandatário sindical (artigo 25, da Lei nº 5.107/66).

Dir-se-á que este último tipo de estabilidade se cristalizara na jurisprudência dos Tribunais de Trabalho, onde a lei sobre o FGTS se inspirara para instituir a chamada estabilidade provisória. De fato, assim foi. Ocorre que a primitiva redação do artigo 543 e seu parágrafo segundo, da CLT, a continha em sua essência. Dela é que a interpretação jurisprudencial extraiu aquela figura. Dispunha que o mandatário sindical "não podia" ser impedido do exercício de suas funções, nem transferido sem causa justificada... para lugar ou mister que lhe dificultasse ou tornasse impossível o desempenho da comissão ou mandato. Seu parágrafo segundo considerava o empregado em licença não remunerada, durante o tempo de ausência para o desempenho das funções. Nesse passo, repetia o artigo 476, da CLT, que considerava e considera como em licença remunerada o trabalhador em gozo de benefício previdenciário. Em última análise, o contrato de trabalho ficava suspenso, com o que sua dissolução somente seria possível por justa causa.

A partir de 1966, segundo a lei instituidora do FGTS, a estabilidade passou a estender-se desde o registro da candidatura do futuro mandatário. E hoje, à luz da CLT, vai até um ano, após o final do mandato (artigo 543, § 3º).

Seria de se invocar, por analogia, a chamada estabilidade provisória do mandatário sindical, para fim de sua extensão à gestante? Não

parece possa chegar a tanto a força normativa da Justiça. Primeiro, porque a CLT já fixa o prazo máximo de afastamento da mulher, em gozo de licença à maternidade. E se contenta com esse prazo, não estabelecendo outra garantia como, por exemplo, a legislação italiana que proíbe sua despedida até que a criança atinja um ano de idade (3). Depois, porque a Convenção de Washington, incorporada ao ordenamento positivo nacional, dispõe "ser ilegal" a despedida da mulher gestante, dentro do período máximo fixado pela autoridade competente de cada Estado e em nenhum momento se cuidou de condicionar sua dispensa à apreciação de órgão jurisdicional. Cuida, pois, de garantia de emprego.

Se assim não se entender, mantida a analogia com a situação do mandatário sindical, não será aconselhável que fique ao arbítrio de cada Tribunal o prazo de duração da chamada estabilidade provisória. Ou se adota o prazo de um ano, como está previsto para o representante sindical, ou se acolhe o prazo de seis meses de que trata o artigo 396, da CLT, reservado à gestante para dispor de intervalos especiais, com vista à amamentação da criança. Foi o critério adotado na legislação italiana, que fez proibir a dispensa por prazo coincidente com o período dentro do qual se reservam intervalos para fim de amamentação do filho da empregada-mãe (4).

(3) Lei nº 1.204, de 30.12.1971, artigo 2º.

(4) Lei nº 1.204, artigo 10.