

ARIANE GOMES DOS SANTOS

**Estabilidade provisória da empregada gestante:  
reflexões críticas**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Otávio Pinto e Silva

**Universidade de São Paulo**

**Faculdade de Direito**

**São Paulo**

**2019**

ARIANE GOMES DOS SANTOS

**Estabilidade provisória da empregada gestante:  
reflexões críticas**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de São Paulo – USP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Otávio Pinto e Silva.

São Paulo

2019

**Catálogo na Publicação**  
**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Santos, Ariane Gomes dos

Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas / Ariane Gomes dos Santos. -- São Paulo, 2019.

206 p. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: Otávio Pinto e Silva.

1. Direito do trabalho. 2. Empregada gestante. 3. Estabilidade provisória. 4. Proteção. 5. Legislação. 6. Brasil. I. Silva, Otávio Pinto e, orient. II. Título.

---

ARIANE GOMES DOS SANTOS

**Estabilidade provisória da empregada gestante:  
reflexões críticas**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito de São Paulo – USP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Otávio Pinto e Silva.

São Paulo, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2019.

---

Nome:

---

Nome:

---

Nome:

---

Nome:

---

Nome:

Dizem que a mulher é o sexo frágil  
Mas que mentira absurda  
Eu que faço parte da rotina de uma delas  
Sei que a força está com elas  
Vejam como é forte a que eu conheço  
Sua sapiência não tem preço  
Satisfaz meu ego, se fingindo submissa  
Mas no fundo me enfeitiça  
Quando eu chego em casa à noitinha  
Quero uma mulher só minha  
Mas pra quem deu luz não tem mais jeito  
Porque um filho quer seu peito  
O outro já reclama a sua mão  
E o outro quer o amor que ela tiver  
Quatro homens dependentes e carentes  
Da força da mulher  
Mulher, mulher  
Do barro de que você foi gerada  
Me veio inspiração  
Pra decantar você nessa canção  
Mulher, mulher  
Na escola em que você foi ensinada  
Jamais tirei um dez  
Sou forte mas não chego aos seus pés

(Erasmu Carlos)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, a Deus por me iluminar e conceder perseverança nesta nova caminhada.

Agradeço ao meu orientador, Otávio Pinto Silva, por ser um Mestre no aspecto mais autêntico do termo. Pela paciência, oportunidade de trabalhar juntos, pela confiança, sinceridade e incentivo.

Especial agradecimento aos meus pais, Marcelo e Irene, pelo apoio incondicional, e também ao meu avô Geraldo, que sempre incentivou a reflexão e o estudo.

Agradeço ao meu namorado Fabiano pela paciência, amor e compreensão nos momentos mais difíceis. Muito obrigado por fazerem parte da minha vida.

## RESUMO

SANTOS, Ariane Gomes dos. *Estabilidade provisória da empregada gestante: reflexões críticas*. 2019. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

Sob as lentes do direito do trabalho e direito processual do trabalho, pretende-se situar o debate acerca da proteção legal destinada à empregada gestante. O foco da análise são reflexões críticas sobre a estabilidade provisória prevista no artigo 10, *b*, II, da ADCT da Constituição Federal e suas repercussões. Mais especificamente, a pesquisa englobará o estudo de institutos, normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional do trabalho quanto à proteção destinada ao labor de empregadas que engravidam durante o pacto laboral e o aviso prévio, dando enfoque à garantia ao emprego por meio do trabalho, proteção ao nascituro e também concessão de indenizações compensatórias. O objetivo desta investigação é identificar em que patamar normativo e jurisprudencial encontra-se a proteção ao trabalho da empregada gestante no Brasil, identificando pontos centrais para aperfeiçoamento do sistema e propor caminhos para eficácia desse direito fundamental.

**Palavras-chave:** direito do trabalho – empregada gestante – estabilidade provisória – proteção – legislação – Brasil.

## ABSTRACT

SANTOS, Ariane Gomes dos. Temporary Stability of the Pregnant Employee: Critical Reflections. 2019. 206 p. Dissertation (Master degree) – Faculty of Law of the University of São Paulo, São Paulo.

Under the light of the labor law and the procedural labor law, the investigation intends to establish a massive discussion regarding the legal protection directed to the pregnant employee. The focus of this study are the critical considerations on the temporary stability predicted in the article 10, b, II, of the Transitory Constitutional Dispositions Act of the Federal Constitution and its repercussions. More specifically, the research will encompass the study of the institutes, norms and principles of internal law, community and international law regarding the protection destined to the job of employees that get pregnant during the labor relation and the notice of termination. The aim of this research is to identify in which normative level it is possible to verify the protection to the labor of the pregnant employee in Brazil, in order to analyze the main aspects for development of the system and to propose ways for the effectiveness of this fundamental right.

**Keywords:** labor law – pregnant employee – temporary stability – protection – legislation – Brazil.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>1 DAS NORMAS TUTELARES AO TRABALHO DA GESTANTE NA OIT E NA ONU.....</b>	<b>17</b>
1.1 As normas de proteção à gestante na Organização Internacional do Trabalho.....	17
1.1.1 A Convenção n.º 3 da OIT de 1919.....	19
1.1.2 A Convenção n.º 103 da OIT de 1952.....	22
1.1.3 A Convenção n.º 102 e a Recomendação n.º 95 da OIT de 1952.....	27
1.1.4 A Convenção n.º 183 da OIT de 1998.....	30
1.2 As normas de proteção à gestante na Organização das Nações Unidas.....	32
1.2.1 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.....	33
1.2.2 A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979.....	34
<b>2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE: BREVE HISTÓRICO NO CASO DO BRASIL .....</b>	<b>37</b>
2.1 Trajetória da proteção à maternidade .....	37
2.2 Constituição Federal de 1988.....	44
2.3 O debate acerca da extensão da licença maternidade na Assembleia Constituinte.....	51
2.4 Da garantia de emprego em razão da maternidade – Artigo 10, <i>b</i> , do ADCT .....	58
<b>3 ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E A PRÁTICA .....</b>	<b>66</b>
3.1 Da licença-maternidade.....	66
3.1.1 Súmulas n.º 142, n.º 244 e n.º 260 do TST.....	67
3.2 Garantia de emprego x contrato por prazo determinado.....	72
3.3 Do nascituro sem vida (natimorto) ou morte após o parto.....	77
3.4 As teorias – subjetiva e objetiva – acerca do direito à estabilidade .....	79
3.5 Estabilidade e aviso prévio.....	89
3.6 Pedido de demissão feito pela gestante.....	95
3.7 Dispensa por comum acordo .....	101
3.8 Rescisão por justa causa.....	105
3.9 Reintegração da gestante após a dispensa.....	113

3.10 Limite para indenização se frustrada a reintegração por recusa da empregada ou demora no ajuizamento da ação.....	119
3.11 Do conflito entre a atual interpretação ao artigo 10, II, <i>b</i> , do ADCT e o princípio da boa-fé objetiva.....	125
<b>4 O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO DA MULHER.....</b>	<b>140</b>
4.1 O combate às práticas discriminatórias contra a mulher.....	140
4.2 Lei n.º 9.029/1995 e suas implicações.....	151
4.3 Lei n.º 9.799/1999 e suas implicações.....	154
4.4 Exame demissional.....	156
4.5 Do Programa Empresa Cidadã – Lei n.º 11.770/2008.....	165
4.6 Acordos e convenções coletivas.....	173
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>183</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>187</b>
<b>ANEXO I – TABELAS, GRÁFICOS E FIGURA.....</b>	<b>199</b>

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Estudantes de 5 anos ou mais de idade por sexo segundo o nível de ensino 1970.....	43
Tabela 2	Grau ou curso completo das pessoas de 10 anos ou mais de idade por sexo – 1970.....	43
Tabela 3	Incidência dos núcleos familiares entre os chefes de família .....	50
Tabela 4	Estatísticas descritivas: grupos de tratamento e controle.....	58
Tabela 5	Taxa de atividade dos trabalhadores com 16 anos ou mais de idade, por sexo, segundo os grupos de idade e a cor ou raça – Brasil 200/2010 .....	71
Tabela 6	Visitas reduzidas/visitas periódicas versus padrão de cuidados: mortes de fetos e neonatais no estudo da OMS de 2001 .....	110
Tabela 7	Média de horas semanais dedicadas aos afazeres domésticos por sexo, segundo determinadas características pessoais ou dos domicílios – Brasil, 2014.....	142
Tabela 8	Pessoas de 25 anos ou mais de idade ocupadas em cargos de direção, total e proporção por sexo, segundo os ramos de atividade econômica – Brasil, 2012.....	144
Tabela 9	Diferenças em diferenças tradicional por ano de adesão ao Programa Empresa Cidadã: contratações líquidas e salários dos trabalhadores, no Brasil .....	172

## LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1	Proporção das famílias com mulheres responsáveis, nas famílias únicas e convivente principais em domicílios particulares, segundo a cor ou raça do responsável pela família, o tipo de composição familiar, as classes de rendimento nominal mensal familiar <i>per capita</i> e a presença de filho/enteado de 0 a 5 anos idade na família – Brasil – 2010 .....	62
Gráfico 2	Taxa de atividade da população de 16 anos ou mais de idade, por sexo e cor/raça. Brasil, 2004 a 2014 .....	143
Gráfico 3	PNAD Contínua .....	150
Gráfico 4	Adesão ao programa Empresa Cidadã .....	170

## **LISTA DE FIGURA**

Figura 1	Anúncio da ditadura publicado nos jornais.....	69
----------	--	----

## INTRODUÇÃO

“É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta.”

**Simone de Beauvoir**

Por séculos, as mulheres viveram sob o jugo dos homens e de uma sociedade opressora que não as permitia nada, a não ser almejar o casamento e preparar-se para a procriação. Quantas não foram as mulheres abandonadas ou mortas simplesmente por não conseguirem gerar um filho varão.

Atos hoje naturais, como estudar, trabalhar fora do lar, votar, faziam apenas parte do imaginário da grande maioria das mulheres. Felizmente, muito se conquistou nos últimos séculos, porém ainda vivemos em uma sociedade machista e que tende a ver a mulher como um ser frágil, destinado à vida doméstica e devotado aos filhos.

Atualmente, no Brasil, não há lei que impeça a mulher de trabalhar fora, aliás, é esperado que ela o faça, porém também são esperados o matrimônio e a maternidade. O problema posto traduz-se na incompatibilidade das expectativas com relação à vida da mulher, afinal, como poderá competir no mercado de trabalho, cada vez mais acirrado, se a responsabilidade da maternidade repousa sobre seus ombros.

Essa reflexão histórica e sociológica, por extrema complexidade e amplitude, não poderia ser comportada em sua inteireza apenas neste singelo estudo, razão pela qual aceita-se a provocação de uma reflexão sobre a proteção de empregada gestante no Brasil, na atualidade, e em que medida ela evoluiu no País.

O tema é bastante instigante, com questões muito delicadas e respostas difíceis de ser dadas apenas pelo Direito. Ainda que no plano ideal – ou jurídico formal –, a discussão sobre a proteção do trabalho da mulher gestante pode parecer improdutiva pela aparente inexistência de dicotomia, em grande medida pela evolução legislativa brasileira na promoção da igualdade e da proteção a mulher, porém é no plano fático que nascem eventos a justificar um debate sobre proteção formal *versus* proteção fática às empregadas gestantes.

Grande é a gama de institutos, normas e princípios de direito interno, comunitário e internacional do trabalho destinados não só à proteção da mulher no período da gravidez, mas também com o escopo de diminuir a discriminação relativa ao trabalho das mulheres.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 10, II, do ADCT da Constituição Federal, a duração da licença-maternidade foi estendida para 120 dias, bem como foi conferida à gestante estabilidade provisória:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição:

[...] II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

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

O que vem sendo discutido na prática é se o objeto principal da norma constitucional seria assegurar a tranquilidade à mãe, emocional e financeira, enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida, ou garantir a proteção da saúde e integridade física do nascituro.

Outro ponto polêmico diz respeito ao dia a dia do Judiciário, em que se questiona se dentro do escopo da norma constitucional estariam contempladas a garantia do emprego em si, a reintegração ou a indenização correspondente ao período de estabilidade, uma vez que, ainda hoje, é possível observar lides ajuizadas por empregadas que foram dispensadas grávidas ou que engravidaram durante o aviso prévio, e que, sem nunca terem entrado em contato com o empregador solicitando o retorno ao trabalho, ajuízam ações próximas do prazo final da prescrição bienal prevista no artigo 7.º da Constituição Federal.

Ademais, também é tema de controvérsia a intenção do legislador quando menciona que a estabilidade da gestante tem início na confirmação da gravidez, bem como a necessidade de a empregada comunicar oficialmente o empregador de sua gravidez para que se beneficie da estabilidade prevista na Constituição Federal.

Este estudo pretende, então, realizar uma discussão a respeito da eficácia e do alcance da proteção constitucional à maternidade no Brasil e ampliação de suas garantias e, também, investigar, ainda que de forma sumária, a construção jurisprudencial e normas correlatas acerca do tema.

Objetiva-se igualmente identificar e questionar as razões apresentadas para impedimento das realizações de exames que possam confirmar a gravidez da empregada quando do pedido de demissão ou dispensa, uma vez que não há lei nesse sentido.

Pretende-se, ainda, estudar mecanismos de estímulo à comunicação da gravidez ao empregado, logo após a sua ciência, como forma de promover a igualdade da mulher no mercado de trabalho, rompendo padrões culturais de discriminação que têm se formado ao longo de nosso processo histórico, bem como entender a importância da boa-fé nas relações contratuais.

O presente estudo será realizado a partir das principais Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho, da Organização das Nações Unidas, bem como da doutrina brasileira a respeito do trabalho da mulher.

Ademais, serão realizados o estudo do ordenamento jurídico nacional e pesquisa jurisprudencial para conferir o atual entendimento acerca da judicialização da estabilidade provisória da gestante, com enfoque na determinação da reintegração e/ou pagamento de indenização compensatória.

Ainda, como elementos empíricos para o presente estudo, serão utilizados os dados obtidos em pesquisas e arquivos oficiais relativos ao mercado de trabalho no Brasil, fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e outros institutos.

Desse modo, no Capítulo 1, pretende-se demonstrar um estudo das normas internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) aplicáveis ao tema.

No Capítulo 2, apresenta-se uma análise da trajetória das regras de proteção à maternidade no âmbito constitucional, além de buscar compreender os motivos que levaram à edição do artigo 10, II, do ADCT da Constituição Federal, mediante o exame dos debates ocorridos na Assembleia Constituinte.

Em seguida, no Capítulo 3, far-se-á uma análise da garantia da empregada em razão da maternidade de acordo com o ordenamento constitucional, com considerações acerca das hipóteses em que se tem reconhecimento da estabilidade provisória e as consequências quando do conhecimento da gravidez da empregada no encerramento do vínculo empregatício.



Na medida em que serão vistas as regras de direito positivo, neste capítulo ainda se pretende apontar como o direito posto é aplicado pelos Tribunais. Assim, será apresentado neste estudo o posicionamento jurisprudencial das Cortes Trabalhistas a respeito da proteção do trabalho da empregada gestante.

Em seguida, o Capítulo 4 será dedicado à abordagem do combate às práticas discriminatórias contra a mulher, destacando-se a dicotomia existente entre os princípios e direitos que detêm empregadas e empregadores na relação de trabalho e que podem entrar em conflito quando se trata do reconhecimento da estabilidade provisória, reintegração e pagamento de indenização compensatória.

No tocante às normas nacionais estatais, não será esgotada neste estudo a análise de todo o ordenamento e arcabouço jurídico brasileiro, tampouco de um instituto específico dentro do direito do trabalho da mulher; será oferecida uma visão mais horizontal e ampla da efetividade dos princípios da proteção da trabalhadora gestante, com enfoque em leis que têm por escopo evitar a discriminação do trabalho da mulher e elastecer a previsão constitucional.

Os dados estatísticos, notadamente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entre outras fontes oficiais sobre mercado de trabalho da mulher, serão de grande valia para aferição da efetividade das normas de proteção ao trabalho da mulher no Brasil. Embora não sejam objeto deste estudo, na medida em que se entender necessário, tais dados serão mencionados para melhor compreensão do tema.

Ao final, serão apresentadas as considerações finais sobre os principais pontos debatidos e analisados. Portanto, pretende-se contribuir para os debates a respeito da estabilidade provisória da empregada gestante, bem como contribuir com parâmetros jurídicos que possam propiciar uma relação de trabalho mais isonômica e adequada aos tempos atuais.

# 1 DAS NORMAS TUTELARES AO TRABALHO DA GESTANTE NA OIT E NA ONU

A busca pela igualdade de direitos e oportunidades para homens e mulheres tornou-se um paradigma do século XX e permanece até os dias atuais. Vagarosamente, os direitos das mulheres foram integrados aos mecanismos de direitos humanos, dando ensejo à construção de uma cultura universal, de respeito pela pessoa humana.<sup>1</sup>

Especificamente, as normas internacionais de proteção ao trabalho da mulher caminham no sentido de diminuir as diferenças entre o trabalho da mulher e do homem, facilitando o acesso e a manutenção dos contratos de trabalho das mulheres.

No âmbito internacional, os direitos das mulheres e conseqüentemente das gestantes passaram a receber proteção especial, por meio de mecanismos gerais ou específicos, que integram os sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos.

Por tal razão, passa-se a analisar os principais regramentos de proteção da trabalhadora gestante no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Organização das Nações Unidas (ONU).

## 1.1 As normas de proteção à gestante na Organização Internacional do Trabalho

O fim da 1.<sup>a</sup> Guerra Mundial e o romper da Revolução Russa<sup>2</sup> exerceram no mundo capitalista grande influência para reorganizar-se, e percebeu-se a imperiosa necessidade de instituir um marco de proteção aos trabalhadores antes que estes se vissem dispostos a promover as mudanças nos termos em que estas ocorreram na antiga Rússia. Nesse sentido,

---

<sup>1</sup> VERUCCI, Florisa. *O direito da mulher em mutação: os desafios da igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 5.

<sup>2</sup> Acerca da Revolução, pontua com assertividade Jorge Souto Maior: “Do ponto de vista da construção jurídica, a experiência da Revolução Russa, desde o seu primeiro momento, deixa um legado bastante relevante para a evolução da consciência humana. Com efeito, aquela ruptura que seria mais que razoável supor que viesse a ocorrer após o término da Segunda Guerra Mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, como se verá adiante, não se deu concretamente, vem, claramente, exposta, por razões óbvias, na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 04 de janeiro de 1918” (*Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. v. 1, p. 265).

observação de Freitas Jr.:<sup>3</sup> “O êxito da revolução soviética tornou crível e ameaçadora a iminência de novas vitórias socialistas, impondo às elites vitoriosas a inclusão da questão social na agenda da reconstrução europeia”.

Assim, é criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, a Organização Mundial do Trabalho (OIT), é a agência das Nações Unidas<sup>4</sup> que tem por missão promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade.<sup>5</sup>

Conforme a própria organização destaca, o Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana, sendo consideradas circunstâncias fundamentais para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.<sup>6</sup>

Portanto, desde a sua criação, a OIT tem editado normas internacionais sobre as relações de trabalho a serem aplicadas pelos países signatários, sendo considerada fonte de Direito Internacional do Trabalho.<sup>7</sup>

A esse respeito, Barzoto<sup>8</sup> destaca que as normas internacionais do trabalho se dirigem a dois âmbitos: fixam “metas a serem alcançadas por políticas nacionais e

---

<sup>3</sup> FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. História universal e direito do trabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 37, v. 144, p. 19, out.-dez. 2011.

<sup>4</sup> Importante destacar que, de acordo com Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho: “Embora dotada de personalidade própria, a OIT se vincula à ONU como organismo especializado para empreender, no campo social, a ação que considere apropriada em consonância com o seu instrumento constitutivo básico. Releva ponderar, entretanto, que essa vinculação à ONU não desfigura a personalidade de pessoa jurídica de direito internacional dos organismos reconhecidos com tal qualidade. A OIT, como os demais organismos especializados vinculados à ONU, possui personalidade jurídica independente, sem embargo dos compromissos e obrigações resultantes do acordo de reconhecimento. Instituída como uma associação de Estados, à qual aderiram novos Estados-Membros, a OIT acarreta certas obrigações à atividade estatal, no campo de sua competência” (*Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2, p. 1479).

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/pt/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 1.º jun. 2017.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> A esse respeito esclarecem também Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho: “O conjunto de normas consubstanciadas nas convenções e recomendações constitui o que a OIT denomina ‘Código Internacional do Trabalho’, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos. Não se trata, porém, de um código na acepção técnica da palavra, uma vez suas normas integram a legislação nacional de cada um dos Estados-Membros da OIT, na medida em que forem ratificadas as correspondentes convenções e transformadas em lei as respectivas recomendações” (*Instituições de direito do trabalho* cit., p. 1488).

<sup>8</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007. p. 94.

estabelecem um marco para a correção internacional” e protegem os direitos humanos fundamentais ao traduzirem “um consenso internacional sobre como regular e garantir níveis mínimos de proteção aos trabalhadores, aceitáveis para a comunidade internacional”.

Considerando que no Brasil as Convenções da OIT ratificadas têm a mesma eficácia das leis ordinárias no ordenamento jurídico nacional, salvo se aprovadas na forma mencionada pelo § 3.º do artigo 5.º da Constituição Federal, quando integrariam a ordem interna com força de norma constitucional, bem como o fato de que a legislação brasileira sobre a proteção à maternidade sofreu influência significativa de tais Convenções, passar-se-á brevemente a analisar as Convenções e Recomendações da OIT e seus efeitos no ordenamento nacional no tocante à proteção destinada as gestantes.

### *1.1.1 A Convenção n.º 3 da OIT de 1919*

A Convenção n.º 3 da OIT, que dispõe sobre o trabalho da mulher antes e depois do parto,<sup>9</sup> foi ratificada em 26 de abril de 1934, pelo Brasil, promulgada pelo Decreto n.º 423, de 12 de novembro de 1935, revogando-se os dispositivos do Decreto n.º 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que lhe eram contrários, pois a norma internacional previa um descanso de seis semanas antes e depois do parto, em vez de quatro semanas até então vigentes, bem como o custeio do benefício pelo Estado, não pelo empregador como vigorava.

Apesar de breve, essa Convenção, além de incluir o direito à licença-maternidade, como exposto, previa o direito a benefícios médicos pagos, proibição de dispensa<sup>10</sup> à gestante

<sup>9</sup> Também sobre o tema, em 1921 foi emitida a Recomendação n.º 12 sobre o trabalho da mulher no campo antes e após o parto: “Que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo adopte medidas para garantizar a las mujeres asalariadas empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto, semejante a la protección concedida por el Convenio adoptado en Wáshington por la Conferencia Internacional del Trabajo a las mujeres empleadas en la industria y en el comercio, y que dichas medidas comprendan el derecho a un período de ausencia, antes y después del parto, y a una prestación durante el mismo período, financiada con fondos públicos, o por un sistema de seguros” (Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID,P12100\\_LANG\\_CODE:312350,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312350,es:NO)>. Acesso em: 1.º jul. 2017).

<sup>10</sup> “Artigo 4.º No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphios (a) e (b) do artigo 3.º 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” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>>. Acesso em: 30 maio 2017).

e à lactante e pausas para amamentar. Ainda, com o fulcro máximo de promover a igualdade, rompeu com os paradigmas da época ao falar em seu artigo 2.º da referida convenção que: “Para a aplicação da presente Convenção, o termo ‘mulher’ designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou nacionalidade, casada ou não, e o termo ‘filho’ designa, todo o filho, legítimo ou não”.

A Carta Constitucional de 1934 ratificou os direitos consagrados no Decreto n.º 21.417-A, de 17 de maio de 1932, dando-lhe nível constitucional, de maneira que tais direitos ganharam um patamar de norma constitucional a partir de então.

Contudo, na 42.ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, após muita discussão, o Brasil foi incluído em uma espécie de “lista negra” por não cumprir as obrigações decorrentes da ratificação da Convenção n.º 3, principalmente no tocante ao fato de que, em 1958, no Brasil o custo do salário-maternidade ainda era do empregador.<sup>11</sup>

O representante brasileiro da ONU à época, José Augusto Seabra, defendia que a legislação brasileira era mais benéfica do que o texto da Convenção n.º 3 da OIT, e, de forma simplória, afirmava que não acreditava que existisse discriminação contra o trabalho da mulher. Visualmente, a seguir, parte do debate oral consignado na ata da Sessão de 20 de junho de 1958:

Sr. Seabra: De acordo com a legislação do Brasil, o salário que deve perceber a trabalhadora gestante está a cargo do empregador, enquanto que o seguro social só é responsável pela assistência médica, além de um auxílio financeiro. Diversamente, o Convênio dispõe que o seguro social é responsável por todos os encargos.

A adaptação da legislação brasileira a este sistema não me parece fácil, justa ou necessária. Realmente não é fácil, pois, apesar da boa vontade do Governo em emendar a legislação, existe a dificuldade, dificilmente superável de que o preceito que obriga o pagamento de salário integral à trabalhadora gestante está contido na Constituição de 1946 e não pode, em consequência, ser derogado por lei ordinária.

Não estimo tampouco justa a adaptação pretendida, pois as trabalhadoras gestantes, atualmente, estão protegidas por uma disposição constitucional e não por simples lei ordinária, que poderia ser modificada a todo momento; e, de resto, o Convênio n.º 3 nada diz a respeito do montante da prestação, que o Convênio posterior, n.º 103, arbitra em 2/3 do salário, enquanto a legislação do Brasil estabelece o pagamento integral do mesmo salário, por parte do empregador. Por este motivo a emenda seria desnecessária, já que a legislação brasileira é mais favorável que a disposição contida no Convênio e, assim, não cabe alterá-la, em virtude do que estabelece o art. 19 § 8 da Constituição da OIT.

---

<sup>11</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995. p. 417.

[...] Não creio que no Brasil, ou em qualquer outro país, haja a possibilidade de discriminação contra o emprego da mulher pelo fato de ocasionalmente vir o empregador a pagar salários durante o período de afastamento da gestante. Ao empregador o que mais lhe preocupa é a eventual interrupção do trabalho, em detrimento da produção, e não os encargos de salários que haja de suportar.

A descontinuidade de trabalho é que poderia motivar uma discriminação, e, não obstante, o trabalho feminino é cada vez maior, no Brasil como em toda parte. Em verdade, de um ponto de vista mais amplo, hoje em dia, pode-se afirmar que é impossível haver uma atitude discriminatória a respeito da mulher, cujo trabalho é absolutamente necessário e inevitável.<sup>12</sup>

Com base no relatório apresentado pelo Procurador José Augusto Seabra e acatando a resolução de relatoria do Ministro Arnaldo Süssekind, o Brasil, por meio do Decreto n.º 51.627, de 18 de dezembro de 1962, procedeu à denúncia da Convenção n.º 3 da OIT.

A tão discutida recomendação da OIT, de que o custeio da licença-maternidade ocorresse de forma concorrente, pela sociedade de maneira geral, por meio de um sistema de seguridade social ou estrutura análoga, a fim de não onerar unicamente o empregador que admitiu a mulher,<sup>13</sup> é precursora em buscar o reconhecimento da função social da maternidade, fenômeno biológico cujos desdobramentos deveriam ser coletivamente assumidos e partilhados.

Não há dúvidas de que a licença-maternidade, entre outros objetivos, visa cooperar para a reprodução social e por tal razão não deve ser um ônus apenas do empregador, e sim de toda a sociedade.

O senso de coletividade trazido em seu bojo pode ser considerado um antídoto eficiente à discriminação na contratação de mulheres, afinal, historicamente, o custeio da licença-maternidade em si também serviu como elemento de discriminação das mulheres de determinadas idades em virtude do encarecimento do valor da mão de obra.

---

<sup>12</sup> SEABRA, José Augusto. *Proteção à empregada gestante*. Serviço de Documentação do M.T.I.C. Brasil, 1959. p. 8-9. (Coleção Lindolfo Collor.)

<sup>13</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 3, p. 166.

### 1.1.2 A Convenção n.º 103 da OIT de 1952

A Convenção n.º 103 da OIT, adotada na 35.ª Sessão da Conferência, em Genebra (1952), foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965,<sup>14</sup> e efetuado o registro do instrumento de ratificação em 18 de junho de 1965. Entrou em vigor, para o Brasil, em 18 de junho de 1966, e foi promulgada pelo Decreto n.º 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no *Diário Oficial da União*, de 19 de julho de 1966.

Em apertada síntese, referida Convenção reviu a Convenção n.º 3, estendendo sua aplicação de maneira igualitária a: mulheres empregadas em empresas industriais; em trabalhos não industriais e agrícolas; mulheres assalariadas que trabalham em domicílio (artigo 1.º); e trabalhadoras rurais e domésticas.<sup>15</sup>

Registre-se que, na Terceira Conferência, a OIT, em 15 de novembro de 1921, havia sido adotada a Recomendação n.º 12 para que os Estados-membros viessem a

<sup>14</sup> Importante mencionar que a Convenção foi ratificada, contudo, com reservas aos incisos b e c do parágrafo 1.º do artigo VII que tratavam da trabalhadora rural e doméstica em flagrante discriminação contra estas mulheres como se fossem seres humanos de segunda classe.

“[...] Art. VII – 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifica a presente convenção pode, por meio de uma declaração que acompanha sua ratificação, prever derrogações no que diz respeito:

b) a trabalhos executados em empresas agrícolas outras que não plantações;

c) ao trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares” (Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/node/524#\\_ftn1](http://www.oitbrasil.org.br/node/524#_ftn1)>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>15</sup> “[...] Artigo 1.º

1. A presente Convenção aplica-se às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive as mulheres assalariadas que *trabalham em domicílio*.

2. Para os fins da presente convenção, o termo ‘empresas industriais’ aplica-se às empresas públicas ou privadas bem como a seus ramos (filiais) e compreende especialmente [...]

3. Para os fins da presente Convenção, o termo ‘trabalhos não industriais’ aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas e serviços públicos ou privados seguintes, ou em relação com seu funcionamento [...]

[...]

h. O trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares; bem como a todos os outros trabalhos não industriais aos quais a autoridade competente decidir aplicar os dispositivos da convenção.

4. Para os fins da presente Convenção, o termo ‘trabalhos agrícolas’ aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas agrícolas, inclusive as plantações (fazendas) e as grandes empresas agrícolas industrializadas.

5. Em todos os casos onde não parece claro se a presente convenção se aplica ou não a uma empresa, a uma filial (ramo) ou a um trabalho determinado, a questão deve ser decidida pela autoridade competente após consulta às organizações representativas de empregadores e empregados interessadas, se existirem.

6. A legislação nacional pode isentar da aplicação da presente convenção as empresas onde os únicos empregados são os membros da família do empregador de acordo com a referida legislação” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 31 maio 2017).

implementar garantias para as mulheres assalariadas empregadas em atividades agrícolas, com direito à proteção antes e depois do parto e à fixação de salário-maternidade às expensas de fundo público ou seguro social.<sup>16</sup>

Assim como a Convenção n.º 3, a Convenção n.º 103 também previu proteção à mulher solteira e com filhos, bem como aos filhos havidos dentro ou fora do casamento, na contramão do momento vivido no Brasil, onde vigorava o Estatuto da Mulher Casada,<sup>17</sup> com previsões que extraíam qualquer protagonismo da mulher.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251).

Compete-lhe:

I – A representação legal da família;

II – *a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher* que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9.º, n.º I, c, 274, 289, n.º I e 311).

Art. 326. Sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com o *cônjuge inocente*.

§ 1.º Se ambos os cônjuges forem culpados ficarão em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.

§ 2.º Verificado que não devem os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, deferirá o juiz a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantenha relações sociais com o outro a quem, entretanto, será assegurado o direito de visita.

A licença-maternidade, nos termos do artigo 3.º da Convenção, era garantida a toda mulher, mediante exibição de um atestado médico, que indicasse a data provável de seu parto, estabelecendo-se que a duração dessa licença seria de doze semanas, no mínimo, sendo uma

<sup>16</sup> “[...] La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo recomienda:

Que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo adopte medidas para garantizar a las mujeres asalariadas empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto, semejante a la protección concedida por el Convenio adoptado en Washington por la Conferencia Internacional del Trabajo a las mujeres empleadas en la industria y en el comercio, y que dichas medidas comprendan el derecho a un período de ausencia, antes y después del parto, y a una prestación durante el mismo período, financiada con fondos públicos, o por un sistema de seguros” (Disponível em sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312350:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312350:NO)>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>17</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2017.



parte dessa licença concedida, obrigatoriamente, depois do parto, conforme dispusesse a legislação nacional, mas nunca inferior a seis semanas.<sup>18</sup>

O item 4 do artigo 3.º dispõe que, se o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente é prorrogada automaticamente até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por tal razão.

Havia também a previsão de extensão da licença, em caso de doença confirmada por atestado médico, como resultante da gravidez, para realização de pré-natal, bem como doença confirmada por atestado médico como corolário do parto. Em ambos os casos, a duração máxima poderia ser estipulada pela autoridade competente,<sup>19</sup> que no caso do Brasil é o Congresso Nacional.

O salário-maternidade foi estabelecido no artigo 4.º, de modo que a mulher, ausentando-se de seu trabalho em virtude licença-maternidade, teria direito a prestações em espécie e à assistência médica. Importante que as prestações percebidas deveriam ser suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho, segundo um padrão de vida apropriado,<sup>20</sup> conceito ao que tudo indica deveras aberto a interpretações.

---

<sup>18</sup> “Artigo 3.º

1. Toda mulher à qual se aplica a presente Convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico, que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.
2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente, depois do parto.
3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional, não será, porém, nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seja antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória, ou seja, ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda. [...]” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>19</sup> “[...]”

Artigo 3.º [...]”

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.
5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.
6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário do parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/524>>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>20</sup> “[...] Artigo 4.º

1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.
2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional de maneira a serem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriado.

No seu item 3, a Convenção estabelece que a assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e após o parto, prestadas por enfermeira (*parteira diplomada*) ou por médico e, bem assim, a hospitalização quando necessária.

Dignas de nota ainda são as disposições dos itens 4 ao 8 do artigo 4.º que estabeleciam que as prestações em espécie e a assistência médica seriam concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos, sendo em ambos os casos concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas.

O item 8<sup>21</sup> mais uma vez externa o entendimento da OIT de que o empregador não deveria ser pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega. Como mencionado, referido item foi um dos motivos pelo qual o Brasil denunciou a Convenção n.º 3 e ao que tudo indica continuou sendo o principal motivo pela demora na ratificação da Convenção n.º 103.

À época, no Brasil, o trabalho fora do lar era considerado um tabu que não deveria ser estimulado pelo Poder Público, como é possível notar das considerações feitas pelo Procurador do Brasil José Augusto Seabra que, ao discutir sobre a Convenção n.º 103, assim se manifestou acerca do descomedimento do trabalho feminino:

---

3. A assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestadas por parteira diplomada ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária; a livre escolha do médico e a livre escolha entre um estabelecimento público ou privado serão respeitadas” (Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm>>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>21</sup> “[...] Artigo 4.º [...]”

4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos; em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preencham as condições estipuladas.

5. As mulheres que não podem pretender, de direito, a quaisquer prestações, receberão apropriadas prestações pagas dos fundos de assistência pública, sob ressalva das condições relativas aos meios de existência prescritas pela referida assistência.

6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração.

7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade, e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagos de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente, pelos empregadores e empregados.

8. “Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm>>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

Êsse abundante engajamento de mulheres em serviços de toda sorte, a que, mercê de Deus, ainda não se chegou no Brasil, representa, a meu ver, um descomedimento, senão até um espetáculo contristador, que, naturalmente, foi iniciado por efeito das guerras e ainda se mantém por motivo das condições sócio-econômicas dominantes; mas, como um mal necessário, sem dúvida deverá ser colocado sob a proteção da lei, sem contudo, ser estimulado pelo legislador, nacional ou internacional.<sup>22</sup>

Nesse mesmo sentido, encontra-se o discurso do Senador Attilio Vivácque, em sessão do Senado Federal realizada também no ano de 1958: “[...] predominava o ânimo de proteger a trabalhadora gestante, mas jamais o de estimular, de qualquer forma, o trabalho da mulher fora do lar”.<sup>23</sup>

Somente em 1974, após a edição da Lei n.º 6.136, o Brasil regularizou a transferência do custo do salário-maternidade para seguro obrigatório, a desvincular o empregador da obrigação de pagar o salário da empregada que daria à luz. O custeio do salário-maternidade era de 0,3%,<sup>24</sup> que foi extinto pela Lei n.º 7.787/1989,<sup>25</sup> visto que ficou englobado no percentual de 20% que a empresa deve recolher sobre a folha de pagamento, e tal orientação foi repetida no inciso I do artigo 22 da Lei n.º 8.212/1991.

No sistema brasileiro em vigor, a empresa paga o salário para a empregada em licença-maternidade, mas tem o direito de deduzir integralmente o valor de seus recolhimentos previdenciários pendentes, conforme artigo 94<sup>26</sup> do Decreto n.º 3.048/1999.

<sup>22</sup> SEABRA, José Augusto. *Proteção à empregada gestante* cit., p. 20.

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>24</sup> “Art. 4.º O custeio do salário-maternidade será atendido por uma contribuição das empresas igual a 0,3% (três décimos por cento) da folha de salários de contribuição, reduzindo-se para 4% (quatro por cento) a taxa de custeio do salário-família fixada no § 2.º, do artigo 35, da Lei número 4.863, de 29 de novembro de 1965” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>25</sup> “Art. 3.º A contribuição das empresas em geral e das entidades ou órgãos a ela equiparados, destinada à Previdência Social, incidente sobre a folha de salários, será:

I – de 20% sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7787.htm)>. Acesso em: 11.06.2017).

<sup>26</sup> “Art. 94. O salário-maternidade para a segurada empregada consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, devendo aplicar-se à renda mensal do benefício o disposto no art. 198” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2017).

Outro importante direito conquistado pelas mulheres na Convenção n.º 103 foi o intervalo remunerado para amamentação, sem prejuízo do salário e sem elastecimento da jornada, previsto no artigo 5.º.<sup>27</sup>

A garantia de emprego para trabalhadora gestante foi estabelecida no artigo 6.º, que expressamente previa a possibilidade de a mulher se ausentar do trabalho em virtude de gravidez, estabelecendo como ilegal a dispensa durante a licença ou em data que o prazo do aviso prévio termine, enquanto durar a ausência supramencionada.<sup>28</sup>

Assim, a Convenção n.º 103 da OIT é considerada uma das principais normas internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres.

### *1.1.3 A Convenção n.º 102 e a Recomendação n.º 95 da OIT de 1952*

Ainda na 35.ª Conferência da OIT, em 28 de junho de 1952, foram aprovadas a Convenção n.º 102 e a Recomendação n.º 95, dispendo sobre o amparo à maternidade e normas mínimas de Seguridade Social.<sup>29</sup>

A Convenção n.º 102 foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 268/2008, e em seu bojo constam disposições referentes ao tratamento mínimo adequado que deve ser dado a doenças mórvidas de qualquer origem, gravidez e parto. Aborda também a concessão de auxílio-doença, de benefício de velhice e afastamento por acidente de trabalho; benefício familiar (para manutenção dos filhos); auxílio-maternidade; benefício por invalidez; e benefício de sobreviventes, em decorrência do falecimento do segurado, entre outras.

---

<sup>27</sup> “[...] Artigo 5.º

1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.

2. As interrupções do trabalho para fins de aleitamento devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com esta; nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente” (Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm>>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>28</sup> “[...] Artigo 6.º

Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3.º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada” (Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm>>. Acesso em: 18 out. 2011).

<sup>29</sup> Importante esclarecer que as convenções se diferenciam das recomendações em razão do tema, ou de um dos seus aspectos, que não seja considerado conveniente ou apropriado para ser no momento objeto de uma convenção, conforme se verifica dos termos do artigo 19, § 1.º, da Constituição da OIT.

Referida Convenção reconhece as prestações de maternidade como uma das nove áreas da proteção social. Sua parte VIII, referente às prestações de maternidade, prevê assistência médica e pagamentos periódicos para compensar a suspensão de ganhos de mães trabalhadoras.<sup>30</sup>

A Recomendação n.º 95, assim como a Convenção n.º 103, introduz a maternidade como bem jurídico tutelado prevendo a possibilidade de prorrogação para até quatorze semanas da licença-maternidade, sempre que possível e necessário para a saúde da mulher e seu filho, especialmente quando houver condições anormais, entre as quais o aborto e outras complicações durante a gravidez.<sup>31</sup>

Em seu item II, a norma recomenda que o salário-maternidade seja fixado em 100% dos ganhos da mulher, para garantir-lhe tranquilidade financeira e atender suas necessidades pessoais, além de outras garantias assistenciais também previstas na Convenção n.º 103 do mesmo ano.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> “[...] Art. 50. No que diz respeito à suspensão de proventos decorrentes da gravidez, do parto e de suas consequências, a prestação consistirá em um pagamento periódico calculado de acordo com os dispositivos do artigo 65 ou do artigo 66. A importância do pagamento periódico poderá variar no decorrer do evento contanto que a importância média seja conforme aos dispositivos precitados.

Art. 51. As prestações mencionadas nos artigos 49 e 50, no evento coberto, devem ser asseguradas, pelo menos, a uma mulher pertencente às categorias amparadas que houver completado período de carência considerado suficiente para evitar abusos; as prestações mencionadas no artigo 49 devem igualmente ser asseguradas às esposas de homens pertencentes às categorias amparadas quando estes completarem o período de carência previsto.

Art. 52. As prestações mencionadas nos artigos 49 e 50 devem ser concedidas durante toda a duração do evento; todavia, os pagamentos periódicos podem ser limitados a doze semanas, a não ser que um período mais longo de abstenção do trabalho seja imposto ou autorizado pela legislação nacional, caso em que os pagamentos não poderão ser limitados a um período de menor duração” (Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/468>>. Acesso em: 29.06.2017).

<sup>31</sup> “[...]”

#### I. Descanso de Maternidad

##### 1.

1) Cuando sea necesario para la salud de la mujer, y siempre que sea posible, el descanso de maternidad previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería ser prolongado hasta completar un período de catorce semanas.

2) Los organismos de control deberían estar autorizados para prescribir en casos individuales, mediante presentación de un certificado médico, una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal previsto en los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 3 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, si dicha prolongación se considerase necesaria en interés de la salud de la madre y del hijo, y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerpério” (Disponível em sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R095](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R095)>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>32</sup> “[...]”

#### II. Prestaciones de Maternidad

##### 2.

No tocante à amamentação, o item 3.1 da Recomendação n.º 95 estabelece a necessidade de intervalos de uma hora e trinta minutos, no mínimo, durante a jornada de trabalho, para amamentação dos filhos, bem como a criação de instalações fora do local de trabalho para que possam amamentar os filhos e dar-lhes a devida assistência, com financiamento ou subvenções do seguro social.

A garantia de emprego às mulheres gestantes foi estabelecida também no item 4 da mesma norma e prevê ilegal a dispensa durante a gravidez, bem como um mês depois do período de licença-maternidade.<sup>33</sup>

O item 5 da mesma Recomendação trata ainda da proteção à segurança e saúde das mulheres durante o período de maternidade, estabelecendo que o trabalho noturno e as horas extas deveriam ser proibidos a elas durante a gravidez, bem como o trabalho em ambientes insalubres ou perigosos durante toda a gravidez e pelo menos três meses após o parto, se a mulher ainda amamentar.

Ainda faz menção à necessidade de restrição de algumas atividades para as mulheres, principalmente aquelas que necessitem levantar e empurrar grandes pesos; que exijam força física; que demandem o trabalho em pé por muito tempo; que requeira equilíbrio especial; e as atividades em máquinas com vibrações, sendo garantido o direito de transferência de setor sem prejuízo do salário.<sup>34</sup>

---

1) Siempre que sea posible, las prestaciones en metálico que deban ser concedidas en virtud del artículo 4 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, deberían ser fijadas de acuerdo con una tasa superior a la tasa mínima prevista por dicho Convenio; siempre que sea posible, la tasa debería ser fijada en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones.

[...]

3) Las prestaciones médicas deberían tener por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales” (Disponível em sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R095](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R095)>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>33</sup> “[...] IV. Protección del Empleo

4.

1) Siempre que sea posible, el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio. [...]” (Disponível em sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R095](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R095)>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>34</sup> “[...] V. Protección de la Salud de las Mujeres Durante el Período de la Maternidad

Vale consignar que muitas dessas normas estão incorporadas em textos de Lei no Brasil, inclusive na CLT.

#### 1.1.4 A Convenção n.º 183 da OIT de 1998

Passados mais de 50 anos, tendo o mundo sofrido drásticas mudanças, em 1998 a OIT iniciou em plenário um processo de revisão da Convenção n.º 103, com o objetivo de reformulá-la e adaptá-la aos dias atuais.<sup>35</sup>

Assim nasceu a Convenção n.º 183, adotada na 88.<sup>a</sup> Sessão da Conferência, em Genebra (2000), apresentando-se claramente como uma nova sistematização do tema à maternidade de que cuidava a Convenção n.º 103, a qual o Brasil ainda não ratificou.

---

5.

1) El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso. 2) El empleo de una mujer en trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para su salud o la de su hijo debería estar prohibido durante el embarazo y durante tres meses, por lo menos, después del parto o durante más tiempo aún, si la mujer lacta a su hijo.

3) Los trabajos comprendidos en las disposiciones del apartado 2) deberían incluir, en especial:

a) todo trabajo penoso:

i) que oblique a levantar, tirar o empujar grandes pesos;

ii) que exija un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo;

b) todo trabajo que requiera un equilibrio especial;

c) todo trabajo en el que se empleen máquinas que produzcan trepidación.

4) Una mujer empleada habitualmente en un trabajo considerado por la autoridad competente como peligroso para su salud debería tener derecho a ser transferida, sin reducción de salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

5) Dicho derecho de transferencia debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y de la de su hijo” (Disponível em sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R095](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R095)>. Acesso em: 1.º jun. 2017).

<sup>35</sup> Acerca desse tema, aduz Arion Sayão Romita: “A OIT, cuja atividade, no campo específico objetivo deste estudo, é como se sabe, muito intensa, vem insistindo em que, ao cabo do último decênio, as taxas de trabalho produtivo da mulher fora do lar aumentaram sensivelmente, quer nos países em via de desenvolvimento, quer nos industrializados. A mulher já não é a ‘face oculta do mundo do trabalho’. Pelo contrário, não raramente constitui sua mais ativa força motriz. Fala-se, até, em ‘feminização do emprego’.

[...] As inovações tecnológicas, que reforçam o movimento da globalização da economia, deram lugar a nova divisão internacional do trabalho, na qual as mulheres têm ampla participação. Em países voltados para a exportação de manufaturados, o trabalho da mulher – com remuneração inferior à do homem – constitui fator de grande importância econômica, pela redução dos custos sociais e também porque facilita o descumprimento das normas protecionistas” (*Direito do trabalho*: temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998. p. 367).

A Convenção n.º 183 amplia sua esfera normativa, a estender proteção à maternidade às mulheres que trabalham na economia informal, bem como cuida da proteção à saúde da gestante, fixando em 14 semanas<sup>36</sup> a duração da licença da empregada, com a possibilidade de sua prorrogação<sup>37</sup> na hipótese de enfermidade ou complicações resultantes do parto.

A Convenção roga ainda que a remuneração da mulher seja mantida em pelo menos dois terços de seus ganhos habituais, e, ainda, passa a fazer um grande empenho em prol da não discriminação e da garantia de empregado da gestante e da lactante, com direito à reintegração<sup>38</sup> em caso de dispensa abusiva pelo empregador.

Essa Convenção traz em seu bojo importante artigo sobre discriminação,<sup>39</sup> proibindo a exigência da realização de testes de gravidez em mulheres candidatas a um posto

---

<sup>36</sup> “[...] Artículo 4

Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas. 2. Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada. 3. Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad” (Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328)>. Acesso em: 11.06.2017).

<sup>37</sup> “[...] Artículo 5

Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales” (Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328)>. Acesso em: 11.06.2017).

<sup>38</sup> “[...]”

1. *Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.*

2. *Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad”* (Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328)>. Acesso em: 11 jun. 2017).

<sup>39</sup> “[...] Artículo 9

1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:



de trabalhador, bem como proibindo a exigência de entrega de certificado atestando que a candidata se encontra ou não em estado de gravidez.

Há excepcionalidade prevista no artigo que diz respeito à previsão em legislação nacional com relação a um trabalho que seja proibido, no todo ou em parte, a mulheres grávidas ou que amamentam; ou que comporte um risco reconhecido ou significativo para a saúde da mulher e da criança.

Entretanto, ao contrário que já se tem na legislação brasileira, as emendas sobre creches e locais para amamentar no local de trabalho não foram aceitas.

## **1.2 As normas de proteção à gestante na Organização das Nações Unidas**

A carta das Nações Unidas foi elaborada pelos representantes de 50 países presentes à Conferência sobre Organização Internacional, que se reuniu em São Francisco, de 25 de abril a 26 de junho de 1945.

As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta pela China, Estados Unidos, França, Reino Unido e ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários.<sup>40</sup>

A missão da ONU é fomentar a paz entre as nações, cooperar com o desenvolvimento sustentável, monitorar o cumprimento dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, além de organizar reuniões e conferências em prol desses objetivos.

Ao longo das últimas décadas, as Nações Unidas têm desempenhado papel fundamental na promoção da situação e dos direitos da mulher em todo o mundo. Essa contribuição assume várias formas, como a promoção do debate à negociação de instrumentos juridicamente vinculantes. A criação de espaços de diálogo tem ampliado a visibilidade do tema e a conscientização sobre a situação de discriminação e inferioridade em que se encontram as mulheres em várias esferas da vida social, em quase todos os países.

---

(a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o  
(b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo” (Disponível em: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312328](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312328)>. Acesso em: 11.06.2017).

<sup>40</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 31 maio 2017.

A negociação de compromissos e de acordos internacionais tem incidido diretamente sobre a legislação e as políticas públicas nos países-membros, entre eles o Brasil, que é membro fundador da Organização das Nações Unidas e participa em todas as suas agências especializadas. Por tal razão, passaremos a analisar alguns dos mais importantes documentos elaborados por essa Organização e que resguardam os direitos da trabalhadora gestante.

### *1.2.1 Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966*

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e traz em seu bojo os seguintes direitos: direito ao trabalho, incluindo remuneração igual para homens e mulheres; direito a formar sindicatos; direito de greve; direito à previdência e assistência social; direitos da mulher durante a maternidade; direitos da criança, incluindo proibição ao trabalho infantil; direito a um padrão de vida razoável que inclua alimentação, vestuário e moradia; direito a todos os seres humanos de estarem a salvo da fome; direito à saúde mental e física; direito à educação; e direito a participar da vida cultural e científica do país.

Editado em 1966, não é de surpreender que o Pacto não foi prontamente ratificado pelo legislativo brasileiro, porquanto o Brasil vivia momento<sup>41</sup> de grande tensão e graves violações aos direitos humanos, em razão do golpe e instauração de ditadura militar que viria a durar mais de vinte anos.

O Congresso Nacional brasileiro somente aprovou o Pacto anos depois, após o fim da ditadura, em 12 de dezembro de 1991, entrando em vigor apenas em 24 de abril de 1992.

---

<sup>41</sup> “A inflação fora de 50% em 1962 para 75% no ano seguinte. Os primeiros meses de 1964 projetavam uma taxa anual de 140%, a maior do século. Pela primeira vez desde o fim da Segunda Guerra, a economia registrou uma contração na renda *per capita* dos brasileiros. As greves duplicaram, de 154 em 1962, para 302 em 1963. O Governo gastava demais e arrecadava de menos, acumulando um déficit de 504 bilhões de cruzeiros, o equivalente a mais de um terço do total das despesas. [...] O governo de João Goulart se desmanchava. Às quatro da tarde de 1.º de abril de 1964, os cinco tanques M-41 do 1.º Regimento de Reconhecimento Mecanizado, sob o comando do tenente Freddie Perdigão Pereira, fizeram o percurso emblemático das derrotas, indecisões e vitórias da jornada” (GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 50-51 e 111).

Alinhado à Convenção n.º 103 da OIT, referido Pacto reconhece a expressiva contribuição das mulheres ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, bem como a importância social da maternidade.

Assim, em seu artigo 10,<sup>42</sup> concede proteção às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto, assegurando ainda às mulheres trabalhadoras o direito de gozar de licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

### *1.2.2 A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979*

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres é um tratado internacional aprovado em 1979 pela Assembleia Geral das Nações Unidas por meio da Resolução n.º 34/180.

Mais conhecida como Cedaw (sua sigla em inglês), a Convenção é descrita como uma declaração internacional de direitos das mulheres, encontrando-se baseada na dupla obrigação de eliminar a discriminação<sup>43</sup> e assegurar a igualdade.

O Brasil, por meio do Congresso Nacional, aprovou a Convenção, pelo Decreto Legislativo n.º 93, de 14 de novembro de 1983, com reservas<sup>44</sup> atrasadíssimas, quanto à igualdade de mulheres e homens, e que somente foram retiradas em 20 de dezembro de 1994.

---

<sup>42</sup> “[...] 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 1.º 06.2017).

<sup>43</sup> “No conjunto das justificativas dessa Convenção, lê-se que: a discriminação contra a mulher não só viola os princípios da igualdade de direitos e o respeito à dignidade humana, mas constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família, além de dificultar o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade. Portanto, quando o Estado acata essa Convenção, ele afirma seu compromisso de condenar e eliminar a discriminação contra a mulher e se obriga a: adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher; [...] tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa” (A experiência dos núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação. OIT. 2015, p. 68. Disponível: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms\\_226850.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/publication/wcms_226850.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018).

<sup>44</sup> O Brasil apresentou reservas quanto aos artigos 15, parágrafo 4.º e 16, parágrafo 1.º, alíneas “a”, “c”, “g” e “h”.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979,<sup>45</sup> considerando as garantias e princípios dos diversos instrumentos internacionais de afirmação da condição de igualdade entre os seres humanos, bem como a dura realidade que demonstrava práticas discriminatórias contra a mulher, dispôs sobre os direitos da mulher em diversas esferas: direitos civis, políticos, família, trabalho, entre outros a garantir a igualdade.

Entre as disposições da referida Convenção, destacamos a menção sobre a importância da proteção à maternidade prevista no artigo 5.º, *b*, segundo o qual

[...] os Estados-Partes tomarão todas as medidas apropriadas para garantir que a educação familiar inclua uma compreensão adequada da maternidade como função social e o reconhecimento da responsabilidade comum de homens e mulheres no que diz respeito à educação e ao desenvolvimento de seus filhos, entendendo-se que o interesse dos filhos constituirá a consideração primordial em todos os casos.

---

“4 – Os Estados-Partes reconhecem aos homens e às mulheres os mesmos direitos no que respeita à legislação relativa à livre circulação das pessoas e à liberdade de escolha de residência e domicílio.

1 – Os Estados-Partes tomam todas as medidas necessárias para eliminar a discriminação contra as mulheres em todas as questões relativas ao casamento e às relações familiares e, em particular, asseguram, com base na igualdade dos homens e das mulheres:

a) O mesmo direito de contrair casamento;

c) Os mesmos direitos e as mesmas responsabilidades na constância do casamento e quando da sua dissolução; g) Os mesmos direitos pessoais ao marido e à mulher, incluindo o que respeita à escolha do nome de família, de uma profissão e de uma ocupação;

h) Os mesmos direitos a cada um dos cônjuges em matéria de propriedade, aquisição, gestão, administração, gozo e disposição dos bens, tanto a título gratuito como a título oneroso.”

<sup>45</sup> “[...]”

CONSIDERANDO que os Estados-Partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos,

[...]

RELEMBRANDO que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, *constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade,*

[...]

TENDO presente a grande contribuição da mulher ao bem-estar da família e ao desenvolvimento da sociedade, até agora não plenamente reconhecida, *a importância social da maternidade* e a função dos pais na família e na educação dos filhos, e conscientes de que o papel da mulher na procriação não deve ser causa de discriminação, mas sim que a educação dos filhos exige a responsabilidade compartilhada entre homens e mulheres e a sociedade como um conjunto,

RECONHECENDO que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família, [...]” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2017).

Ainda no artigo 2.º, a Convenção determina que os Estados condenem a discriminação contra a mulher em todas as suas formas e criem uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, comprometendo-se, ainda, a implementar as medidas de letras “a” a “g” previstas no mesmo artigo.<sup>46</sup>

Além das medidas elencadas no artigo 2.º, em seu artigo 11, item 2, a Convenção destaca que os Estados devem impedir a discriminação contra a mulher em razão da maternidade, adotando medidas adequadas para proibir a dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, bem como implantar a licença-maternidade, com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais.

No entanto, é importante ressaltar que referida Convenção é despida de instrumentos e meios mais eficazes para seu cumprimento, além de ser desprovida dos instrumentos habituais de implantação e fiscalização previstos em outras convenções, exemplificativamente a Convenção para Eliminação da Discriminação Racial.

Como bem aponta Olga Espinoza,<sup>47</sup> “ainda são necessários sistemas que combatam com maior eficácia a discriminação contra as mulheres, para que imponham aos Estados uma atitude mais definida e uma postura mais ativa”.

---

<sup>46</sup> “[...]”

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.”

<sup>47</sup> ESPINOZA, Olga. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. In: PERRONE-MOISÉS, Claudia; ALMEIDA, Guilherme de Assis de (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 47).

## 2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE: BREVE HISTÓRICO NO CASO DO BRASIL

### 2.1 Trajetória da proteção à maternidade

Os anos 1920 marcam o nascimento da organização operária no Brasil. A grande leva de imigrantes desembarcados no País nas décadas anteriores trouxe consigo os primeiros focos de pensamento anarquista, socialista e comunista. A demanda por direitos sociais pululava na sociedade brasileira. As mulheres apresentavam agenda de luta específica, pautada pelo direito ao voto,<sup>48</sup> limitação da jornada de trabalho, salários equivalentes aos dos homens e a criação de mecanismos de proteção à trabalhadora gestante ou puérpera.

Tal agitação chegou à Câmara. Ao notar a relevância da bandeira de proteção à maternidade defendida por grupos diferentes, em dezembro de 1923, o Presidente Arthur Bernardes assinou o Decreto n.º 16.300,<sup>49</sup> que determinava (artigos 348<sup>50</sup> e 350<sup>51</sup>) que os estabelecimentos industriais e comerciais que tivessem trabalhadoras em fase de amamentação deveriam proporcionar locais para tal. Foi a primeira legislação precursora da creche no País.

Neste mesmo decreto, há importantes disposições relativas ao trabalho e afastamento e proteção da trabalhadora gestante:

Art. 345. Nos estabelecimentos de industria e comercio, em que trabalham mulheres, ser-lhes-á facultado o repouso de trinta dias antes e trinta dias depois do parto.

<sup>48</sup> Digno de nota que, “no Brasil, a reivindicação pelo sufrágio teve início ainda no período da Proclamação da República, em 1889, mas a expectativa por direitos políticos na República foi frustrada pela Assembleia Constituinte de 1981, que se calou sobre o direito ao voto feminino. Inúmeras mulheres brasileiras, como Bertha Luz (1894-1976), uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, foram fundamentais na conquista do voto pelas mulheres no Brasil, que só ocorreu em 1932. A conquista do voto universal fez parte de uma trajetória de lutas feministas por participação das mulheres na vida pública, tanto como cidadãs votantes como candidatas a cargos eleitorais” (ARANTES, Delaide Miranda; LEMOS, Beatriz Monteiro. O protagonismo e a representação das mulheres na sociedade contemporânea: a conquista da democracia e da igualdade. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018. p. 86).

<sup>49</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D16300impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16300impressao.htm)>. Acesso em: 19 nov. 2018.

<sup>50</sup> “Art. 348. As empregadas ou operarias, que amamentem os filhos, facultarão os ditos estabelecimentos o ensejo necessario ao cumprimento desse dever.”

<sup>51</sup> “Art. 350. Para o fim de proteger as crianças haverá crèches, ou salas de amamentação, situadas proximo da séde dos trabalhos, nas quaes as mães, duas ou tres vezes, em intervallos regulares, amamentarem seus filhos.”

Art. 346. O medico de taes estabelecimentos ou o medico particular da operaria fornecerá aos administradores de officinas ou fabricas um attestado referente ao descanso, que se imponha segundo a época provavel do parto, e as administrações enviarão um memorandum, nesse sentido, á Inspectoria de Hygiene Infantil do Departamento Nacional de Saude Publica.

Art. 347. A Inspectoria de Hygiene Infantil communicará a recepção do memorandum e lançará em livro especial a notificação relativa ao descanso da gestante.

Ao longo dos anos 1930, o Brasil passou por significativas mudanças no tocante à sua organização econômica, em razão da ampla expansão do setor industrial nacional, o que resultou no crescimento da classe operária, assim como as demandas por garantias e direitos trabalhistas.

Ao endossar o previsto decreto anteriormente citado, o Decreto n.º 21.471-A, de 17 de maio de 1932, também trouxe várias regras que protegiam a trabalhadora gestante,<sup>52</sup> inclusive incumbindo o pagamento de auxílio-pecuniário ao seguro social ou, na falta deste, ao empregador.<sup>53</sup>

Acerca de tais normativas, interessante a observação feita por Amaro Barreto:<sup>54</sup>

Êsse sistema doutrinário e jurisprudencial brasileiro foi construído por imposição dos fatos das despedidas constantes de empregadas grávidas, para refugirem os empregadores aos salários dos períodos das paralisações por licenças. Essa fraude à lei era estimulada pelo defeito da legislação do Brasil, onerando as empresas com o salário-licença, quando mais lógico e racional seria uma compensação do seguro social pela suspensão do salário nos meses do parto, como se faz entre muitos outros povos. O defeituoso sistema legal brasileiro, além de incentivar o abuso de direito na rescisão dos contratos de trabalho das empregadas grávidas, impele as empresas e não admitem mulheres em seus quadros de pessoal, discriminando em detrimento das mesmas.

<sup>52</sup> “[...] Art. 7.º Em todos os estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, é proibido o trabalho à mulher grávida, durante um período de quatro semanas, antes do parto, e quatro semanas depois.

[...] Art. 8.º A mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que, mediante certificado médico, prove que o trabalho que lhe compete executar é prejudicial à sua gestação.

Art. 9.º Enquanto afastada do trabalho por força do disposto no art. 7.º e respectivos parágrafos, terá a mulher direito a um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, e, bem assim, a reverter ao lugar que ocupava” (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017).

<sup>53</sup> “Art. 14. O auxílio pecuniário de que tratam os arts. 7.º, 9.º e 10, será pago pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e na falta destas, pelo empregador.”

<sup>54</sup> BARRETO, Amaro. *Tutela especial do trabalho*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1967. v. 2, p. 541.

As transformações do papel da mulher na sociedade foram constitucionalmente reconhecidas no texto de 1934, em que figuraram importantes disposições aplicáveis ao trabalho da mulher. Parece clara a intenção de instauração de uma política de bem-estar em que se incluem a isonomia<sup>55</sup> (artigo 113, § 1.º), bem como cuidados especiais com a maternidade e a infância.

No artigo 121, § 1.º, *h*, a Constituição Federal de 1934 determinava que a legislação do trabalho observasse a assistência médica e sanitária à gestante, assegurando a essa licença antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego. Ainda no artigo 138, a expressa previsão de que incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas, o amparo à maternidade e à infância.

A Carta Magna de 1937, diploma que deu sustentação ao Estado Novo, trouxe muitas realizações no campo social e mesmo no econômico. Pedro Calmon sintetizou com as seguintes palavras as realizações do Estado Novo: “o que há de significativo no período é, exatamente, o movimento trabalhista”.<sup>56</sup>

O Estado Novo regulamentou as relações trabalhistas, além de atribuir independência aos sindicatos e instituir o imposto sindical. Vários também foram os avanços na legislação do trabalho, cujas principais conquistas foram o direito à jornada de oito horas, férias remuneradas, estabilidade no emprego, indenização por dispensa imotivada, convenção coletiva, regulamentação do trabalho do menor e da mulher e a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões.

No tocante ao trabalho da gestante, manteve a recomendação de assistência médica e higiênica à gestante, assegurando a esta licença antes e depois do parto, um período de repouso antes e depois do parto (artigo 137, *l*).

---

<sup>55</sup> A esse respeito, Antonio Rodrigues de Freitas Jr. faz importante observação: “Com efeito, a regulamentação do trabalho feminino não constitui, *ipso facto*, reconhecimento ou acolhimento, pela ordem jurídica, das demandas veiculadas na perspectiva da igualdade de oportunidade entre os sexos. Conferindo ao Direito do Trabalho uma função predominantemente de controle social, ao que opomos nossa preferência por um modelo analítico em que dita função se apresenta subordinada aos efeitos decorrentes das novas características institucionais do capitalismo avançado. Antonie Jeammaud oferece importantes advertências contra os riscos de conclusões unilaterais e simplificadoras deste fenômeno. Para este autor, ‘é necessário simplesmente admitir que todas as disposições ostensivamente favoráveis aos assalariados ocultam um risco para a classe trabalhadora e um cálculo nas estratégias confessas do capital’” (Regulamentação do trabalho da mulher: objetivos sociais e evolução constitucional. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 13, p. 8, mar.-abr. 1988).

<sup>56</sup> CALMON, Pedro. *História do Brasil*. São Paulo: Livraria José Olympio Editora; reimpresso por Saraiva, 1961. v. 6, p. 2245.



Depois de referido avanço em matéria de leis de proteção ao trabalho, o então presidente Getúlio Vargas promove a sistematização das normas mediante a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, destinando a seção V à proteção à maternidade e à infância, visualmente:

Art. 391. Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher, o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único. Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de seis (6) semanas antes e seis semanas depois do parto.

§ 1.º Para os fins previstos neste artigo, o afastamento da empregada de seu trabalho será determinado pelo atestado médico a que alude o artigo 375, que deverá ser visado pelo empregador.

§ 2.º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, dado na forma do parágrafo anterior.

Art. 393. Durante o período a que se refere o artigo anterior, a mulher terá direito aos salários integrais, calculados de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Parágrafo único. A concessão de auxílio-maternidade por parte de instituição de previdência social não isenta o empregador da obrigação a que alude o artigo.

Art. 394. Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

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

Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete seis (6) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um.

Parágrafo único. Quando o exigir a saúde do filho, o período de seis (6) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

Art. 397. As instituições de Previdência Social construirão e manterão crèches nas vilas operárias de mais de cem casas e nos centros residenciais, de maior densidade, dos respectivos segurados.

Art. 398. As instituições de Previdência Social, de acordo com instruções expedidas pelo ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, financiarão os serviços de manutenção das crèches construídas pelos empregadores ou pelas instituições particulares idôneas.

Art. 399. O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção das crèches e de instituições de proteção aos menores em idade

pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

Art. 400. Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias, durante o período da amamentação, deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Na sequência da edição da CLT, a Lei Maior de 1946 determinava à legislação ordinária que estipulasse o direito da gestante ao descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (artigo 157, *x*), previsão mantida na Constituição Federal de 1967.<sup>57</sup>

Em 28 de fevereiro de 1967, foi publicado o Decreto-lei n.º 229, que modificou a redação de diversos capítulos da CLT, entre outros, regulamentou no artigo 392 da CLT a hipótese de licença-maternidade relativa ao período anterior ao parto, quando este fosse antecipado, além de disposições relativas ao direito de a gestante exigir a mudança de funções em caso de necessidade fundada em atestado médico.<sup>58</sup>

Digno de nota é o fato de que a Carta de 1946 reintroduziu o princípio de isonomia, a citar a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, *sexo*, nacionalidade ou estado civil em seu artigo 157, II,<sup>59</sup> ausente da Constituição de 1937. A

<sup>57</sup> “Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

XI – descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário” (Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017).

<sup>58</sup> “[...] Art. 7.º Os artigos adiante indicados do Capítulo III – ‘Da proteção ao trabalho da mulher’ – do Título III da CLT passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto.

§ 1.º Para os fins previstos neste artigo, o início do afastamento da empregada de seu trabalho será determinado por atestado médico nos termos do art. 375, o qual deverá ser visado pela empresa.

§ 2.º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, na forma do § 1.º.

§ 3.º Em caso de parto antecipado, a mulher terá sempre direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 4.º Em casos excepcionais, mediante atestado médico, na forma do § 1.º é permitido à mulher grávida mudar de função. [...]”

<sup>59</sup> “Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, *sexo*, nacionalidade ou estado civil.”

seguir o exemplo, a Carta de 1967 estende o princípio da isonomia entre os gêneros ao momento da admissão mediante o texto do artigo 158, III.<sup>60</sup>

Apesar da previsão de isonomia entre homens e mulheres na Constituição, a verdade é que, fora do plano formal, a isonomia àquela época e ainda hoje é um objetivo a ser perseguido.

Freitas Jr.<sup>61</sup> faz interesse observação crítica acerca da evolução da legislação de proteção do trabalho da mulher. O autor destaca o fato de que

[...] todo o patrimônio jurídico suspostamente voltado à proteção do trabalho da mulher atendeu, em realidade, a propósitos de proteção da raça ou da família patriarcal, mas, fundamentalmente, o alvo da proteção legal foi a mulher enquanto veículo e instrumento da maternidade.

Nesse contexto de tradição patriarcal e machista, na década de 1960 a sociedade brasileira defrontou-se ainda mais com questões referentes às mulheres: o direito ao estudo, ao trabalho, à participação política, ao uso de contraceptivos. A busca feminina intensificou-se por direitos individuais e coletivos que lhes garantissem a condição de cidadania plena.

Nos anos 1970,<sup>62</sup> em claro momento de crise da democracia brasileira, apesar de forte repressão da Ditadura Militar, tem início o que foi chamado como segunda onda feminista.

Como bem pontuado em trabalho apresentado no XIX Encontro Nacional de Estudos Populacionais (Abep),<sup>63</sup> realizado de 24 a 28 de novembro de 2014, o movimento ocorrido na década de 1970 pode ser atribuído aos avanços educacionais das mulheres. Em números absolutos, o avanço profissional das mulheres foi expressivo, pois as duas principais carreiras femininas desde a década de 1940, serviços sanitários e de assistência social<sup>64</sup> e

---

<sup>60</sup> Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

III – proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil.”

<sup>61</sup> FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Regulamentação do trabalho da mulher: objetivos sociais e evolução constitucional cit., p. 12.

<sup>62</sup> “Em 1970, a participação da mulher na força de trabalho atinge o percentual de 21, com a maioria concentrada em emprego doméstico, no campo, em ensino primário, em funções burocráticas de escritório e em costura. Em 1976, o percentual se eleva para 28,8 [...]” (BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho* cit., p. 196).

<sup>63</sup> Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:00O5q7Oe59wJ:www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/download/2187/2142+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

<sup>64</sup> A área da saúde e assistência social engloba os cursos de enfermagem, psicologia e serviço social.

pedagógico ou magisterial,<sup>65</sup> tiveram um aumento em 30 anos de 338% e 1139%, respectivamente.

**Tabela 1**  
**Estudantes de 5 anos ou mais de idade por sexo segundo o nível de ensino 1970**

Níveis de ensino	Total	Homens	%	Mulheres	%
Total	20.015.689	10.201.529	51,0	9.814.109	49,0
Elementar	14.841.054	7.549.431	50,9	7.291.572	49,1
Médio Ciclo 1	3.358.490	1.692.633	50,4	1.665.807	49,6
Médio Ciclo 2	1.205.037	607.820	50,4	597.167	49,6
Superior	607.746	349.668	57,5	258.020	42,5

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1970.

**Tabela 2**  
**Grau ou curso completo das pessoas de 10 anos ou mais de idade por sexo – 1970**

Sexo	Total	Elementar	Médio Ciclo 1	Médio Ciclo 2	Superior
Total	19.939.359	14.789.917	2.632.968	1.974.995	541.348
Homens	50,3	50,0	50,7	45,8	74,4
Mulheres	49,7	50,0	49,3	54,2	25,6

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1970.

As mulheres não mais se contentavam apenas com o direito ao voto, conquistado a duras penas, mas queriam romper com os padrões rígidos impostos pela sociedade patriarcal, para isso lutavam pelo direito de interrupção da gravidez, pela liberdade sexual, contra a violência sexista, por seu direito ao trabalho e pela afirmação no mundo público como cidadãs. A pílula anticoncepcional colocou em questão a maternidade como destino obrigatório permitindo às mulheres desvincular a prática de sua sexualidade à gravidez.<sup>66</sup>

Não é de surpreender que, em 1974, a orientação da OIT é finalmente abraçada pela legislação brasileira, a transferir o custeio da licença-maternidade do empregador para a Previdência Social mediante a edição da Lei n.º 6.136/1974.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Foram considerados no estudo os cursos de bacharelado e didático e o normal.

<sup>66</sup> Disponível em: <<http://memoriasdadidatura.org.br/mulheres/index.html>>. Acesso em: 24.11.2018, às 18h20 min.

<sup>67</sup> “Art. 1.º Fica incluído o salário-maternidade entre as prestações relacionadas no item I, do artigo 22, da Lei número 3.807, de 26 de agosto de 1960, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 1.º, da Lei número 5.890, de 8 de junho de 1973” (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6136.htm)>. Acesso em: 20.11.2018).

De acordo Antonio Francisco de Oliveira,<sup>68</sup> tal movimentação, apesar de diminuir a distorção comportamental patronal de não contratar mulheres grávidas ou mesmo despedi-las quando engravidassem, aumentou o ônus dos empregadores:

Toda a legislação advinda depois da Lei n.º 6.136, de 07.11.1974, deu ao salário-maternidade a natureza jurídica de benefício previdenciário.

Mas isso não se deu sem ônus do empregador. Ao contrário, o ônus aumentou, porque a partir de então passou a recolher para a Previdência e com essa finalidade o percentual de 0,3% sobre a totalidade da folha de pagamento. Basta imaginar-se uma empresa com dezenas de empregados e com percentual diminuto de mulheres para concluir-se que o poder público não teria jeito nenhum benefício ao empregador. Procurou resolver um problema e aproveitou-se da oportunidade para engrossar a sua receita.

A nosso ver, ainda que tenha de fato existido manobra governamental para aumentar o ônus dos empregadores, a mudança da lei não deixa de ser positiva, pois contribui para que a maternidade seja encarada como deveria ser, um fenômeno social coletivo necessário à continuidade da espécie humana e importante para a manutenção do sistema de previdência.

Após tempos nebulosos e de diversas violações de direitos humanos, sob o signo de evolução em matéria de direitos sociais e a demarcar a ruptura do governo autoritário instalado no País desde 1964, foi promulgada a Constituição Federal, em 5 de outubro 1988, pela Assembleia Nacional Constituinte.

## 2.2 Constituição Federal de 1988

Roberto Barreto Prado<sup>69</sup> elucida que

[...] a Constituição deve ter dupla finalidade: a) o conjunto de normas sobre os princípios fundamentais que regulam a organização e o funcionamento do Poder Público, com a discriminação dos seus órgãos e respectivas atribuições; b) a proclamação dos direitos individuais dos cidadãos e das sociedades intermediárias com as garantias fundamentais que assegurem o exercício de suas atividades. Seu objetivo consiste na explicitação das normas básicas que presidem o ordenamento das relações que se formam na sociedade, quer dos homens entre si quer do Estado com os cidadãos.

---

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Salário-maternidade e a Emenda Constitucional n.º 20/98. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 11, n. 127, p. 20, jan. 2000.

<sup>69</sup> PRADO, Roberto Barreto. A Constituição e o direito do trabalho. *Revista LTr*, v. 51, n. 8, p. 924, ago. 1987.

Assim, deu-se com a promulgação da Constituição Federal em 1988, até hoje vigente.

Entretanto, a normatização dos diversos direitos sociais previstos nesse diploma só ocorreu após intensos e calorosos debates. Em face das intensas discussões, a própria Assembleia Nacional Constituinte, então instalada, fez constar, no corpo da Carta Magna, dispositivo com previsão de revisão compulsória do texto constitucional a partir de seu quinto ano de vigência.<sup>70</sup>

No processo de luta pela restauração da democracia e concerto do então “defeituoso sistema legal brasileiro”, o movimento de mulheres<sup>71</sup> teve uma participação marcante, ao visibilizar um conjunto de reivindicações relativas ao seu processo de exclusão, assim como ao lutar pela inclusão dos direitos humanos para as mulheres.

Em 1985, foi criado o Conselho Nacional de Direito da Mulher, cujo pressuposto era pautar temas ligados aos direitos das mulheres no Congresso Nacional. A eficiente atuação do Conselho rendeu muitos frutos, o que pode ser visto no aumento da representação feminina na Câmara dos Deputados, que atingiu o número de 27 mulheres legitimamente eleitas.<sup>72</sup>

O movimento feminista viveu momento histórico e ímpar na luta por conquistas e garantias de direitos, e seu marco foi a apresentação da Carta das Mulheres Brasileiras aos

---

<sup>70</sup> Título IX, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 3.º.

<sup>71</sup> A esse respeito, interessante a leitura do artigo de Salete Maria da Silva: “[...] Com atuação junto ao Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, as mulheres lançaram, em 1985, a campanha Mulher e Constituinte, cujo lema era: ‘Constituinte pra valer tem que ter palavra de mulher’. Esta campanha permitiu que discussões e debates acontecessem, durante meses, por todo o país, resultando na elaboração da ‘Carta da Mulher Brasileira aos Constituintes’, entregue ao Congresso Nacional no dia 26 de agosto de 1986, pelas mãos de mais de mil mulheres, numa atuação que, conforme já fora dito acima, no processo constituinte ficou publicamente caracterizada como o ‘lobby do batom’.

[...] Não resta dúvida de que depois do *lobby* do batom o modo como mulheres fazem movimento social e político neste país nunca mais foi o mesmo. É fato incontestável que mulheres marcaram, de forma indelével, a Constituição Federal de 1988, uma vez que cerca de 80% de suas reivindicações foram incorporadas ao texto constitucional e convertidas em direitos fundamentais” (O legado jus-político do *lobby* do batom vinte anos depois: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal.

Disponível em: <[http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2017).

<sup>72</sup> SCHUMAHER, Schuma; CEVA, Antonia. *Mulheres no poder*. Trajetórias na política a partir da luta das sufragistas no Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015. p. 156.

Constituintes<sup>73</sup> (1988), que indicava as demandas do movimento feminista e de mulheres, por exemplo:

I – Princípios gerais:

1. Estabeleça preceito que revogue automaticamente todas as disposições legais que impliquem em classificações discriminatórias;
2. Determine que a afronta ao princípio de igualdade constituirá crime inafiançável;
3. Acate, sem reservas, as convenções e tratados internacionais de que o país é signatário, no que diz respeito à eliminação de todas as formas de discriminação;

[...]

II – Reivindicações específicas

Trabalho

A legislação trabalhista usando por base o princípio constitucional de isonomia deve garantir:

1. Salário igual para trabalho igual;
2. Igualdade no acesso ao mercado de trabalho e na ascensão profissional;
3. Extensão dos direitos trabalhistas e previdenciários de forma plena às empregadas domésticas e às trabalhadoras rurais;
4. Igualdade de tratamento previdenciário entre homens e mulheres, devendo ser princípio orientador da legislação trabalhista a proteção à maternidade e ao aleitamento através de medidas como:
  - a garantia do emprego à mulher gestante;
  - extensão do direito à creche no local de trabalho e moradia para as crianças de 0 a 6 anos, filhos de mulheres e homens trabalhadores;
5. Estabilidade para a mulher gestante;
6. Licença ao pai nos períodos natal e pós natal;
7. Licença especial às pessoas no momento da adoção, sem prejuízo do emprego ou do salário, independentemente da idade do adotado;

[...]

O protagonismo foi tanto que o Deputado Ulysses Guimarães, como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em seu discurso na promulgação da Constituição Federal, reconheceu expressamente o papel fundamental que as mulheres desempenharam durante o processo de discussão do novo texto ao afirmar: “a atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor (palmas prolongadas), que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições”.<sup>74</sup>

A Carta Magna de 1988, encerrando décadas de exclusões, conferiu às mulheres a condição de igualdade formal perante os homens, ao inaugurar o capítulo dos direitos

<sup>73</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituinte%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

<sup>74</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

A mulher passou a ser reconhecida como cidadã e sujeito de direitos. A findar a negação de direitos fundamentais às mulheres, a Constituição reafirma esse princípio de igualdade por meio de muitas normas, algumas diretamente determinadoras da igualdade, outras buscando a equidade entre os desiguais mediante a concessão de direitos sociais fundamentais. *In verbis*:

Artigo 5.º, I – Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Artigo 226, § 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos pelo homem e pela mulher.

Esses dois artigos garantiram a condição de equidade de gênero,<sup>75</sup> bem como a proteção dos direitos humanos das mulheres, assim a condição jurídica mulher no Brasil passou, definitivamente, a outro patamar.

Sem dúvida, o comando do artigo 5.º, I, da Constituição Federal de 1988 marca o início de uma nova era dos direitos e obrigações das mulheres, não apenas no trabalho, mas uma nova era da mulher na sociedade e a ratificação do importante papel da mulher na nova ordem jurídica brasileira.

Em que pese ser de comum conhecimento que ter direitos na lei não significa o usufruto automático deles, a previsão legal constitui importante conquista, porquanto energiza a luta e acarreta a obrigação de observância pelo Estado e pelos particulares, possibilitando sua exigência e eficácia.

---

<sup>75</sup> O entendimento esposado no diploma constitucional assemelha-se em muito à posição defendida por Pontes de Miranda, ainda na vigência da Constituição de 1946: “o princípio ‘todos são iguais perante a lei’, dito princípio de isonomia (legislação igual), é princípio de igualdade formal: apenas diz que o concedido pela lei a A, se A satisfaz os pressupostos A, deve ser concedido a B, se B também os satisfaz, para que se não trate desigualmente a B. Tão saturada desse princípio está a nossa civilização que causaria escândalo a lei que dissesse, e. g., ‘só os brasileiros nascidos no Estado-membro A podem obter licença para venda de bebidas no Estado-membro A. Só existem exceções ao princípio da igualdade perante a lei, que é direito fundamental, [...] quando a Constituição mesma as estabelece. A igualdade material é outra coisa. As concepções em torno dela enchem o nosso século, no plano político, desde as que postulam a igualdade de todos os homens e levariam à política do salário igual, norma que só seria justa se todos fossem iguais em tudo, até as que exageram as desigualdades psíquicas e sociais, descendo às concepções primitivas das estirpes ‘divinas’, ou ‘semidivinas’, ou ‘nobres’, das classes de servos e de escravos [...] No intervalo lógico está a concepção, cronologicamente posterior e sintética, de que os homens são ‘iguais’ e ‘desiguais’. A regra do salário mínimo é exemplo, como a da escola única, de política de igualdade material, posto que fique à lei fixar esse salário” (Questões forenses tomo I, Parecer n.º 25, de 1948, p. 229-230. In: MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *A igualdade entre os sexos na Constituição de 1988*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf?sequence=>>. Acesso em: 25 nov. 2018).



A esse respeito vale trazer à baila reflexão feita por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:<sup>76</sup>

[...] É bem de ver que se é importante a estatuição de igual direitos entre homem e mulher, é forçoso reconhecer que esta disposição só se aperfeiçoa e se torna eficaz na medida em que a própria cultura se altere. É necessário que as mentalidades se modifiquem além do fato de que às mulheres cabe uma luta para a efetiva implementação dos dispositivos constitucionais.

No artigo 7.º, XXX, a Constituição Federal foi mais adiante ao proibir “diferenças de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo,<sup>77</sup> idade, cor ou estado civil”.

A Constituição Federal de 1988, em plena sintonia com as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos e com base nos princípios de igualdade, não discriminação, estendeu a proteção à maternidade como assistência social à população que dela necessitar e independentemente de estarem filiadas ao sistema de seguridade, nos termos do seu artigo 203, I.<sup>78</sup>

O artigo 7.º, XVIII, da Constituição<sup>79</sup> ampliou a licença à gestante e sua proteção ao emprego e ao salário durante o período de afastamento, que a partir de 1988 passou a ser de cento e vinte dias (quase 17 semanas).<sup>80</sup>

Por sua vez, no artigo 6.º, *caput*, a Constituição equipara o direito social de “proteção à maternidade e à infância” aos demais direitos sociais, tais como saúde, educação e trabalho.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2, p. 18.

<sup>77</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

<sup>78</sup> “[...]”

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à *maternidade*, à infância, à adolescência e à velhice; [...]”

<sup>79</sup> Curioso notar que alguns autores defenderam que tal artigo exagerava na proteção na proteção da mulher gestante, senão vejamos o que defendiam Gomes e Gottschalk: “Não se deve exagerar, porém, na tutela protetora da mulher como o faz a atual Constituição, fixando em cento e vinte dias a licença à gestante (art. 7.º, XVIII), o que já está resultando no recrudescimento da discriminação da mulher casada no mercado de trabalho, o mesmo ocorrendo com o trabalho da mãe solteira. O INSS e o SUS não são soluções, porque o oposto ficará vago e o recurso ao suplente constitui sobrecarga social à folha de pagamento, máxime nas indústrias que recorrem com mais frequência à mão de obra feminina, como a têxtil” (*Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 422).

<sup>80</sup> “[...]”

Art. 7.º [...]”

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de *cento e vinte dias*.”

No tocante a esse dispositivo, vale observar-se que (i) a proteção à maternidade está lado a lado da (ii) proteção à infância (não separados por vírgulas) diferentemente dos demais direitos sociais arrolados no *caput* do mesmo artigo.

Assim, seja pela interpretação gramatical ou pela sistemática, pode-se dizer que “proteção à maternidade e à infância”, como direitos sociais, são unos e indivisíveis e têm como sujeitos de direito não somente a mulher, mas a “entidade familiar” e a criança.<sup>82</sup>

Importante destacar que a “entidade familiar” sofreu diversas alterações ao longo dos últimos anos, em substituição à tradicional família matrimonial, composta necessariamente por um homem e uma mulher. Assim, leciona Ana Amélia Ribeiro Sales:<sup>83</sup>

[...] a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, o reconhecimento da igualdade de gêneros, o reconhecimento da igualdade dos filhos havidos ou não do casamento e o reconhecimento da família plural resultaram num conceito de família mais aberto e consoante a realidade vivida pela própria sociedade. A família atual não é mais caracterizada por um formato único e hierarquizado, pois este cedeu lugar a uma estrutura democratizada, plural e cujas relações são muito mais de igualdade e afeto.

Nesse contexto, muito bem explicita Ana Helena Meireles Reis,<sup>84</sup> em pesquisa publicada na *Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing, Opinião e Mídia*, que hoje as famílias podem ser compostas das mais variadas formas:

Núcleo parental: formado por casais heterossexuais que vivem em regime formal ou informal de casamento. Podem ou não ter parentes próximos na sua composição familiar e filhos biológicos ou adotivos dessa união, que moram ou não no domicílio.

<sup>81</sup> “[...]”

Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

<sup>82</sup> “[...]”

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

<sup>83</sup> SALES, Ana Amélia Ribeiro. O direito ao livre planejamento familiar e a necessária regulamentação estatal das técnicas de reprodução assistida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Edições 33, abr.-maio 2013.

<sup>84</sup> REIS, Ana Helena Meireles. Um desafio para o *marketing*. *Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing*, 2017. Disponível em: <<http://www.revistapmkt.com.br/Portals/9/Revistas/v10/3%20-%20Novos%20arranjos%20familiares%20-%20Um%20desafio%20para%20o%20marketing.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Núcleo homoparental: formado por casais ou mais de duas pessoas do mesmo sexo unidas por laços amorosos. Os participantes podem ou ter filhos biológicos, fruto de casamentos heterossexuais anteriores, filhos adotivos ou por fertilização de uma relação anterior ou atual, vivendo ou não com essa família.

Núcleo uniparental: formado por somente uma pessoa e seus descendentes diretos, sem nenhum companheiro. Nesse núcleo podem também viver parentes próximos ou não parentes, como avós, irmão ou amigos.

Núcleo anaparental: formado por pessoas casadas ou não, em que os participantes podem ter ou não vínculo de parentesco desde que não seja de ascendência ou descendência direta; pode envolver também a participação de amigos, não parentes.

**Tabela 3**  
**Incidência dos núcleos familiares entre os chefes de família**

Núcleo	%
Parental	64
Homoparental	7
Pluriparental	8
Uniparental	14
Anaparental	7

Obs.: Base – 441.

Ainda o inciso II do artigo 201 da Constituição, atendendo as disposições das Convenções da OIT, dispõe que o regime geral da previdência social, além do caráter contributivo e obrigatório, atenderá, entre outras formas de assistência, a *proteção a maternidade*, especialmente à gestante.<sup>85</sup>

Convém destacar o grande avanço na Constituição Federal de 1988 ao afirmar que a previdência deverá proteger a maternidade e *especialmente* a gestante. Isto porque o termo “especialmente” inserido no inciso II do artigo 201 da Constituição não exclui a proteção à

<sup>85</sup> “[...]”

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante.”

outras formas de exercício da maternidade, como a adoção,<sup>86</sup> o que pode ser considerado um grande avanço na equivalência da reprodução biológica com a reprodução social.

Nessa esteira, também digno de menção o artigo 226, § 7.º, da Constituição Federal, que dispõe que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Há aqui importante reconhecimento constitucional dos valores da pluralidade e do planejamento familiar, a impor ao Estado uma atitude positiva no sentido de promover a informação e a assistência especializada necessária para a escolha e o exercício da paternidade responsável.<sup>87</sup>

### **2.3 O debate acerca da extensão da licença maternidade na Assembleia Constituinte**

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987 foi instalada no Congresso Nacional em Brasília, no dia 1.º de fevereiro de 1987, resultante da Emenda Constitucional n.º 26, de 1985,<sup>88</sup> com a finalidade de elaborar uma Constituição democrática para o Brasil, após 21 anos de regime militar. Os trabalhos da Constituinte foram encerrados em 22 de setembro de 1988, após a votação e aprovação do texto final da nova Constituição brasileira.

Nesse período, foram produzidos diversos documentos e variados registros. Entre eles, 212 mil fichas eletrônicas relativas a emendas, projetos e destaques; disponíveis em mais de dez bases de dados possíveis para acesso por mais de 150 instituições brasileiras públicas e privadas; mais de 2 mil caixas que comportam documentos originais com assinatura da Assembleia; 308 exemplares do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, agrupados em uma coleção de 16 volumes, e em outra, expandida, de 39 volumes; 215 fitas de videocassete;

---

<sup>86</sup> Como o cerne deste trabalho são as repercussões da estabilidade provisória decorrente da reprodução biológica, não haverá maiores considerações acerca da estabilidade da mãe adotante.

<sup>87</sup> SALES, Ana Amélia Ribeiro. O direito ao livre planejamento familiar e a necessária regulamentação estatal das técnicas de reprodução assistida cit.

<sup>88</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc26-85.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2018.

1.270 fotos e 2.865 fitas de som relacionadas a gravações de sessões da Assembleia; e, por fim, uma extensa coleção de documentos catalogados por bibliotecas.<sup>89</sup>

Entender os motivos e a história por trás das mais importantes legislações do Brasil é essencial para interpretar o que ocorreu no País e conhecer personagens importantes, de grande influência nas transformações do cenário político e legislativo brasileiro.

Nessa perspectiva, interessante trazer à baila parte das falas e discursos ocorridos durante o período que antecedeu a promulgação da Constituição, a fim de compreender como se deu o processo de reconhecimento da importância da licença-maternidade.

Na Ata da 46.<sup>a</sup> Sessão realizada em 7 de fevereiro de 1987, é possível notar no discurso do então Senador Francisco Rollemberg a preocupação de que sejam apresentadas perante a Assembleia Nacional Constituinte propostas identificadas com a realidade da Nação, para que a Carta Magna seja consubstanciadora de determinações que atendam aos apelos populares, às justas aspirações da federação brasileira e voltadas, entre outras coisas, para a promoção da justiça social.<sup>90</sup> Ato contínuo, o Senador sugere:

[...] Na quarta sugestão, buscou-se assegurar plena garantia à chamada “estabilidade provisória” da gestante, direito que vem sendo conquistado por inúmeras categorias através de convenções e acordos coletivos.

O preceito sugerido já constitui súmula do Tribunal Superior do Trabalho (n.º 14) e entendimento jurisprudencial dominante no Supremo Tribunal Federal, o que demonstra sobejamente sua relevância e a atenção que o assunto tem merecido do Poder Público.

Como o referido direito extrapola a esfera das relações entre patrões e empregados, para alcançar como instituto de interesse público – dadas as profundas implicações ético-sociais que apresenta – é imperioso erigir o preceito em norma constitucional, com o que se consolidaria seu reconhecimento como valor basilar da sociedade brasileira.

Referida sugestão está vazada no seguinte teor:

“Inclua-se o seguinte dispositivo:

A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

– descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, com garantia de estabilidade no emprego, desde o início da gravidez até 60 dias após o parto”.

---

<sup>89</sup> Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/fontes.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

<sup>90</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/041anc08abr1987.pdf#page=15>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Em contraposição ao prazo curto sugerido pelo Senador Francisco, na ata da 103.<sup>a</sup> Sessão realizada em 17 de julho de 1987, em discurso marcado pela inquietação perante o retrocesso imposto à classe trabalhadora brasileira, o tema da licença-maternidade volta à discussão por meio do segundo secretário da mesa diretora, o Sr. Mário Maia,<sup>91</sup> que sugere prazo muito mais elástico do que o vigente à época:

[...] Também considero importante que o texto constitucional amplie os direitos da trabalhadora gestante, por entender que a assistência à maternidade e a proteção à infância são deveres do Estado.

Diferentemente do que dispõe nossa atual Constituição sobre o assunto, ao prever para a gestante, simplesmente, descanso remunerado e garantia do emprego e do salário, julgo ser necessário formular a questão de maneira mais explícita. Assim, propus que o dispositivo constitucional tivesse a seguinte redação:

“Licença remunerada à gestante, antes e depois do parto, pelo prazo de 6 (seis) meses, garantido o emprego e o salário a partir da comunicação da gravidez”.

O preceito sugerido visa corrigir duas distorções ora existentes na prática da concessão da licença à gestante e à garantia de seu emprego: a de que o período de licença se encontra circunscrito apenas às semanas anteriores e posteriores ao parto e a de que a garantia de emprego somente se dá no período da licença, e não a partir do conhecimento do estado gravídico da trabalhadora. Visei com isso, Sr. Presidente, adequar também o futuro texto constitucional à constatada necessidade do aleitamento materno pelo maior espaço de tempo possível.

Louvável a iniciativa do segundo secretário que já aquela época parece perceber a importância não só da garantia do emprego em si, mas também do aleitamento materno.

Instigadoras, as discussões seguiram-se na Assembleia, trazendo à tona questões mais profundas a envolver garantia de emprego, proteção à criança, importância do aleitamento e presença paterna, além da resistência do empresariado perante as possíveis mudanças, como se pode notar da fala da então Deputada Federal Irma Passoni na Sessão 209.<sup>a</sup> de 25 de fevereiro de 1988:<sup>92</sup>

[...] Em relação à licença-gestante, temos aqui propostas de todos os tipos: retirando os 120 dias, retirando a licença remunerada à gestante sem prejuízo do emprego e do salário, retirando essa expressão, conforme proposta do Deputado Rosa Prata, retirando os 90 dias, como sugere o Deputado Luiz Soyer, e até uma proposta da Deputada Rita Camata, que mete a questão à

---

<sup>91</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/097anc18jul1987.pdf#page=6>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

<sup>92</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/191anc26fev1988.pdf#page=35>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

lei ordinária. Depois do acordo de ontem, vamos ver se permanecem os 120 dias, com a segurança da remuneração e a segurança do emprego. Essa fórmula garante, no mínimo, a proteção da mulher e da criança.

Mas temos de examinar o que existe por trás dessa luta. Os empresários dizem, desculpando-se diante de sua própria consciência, que isso vai trazer desemprego e dificuldade de entrada no mercado de trabalho para as mulheres. Até podemos concordar em que, momentaneamente, acontecerá isto, mas o essencial dessa proposta é garantir maior proteção à criança brasileira, à mãe gestante e à mãe que tem de amamentar o próprio filho. É incrível o número de acidentes e de problemas que existem com a mulher quando deixa em casa seu recém-nascido e vai trabalhar, e também o número de crianças que morrem antes de completar um ano. São muitas as razões, principalmente a não amamentação e o não acompanhamento do bebê por parte da mãe. Sabemos que as marcas mais profundas e irreversíveis na criança são aquelas que surgem até dois anos. Quem é mãe sabe que a criança necessita de maior tempo de apoio materno. Em alguns países esse período chega a um ano, um ano e meio. Estamos defendendo apenas 120 dias. Como a média de filhos, hoje, no Brasil, é de dois por família, isto representaria 240 dias de ausência da mãe ao trabalho, mas um grande benefício para a sociedade e para a criança.

O tema polêmico<sup>93</sup> foi votado<sup>94</sup> ainda na Sessão 209.<sup>a</sup>, de 25 de fevereiro de 1988, em que foi proposto texto substitutivo do XVII do artigo 7.º do Projeto ou do inciso XVII do artigo 8.º do substitutivo, a seguinte redação: “Licença remunerada a gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias”.

Nas atas da Assembleia Constituinte, é possível notar como a conquista de direitos por parte das mulheres assustava o patronato que, ao se ver sem saída, já anunciava práticas discriminatórias para não contratar mulheres.

De forma cristalina, a Deputada Federal do PMDB, Anna Maria Raties, desnuda a questão, na Ata da 223.<sup>a</sup> Sessão realizada em 11 de março de 1988, ao trazer informações do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dobrada, acerca de uma usina de açúcar do interior de

---

<sup>93</sup> Aqui vale registrar o discurso do Deputado Federal Luiz Soyer do PMDB contrário aos 120 dias de licença: “[...] Por isso, Companheiros, o contraditório é o que representa o exercício democrático. Usando desse direito do contraditório aqui estou. Não sou contra os 120 dias de licença à gestante, porque acho que ainda é um prazo muito pequeno – deveria ser de pelo menos 6 meses, que seria o plausível, o ideal. Há uma distância muito grande entre o que se quer e o que se pode fazer. Desculpe-me as Sras. Constituintes, mas falando aqui, de coração, entendo que esses 120 dias de licença à gestante serão prejudiciais a ela própria. Respeito a opinião das Sras. Constituintes, mas peço também, embora não acatando a minha, que a respeitem, porque a essência da democracia é isso. Entendo que, na realidade, com o pé no chão, poucos empresários vão deixar de dar emprego a um homem que tem apenas 30 dias de férias por ano para dá-lo a uma mulher que pode ter até 150 dias. É o meu ponto de vista. Gostaria que o período fosse maior, mas a realidade é diferente – e estou aqui para falar o que realmente penso. Acredito que isso possa prejudicar as mulheres. Acho que ele deveria ser de noventa dias”.

<sup>94</sup> O texto foi aprovado por 429 votos a favor, contra 11 nãos e 6 abstenções.

São Paulo que, antes mesmo da promulgação da nova Constituição, anunciava que exigiria atestados de gravidez para contratar mulheres:

[...] Senão, vejamos, caros Constituintes. Conforme informações do Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Dobrada – noroeste de São Paulo – a restrição às mulheres teria como objetivo o não pagamento da licença-gestante de 120 dias, que recentemente aprovamos em primeiro turno, no plenário da Assembleia Nacional Constituinte.

De acordo com notícia publicada pelo jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 9 de março, o proprietário da Usina Lagoa Dourada informou que pretende exigir atestado que comprove a não gravidez das mulheres que eventualmente contratará a partir do mês de maio para a próxima safra, evitando explicar se somente viúvas e mulheres estéréis estarão habilitadas, admitindo “que isso será estudado oportunamente”, sem contudo omitir que sua empresa “não pode arcar com o custo que representam 120 dias de férias para a mulher que tem nenê. O pai ficar oito dias em casa é uma coisa, mas 120 dias é muito”, são suas declarações. A aprovação da licença-gestante de 120 dias representa um pequeno avanço, se comparada com dispositivos semelhantes nas leis de outros países do mundo. Estes países, com diferentes sistemas econômicos, se preocupam com a garantia da estabilidade à mulher gestante, como, por exemplo, a França, que proíbe sua demissão até quatro semanas após o término da licença; a União Soviética, que garante o emprego até que filho complete um ano de vida; o Chile, que garante o vínculo empregatício até um ano após o parto. A intenção do legislador, ao aprovar por maioria absoluta de 429 votos o inciso XVII do art. 8.º da nova Constituição, foi proteger de forma real e insofismável o direito da mulher gestante, que atualmente é de 84 dias, a fim de evitar que fatos como este aconteçam. Portanto, Sr. Presidente, caros Constituintes, não basta apenas o Plenário desta Assembleia redigir as leis que nortearão os princípios de nossa sociedade, se esta mesma sociedade insiste em não se modernizar, se os legisladores insistem em ignorar o que pelo direito natural já é até adotado em muitas empresas brasileiras. A afirmação, por parte da diretoria daquela usina, de que a empresa não teria condições para arcar com o custo que representaria a licença de 120 dias é completamente despida de fundamento, pois todos sabemos que os trabalhadores rurais, em sua maioria contratados temporariamente – como, por exemplo, os da cana, aproximadamente quatro meses – não levariam a arcar obrigatoriamente com o ônus de tal benefício. Além disso, existem numa mesma região produtora inúmeras fazendas, e o que ocorre, infelizmente, é um constante rodízio de trabalhadores rurais avulsos, o que fatalmente exclui a mulher trabalhadora rural do benefício que a Assembleia Nacional Constituinte aprovou.

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, temos o dever de, além de elaborar as leis que regerão nosso País, informar à sociedade em geral dos benefícios que redundarão da aplicação dessas mesmas leis, evitando, dessa forma que empresários sem o devido conhecimento de causa continuem imputando às mulheres de nosso País discriminações insidiosas como esta que acabamos de relatar. E o que é pior, utilizando-se de uma Constituição ainda não promulgada e de textos legais que formulam outro tipo de garantias, para cometer arbitrariedades que penalizam a mulher em sua função materna,



função esta de alto cunho social e que precisa ser assumida por toda a sociedade.<sup>95</sup>

Na 28.<sup>a</sup> Sessão, de 4 de maio de 1988,<sup>96</sup> ainda a Deputada Anna Maria Raties, em réplica a um artigo<sup>97</sup> da revista *Veja* e citado na Sessão pelo Deputado Denisar Arneiro, demonstra toda a sua indignação diante do pensamento retrógrado e machista demonstrado pelos empregadores a aprovação da licença-gestante:

A aprovação da licença-gestante de 120 dias para a mulher trabalhadora gerou, e ainda gera, por causa do 2.º turno, muita polêmica. Fruto de acordo, agora é usada, por alguns segmentos empresariais, contra as próprias mulheres. Mas, na verdade, não implica avanço algum no contexto social. Apenas um parco reconhecimento da função social da maternidade.

[...]

Causa-nos indignação o fato de – após aprovado o dispositivo constitucional – diversas mulheres estarem sendo discriminadas no mercado de trabalho, por serem mulheres. Inúmeras empresas, em todo o território nacional, estão exigindo atestado de esterilidade para contratar novas funcionárias, e outras estão demitindo as que ficam grávidas, para evitar o pagamento de mais 36 dias de licença-gestante – apesar de a Confederação Nacional da Indústria ter-se manifestado favoravelmente, já que o custo financeiro, em média, fica em torno de 0,09% (nove décimos por cento) da folha de pagamento de uma empresa. Em Teresina, para uma mulher conseguir emprego, tem de provar que é virgem, e as restrições à mão de obra feminina aumentam, conforme publica o “Correio Braziliense”, na edição de 28 de abril, ressaltando que o levantamento realizado pelo Sindicato dos Comerciários local revela 383 demissões de mulheres de janeiro a março deste ano, contra 58 no mesmo período em 1987. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, órgão do Ministério da Justiça, que vem lutando, desde sua criação, em 1985, para derrubar as barreiras e desigualdades enfrentadas pelas mulheres brasileiras, cumpre seu papel, denunciando e exigindo providências contra a discriminação.

<sup>95</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/204anc12mar1988.pdf#page=15>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

<sup>96</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05MAI1988.pdf#page=13>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

<sup>97</sup> O artigo afirma categoricamente que os 120 dias de licença-maternidade aumentariam o desemprego da mão de obra feminina. A Dra. Maria afirma que a mulher, principalmente as aptas para a concepção, seriam objeto de discriminação, e vai mais longe ao aduzir que, “num raciocínio simplista, o empregador poderá suspeitar que sua funcionária, após ter seu primeiro filho e ficando 120 dias em casa, retorne ao trabalho grávida pela segunda vez. Seguindo esse cálculo, num prazo de três anos, tendo três filhos, a funcionária terá ficado em casa durante um ano inteiro, graças à licença-maternidade, e ainda terá direito a três meses de férias”. O artigo foi publicado na edição da revista *Veja*, de 30 mar. 1998, p. 15, na seção “Ponto de Vista”, sob o título “Uma falsa conquista”, elaborado pela Dra. Maria Rosineide Bentes. Advogada e Presidente da Associação da Mulher Paraense.

Ainda digno de nota, triste e ao mesmo encorajador registro da Deputada Federal Maria Lourdes Abadia,<sup>98</sup> na Sessão de 25 de outubro de 1988, acerca de como os empregadores reagiram após promulgação da Constituição, ressaltando que as mulheres não devem recuar diante do reconhecimento de seus direitos:

Sr. Presidente, Srs. Deputados, quero apenas, como mulher e ex-Constituinte, registrar nos Anais desta Casa minha preocupação com a situação das mulheres que estão sendo discriminadas depois de promulgada a nova Constituição. É incrível como a sociedade brasileira, representada pelos segmentos que empregam os trabalhadores, demonstra total falta de compreensão no que diz respeito aos direitos conquistados na nova Constituição. Como sabe V. Exa., a licença de cento e vinte dias para a mulher gestante está causando uma verdadeira demissão em massa em todos os setores produtivos do Brasil. É uma discriminação injusta e vergonhosa. Defendemos aqui a igualdade de direitos e de deveres. Não sei por que a mulher é vergonhosamente discriminada em relação a seu trabalho pelo fato de ter a missão de dar à luz. Sabemos por estatísticas divulgadas que a mão de obra feminina, além de pouco utilizada, é discriminada, porque ela ganha menos fazendo o mesmo trabalho que o homem. Agora, soma-se a tudo isso a discriminação em função dos cento e vinte dias de licença à gestante.

Ora, Sr. Presidente, quando aprovamos esta emenda não pensamos apenas na mulher, pensamos no Brasil e nas crianças brasileiras, porque é justamente aos cento e vinte dias que a criança completa o ciclo de resistência e imunidade de que precisará para o resto da vida. Sabemos também por pesquisas que o maior índice de mortalidade infantil, principalmente nas periferias urbanas, nas favelas, ocorre justamente aos noventa dias, época em que a mulher tem de voltar ao trabalho, deixando de amamentar seu filho. Quero aqui registrar o meu protesto e pedir que a sociedade brasileira compreenda a grandiosidade e o espírito dessa lei, que é a luta pelo homem de amanhã. Registro meu protesto contra esta discriminação das mulheres, tendo em mãos um jornal do dia 23 de outubro com a seguinte manchete: “Direitos Condenam Mulheres ao Desemprego”. A matéria faz um relato de todo o sistema produtivo, que está dispensando mulheres porque não aceita os direitos conquistados por elas, Sr. Presidente, isso é uma vergonha. Nós, mulheres, não recuaremos diante dessa ameaça, porque sabemos que todas as conquistas sociais geraram discriminações e perseguições, se recuarmos neste momento estaremos condenadas a não participar, como devemos, do desenvolvimento econômico e social do nosso país, é isso que queremos.

Demonstrando com números a preocupação expressada no discurso da Deputada Federal Maria Lourdes, a tabela a seguir<sup>99</sup> evidencia a influência da mudança constitucional na vida mulheres e, ainda que pouco expressivo, o negativo retorno empresarial.

<sup>98</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD26OUT1988.pdf#page=6>>. Acesso em: 21 dez 2018.

<sup>99</sup> CARVALHO, Sandro Sacchet de Carvalho; FIRPO Sergio; GONZAGA Gustavo. Os efeitos do aumento da licença-maternidade sobre o salário e o emprego da mulher no Brasil. 7 dez 2006, p. 497. Disponível em: <http://ppe.ipea.gov.br/index.php/pppe/article/viewFile/60/34>>. Acesso em: 21 dez. 2018.

**Tabela 4**  
**Estatísticas descritivas: grupos de tratamento e controle**

	Mulheres com carteira entre 20 e 35 anos		Homens com carteira entre 20 e 35 anos		Mulheres com carteira entre 36 e 65 anos		Mulheres sem carteira entre 20 e 35 anos	
	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição
Proporção na amostra (%)	9,55	9,87	19,51	18,58	1,18	1,34	3,16	2,96
Média do salário horário <sup>a</sup>	3,19 (3,84)	2,58 (3,37)	4,26 (5,45)	3,35 (4,63)	3,39 (5,72)	2,95 (4,71)	1,45 (3,52)	1,28 (2,92)
Média de horas trabalhadas	42,14 (8,88)	41,11 (8,12)	44,67 (8,07)	43,15 (7,30)	42,82 (9,48)	41,39 (8,51)	43,05 (13,99)	41,55 (12,79)
Educação média	8,72 (3,98)	8,89 (3,89)	7,44 (3,93)	7,60 (3,88)	5,90 (4,47)	6,48 (4,65)	6,04 (4,03)	6,51 (4,06)
Idade média	26,62 (4,46)	26,88 (4,49)	27,20 (4,51)	27,37 (4,50)	44,10 (6,71)	44,13 (6,74)	26,00 (4,57)	26,32 (4,58)
Ramos de atividade (%)								
Ind. de transformação	29,44	26,62	39,82	37,27	24,18	23,22	13,68	12,45
Construção civil	1,51	1,64	8,22	7,94	0,92	1,18	0,55	0,70
Comércio	17,79	18,00	13,59	14,58	9,72	9,65	8,28	9,12
Serviços	50,97	53,54	37,53	39,49	64,54	65,45	76,18	76,10
Número de observações	204.167	171.255	388.858	301.907	89.953	86.681	66.506	51.455

Fonte: IBGE/PME.

Nota: Desvios-padrão entre parênteses.

<sup>a</sup> Os valores estão em reais de janeiro de 2002.

Apesar de todo o estardalhaço do setor empresarial, de acordo com a conclusão dos autores do estudo de 2006 divulgado no *site* do Ipea, os efeitos da alteração constitucional foram bastante reduzidos, tanto sobre os salários quanto sobre o emprego.

#### **2.4 Da garantia de emprego em razão da maternidade – Artigo 10, b, do ADCT**

Ainda em matéria constitucional, a Constituição Federal, em seu artigo 7.º, I, refere-se à proteção contra dispensa injusta ou arbitrária, deixando para lei complementar as definições e tratamento jurídicos, que passadas três décadas ainda não foi editada.

O legislador, prevendo a dificuldade de acordo para a edição da referida lei complementar, inseriu algumas regras pertinentes à dispensa no artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou ADCT.

Assim, dispôs no artigo 10, II, *b*, importante norma de proteção à mulher, ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.<sup>100</sup>

Como se nota, a norma prevê estabilidade<sup>101</sup> de caráter provisório, pois tem duração apenas do período previsto constitucionalmente, e também não é absoluta, mas apenas relativa, porquanto o referido artigo apenas veda a sua “dispensa arbitrária ou sem justa causa”, sendo possível assim a despedida por motivo de justa causa.

A dispensa arbitrária é definida como aquela que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme o artigo 165<sup>102</sup> da CLT. Diferenciando dispensa arbitrária da dispensa por justa causa, elucida Nascimento:<sup>103</sup>

[...] Ficando, por ora, apenas nos estudos iniciais e que devem ser completados com a lei ordinária, é possível concluir que enquanto a dispensa arbitrária é qualificação do ato praticado pelo empregador, justa causa, ao contrário o é da ação ou omissão do trabalhador. A arbitrariedade é daquele. A justa causa é deste.

Arbitrária seria, por exemplo, a despedida sem a observância de um procedimento que a lei complementar por traçar para as situações em que, em razão de crise econômica, a empresa se vê diante da necessidade de se desfazer de muitos empregados.

Em que pese seu caráter provisório e não absoluto, tal previsão garante às mulheres que, ao se tornarem mães, quando do nascimento de seus filhos, gozarão de especial proteção

<sup>100</sup> “[...]”

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7.º, I, da Constituição:

[...]”

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

<sup>101</sup> Importante citar que antes da inclusão desse artigo na Constituição havia a previsão de estabilidade em algumas convenções coletivas, como alerta Therezinha C. Santos Prado em cartilha da Secretaria de Estado de Relações do Trabalho: “Estabilidade Provisória. Esta estabilidade ainda não exista na lei. Por enquanto, é somente uma conquista de alguns Sindicatos, não todos. Por isso, é importante você saber se o seu Sindicato já tem essa garantia e, se não tiver, começar a batalhar para vir a ter. E o que é a estabilidade provisória? É a garantia que tem a gestante de poder contar com seu emprego, durante toda a gravidez, o descanso-parto e mais o tempo que o seu Sindicato conseguir (o que varia, geralmente, entre 30 e 120 dias) após o parto. Se, nesse período, ela for dispensada sem justa causa, o patrão terá de lhe pagar não apenas o salário-maternidade, mas o correspondente ao salário de todo aquele tempo” (*Direitos da mulher trabalhadora*. Secretaria de Estado de Relações do Trabalho, Conselho Estadual da Condição Feminina, 1986. p. 31).

<sup>102</sup> “Art. 165. Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.”

<sup>103</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 18. ed. rev. e atual de acordo com a nova Constituição Federal. São Paulo: LTr, 1992. p. 190.

por parte do Estado brasileiro, visto que se entende como essencial à proteção do exercício da maternidade,<sup>104</sup> entre outros, a garantia do direito ao trabalho.<sup>105</sup>

Note-se que a garantia de emprego prevista não tem dia exato para começar nem para terminar. A garantia é durante a gestação, quando esta começou ou quando se encerrou. Não há também indicação da forma de confirmação da gravidez, a qual normalmente ocorre mediante a apresentação de atestado médico ao empregador.

É de especial destaque o fato de que a duração de estabilidade da gestante será, na verdade, superior aos referidos 120 dias, pois estes representam apenas o período no qual aquela poderá afastar-se do emprego sem prejuízo do salário.

O artigo 10, II, *b*, do ADCT prevê a impossibilidade de despedida da gestante desde o momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, logo a considerar os nove meses de gestação – levando-se em conta a duração mais comum da gravidez –, além do aviso prévio de pelo menos 30 dias, o qual não pode ser concedido durante o período estável; a estabilidade se dá por um período aproximadamente de quinze meses.

A garantia ao trabalho estampada no artigo 10 é extremamente importante, quando se considera que, do ponto de vista histórico, muitas mulheres ficaram restritas ao espaço doméstico por terem de exercer a função social de mães, esposas e donas de casa.

Assim, a previsão constitucional, ainda que pendente de lei complementar até os dias de hoje, ratifica entendimento esposado pelas Convenções da OIT e coloca o Brasil na lista dos 34 países entre os 185 países-membros da entidade que cumprem a recomendação.

Não há dúvida de que a garantia de emprego, o salário-maternidade e todas demais proteções à mulher são extensivas também às trabalhadoras rurais,<sup>106</sup> pois equipararam-se os direitos de trabalhadores urbanos e rurais na forma do artigo 7.º.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Como aduz Amaro Barreto, “essa assistência social à mãe gestante redundava em amparo à infância, em fortalecimento da raça, em segurança da sociedade e em prestígio da nação” (*Tutela especial do trabalho* cit., p. 524).

<sup>105</sup> A esse respeito esclarece Mauricio Godinho Delgado: “Garantia de emprego, por sua vez, é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidade temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando) (*Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 1018-1019).

<sup>106</sup> Digno de nota que, em 24 de julho de 1991, a Lei n.º 8.213 incluiu o salário-maternidade entre as espécies de prestação previdenciária do rurícola, e somente a partir dessa data o Tribunal Superior do Trabalho passou a considerar devido o salário-maternidade à empregada rural.

A Lei n.º 8.213/1991, alterada pela Lei n.º 9.876/1999, no artigo 26, VI, resguardava a concessão, independentemente de carência, do salário-maternidade para as seguradas empregadas, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, mas a questão da garantia de emprego da doméstica era rodeada de dúvidas. Com o advento da Lei n.º 11.324/2006, que alterou a Lei n.º 5.859/1972, acrescentando-lhe o artigo 4.º-A,<sup>108</sup> não houve mais espaço para dúvidas e principalmente questionamentos.

Nesse contexto, importante a reflexão acerca da razão que motivou a diferença na redação dos artigos 7.º, XVIII, da Constituição e 10, *b*, do ADCT, uma vez que o primeiro concede a “licença à gestante” e o segundo preconiza a garantia de emprego apenas à “empregada gestante”, um detalhe que fez com que tal direito somente fosse reconhecido e efetivado para mulheres com vínculo formal de emprego, excluindo muitas mulheres que não o têm ou ainda que trabalhem por conta própria, que são parte significativa da sociedade brasileira.<sup>109</sup>

Individualmente, a trabalhadora autônoma deve contribuir com o INSS para ter garantidos alguns direitos, como o salário-maternidade, mas nem todas fazem isso e não é só uma questão de ter ou não o benefício. O risco de perder o emprego para outra pessoa é o que pesa. Ficar meses fora do trabalho é assustador por inúmeros fatores, ainda mais se a mulher não tiver alguém para dividir as despesas.

Se a relação de trabalho puder ser o máximo possível humanizada, nas empresas ou no seio familiar, ótimo para toda a sociedade. No entanto, não se pode perder de vista que

---

<sup>107</sup> “[...]”

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores *urbanos e rurais*, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]”

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.”

<sup>108</sup> “[...]” Art. 4.º Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social na qualidade de segurados obrigatórios.

Art. 4.º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.”

<sup>109</sup> Em censo realizado no 1.º trimestre de 2017, a população ocupada estimada em 88,9 milhões de pessoas era composta por 68,0% de empregados (incluindo empregados domésticos), 4,6% de empregadores, 24,9% de pessoas que trabalharam por conta própria e 2,5% de trabalhadores familiares auxiliares. E mais 76,6% dos empregados do setor privado tinham carteira de trabalho assinada, ou seja, uma grande parcela desses empregados ainda vive na informalidade.

Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_continua/Trimestral/Fasciculos\\_Indicadores\\_IBGE/pnadc\\_201701\\_trimestre\\_caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201701_trimestre_caderno.pdf)>.

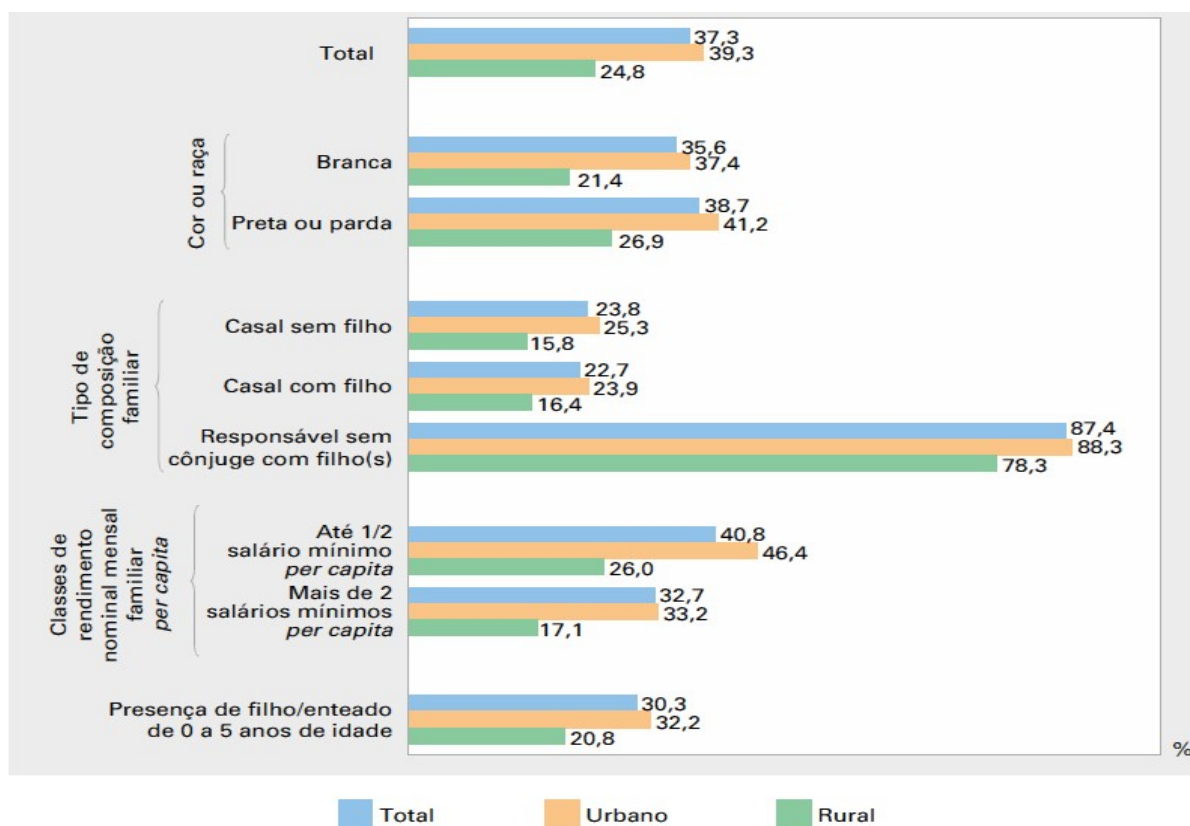
Acesso em: 13 jun. 2017.

alguém que se submete a trabalhar para outra pessoa, doméstico ou não, assim o faz, primeiramente, porque precisa sobreviver, receber salário e tentar ter uma vida digna.

Ao se deparar com tal quadro, Martins<sup>110</sup> aduz que, “nos dias correntes, a gravidez de mãe solteira é uma constante, razão pela qual seria desumano acrescentar às dificuldades de tal tipo de gravidez as angústias do desemprego”.

De acordo com o Censo de 2010 realizado pelo IBGE, a proporção de famílias que tinham a mulher como responsável foi de 37,3%, e, em famílias formadas sem cônjuge e com filhos (monoparentais), as mulheres foram maioria na condição de responsável pela família (87,4%), principalmente em áreas mais carentes, como demonstra o gráfico a seguir:

**Gráfico 1**  
**Proporção das famílias com mulheres responsáveis, nas famílias únicas e convivente principais em domicílios particulares, segundo a cor ou raça do responsável pela família, o tipo de composição familiar, as classes de rendimento nominal mensal familiar *per capita* e a presença de filho/enteado de 0 a 5 anos idade na família – Brasil – 2010**



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

<sup>110</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 cit., p. 205.

Uma nova questão a ser enfrentada, diante do advento da Reforma Trabalhista, é a estabilidade provisória da gestante no contrato de trabalho intermitente, prevista no artigo 452-A<sup>111</sup> da CLT, uma vez que há clara lacuna nesse sentido.

De acordo com o novo artigo, intermitente é a prestação de serviços subordinada, que pode ocorrer com alternância de períodos de trabalho e de inatividade, por determinadas horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.

De acordo com Luciane Cardoso Barzotto,<sup>112</sup> comenta-se a ideia inspiradora de o contrato intermitente formalizar o “bico” de trabalhadores informais aumentando oportunidades. Em outros países em que foi adotada, essa modalidade por jornadas descontínuas foi regulamentada, por vezes, para setores específicos nos quais se exige acréscimo de pessoal sazonal e episódico, como verificado no âmbito do turismo alimentação. Seria um trabalho viável para alocar mão de obra especializada de setores de TI e de trabalho empreendedor em empresas embrionárias (*startups*), por exemplo, para os quais não haveria necessidade de participação funcional permanente no quadro de trabalhadores fixos de determinada empresa.

Ainda a respeito do contrato de trabalho intermitente, Claudia Mara de Almeida Viegas<sup>113</sup> pondera seus reflexos do ponto de vista do empregador e do empregado:

Sob a perspectiva do empregador, são inegáveis as vantagens desse tipo de contratação, sobretudo porque evita a mão de obra ociosa, circunstâncias que podem se dar por fatores triviais como casos fortuitos e eventos da natureza, por exemplo, um período chuvoso para um restaurante à beira mar, uma máquina parada para manutenção etc.

A partir da ótica do empregado, no entanto, a realidade se mostra extremamente negativa e prejudicial. Primeiro, observa-se que o novo art. 452-A da CLT não garante uma obrigatoriedade ou periodicidade mínima de convocações, evidenciando a imprevisibilidade absoluta do trabalho e da fonte de renda, fatores que prejudicarão as condições de vida do trabalhador,

---

<sup>111</sup> “Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.”

<sup>112</sup> BARZOTTO, Luciane Cardoso. O controvertido contrato de trabalho intermitente. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017. p. 3.

<sup>113</sup> VIEGAS, Claudia Mara de Almeida. Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017. p. 1.



que não poderá programar a sua rotina, sendo praticamente impossível compatibilizar com outro emprego, estudos e obrigações familiares. Frise-se que o empregador poderá convocar com até três dias de antecedência e, somente nessa ocasião, o trabalhador terá noção da sua jornada de trabalho.

Não é à toa que o tema deu ensejo ao Projeto de Lei n.º 9.467/2018<sup>114</sup> com o fim de revogar o dispositivo da lei, entre outras disposições. Nesse contexto, importante a leitura da justificção do Projeto proposto pelo Deputado Alessandro Molon da Rede Rio de Janeiro.

Tendo em vista que o trabalhador intermitente não terá trabalho no decorrer de todo o período do mês, não receberá um salário mínimo mensal, afrontando-se, assim, o princípio da dignidade humana, além de afrontar o art. 7.º, VII, da Constituição Federal, que afirma que todos os trabalhadores que percebem remuneração variável, que é justamente o caso do trabalhador intermitente, deverá perceber ao menos um salário mínimo (art. 7.º, VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;). A parte fixa do salário é o pagamento por hora ou dia (art. 452-A, inciso II) e a parte variável é o valor percebido dentro do mês que dependerá da quantidade de horas ou dias laborados e, neste passo, são aplicáveis os regramentos do art. 7.º, inciso VII, da Constituição. O empregado que ganhar menos que um salário mínimo no fim do mês não terá acesso aos benefícios da Previdência como auxílio-doença, por exemplo, isto porque a contribuição previdenciária teria como base de cálculo valor inferior ao salário mínimo, o que não é permitido. Em consequência da contribuição inferior ao salário mínimo, não será computado como tempo de contribuição para fins previdenciários, inclusive para manutenção da condição de segurado do Regime Geral de Previdência. Logo, não será computado sequer o tempo de trabalho para aposentadoria, salvo se fizer o complemento com recursos próprios, conforme art. 911-A da CLT. Em diversas situações o valor pago pelo trabalhador intermitente com recurso próprio é superior ao valor do salário percebido, como se percebe pelo exemplo abaixo: a) Salário mínimo 937,00: 30 = R\$ 31,23 (salário dia); b) Salário hora 937,00: 220 = 4,25 (salário hora); c) Contrato de 4 horas – 06 vezes por mês – salário hora 4,81; d) salário = 4,81X 4 X 6 = 115,44; e) Pagamento INSS empregador = 115,44 X 20% (Lei 8.212/91, art. 22, I) = R\$ 23,08; f) Mínimo de contribuição R\$ 937,00 X 20% = 187,40; g) Valor a depositar pelo empregado R\$ 187,40 - 23,08 = R\$ 164,36 (mais que o próprio salário). A situação acima apontada inviabilizará o próprio direito de aposentadoria do trabalhador que for contratado na modalidade de contrato de trabalho intermitente. O direito social de aposentadoria encontra-se albergado pelo art. 7.º, inciso XXIV, e por se tratar de direito social faz parte do núcleo duro da Constituição Federal (art. 60, § 4.º, inciso IV) que não pode ser obliterado. Não resta dúvida que o trabalho intermitente frustra a garantia do pleno emprego, uma vez que haverá contrato de trabalho sem trabalho e sem salário nos períodos de inatividade, por interesse exclusivo do empregador, afrontando o art. 170, inciso VIII, da Constituição, que preleciona:

---

<sup>114</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=Tramitacao-PL+9467/2018](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=Tramitacao-PL+9467/2018)>. Acesso em: 13 jan. 2019.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII – busca do pleno emprego.

O § 13 do art. 452-A afasta o regramento do art. 60, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, asseverando que: § 13. Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto § 3.º do art. 60 da Lei n.º 8.213, de 1991. (Incluído pela Medida Provisória n.º 808, de 2017.) Lei 8.213/91, art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.99.) § 3.º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26.11.99.)

Diferentemente do contrato de trabalho a termo, sob essa modalidade é possível que a prestação de serviço sequer ocorra. No entanto, o contrato de trabalho intermitente não deixa de ser um contrato por tempo indeterminado, apesar de suas particularidades, portanto compatível com a licença-maternidade. A maior dificuldade aqui manifesta-se no tocante ao valor do salário-maternidade, mas, por se tratar de tema de direito previdenciário, não enfrentaremos neste estudo.

As diversas modalidades de contrato de trabalho/prestação de serviços, diante da possibilidade da precarização do trabalho, fazem com que a discussão acerca da necessidade de proteção à gestante se torne ainda mais latente. Sejam as profissionais celetistas, autônomas ou domésticas, casadas ou solteiras, fato é que há um longo caminho a ser trilhado no tocante a legislação e políticas públicas. A seguir, veremos como a lei e a jurisprudência vêm enfrentando os percalços do caminho.

### 3 ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE E A PRÁTICA

#### 3.1 Da licença-maternidade

Assim como o artigo 10, II, *b*, do ADCT, o artigo 392<sup>115</sup> da CLT, com redação da Lei n.º 10.421/2002,<sup>116</sup> repete a garantia da licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário, sem nada mencionar acerca de eventual dispensa da gestante.

O que se depreende é que não existe no País norma infraconstitucional que textualmente proteja as mulheres gestantes e as adotantes da dispensa arbitrária ou sem justa causa como deveria.

Talvez por essa falta de regulação normativa da garantia de emprego na maternidade e em razão das inúmeras variáveis que surgiram ao longo dos últimos anos, como crise econômica, novas figuras de trabalhador e o reconhecimento de relações homoafetivas, a Justiça do Trabalho tenha sido chamada a decidir situações cada vez mais complexas e delicadas sobre o tema.

A discussão chegou ao Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 111, inciso I, da Constituição da República, cuja função precípua consiste em uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira, mediante a edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, reunindo o entendimento majoritário dos magistrados.

---

<sup>115</sup> “Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1.º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28.º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2.º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3.º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.”

<sup>116</sup> Acerca da importância da Lei n.º 10.421/2002, pontua Adalberto Martins: “O art. 392 da CLT não havia sido revogado expressamente pela Constituição Federal, e estabelecia a proibição de trabalho da mulher grávida no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto, e sujeitava o empregador à multa prevista no art. 401 da CLT – o que sempre revelou um despropósito, além de inviabilizar ou, no mínimo, dificultar a atuação do órgão fiscalizador do Ministério do Trabalho e Emprego. Isto porque nem o empregador tampouco o auditor fiscal do trabalho tinham condições de saber se a empregada gestante se encontrava no período de quatro semanas antes do parto, já que o afastamento dependia de apresentação de atestado médico pela empregada à empresa; e, além disso, não é incomum a prestação de serviços pela empregada até as vésperas de dar à luz, quando reúne condições físicas para tanto, já que isto implica gozo da licença gestante por maior tempo na companhia do filho” (*Manual didático de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 274).

Com o fim de preencher lacunas existentes em lei ou ainda trazer interpretação mais pertinente de certo dispositivo legal perante situações vivenciadas pelos trabalhadores, o TST já editou mais de 460 súmulas<sup>117</sup> e diversas orientações jurisprudenciais.

No tocante ao tema proteção do empregado das empregadas gestantes, antes do advento da Constituição Federal, mais precisamente em 1982 o TST editou a Súmula 142; em 1985 a Súmula 244; e em 1986 a Súmula 260.

### 3.1.1 Súmulas n.º 142, n.º 244 e n.º 260 do TST

Súmulas são enunciados que resumem o entendimento majoritário de um tribunal sobre determinado assunto por ele apreciado, e normalmente são editadas após repetidas decisões tomadas pelo tribunal num mesmo sentido. Assim, a previsão do artigo 926 do Código de Processo Civil:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1.º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2.º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Embora não haja efeito vinculante para os demais órgãos judiciais e administrativos, as Súmulas do C. TST,<sup>118</sup> por questão de disciplina judiciária, por via de regra, são acolhidas e aplicadas pelos Tribunais Regionais, notadamente no julgamento de recursos, o que se dá em segunda instância.

Interessante e imperiosa a análise das transformações que ocorreram nas súmulas em destaque, ao longo das últimas três décadas, pois refletem não só as inúmeras inquietações sociais, mas as mudanças na sociedade brasileira no tocante ao acesso da mulher ao mercado

<sup>117</sup> Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/sumulas>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

<sup>118</sup> A esse respeito interessante observação de José Augusto Rodrigues Pinto: “A súmula jurisprudencial de nossa mais alta Corte Trabalhista aparece como uma tentativa de síntese dos impulsos criadores do Direito do Trabalho, com sua função estabilizadora de relações humanas, formadas para a produção e distribuição da riqueza industrial. Daí a importância que a reveste aos olhos dos juízes, advogados, professores ou, enfim, de todos aqueles que, em medida mais ou menos direta, habitam o sensível universo do fórum, das academias e das empresas” (Prefácio. In: PINTO, Raymundo Antonio Carneio. *Súmulas do TST comentadas*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 10).

de trabalho, bem como o reconhecimento da importância de proteção ao empregado da gestante e vida do nascituro.

A primeira súmula editada pelo TST acerca do trabalho da gestante, como mencionado, foi a Súmula 142, em 1982. Para compreender melhor sua redação, é importantíssimo entender o contexto brasileiro em que ela ocorreu.

Há alguns anos, o governo brasileiro atacava a estabilidade decenal<sup>119</sup> com o advento da Lei n.º 5.107/1966, que criou o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e concedeu ao trabalhador a chance de optar pelo regime de estabilidade ou pelo fundo de garantia. O objetivo era duplo: facilitar a demissão de trabalhadores e financiar a construção de imóveis.<sup>120</sup>

Para convencer a opinião pública de que trocar a estabilidade pelo FGTS era uma boa ideia, o governo usou vários argumentos. Roberto Campos, Ministro do Planejamento do governo do Marechal Castello Branco, alegava que o fundo daria “estabilidade real” ao trabalhador, uma vez que poucos atingiam dez anos na mesma empresa – muitos eram dispensados justamente para não alcançar o direito. Calculava-se que menos de 20% dos empregados eram estáveis.<sup>121</sup>

Um anúncio da ditadura publicado nos jornais tratava a estabilidade como problema e o FGTS como solução: “Não há mais o fantasma da estabilidade, que aparentemente beneficiava [o trabalhador], mas que na maioria dos casos era o responsável pelo corte de muitas carreiras de futuro logo no começo”.

---

<sup>119</sup> “No Brasil, todo empregado que completasse 10 (dez) anos no mesmo emprego adquiria estabilidade, ficando vedada a sua dispensa salvo na ocorrência de falta grave ou força maior.”

<sup>120</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/05/em-1967-fgts-substituiu-estabilidade-no-emprego>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

<sup>121</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/05/em-1967-fgts-substituiu-estabilidade-no-emprego>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

Figura 1

Anúncio da ditadura publicado nos jornais

# Este homem não quer indenizações.

## Quer progredir no trabalho

Hoje é o primeiro dia de trabalho de Laércio Lopes de Oliveira. Ele começa com vontade de trabalhar e não pensando em indenização. Ele sabe que, no regime do FGTS, depende apenas dele sair do emprego ou ficar e fazer carreira, subir na vida. Não há mais o fantasma da estabilidade, que aparentemente o beneficiava, mas que na maioria dos casos era o responsável pelo corte de muitas carreiras de futuro, logo no começo.

Agora, mais 8% do seu salário, conquistados a cada mês de trabalho, estão depositados em uma conta bancária no seu nome, rendendo juros e crescendo com a correção monetária. Se ele sair do emprego para um melhor não vai perder os anos de trabalho. Sua conta continua a aumentar e vai servir de suporte para quando ele casar, ficar desempregado, adoecer ou para comprar sua casa própria com a ajuda do Governo, através do Plano Nacional de Habitação do BNH.

O seu primeiro dia de trabalho é muito mais tranquilo que o do seu pai. Ele está amparado pelo FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — uma conquista do trabalhador brasileiro e de sua família, que só se tornou possível com a Revolução de 31 de março, implementada pelo Governo Costa e Silva. Para Laércio Lopes de Oliveira, FGTS quer dizer «Futuro Garantido para Todos os Seus».

### FGTS

FUNDO  
DE GARANTIA DO  
TEMPO DE SERVIÇO



BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO



Com anúncio, ditadura quis convencer trabalhador a abrir mão da estabilidade

Reprodução

Não surpreende o fato de que as primeiras súmulas editadas pelo TST, não falavam em reintegração e/ou estabilidade, mas tão somente em indenização dos salários e vantagens correspondentes ao período da estabilidade, assim com seus reflexos.

Súmula n.º 142 do TST

GESTANTE. DISPENSA. Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade (ex-Prejulgado n.º 14).

Redação original – Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985

N.º 244 Gestante – Garantia de emprego<sup>122</sup>

A garantia de emprego à gestante não autoriza a reintegração, assegurando-lhe apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos.

Súmula n.º 260 do TST

SALÁRIO-MATERNIDADE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. No contrato de experiência, extinto antes do período de 4 (quatro) semanas que precede ao parto, a empregada não tem direito a receber, do empregador, o salário-maternidade.

Passados vinte anos, no processo de redemocratização do Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a mulher, finalmente reconhecida como sujeito de direitos, passa cada vez a ocupar espaços públicos e privados.

Em 1990, o então Presidente José Sarney, nomeou a primeira mulher para o TST,<sup>123</sup> a Ministra Cnéa Cimini Moreira de Oliveira, primeira mulher no Brasil e a segunda no mundo a ocupar o cargo de Ministra em Tribunal Superior.

Em 1999, assumiu vaga como Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo terço da magistratura, a juíza do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1.ª Região Eliana Calmon, tornando-se a primeira mulher a ocupar um posto nesse tribunal.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

<sup>123</sup> “Fui nomeada pelo Presidente José Sarney em 1990, sendo a primeira mulher no Brasil a ocupar cargo em tribunal superior. Na época, o Senado fez uma pesquisa que me apontou como sendo a segunda do mundo. Havia uma mulher em Nova York, embora lá o título não seja ministra, e sim juíza da Corte Superior, e eu no Brasil. Foi importante porque existem várias mulheres que, seguindo o meu exemplo, candidataram-se” (Cnéa Cimini, em entrevista à OAB, em 2006). Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/primeiramagistrada-tst>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

<sup>124</sup> Disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/node/29740>>. Acesso em: 1.º dez. 2018.

Em 23 de novembro de 2000, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso nomeou para exercer o cargo de Ministra do Supremo Tribunal Federal (STF) Ellen Gracie Northfleet, primeira mulher a integrar o referido Tribunal.<sup>125</sup>

Como se nota da tabela a seguir, o número de mulheres ocupadas em todas as faixas etárias apresentou significativo aumento nos últimos anos:

**Tabela 5**  
**Taxa de atividade dos trabalhadores com 16 anos ou mais de idade, por sexo, segundo os grupos de idade e a cor ou raça – Brasil 200/2010**

Grupos de idade	Taxa de atividade dos trabalhadores com 16 anos ou mais de idade (%)					
	2000			2010		
	Total	Sexo		Total	Sexo	
		Homens	Mulheres		Homens	Mulheres
<b>Total (1)</b>	<b>64,5</b>	<b>79,7</b>	<b>50,1</b>	<b>64,8</b>	<b>75,7</b>	<b>54,6</b>
<b>Grupos de idade</b>						
De 16 a 29	68,6	81,0	56,3	66,7	74,6	58,8
De 30 a 49	76,1	91,9	61,1	78,2	88,8	68,1
De 50 a 59	57,1	76,8	39,0	63,5	78,1	50,2
De 60 ou mais	22,6	37,4	10,6	26,3	38,7	16,5
<b>Cor ou raça</b>						
Branca	64,3	79,7	50,6	65,8	76,7	56,2
Preta ou parda	64,8	79,9	49,5	63,9	75,0	53,1

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/2010.

(1) Inclusive pessoas de cor ou raça amarela, indígena ou ignorada.

Justamente, acompanhando a evolução em direitos sociais ocorrida após o advento da Constituição Federal e a maior participação das mulheres no mercado de trabalho, o TST cancelou as Súmulas 142 e 260 e por meio da Resolução Administrativa n.º 121/2003<sup>126</sup> alterou a redação da Súmula 244.

A alteração da súmula se deu no sentido de permitir a reintegração da empregada gestante apenas durante o período da estabilidade e manter o direito aos salários e demais vantagens pecuniárias correspondentes ao tempo de estabilidade.

Súmula alterada – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

N.º 244 Gestante. Garantia de emprego

<sup>125</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?id=35&periodo=stf>>. Acesso em: 2 dez. 2018.

<sup>126</sup> Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)>. Acesso em: 15 jun. 2017.



A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

Talvez por se tratar de modalidade especial de estabilidade provisória, entendeu-se por bem limitar a reintegração da empregada gestante apenas ao período de estabilidade, porém, a nosso ver, tal entendimento é desconexo do escopo da Lei, que é a garantia de emprego, e, além de monetizar o direito, pode incentivar a contenda judicial.

Posteriormente, suprimindo lacuna deixada pelo cancelamento da Súmula 260, nova alteração trazida pela Resolução Administrativa n.º 129/2005 dispunha que:

Item III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Em meio a muita polêmica, referido item veio novamente a ser modificado, dessa vez pela Resolução Administrativa n.º 185/2012 dando à referida Súmula a redação que conhecemos hoje composta por três itens:

**244 – GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012**

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b”, do ADCT).

II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

### **3.2 Garantia de emprego x contrato por prazo determinado**

Um dos itens mais polêmicos da Súmula 244, o item III estabelece que na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado a empregada gestante terá direito à estabilidade provisória.

Sobre esse ponto, ao contrário do que possa parecer, há importantes considerações e reflexões que devem ser feitas, tendo em vista que tal entendimento da alta corte trabalhista, como se viu, nem sempre foi assim.

Em princípio, a lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração da trabalhadora na empresa, além de preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício. Em face disso, em regra, o instituto da garantia de emprego seria inábil a produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propiciam na seara dos contratos indeterminados.

Por outro ângulo, contudo, é certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, uma vez que esse ramo jurídico especializado busca aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado. Por essas razões, a legislação visa restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justrabalhista.

Até a primeira década do século XXI sobressaía o entendimento de que quem celebra um contrato de experiência tem pleno conhecimento, desde o início, da data exata em que o pacto chegará ao final. Por tal razão, caso a empregada engravidasse no curso de um contrato dessa espécie, não poderia alegar que fora dispensada em desrespeito à estabilidade a que faria jus, afinal, se a saída ocorreu no fim do prazo ajustado, o que teria ocorrido seria apenas a automática extinção do pacto laboral.

Durante muitos anos, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho manteve-se firme no entendimento<sup>127</sup> de que havia incompatibilidade entre os contratos determinados e a estabilidade provisória, e, dessa forma, desautorizava-se a concessão da estabilidade provisória prevista no ADCT.

De acordo com Alice Monteiro de Barros,<sup>128</sup> a garantia de emprego “não poderia ser levada ao extremo de assegurar à empregada considerada ineficiente ou sem habilitação durante um contrato de experiência, uma prorrogação do contrato a termo, sobrepondo-se ao limite do contrato estabelecido de boa-fé”. Nesse sentido, Súmula n.º 260 do TST foi cancelada em 2003.

---

<sup>127</sup> “Estabilidade da gestante. Contrato de experiência. Estando a empregada contratada em período de experiência, não lhe é assegurada a estabilidade temporária de gestante, insculpida no art. 10, inciso II, letra ‘b’, do ADCT. Recurso de revista conhecido e não provido” (Recurso de Revista 261.358/96.6, 5.ª Turma, Rel. Min. Antônio Maria Thaumaturgo Cortizo, 30.04.1998).

<sup>128</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1087.

Portanto, na hipótese de dispensa em virtude do término do contrato por prazo determinado, se a gravidez estivesse no período das quatro semanas anteriores ao parto, a empregada receberia o salário correspondente a esse prazo; se, entretanto, a gravidez não tivesse atingido tal período, nada lhe seria devido em razão da natureza do contrato, uma vez que não houve o ânimo do empregador de fraudar a lei.<sup>129</sup>

Apesar de tal entendimento ter sido perpetuado na jurisprudência pátria de forma pacífica, alguns julgados foram surgindo levantando a questão de que a estabilidade provisória advinda da licença-maternidade decorreria da busca pela priorização do ser humano, materializado na mulher gestante e seu nascituro, porquanto a manutenção do emprego em benefício da mãe é elemento fundamental à subsistência de ambos.

Nesse sentido, muitos eram os questionamentos acerca desse entendimento: à luz dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, especialmente, pela aplicação dos princípios da proteção e da continuidade das relações de trabalho, o que distingue o nosso ordenamento quanto à proteção a maternidade da empregada em contrato de experiência e aquela em contrato por prazo indeterminado? Por qual razão o contrato de trabalho por experiência, ao atingir o seu termo final, pode deixar a mulher grávida em situação de vulnerabilidade, sem proteção, sem emprego e sem salário para sustento próprio e de sua família?

Como aludido, anos se passaram e o entendimento da jurisprudência transformou-se, e aqui damos ênfase aos precedentes provenientes do STF consagrando a teoria de que o direito da gestante à estabilidade independe do regime jurídico (administrativo,<sup>130</sup> contratual, a prazo certo<sup>131</sup> ou a prazo indeterminado).

---

<sup>129</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho* cit., p. 975.

<sup>130</sup> “[...] As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, ‘b’), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7.º, XVIII, c/c o art. 39, § 3.º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT n.º 103/1952.

- Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso inoconresse tal dispensa. Precedentes” Disponível em:

Pouco tempo depois, o TST, seguindo a orientação<sup>132</sup> da Suprema Corte, à qual incumbe a interpretação final da Constituição, alterou os termos do item III da Súmula 244, a autenticar a tese de que a Constituição garante o emprego da mulher em estado gravídico sem distinção de nenhum tipo de contrato. O importante é a vida humana que está por vir.

Assim, concluiu-se que os direitos decorrentes do disposto no artigo 7.º, XVIII, da Constituição Federal, e no artigo 10, II, *b*, do ADCT, não têm sua eficácia limitada aos contratos por prazo indeterminado, porquanto erigidos a partir de responsabilidade objetiva que será estudada adiante. Enquanto se cuide de proteção ao nascituro, prevalecerão os benefícios constitucionais, ainda que a própria empregada, ao tempo da dissolução contratual, já aguardasse o seu termo final.

Em que pese a alteração da Súmula 244, não se pode falar que empregada contratada por prazo determinado ou em contrato de experiência tenha garantia de emprego por tempo superior ao prazo do contrato. Da mesma forma, não é aplicável às mulheres gestantes a rescisão antecipada de contrato por prazo determinado, mesmo que haja o pagamento de indenização de metade do tempo faltante, pois tal medida é discriminatória e violaria a função social do contrato e da empresa, bem como o princípio da boa-fé objetiva.

Por essa razão, no caso de contrato de trabalho em regime de experiência, a rescisão antes do termo final implicaria a configuração de dispensa discriminatória, salvo

---

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4009096>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

<sup>131</sup> “Constitucional. Licença-maternidade. Contrato temporário de trabalho. Sucessivas contratações. Estabilidade provisória. Art. 7.º, XVIII, da Constituição. Art. 10, II, *b*, do ADCT. Recurso desprovido. A empregada sob regime de contratação temporária tem direito à licença-maternidade, nos termos do art. 7.º, XVIII, da Constituição e do art. 10, II, *b*, do ADCT, especialmente quando celebra sucessivos contratos temporários com o mesmo empregador. Recurso a que se nega provimento” (RE 287905/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, relator p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 30.06.2006). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1891635>>. Acesso em: 1.º jul. 2017.

<sup>132</sup> “Recurso de revista. Gestante. Estabilidade provisória. Contrato de experiência. Estabelece o art. 10, II, ‘b’, do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro. O entendimento vertido na Súmula n.º 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, ‘b’, do ADCT/88. Recurso de revista conhecido e provido” (Recurso de Revista 1601-11.2010.5.09.0068, 1.ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, *DJ* 09.03.2012). Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1601&digitoTst=11&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=09&varaTst=0068&submit=Consultar>>. Acesso em: 1.º jul. 2017.

prova em contrário pelo empregador, e o direito da empregada em receber todos os salários vincendos.

Pois bem, como exposto anteriormente, o tema é polêmico e longe de se encontrar pacificado, apesar dos entendimentos esposados pelo STF e o TST, o que se dá em razão das peculiaridades que emergem dos contratos de experiência e também dos contratos por tempo determinado que cada vez mais têm se tornado comuns nas vidas dos brasileiros, em virtude da tão discutida flexibilização das condições de trabalho.

A título de exemplo, citamos a Tese Jurídica Prevalente n.º 5<sup>133</sup> do TRT da 2.ª Região, um dos maiores Tribunais Regionais do Brasil, a qual se encontra baseada em diversos julgados que trazem inúmeros argumentos contrários ao item III da Súmula 244.

Em alguns julgados, defende-se que o atual posicionamento do TST assegura, tão somente, a manutenção do contrato dentro do seu respectivo termo, a evitar que a previsão inicial das partes seja frustrada pelo empregador em desprestígio à garantia constitucional da trabalhadora. Salvo essa circunstância, o verbete jurisprudencial não se presta a transformar um contrato a termo em contrato por prazo indeterminado, tampouco implica a aprovação automática do obreiro no período destinado ao tirocínio, tanto que remanescem em vigor os dispositivos relativos a essas modalidades contratuais específicas.<sup>134</sup>

Outros defendem que a finalidade primordial do contrato de experiência é verificar a aptidão do trabalhador para exercer a função para a qual foi contratado, sendo certo que, havendo insatisfação de qualquer das partes, a avença pode ser extinta antes mesmo da implementação do termo acordado, respeitadas as condições dispostas nos artigos 479 a 481 da CLT. Nessa perspectiva, estender a garantia de emprego à gestante em situação de contrato de experiência consistiria em imputar ao empregador obrigação desproporcional à inicialmente assumida.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> “5. Empregada gestante. Contrato a termo. Garantia provisória de emprego (Res. TP n.º 05/2015, *DO Eletrônico* 13.07.2015. A empregada gestante não tem direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT, na hipótese de admissão por contrato a termo. Precedentes” (Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br/juris-sumulas-trtsp>>. Acesso em: 21 jul. 2017).

<sup>134</sup> Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=2695613>>. Acesso em: 1.º jul. 2017.

<sup>135</sup> Disponível em: <<http://aplicacoes1.trtsp.jus.br/vdoc/TrtApp.action?getEmbeddedPdf=&id=1819566>>. Acesso em: 1.º jul. 2017.

Nesse contexto, o entendimento esposado pelo TST feriria a boa-fé contratual e a livre contratação, desvirtuando sua finalidade básica e forçando o empregador a prolongar uma relação de trabalho indesejada, ferindo a livre-iniciativa patronal.

Percebe-se então que umas das poucas certezas que envolvem esse tema é que se trata de assunto realmente espinhoso, a abarcar diversas opiniões e entendimentos destoantes.

### 3.3 Do nascituro sem vida (natimorto) ou morte após o parto

Outro ponto de suma importância é a questão do nascimento sem vida e a existência da garantia de emprego para a gestante.

A jurisprudência trabalhista majoritária posiciona-se no sentido de que a morte da criança nos primeiros momentos ou dias após o parto, ou, ainda, no caso de nascido morto, não servem como excludentes para afastar a garantia de emprego da mulher, pois o artigo 10, II, *b*, da ADCT protege a ambos, nascituro e à mãe, e ainda, o fato que impõe a proteção legal é parto, sendo irrelevante a sobrevivência da criança ou se esta nasceu sem vida.<sup>136</sup>

Da leitura do artigo 10, II, *b*, da ADCT, bem como após uma análise sistemática da Constituição Federal, o que se infere é que a garantia de emprego para mulher gestante não necessariamente se confunde com a necessidade de aleitamento ou cuidados especiais com o nascituro.

---

<sup>136</sup> “[...] Estabilidade provisória da gestante. Artigo 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Falecimento do nascituro logo após o parto. Conforme o artigo 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu na vigência do contrato de experiência. Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no texto constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o óbito do nascituro logo após o parto. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto. Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de morte prematura do nascituro, não afronta a literalidade do artigo 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Há precedentes. Divergência jurisprudencial não caracterizada, por outro lado, pois os arestos indicados como paradigmas são inservíveis, seja porque não se enquadram na alínea ‘a’ do artigo 896 da CLT, seja porque não atendem aos pressupostos de admissibilidade estabelecidos na Súmula n.º 337, item IV, letra ‘c’, do TST” (Agravo de Instrumento de Recurso de Revista 2022-73.2012.5.15.0032, 2.ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 17.10.2014).

Do ponto vista de defesa dos direitos humanos e de proteção à mulher, a garantia de emprego à mulher prevista no artigo 10, II, *b*, independe de a criança nascer com vida ou sobreviver ao parto. É preciso levar em consideração todos os percalços que sofrem as trabalhadoras gestantes, desde a gestação, até a concepção com as contrações, período expulsivo e dores do parto. Não raramente, no puerpério, desenvolvem-se estados depressivos em que a mulher precisa de apoio e proteção. Nesse sentido, leciona Alice Monteiro de Barros:<sup>137</sup>

Atualmente, o afastamento após o parto é obrigatório. É que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que, como é sabido, ocasiona à mulher transtornos físicos e naturais, e até psíquicos.

[...]

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e 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.

Antes da ratificação da Convenção n.º 103 da OIT, havia os que admitiam o retorno da empregada ao trabalho antes do término da licença, caso o filho nascesse sem vida e desde que a saúde da mulher o permitisse. De acordo com esse entendimento, a empregada teria que provar a necessidade de repouso após o parto, do contrário o empregador poderia exigir-lhe o retorno ao trabalho antes do término da licença-maternidade,<sup>138</sup> posicionamento insensível machista e ultrajante que felizmente se encontra superado.

O que se protege na Constituição Federal é o direito de a mulher exercer uma faculdade ou uma dádiva, que é a maternidade. Não é admissível, no Estado Democrático de Direito, fundado no valor da dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, ao menos do ponto de vista dos direitos fundamentais e sob a ótica do princípio da igualdade, uma interpretação mesquinha de que a mulher que passou pelo sofrimento de perder um filho mereceria menos proteção do que aquela que teve a graça de ter um filho saudável.

<sup>137</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed. cit., p. 715.

<sup>138</sup> “[...] afigura-se nos que o empregador pode exigir que a empregada mãe de filho nascido morto volte ao serviço logo que sua saúde o permita, antes de findo o prazo de seis semanas, mediante exame médico. O mencionado prazo é fixado tendo-se em vista a necessidade de permanecer a mãe ao lado do recém-nascido, para lhe prestar os cuidados maternos indispensáveis nos primeiros dias de vida. Mas, natimorto, nem sempre a saúde da mulher exigirá esse prazo longo para o retorno ao serviço. Cumpre-lhe apresentar atestado médico ao tempo necessário para repouso depois do parto; não o fazendo, o empregador poderá exigir que a empregada se submeta a exame médico adequado” (BARRETO, Amaro. *Tutela especial do trabalho* cit., p. 53).

O retorno ou não ao trabalho também é irrelevante, pois trata-se de decisão pessoal da mulher que perdeu o filho, desde que com aval médico sobre o seu estado de saúde físico e psicológico, que não reduz a garantia de emprego prevista no artigo 10, II, *b*, do ADCT.

Ainda a nosso ver, caso a empregada que perdeu o filho opte por retornar ao trabalho, não há o que falar em renúncia à garantia de emprego prevista. É preciso ter em mente que a maternidade é particular e individual, cada mulher lida com esta à sua maneira, inclusive nas hipóteses em que a criança nasce morta ou vem a falecer minutos após o parto.

Não é demais destacar que a garantia de emprego prevista na Constituição tem caráter de ordem pública, portanto irrenunciável. Por tal razão, eventual pedido de demissão apresentado pela empregada, nesse momento de dor, somente deveria ser aceito pelo empregador se houvesse demonstração clara e objetiva de que a mulher se encontrava em sua perfeita capacidade física e psicológica para tomar tal decisão.

Antes do advento da Lei n.º 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, um dos requisitos para aceitação do pedido de demissão da gestante era que a empregada estivesse devidamente assistida e orientada por um representante do seu Sindicato, nos termos do artigo 477, § 1.º, da CLT. Hoje, porém, esse inciso encontra-se revogado, diminuindo o poder dos Sindicatos e enfraquecendo a investigação/checagem que este fazia quando das rescisões dos contratos de trabalho de seus representados.

### **3.4 As teorias – subjetiva e objetiva – acerca do direito à estabilidade**

São várias as teorias acerca da garantia de emprego da gestante e neste trabalho daremos destaque apenas às teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva, por considerarmos as principais.

A teoria da responsabilidade subjetiva entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador. Nesse sentido, esclarece Sergio Pinto Martins:<sup>139</sup>

A palavra “confirmação” deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, deve confirmá-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer, por ato formal, até cientificando por escrito que está grávida, pois do contrário o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a

<sup>139</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 473.



empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar atestado médico como também será possível constatar seu estado físico externo demonstrando sua gravidez.

Para a teoria da responsabilidade subjetiva, o empregador não pode ser penalizado ao dispensar a gestante, se esta não lhe avisou que estava grávida. Não há como responsabilizar o empregador,<sup>140</sup> porquanto não houve dispensa arbitrária com o intuito de obstar o direito da gestante à garantia de emprego.

O arcabouço legal que sustenta essa teoria são os artigos 9.<sup>o</sup><sup>141</sup> da CLT e 129<sup>142</sup> do Código Civil, o qual considera realizada a condição quando seu implemento for maliciosamente obstado pela parte.

Para a teoria objetiva, o que importa é a confirmação da gravidez para a própria mulher, e não para o seu empregador, porquanto o Direito do Trabalho não protege o conhecimento da gravidez pelo empregador, mas a gestação, na sua grandeza biológica e a proteção ao nascituro.

Os autores que defendem essa corrente sustentam que a reparação proveniente da dispensa imotivada de empregada gestante se impõe independentemente do conhecimento pelo empregador do estado de gravidez da trabalhadora. Assim, preleciona Alice Monteiro de Barros:

A responsabilidade patronal, no caso, parte de um dado objetivo, constituindo a gravidez um risco empresarial assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho com uma mulher. Em consequência, a responsabilidade do empregador prescinde de sua culpa, autorizando a reparação não só na dispensa injusta, como no encerramento total ou parcial das atividades empresariais e ainda nas rescisões indiretas, que, evidentemente, pressupõem culpa.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, ao comentarem a Constituição Federal, defendem essa posição: “[...] A empregada gestante não poderá ser despedida desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa forma, garante o constituinte que as mulheres grávidas manterem seu emprego tão logo fique confirmada a gravidez.

Antes da confirmação poderá ser despedida, pois se pressupõe que o empregador não o fez em razão da gravidez, que tanto ele quanto a empregada desconheciam” (*Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 cit., v. 2, p. 205.

<sup>141</sup> “Art. 9.<sup>o</sup> Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

<sup>142</sup> “Art. 129. Reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento.”

<sup>143</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 3. ed. cit., p. 1081-1082.

O Supremo Tribunal Federal também tem entendido pela responsabilidade objetiva do empregador, com escopo de garantir efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, senão vejamos:

Empregada gestante – Estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, “b”) – Convenção OIT n.º 103/1952 – Proteção à maternidade e ao nascituro – Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao empregador – Especificação das verbas rescisórias devidas à empregada – Embargos de declaração acolhidos.

– O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT n.º 103/1952, artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu em favor da empregada gestante expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, “b”).

– A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quanto pactuada em sede de negociação coletiva.<sup>144</sup>

Ao analisar o Recurso Extraordinário n.º 629.053, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral<sup>145</sup> da controvérsia acerca da necessidade de o tomador dos serviços ter conhecimento da gravidez, no caso de rompimento do vínculo empregatício por iniciativa dele próprio, para o pagamento da indenização prevista no artigo 10, II, *b*, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.

<sup>144</sup> STF, 2.ª Turma, AI 448572, Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento, Embargante: Dinorah Molon Wenceslau Batista; Embargado: Air Líquido Comercial Ltda.. Relator: Celso de Mello, 15.12.2010 (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2120817>>. Acesso em: 15 jun. 2017).

<sup>145</sup> “[...] O tema veiculado no extraordinário está a merecer o crivo desta Corte, a fim de que seja definido o alcance de texto constitucional. Diz respeito à necessidade, ou não, de o tomador dos serviços ter conhecimento da gravidez para que se possa concluir, na hipótese de cessação do vínculo por iniciativa dele próprio, pela obrigação de indenizar, dada a estabilidade prevista na alínea *b* do inciso II do artigo 10 da Constituição Federal. O preceito remete à confirmação da gravidez e outro sentido não tem esta exigência senão viabilizar o conhecimento pelo empregador. Tenha-se presente que a indenização pressupõe, sempre, culpa ou dolo.

3. Conheço do pedido formulado neste agravo e o acolho, assentando o enquadramento do extraordinário na previsão da alínea *a* do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal. Estando nos autos as peças indispensáveis ao julgamento, neles próprios, do citado recurso, autue-se, distribuindo-se na forma regimental, para, a seguir, colher-se o parecer da Procuradoria-Geral da República” (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=3802201>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

O STF levou o tema a plenário em 10.10.2018, em julgamento que demorou cerca de um pouco mais de uma hora. O Ministro Marco Aurélio, dando prelúdios de seu voto, adiantou que “só se cogita de indenização por ato ilícito” e então proferiu voto – ainda não disponível – a afastar a teoria responsabilidade objetiva, aduzindo ser imperioso que o empregador tenha ciência da gravidez, visualmente:

[...] aí vem o trecho que teremos que fixar o alcance, desde a confirmação, não alude o preceito à concepção, desde a confirmação da gravidez até 5 meses após do parto, *a contrario sensu*, se não houve a confirmação da gravidez, não se pode cogitar, é a ordem natural, não se pode cogitar de estabilidade provisória digo em meu voto: a controvérsia refere-se a determinação do conteúdo semântico da expressão “que reproduz no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, confirmação da gravidez” se relacionado a este conteúdo atestado médico ou momento da própria concepção, segundo o acórdão recorrido a estabilidade deve ser respeitada mesmo quando no ato da despedida imotivada o empregador não tenha ciência da situação, porquanto pertinente a teoria, segundo o TST, da responsabilidade objetiva voltada a proteção da maternidade e do nascituro. Com base nesta ótica ficou consignado o dever de o empregador indenizar a gestante mediante o pagamento dos salários e demais direitos trabalhistas devidos no período de estabilidade. Embora já tenha ambas as turmas do Tribunal, primeira e segunda, apreciado a questão, o tema ainda não foi submetido ao crivo do Pleno, e, de início na minha concepção quando cogito de Supremo, sinalizo a existência de um órgão único e não a existência de três Supremos.

Reexamino o entendimento revelado no Agravo Regimental 431.186 em 2004 na primeira turma acórdão publicado no Diário da Justiça 06.03.2005, a proteção à gestante encontra disciplina em sede previdenciária desde a Constituição de 1934, no que preconizado no artigo 121, § 1.º, alínea *h*, o direito a “descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego”. Bem assino, o artigo 170, § 10, relativamente as funcionárias públicas “três meses de licença com vencimentos integrais”. Apesar de não repetir a referência a extensão da licença, as cartas seguintes mantiveram a previsão do descanso, anterior e posterior ao parto, com garantia de salário, até que em 1988 sobreveio o preceito contido no artigo 10, II, alínea *b*, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Na Constituição de 1988 além da garantia previdenciária, ficou expressa a vedação de dispensa arbitrária, ou sem justa causa, estou reproduzindo o que está na norma constitucional, desde a confirmação da gravidez, desde a confirmação, não é concepção, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ou seja, chamada estabilidade da gestante. Essa foi a novidade constitucional, cabendo ao Supremo definir a abrangência do dispositivo. Eu volto, Presidente, a afirmar o que eu afirmava na Justiça do Trabalho, protecionista é a lei, o Julgador não pode ser protecionista, ao contrário, ele tem que guardar e com distância, considerado o conflito de interesse, como eu digo também, rigorosa é a lei penal, o julgador não tem que ser um justiceiro. Continuo Presidente, a esta foi então a novidade constitucional, cabendo ao Supremo definir a abrangência do dispositivo, reputo, reputo, adequada a interpretação da Lei Maior ante o sentido próprio dos termos nela contidos, não podemos aqui substituir o que é exigido no preceito constitucional, a confirmação, pela concepção, pela gravidez em si. Ainda

que no direito os meios justifiquem os fins, estes definitivamente não justificam aqueles cumprindo ao intérprete extrair o significado a partir dos limites semânticos do texto, sem que isso autorize a enxergar o que não está previsto, por mais sensato ou justo que pareça ser. A opção política normativa constitucional não é nossa, é de quem de direito, foi da assembleia constituinte. A Carta da República prevê e provê, mas não para além do texto, apesar de emitido em sessão plenária realizada há mais de duas décadas, ocorrida em 02.05.1994, observa-se no caso concreto, o mesmo entendimento que adotei ao apreciar o Recurso Extraordinário 166.772, Rio Grande do Sul, de minha relatoria, no qual, versado tema de natureza tributária, discutia-se naquele extraordinário o alcance da expressão folha de salários, ante o artigo 195 da Lei Maior, ocasião na qual fiz ver, interpretação, carga construtiva extensão, se é certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta, surge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete, no exercício gratificante da arte de interpretar, descabe inserir na regra de direito, o próprio juízo por mais que sensato que seja, sobre a finalidade que conviria, fosse por ela perseguida. E aí eu citei considerado este trecho, um grande mestre do direito, que é Celso Antônio Bandeira de Mello, em parecer à época inédito, mas que tive acesso mesmo sendo inédito: “sendo o direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este ou aquele, Constituição ao alcance político, sentido dos vocábulos, interpretação, o conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados os institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de discorreita linguagem, possuindo os intuitos as expressões e os vocábulos que a revelam, conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos, quer no caso do direito, pela atuação dos Tribunais. Um julgamento que ocorreu em 16 de dezembro de 1994, verifico a partir da leitura do verbete respectivo no diário, no dicionário Houaiss, que confirmar, que confirmar é o vocábulo utilizado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, confirmar significa afirmar verdade ou exatidão de determinado fato, sentido próximo ao dos verbos validar ou comprovar. Da mesma direção constatei em consulta ao dicionário Aurélio, que não se mostrou Marco, só Aurélio que a citada palavra diz respeito a afirmar de modo absoluto a exatidão, a veracidade de algo. Surge impertinente o elastecimento do conteúdo da locução constitucional “confirmação da gravidez”, para abarcar um instante, um instante da concepção, encerra o momento da descoberta desta, da concepção, ou seja, o conhecimento pelo empregador, consoante ensina Carlos Maximiliano na renomada obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei, ou desobedecer às suas prescrições explícitas. Se ao Supremo cabe a guarda do documento básico, não é o Supremo dono do texto, fazendo ler aquilo que não está escrito, ao admitir a incidência da responsabilidade objetiva, o Tribunal de origem, desbordou do fato gerador da estabilidade da gestante, observados os limites do texto constitucional, uma vez reconhecida a garantia ao emprego independentemente da ciência pelo empregador da gravidez, puniu mediante as consequências financeiras decorrentes, sem a presença do elemento subjetivo, revelador do descumprimento das normas de proteção da mulher e do nascituro.

Em síntese, impôs o dever de indenizar sem o concurso de culpa, muito menos de dolo, não há espaço, presente o texto do artigo 10, II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para ultrapassar o alcance

próprio do verbete, confirmar. A definição da estabilidade prevista deve decorrer sob a ótica da responsabilidade subjetiva no que indispensável a existência do elemento anímico, a evidenciar culpa ou dolo do empregador. O direito à estabilidade pressupõe a prévia ciência deste quanto ao estado fisiológico da gravidez, o qual poderá ser objeto de comunicação pela prestadora de serviços e comprovado por qualquer meio idôneo. Presentes balizas na legislação ordinária, surgem em desarmonia com a previsão constitucional, concluir pela estabilidade em situação em que a própria empregada no momento da ruptura do vínculo empregatício não sabia estar grávida, o que se dirá da falta de conhecimento pelo empregador, nem se fosse ele o pai. A prevalecer a ótica revelada no acórdão, em segundo plano ficará a exigência constitucional, qual é, a confirmação da gravidez no curso da relação de trabalho, determinando-se a quem não praticou qualquer ato ilícito, com distanciamento da ordem jurídico-constitucional, o dever de indenizar ante quadro provejo o extraordinário para assentar inexistente a estabilidade e por via de consequência condenação imposta a Recorrente. É como voto.<sup>146</sup>

Em sentido diametralmente oposto votou o Ministro Alexandre de Moraes, a aduzir que a previsão do ADCT é um direito social com titularidade dupla, e que não se deve criar um requisito a mais, como uma comunicação formal e/ou informal ao empregador. Como se nota do voto a seguir transcrito, a comunicação formal ou informal ao empregador não é necessária, uma vez que se trata de um direito instrumental para a proteção à maternidade e contra a dispensa da gestante e que tem como titulares a empregada e a criança.

[...] Pedindo vênias, ao iminente ministro relator, mas a minha interpretação do artigo 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT é diametralmente oposta à de sua Excelência, quando a Constituição prevê até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o artigo 7.º, inciso I, da Constituição, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não me parece em momento algum que essa confirmação signifique uma comunicação formal, informal, mas uma comunicação ao empregador, aqui quanto é um direito social e um direito social novo pela primeira vez na Constituição, nas Constituições brasileiras, foi previsto no artigo 6.º, e eu vou resumir para maior celeridade Presidente, mas pela primeira vez como um dos mais importantes direitos sociais no artigo 6.º se previu a proteção à maternidade, ou seja, o direito maior do gênero protetivo aqui, proteção à maternidade, a partir desse direito material, dessa previsão protetiva material, a própria Constituição trouxe previsões instrumentais, exatamente visando a garantia à proteção a maternidade, a licença, a própria licença-maternidade, a vedação a dispensa arbitrária durante esse período, ou seja, o direito a segurança é no emprego. Agora, esse direito instrumental entendo que é, um direito social instrumental, para garantir o direito maior que é a proteção a maternidade, essa proteção contra dispensa arbitrária da gestante tem uma dupla titularidade que inclusive foi salientada na Tribuna, e aproveito para cumprimentar a sustentação feita pelo Dr. Flavio Calichman, foi salientado na tribuna a essa dupla titularidade, titularidade da gestante, mas titularidade também da criança, aqui eu voto em si a proteção à maternidade, leva em conta a mãe e o filho, tanto que, dentre as várias estabilidades que a lei complementar pode estabelecer, o legislador constituinte fez questão de nesse caso já definir, enquanto não vier lei

<sup>146</sup> Transcrição feita a partir de sessão gravada e disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PsTBalaHqJg>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

complementar, o prazo, o prazo é da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ou seja, um o período em que se garante uma estabilidade econômica à gestante, para que ela tenha, durante a gravidez e depois nesses primeiros meses que comprovadamente, pela medicina, pela ciência, são os meses mais importantes de proximidade da mãe com o filho, a Constituição e o ADCT estabeleceu um período onde se garantiu uma estabilidade econômica para auxiliar numa estabilidade psicológica da mãe e isso obviamente auxiliando toda a gestação e esses cinco meses auxiliando o início de vida da criança, e o fez, e a Constituição o fez também visando, a *ratio* dessa norma ao meu ver não é só o direito a maternidade, mas também visando a absoluta prioridade que o artigo 227 estabelece de integral proteção à criança, inclusive ao recém-nascido. É um direito de dupla titularidade. Não entendo aqui que deve se tratar de dolo, culpa, responsabilidade objetiva não, é a constatação da efetividade máxima, e esse é um dos critérios interpretativos de todos os direitos fundamentais, entre eles, uma das espécies os direitos sociais, uma efetividade de um direito social [...]<sup>147</sup>

Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, a comprovação pode ser posterior, mas o que importa é se a empregada estava ou não grávida antes da dispensa para que incida a proteção e a efetividade máxima do direito à maternidade, e assim votou pelo desprovimento do recurso extraordinário.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes foi acompanhado pelos demais ministros que participaram do julgamento: Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Portanto, por maioria, negou-se provimento ao recurso extraordinário, e nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes fixou-se a seguinte tese:<sup>148</sup> “A incidência da estabilidade prevista no artigo 10, inc. II, do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”.<sup>149</sup>

O Tribunal Superior do Trabalho, no mesmo sentido, possui pacífica jurisprudência, segundo a OJ n.º 88<sup>150</sup> da SBDI-I e o inciso I de sua Súmula de n.º 244, de que

<sup>147</sup> Transcrição feita a partir de sessão gravada e disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PsTBalaHqJg>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

<sup>148</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3940408>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

<sup>149</sup> Dignas de menção as peculiaridades desse caso, porquanto a empregada foi dispensada em 27.02.2002, teve a confirmação da gravidez em 10.04.2002 e logo na sequência, em 15.08.2002, distribuiu a ação. Logo, nota-se não só que a empregada não tinha ciência da gravidez quando da dispensa, mas assim que o soube não demorou a ajuizar a ação competente.

<sup>150</sup> Assim como a Súmula n.º 244, a OJ n.º 88 da SDI também teve sua redação alterada, prevendo inicialmente que “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). \* 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” (Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/home?p\\_p\\_id=15&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_15\\_s](http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_s)>

basta haver a comprovação da gravidez, não sendo necessário que a empregada comunique o fato ao empregador, portanto a responsabilidade do empregador pelo pagamento da indenização substitutiva da garantia de emprego da gestante tem natureza objetiva.

Logo, de acordo o entendimento<sup>151</sup> do TST, o empregador que vier a dispensar qualquer empregada grávida deverá indenizá-la pelo período de estabilidade, independentemente de culpa, pois o desconhecimento da gravidez pelo empregador seria irrelevante.

Nesse sentido, a empregada gestante também terá direito à garantia de emprego mesmo com o encerramento das atividades da empresa, visto que esse é o risco do empreendimento nos termos do artigo 2.º da CLT.

Por um lado, o entendimento esposado pelo STF e pelo TST é elogiável, pois nem sempre as mulheres conseguem comunicar ao empregador sobre sua gravidez antes da

---

truts\_action=/journal/view\_article&\_15\_groupId=10157&\_15\_articleId=63203&\_15\_version=1.2>. Acesso em: 15 jun. 2017).

<sup>151</sup> Esse entendimento tem sido amplamente aplicado pelos Tribunais Regionais do Trabalho, exemplificativamente a Súmula editada no TRT da 11.ª Região: Redação atual. Incorporação das Súmulas n.ºs 86 e 87 como itens da Súmula n.º 59, de acordo com a Resolução n.º 11/2017. Súmula n.º 59.<sup>151</sup>: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. I – Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, ‘b’, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por ela ou pelo empregador não afasta o seu direito. II – A empregada gestante, admitida mediante contrato por tempo determinado, tem direito ao reconhecimento da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. III – Nos casos de dispensa sem justa causa, a propositura da ação após esgotado o período estabilitário não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade, nos termos do item II da Súmula n.º 244 do TST. IV – A negativa expressa e injustificada em juízo de retorno ao emprego configura renúncia ao direito à estabilidade prevista no art. 10, II, ‘b’, do ADCT, ficando restrita a indenização respectiva ao valor dos salários vencidos e suas projeções até a data da recusa à reintegração. Redação revisada pela Resolução n.º 18/2015”. Súmula n.º 59: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, ‘b’, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por ela ou pelo empregador não afasta o seu direito”. Redação original Súmula n.º 59: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, ‘b’, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por parte do empregador não afasta o seu direito”.

Incorporada à nova redação da Súmula n.º 59 (Item II). Súmula n.º 86: “GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A empregada gestante, admitida mediante contrato por tempo determinado, tem direito ao reconhecimento da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Incorporada à nova redação da Súmula n.º 59 (Itens III e IV). Súmula n.º 87: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. I – Nos casos de dispensa sem justa causa, a propositura da ação após esgotado o período estabilitário não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade, nos termos do item II da Súmula n.º 244 do TST. II – A negativa expressa e injustificada em juízo de retorno ao emprego configura renúncia ao direito à estabilidade prevista no art. 10, II, ‘b’, do ADCT, ficando restrita a indenização respectiva ao valor dos salários vencidos e suas projeções até a data da recusa à reintegração”.

dispensa, e os motivos podem ser os mais diversos, desde a recusa do recebimento do atestado médico pelo empregador até o desconhecimento da gestação pela empregada.

Por ser a gravidez um fenômeno individual, ou seja, que varia de acordo com a mulher, não existe uma fórmula-padrão. É possível, inclusive, que a mulher só descubra estar na grávida no momento da concepção;<sup>152</sup> a rede mundial de computadores está repleta de histórias impressionantes nesse sentido.<sup>153</sup>

Ao interpretar o artigo 10, *b*, do ADCT com o auxílio dos artigos 6.º, 226, § 4.º, e 227, todos da Constituição Federal, a conclusão alcançada é que o empregador que dispensar empregada gestante sem justa causa, mesmo sem o conhecimento da gravidez no ato da

<sup>152</sup> A esse respeito relato do obstetra Belmiro Gonçalves: “‘Já passei por várias situações em que a paciente chegou com uma queixa de dor abdominal, ou até de tumor abdominal, e era gravidez em estado avançado’, conta o obstetra Belmiro Gonçalves, da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp e membro da Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do Estado de São Paulo (Sogesp). De acordo com o médico, o diagnóstico de gravidez costuma acontecer baseado no atraso da menstruação. ‘O problema é que muitas mulheres acreditam que ainda estão menstruando quando, na verdade, estão tendo sangramentos irregulares e anormais, o que dificulta essa suspeita diagnóstica’, diz” (Disponível em: <<https://www.unicamp.br/unicamp/clipping/2017/08/16/eu-nao-sabia-que-estava-gravida-e-nasceu-3-casos-de-gravidez-silenciosa>>. Acesso em: 3 dez. 2018).

<sup>153</sup> Aqui fazemos menção à história publicada no *site* do Hospital das Clínicas: “[...] administradora Aglair Ferreira Luz Greim, de 34 anos, que mora em Curitiba, descobriu que estava grávida já prestes a ganhar o primeiro filho. Após sentir dores por quatro dias, ela procurou um ginecologista, que mesmo não identificando a gravidez, a encaminhou para uma ecografia. O exame foi marcado para a semana seguinte, e a médica, que fez o exame, já orientou que o parto fosse realizado imediatamente. A criança, uma menina, chama-se Camila. Nasceu saudável com 3,38 quilos e 48 centímetros. [...]

Aglair explicou os motivos que a fizeram não desconfiar da gestação. Primeiramente, ela não teve enjoo – sintoma clássico da gravidez. Em segundo lugar, ela tem microcistose, que são pequenos cistos no ovário, e que implica irregularidades dos períodos menstruais.

‘A minha menstruação nunca foi normal, por causa dos cistos. Estranho, eu até achava. Mas eu já passei tempos sem menstruar. Na verdade, eu tinha que tomar remédio para descer. Eu também achei que eu estava engordando. Não senti nenhum enjoo’.

[...] O médico obstetra Gleden Teixeira Prates da Maternidade Santa Brígida, em Curitiba, afirmou que, ainda que raro, é possível a gravidez passar despercebida. Prates, inclusive, citou dois casos que atendeu em que as futuras mães descobriram a gravidez no quinto mês. Segundo ele, apesar do carácter excepcional, isso pode ocorrer especialmente nos casos de mulheres como a Aglair, que possui microcistose. De acordo com o médico, é comum mulheres com esse problema ficar meses sem menstruar.

‘A microcistose faz com que a mulher fique longos períodos sem menstruar, às vezes, até quatro meses. Pode confundir. Além disso, também dificulta a ovulação, ou seja, dificulta uma gravidez espontânea’, acrescentou.

Outra situação que pode fazer com que a mulher não perceba a gravidez é o excesso de peso. ‘A população [brasileira], a exemplo, da população de países desenvolvidos, está aumentando um pouco de peso. Às vezes, a mulher é um pouco mais gordinha e não percebe. A movimentação do bebê começa da metade da gestação em diante. Em tese, deveria perceber, mas se tiver mais gordinha, a mulher pode achar que são movimentos do intestino. Parece coisa de novela, mas pode acontecer’, disse Prates” (Disponível em: <<http://www.hospitaldasclinicas.com.br/sem-sintomas-mulher-descobre-que-esta-gravida-na-hora-do-parto/>>. Acesso em: 13 jan. 2019).



comunicação da dispensa, ao ter conhecimento da gravidez, tem o dever legal de revogar a dispensa e proceder à reintegração da empregada ao trabalho.

Nessa perspectiva, ao que nos parece, o item I da Súmula 244 do C. TST contempla a melhor interpretação sistemática da Constituição Federal, ao prever que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito da empregada gestante ao pagamento de indenização do período correspondente. Contudo, não se pode descartar a necessidade de atenção ao princípio da boa-fé objetiva por ambas as partes, como será abordado no próximo capítulo.

De fato, a única certeza que se tem acerca desse tema é sua característica polêmica, a provocar diariamente discussões a esse respeito na academia e também Justiça do Trabalho, afinal, se a própria mulher desconhece a gravidez, os empregadores também não podem ter tal conhecimento, se não forem comunicados pela própria pessoa interessada, que é a empregada dispensada. Exemplificativamente, opinião divergente apresentada por Alice Monteiro de Barros:<sup>154</sup>

Segundo a norma constitucional, a gestante só fará jus a estabilidade provisória a partir da confirmação (ratificação) da gravidez, a qual deverá ocorrer no curso do contrato de trabalho.

Se a época em que o empregador a dispensou, ainda que sem justa causa, exercendo um direito potestativo, sequer a empregada tinha ciência da gravidez, entendemos que o ato jurídico alusivo à rescisão se tornou perfeito e acabado, não se podendo atribuir responsabilidade ao empregador. É que a garantia de emprego surge com a confirmação da gravidez, isto é, ratificação junto à própria empregada, o que ainda não ocorreu quando ela foi dispensada.

Ainda no tocante ao empregador que dispensa a empregada sem justa causa, mesmo sabendo da sua gravidez, além de obviamente violar a lei, estará cometendo ato discriminatório contra a mulher, sem falar na violência contra a dignidade da pessoa humana, tanto da mulher quanto do nascituro.

---

<sup>154</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 3. ed. cit., p. 1088.

Nessa hipótese, nos termos do artigo 4.<sup>o</sup><sup>155</sup> da Lei n.º 9.029/1995 que se estudará adiante, o rompimento da relação de emprego por ato discriminatório faculta ao empregado optar entre: (i) reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante o pagamento das remunerações devidas; e (ii) percepção, em dobro, da remuneração do período do afastamento.

### 3.5 Estabilidade e aviso prévio

O aviso prévio é instituto de natureza multidimensional, que cumpre as funções de declarar à parte contratual adversa a vontade unilateral de um dos sujeitos contratuais no sentido de romper, sem justa causa, o vínculo empregatício, fixando ainda prazo determinado para a respectiva extinção, com o correspondente pagamento do período do aviso.<sup>156</sup>

O entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula n.º 276<sup>157</sup> do Tribunal Superior do Trabalho indica ainda irrenunciabilidade do aviso prévio pelo empregado.

Nos termos do § 1.º do artigo 487 da CLT, o aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os fins. Após o advento da Lei 12.506 em 2011, o aviso prévio que tem por prazo mínimo 30 dias hoje pode ser de até 90<sup>158</sup> dias.

Durante o período de aviso prévio, o empregado, dispensado nos termos do § 6.º do artigo 487,<sup>159</sup> poderá fazer jus a eventual reajustamento salarial coletivo ou, ainda de acordo

<sup>155</sup> “Art. 4.º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I – a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais;

II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.”

<sup>156</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 1149.

<sup>157</sup> Súmula n.º 276 do TST

AVISO PRÉVIO. RENÚNCIA PELO EMPREGADO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exige o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

<sup>158</sup> “Art. 1.º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

com a Súmula n.º 182<sup>160</sup> do TST, à indenização adicional prevista no artigo 9.º da Lei 6.708/1979,<sup>161</sup> o que reforça o caráter de continuidade do contrato de trabalho desse período.

Encerrando a discussão jurídica acerca de a empregada gestante ter direito ou não à estabilidade provisória quando a gravidez se confirma durante o aviso prévio, foi promulgada a Lei n.º 12.812/2013 proposta pelo Senador Marcelo Crivella que acrescentou à CLT o artigo 391-A:

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Lúcido e digno de menção o Parecer<sup>162</sup> da Deputada Sueli Vidigal quando da análise do projeto da lei:

[...] a proposição em exame afigura-se meritória e oportuna, pois pretende assegurar que a gestante garanta seu sustento durante a gravidez e tenha direito ao salário-maternidade quando a criança nascer. Sabe-se que é praticamente nula a chance de uma mulher gestante ser contratada por uma empresa e, portanto, a estabilidade provisória é um direito imprescindível para assegurar os recursos necessários para seu sustento. Com o rendimento de seu trabalho a gestante poderá ter uma gravidez saudável e obter os alimentos de que necessita para nutrir o nascituro. Julgamos, ainda, que a medida é importante para reforçar o direito ao salário-maternidade da gestante, pois a Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, que aprova o Plano de Benefícios da Previdência Social, na redação original de seu art. 71, assegurava esse benefício apenas à segurada empregada. No entanto, em face do disposto no art. 15 da referida Lei, que garante a manutenção da qualidade de segurado até doze meses após a cessação das contribuições, as decisões da justiça eram favoráveis à concessão do salário-maternidade à gestante desempregada, desde que o parto ocorresse durante o período de graça de doze meses. A partir da Lei n.º 9.876, de 26 de novembro de 1999, a expressão “segurada empregada” foi substituída por “segurada”, mas ainda assim constatou-se que seguradas tinham que buscar na Justiça o seu direito ao salário-maternidade quando seu vínculo empregatício já tinha se encerrado, pois não há disposição expressa na legislação acerca da situação específica da segurada gestante desempregada. Assim, a medida em tela, ao assegurar a manutenção do emprego da segurada que tem a gravidez confirmada

<sup>159</sup> § 6.º O reajustamento salarial coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente os salários correspondentes ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.

<sup>160</sup> Súmula n.º 182 do TST: AVISO PRÉVIO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. LEI N.º 6.708, DE 30.10.1979 (mantida) – Res. 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21.11.2003.

O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional prevista no art. 9.º da Lei n.º 6.708, de 30.10.1979.

Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_151\\_200.html#SUM-182](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_151_200.html#SUM-182)>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>161</sup> “Art. 9.º O empregado dispensado, sem justa causa, no período de 30 (trinta) dias que antecede a data de sua correção salarial, terá direito à indenização adicional equivalente a um salário mensal, seja ele, ou não, optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

<sup>162</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=912232&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+7158/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912232&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+7158/2010)>. Acesso em: 3 dez. 2018.

durante o período de aviso prévio, afasta qualquer restrição para que tenha também direito ao salário-maternidade. A proposição em tela contempla uma medida justa; coerente com o direito constitucional de proteção à maternidade; coerente com a vedação da dispensa arbitrária e sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto; e coerente com decisões judiciais sobre a matéria.

Assim, a gestação da empregada no transcurso do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, torna nulo o aviso que lhe foi atribuído e eventual homologação de parcelas resilitórias, até o fim da estabilidade.

Não é demais recordar que, por muitos anos, o assunto foi controvertido jurisprudencialmente.<sup>163</sup> Muitos defendiam, antes da Lei, com base na Súmula n.º 371 do TST, que o aviso prévio configurava alteração no contrato de trabalho, transformando-o em por tempo determinado, inexistindo, assim, o direito à estabilidade.

Hoje, portanto, não há mais razão para essa discussão; a matéria encontra-se pacificada. Contudo, o que ainda tem sido motivo de debates e é expresso como motivo de preocupação entre empregadores é a situação em que a empregada opta por engravidar no aviso prévio, justamente por saber que tem proteção do arcabouço legal.

Por óbvio que há exceções, mas a dispensa de qualquer empregado nunca foi nem será algo fácil a se fazer, pois dispensar alguém, por mais necessário que seja em algumas

---

<sup>163</sup> Agravo de instrumento. Data de julgamento: 16.07.2002. Relator(a): Rafael E. Pugliese Ribeiro Revisor(a): Maria Aparecida Duenhas. Acórdão n.º: 20020467430. Processo n.º: 14779-2002-902-02-00-6 Ano: 2002. Turma: 6.ª. Data de publicação: 26.07.2002. Partes: Agravante(s): Vanessa Cristina Calderare Grauman. Agravado(s): Comercial Gotis Ltda. Estabilidade gestante. Confirmação da gravidez. Aviso prévio. O aviso prévio tem função de estabelecer termo certo ao contrato sem termo. A impossibilidade da estabilidade no curso do aviso tem sido considerada pela jurisprudência uniforme do TST, como se infere do Precedente 41 da SDI: “Estabilidade. Aquisição no período do aviso prévio. Não reconhecida”. *DO* 26.07.2002. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020020467430>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

“Recurso ordinário. Data de julgamento: 07.10.2002. Relator(a): Wilma Nogueira de Araujo Vaz da Silva. Revisor(a): Sergio J. B. Junqueira Machado. Acórdão n.º: 20020654221. Processo n.º: 20010046083. Ano: 2001. Turma: 8.ª. Data de publicação: 22.10.2002. Partes: Recorrente(s): Jenifer Ferraz de Araújo. Recorrido(s): Real Benemérita Soc. Portuguesa Benef. Contrato de experiência. Caracterização. Efeitos. Estabilidade da gestante. Procedimentos de seleção de pessoal, a exemplo do exame médico pré-admissional, não se computam como tempo de serviço e, obviamente, tampouco se prestam à descaracterização do contrato de experiência. Também não procede a tese sobre a desnecessidade de prova para o exercício das funções de copeira quando se contempla a peculiaridade de não se tratar de simples copeira, mas de profissional expressamente contratada para exercer aquela atividade em âmbito hospitalar, com regras, responsabilidades e exigências técnicas diferenciadas. Assim, celebrado contrato sob condição resolutiva de pleno conhecimento da empregada, não há como reconhecer a pretensão ao aviso prévio e à estabilidade da gestante, dada a natureza eminentemente provisória da pactuação caracterizada como espécie do gênero contrato por prazo determinado, em cujo termo final, previamente fixado de comum acordo, extinguem-se os direitos e obrigações inerentes, sem resíduos.” *DO* 22.10.2002. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/geral/Consulta/Jurisprudencia/Ementas/020020654221>>. Acesso em: 3 dez. 2018.

circunstâncias, é uma experiência estressante e até mesmo dolorosa para qualquer gestor, assim como também pode ser para a pessoa que está sendo dispensada.

Perder um emprego pode deixar um gosto amargo de rejeição. O sentimento de traição vem junto, em virtude da sensação de ter se esforçado tanto, sofrido tanto e mesmo assim ser descartável e substituível – trazendo o arrependimento, mais frustração, sentimento de incompetência e indignação pelo tempo perdido.<sup>164</sup>

Nesses casos, é possível que inúmeros sintomas manifestem-se como: desânimo, insegurança, raiva, impaciência, crises de pânico, entre outros. Esses sintomas advêm dos impactos da demissão na autoestima e na autoconfiança da pessoa.<sup>165</sup>

Não raras as vezes o empregado, ao notar-se em situação de risco de iminente dispensa, usa de subterfúgios para tentar manter o emprego, exemplificativamente o caso dos empregados que registravam candidaturas a cargo de dirigente sindical a fim de obterem estabilidade.<sup>166</sup>

Apesar de parecer extremo, é difícil não indagar se seria possível que uma empregada dispensada viesse a engravidar durante o aviso prévio com o objetivo de manter o emprego, ou ainda de dar sequência ou até mesmo antecipar planejamento familiar que seria obstado ou prejudicado pela dispensa.

Afinal, como dito alhures, são pelo menos 15 meses de emprego e renda garantidos, em um cenário de séria crise econômica, em que a taxa de desemprego no trimestre encerrado em outubro atingiu o montante de 11,7%.<sup>167</sup> Ainda, a depender do tempo

---

<sup>164</sup> Disponível em: <<https://www.minhavida.com.br/bem-estar/materias/17440-perder-um-emprego-pode-ter-impactos-na-saude-fisica-e-mental>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<sup>165</sup> “Um desligamento mal feito pode gerar traumas e problemas de autoestima do profissional, além de processos por danos morais na empresa”, explica a *coach* e responsável pelo escritório da consultoria em mobilidade de talentos Lee Hecht Harrison (LHH) no Nordeste Mariangela Shownacker. Disponível em: <<https://jc.ne10.uol.com.br/blogs/havagas/2016/06/13/demissao-mal-conduzida-afeta-autoestima-do-profissional/>>. Acesso em: 4 dez. 2018).

<sup>166</sup> Tal fato ocorria com tanta frequência que levou o TST a editar o item V da Súmula n.º 369: “[...] V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3.º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho” (Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-372](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-372)>. Acesso em: 16.06.2017).

<sup>167</sup> Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_continua/Mensal/Quadro\\_Sintetico/2018/pnadc\\_201810\\_quadroSintetico.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Mensal/Quadro_Sintetico/2018/pnadc_201810_quadroSintetico.pdf)>. Acesso em: 4 dez. 2018.

de trabalho na empresa, após o período estável, a empregada também poderia ter acesso ao seguro-desemprego<sup>168</sup> em posterior dispensa.

Essa é uma pergunta de difícil resposta, afinal não há como o empregador ou o Judiciário inferirem a intenção comportamental da empregada dispensada, a partir de um ou mais efeitos do comportamento em si.

Nesse cenário de exceção, interessante a análise de caso *sui generis* julgado em 2015 pelo TST. A empregada engravidou por meio de inseminação artificial durante o aviso prévio e ingressou com reclamação trabalhista postulando o reconhecimento da estabilidade gravídica e o pagamento das parcelas de 13.º salário, férias + 1/3, salários vencidos, FGTS (8% + 40%), multa do artigo 477 da CLT e danos morais.

“[...] Concepção no curso do aviso prévio indenizado. Estabilidade da gestante não examinada pela c. Turma sob o prisma da gravidez por meio de inseminação artificial. Discute-se no presente caso o direito à estabilidade da gestante, alegando a empresa que a concepção ocorreu no curso do aviso prévio indenizado por meio de inseminação artificial. Não há falar em contrariedade às Súmulas 244, 369 e 371 do TST, visto que não tratam especificamente da hipótese da estabilidade da gestante no curso do aviso prévio. Destaca-se do acórdão regional transcrito no acórdão turmário o entendimento do Tribunal Regional de que a empregada engravidou em função de um procedimento absolutamente programado, não se sustentando a alegação de demissão arbitrária, razão pela qual o TRT excluiu o direito à estabilidade da gestante. Consta do acórdão da Corte *a quo* que a gravidez ocorreu por inseminação artificial e a empresa, sediada em Manaus, local da prestação de serviços da autora, tinha ciência do procedimento direcionado à concepção, o qual se iniciou, com absoluta certeza, em 5.10.2010, por meio de tratamento hormonal realizado em São Paulo, e a empregada foi dispensada, com aviso prévio indenizado, em 18.10.2010, apenas 13 dias do início do tratamento. A c. Turma restabeleceu a sentença que reconheceu o direito à estabilidade e determinou o pagamento de forma indenizada. Mas não emitiu tese sobre o direito em face do peculiar aspecto da inseminação artificial. Assim, a questão em debate diz respeito ao direito à estabilidade considerada tão somente a premissa da concepção no curso do aviso prévio indenizado. Nesse particular, a decisão da c. Turma está em consonância com a jurisprudência desta Corte, pacífica no sentido de que a ocorrência da gravidez durante o aviso prévio indenizado garante o direito da trabalhadora à estabilidade

<sup>168</sup> “O Seguro-Desemprego Formal foi instituído pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, alterado pela Lei n.º 8.900, de 30 de junho de 1994, e posteriormente pela Lei n.º 13.134, de 16 de junho de 2015, com a finalidade de prover assistência financeira temporária a trabalhadores desempregados sem justa causa, e auxiliá-los na manutenção e na busca de emprego, provendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional. O Seguro-Desemprego Formal foi instituído pela Lei n.º 7.998, de 11 de janeiro de 1990, alterado pela Lei n.º 8.900, de 30 de junho de 1994, e posteriormente pela Lei n.º 13.134, de 16 de junho de 2015, com a finalidade de prover assistência financeira temporária a trabalhadores desempregados sem justa causa, e auxiliá-lo na manutenção e na busca de emprego, provendo, para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional. Com o advento da Lei n.º 13.134/2015 para que o empregado tenha direito ao recebimento pela primeira vez deve ter trabalhado pelo menos um ano na empresa” (Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal>>. Acesso em: 4 dez. 2018).

prevista no artigo 10, alínea “b”, do ADCT. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido.<sup>169</sup>

No caso em destaque, restou comprovado que o tratamento para gravidez iniciou-se antes da dispensa e que a empregadora tinha ciência do procedimento. Assim, a Turma do TST restabeleceu a sentença que reconheceu o direito à estabilidade e determinou o pagamento de todo o período de estabilidade de forma indenizada.

Note-se, contudo, que não houve manifestação da Turma acerca do direito em face do peculiar aspecto da inseminação artificial. Procedimentos como esse de reprodução assistida são oferecidos sem custo pelo SUS<sup>170</sup> e podem ter resultados positivos dentro de um mês.

Tais situações têm se tornado emblemáticas e devem ser enfrentadas o quanto antes. O Direito do Trabalho e a própria Justiça do Trabalho<sup>171</sup> têm sido alvo constantes de ataques<sup>172</sup> e, a nosso ver, é preciso reagir com respostas rápidas e ponderar as dificuldades do dia a dia intrínsecas às relações de trabalho.

Nesse contexto, entendemos ser de suma importância a atenção aos princípios da ampla defesa e contraditório, razoabilidade mas, principalmente, o da boa-fé, que será devidamente analisado adiante.

---

<sup>169</sup> Recurso de Revista 0002118-90.2011.5.11.0014, SDI I, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, publicado em 02.10.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=2118&digitoTst=90&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=11&varaTst=0014&submit=Consultar>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>170</sup> Disponível em: <<http://reproducao.fmrp.usp.br/como-agendar/>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<sup>171</sup> Como se nota da fala do Senador Antonio Carlos Magalhães em 1999: “O presidente do Senado, Antonio Carlos Magalhães, defendeu na manhã desta quarta-feira (dia 3) o fim ‘do TST (Tribunal Superior do Trabalho) e de toda a Justiça do Trabalho, que é anacrônica e não pode existir em um país que quer se desenvolver’. O senador lembrou o fato de que ‘ela só existe no Brasil’” (Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/03/03/acm-defende-fim-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<sup>172</sup> “O ataque mais recente se dá por meio de proposta de reforma constitucional dando nova composição da Justiça Federal, integrando a Justiça do Trabalho, com a unificação de pessoal, bens e estrutura. Com isso, toda a questão previdenciária, seja em relação ao empregador, seja em relação ao INSS, seria apreciada pela mesma vara” (Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=52659>>. Acesso em: 4 dez. 2018).

### 3.6 Pedido de demissão feito pela gestante

Em que pesem todas as obrigações e percalços que a gravidez traz à empregada e sua família, o direito de demitir-se é-lhe inerente, e há apenas a necessidade de comunicar o empregador nos termos do artigo 487, § 2.º, da CLT.

Ao pedir demissão, a trabalhadora deixa de receber muitos de seus direitos, abre mão do saque do FGTS e do direito a se habilitar no seguro-desemprego. Por tal razão, de difícil compreensão as razões que levariam a empregada gestante a fazer, contudo os caminhos da maternidade nem sempre são lineares; em verdade, são tortuosos para uma grande parte da população feminina.

De acordo com a pesquisa realizada pelo *website* “Trocando Fraldas”,<sup>173</sup> em que foram ouvidas 10 mil mulheres, apenas um terço delas consegue voltar para o trabalho com o fim da licença-maternidade; outros 25% nos seis meses seguintes; e para 22% é praticamente impossível devido aos filhos. Portanto, não são as raras as chances de uma empregada gestante pedir demissão, mesmo que isso implique renúncia de direitos.

A liberdade contratual é a faculdade de autodeterminação do sujeito nas suas relações contratuais, respeitados os seus limites operativos, entendendo-se por liberdade a possibilidade de escolher entre interesses na interatividade entre os sujeitos e a sua efetiva transposição para o plano real.<sup>174</sup>

Como exposto alhures, a garantia de emprego prevista no artigo 10, II, do ADCT, por se tratar de norma de ordem pública, seria irrenunciável. Entretanto, havendo o interesse da empregada, que é parte do contrato de trabalho e titular do direito, de não continuar a trabalhar, o seu pedido de demissão, desde que voluntário e sem coação, deve ser aceito pelo empregador, porém importará em renúncia à estabilidade provisória. Como esclarecem Elson Gottschalk e Orlando Gomes:<sup>175</sup>

A demissão do empregado, que é ato de vontade livremente manifestado com o ânimo de desvincular de um contrato por tempo indeterminado, segundo a configuração jurídica da relação em causa, como vimos, implica indiretamente no ato de renúncia à estabilidade.

<sup>173</sup> Disponível em: <<https://www.trocandofraldas.com.br/carreira-e-maternidade-2018-brasil/>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

<sup>174</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 364.

<sup>175</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho* cit., p. 422.



A estabilidade não cria, com efeito, um vínculo indissolúvel. Vinculando, apenas, a vontade do empregador, mediante um contrato por tempo determinado, deixa livre a vontade do empregado para pôr fim à relação contratual de trabalho quando bem lhe aprouver.

Nessa hipótese, a cautela recomendada às empresas é verificar com muita parcimônia se a manifestação de vontade da empregada é livre, sem qualquer tipo de constrangimento, seja por um chefe direto ou até mesmo empregados pares.

Nos termos dos artigos 7.º, XXII, e 225 da Constituição Federal, o empregador tem o dever constitucional de garantir ambiente de trabalho hígido e seguro, e isso significa que o local de trabalho, guardadas as devidas proporções, deve ser um local de acolhimento e compreensão, ainda mais no começo da gravidez. A esse respeito, importante observação de Sérgio Alberto de Souza:<sup>176</sup>

[...] Está em jogo o próprio destino da espécie humana: gravidez, parto e puerpério. A percepção dos movimentos uterinos e fetais provoca uma intensa crise de ansiedade na mulher em estado gravídico. Tal crise, totalmente inconsciente, se traduz em diversas manifestações psíquicas e somáticas. Entende-se desde o sintoma da sonolência, à primeira suspeita de gravidez, produzindo certa inquietude, passa pelos sonhos de percepção da placenta (através de ansiedades concomitantes), atravessa o processo de nidação, que organicamente é um ato agressivo à mucosa uterina, por parte do ovo fecundado, com mudanças psicológicas (tudo vivido de forma persecutória pelo inconsciente da mulher). Contudo, distorções de percepção, no fluir do tempo, por negação e projeção, com suas fantasias correlativas, exprimem um profundo estado de ansiedade comum a todas as gestantes. A sintomatologia vai das náuseas às dores musculares, à hipertensão ou hipotensão, às câimbras e às enxaquecas.

Em razão das diversas variáveis que envolvem o tema, existe o entendimento<sup>177</sup> de que a validade do pedido de demissão da empregada gestante estaria condicionada à

<sup>176</sup> SOUZA, Sérgio Alberto de. *Gestante e direito alternativo do trabalho*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1996. p. 52.

<sup>177</sup> “Recurso de revista regido pela Lei 13.015/2014. Estabilidade provisória. Gestante. Nulidade do pedido de demissão. Ausência de assistência sindical. O reconhecimento da validade da rescisão contratual da empregada gestante sem a observância das formalidades legais implica ofensa à garantia de emprego prevista no art. 10, II, ‘b’, do ADCT. O art. 500 da CLT expressamente exige a assistência sindical como condição de validade do pedido de demissão do empregado estável. Essa determinação é aplicável a todas as hipóteses de garantia de emprego previstas no ordenamento justabalhista, inclusive a da empregada gestante, pois o escopo da norma é exatamente o de resguardar a lisura da demissão, de modo a assegurar que o empregado estável não esteja sob nenhuma forma de coação, prevenindo, também, qualquer erro ou vício na manifestação de sua vontade. Tal entendimento é válido tanto para a estabilidade decenal quanto para as chamadas ‘estabilidades provisórias’, pois o empregado em tal condição é detentor de uma maior proteção no momento da dispensa. Recurso de revista conhecido e provido” (Recurso de Revista 10677-03.2015.5.01.0005, 2.ª Turma, Rel. Delaíde Miranda Arantes, publicado em 23.11.2018). Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010677-03.2015.5.01.0005&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAABE58AAE&dataPublicacao=23/11/2018&localPublicacao=DEJT&query=gravidez%20and%20%27pedido%20de%20demiss%E3o%27%20and%20estabilidade>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

assistência do respectivo Sindicato ou da autoridade do Ministério do Trabalho,<sup>178</sup> nos termos do artigo 500<sup>179</sup> da CLT.

Art. 500. O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social ou da Justiça do Trabalho.

De acordo com esse entendimento, se não há a assistência legal, que garante à trabalhadora a ciência da consequência dos seus atos, mesmo que não se verifique coação ou qualquer vício comprometedor da prática do ato, o pedido de demissão formulado é nulo<sup>180</sup> de pleno direito.

Por outro lado, uma vez exteriorizada a livre vontade da empregada gestante, ainda que haja posterior arrependimento, não se cogita o direito à estabilidade prevista no artigo 10, II, *b*, do ADCT, quando a iniciativa da ruptura contratual se dá por iniciativa da empregada, pois o entendimento é que não houve dispensa arbitrária ou imotivada.

É possível, porém, encontrar julgados no sentido de que, diante da gravidez da empregada ocorrida durante o pacto laboral, a garantia provisória ao emprego é-lhe inerente e não poderia ser objeto de renúncia.

[...] Destaca-se que, nos termos dos arts. 7.º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, é assegurada estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A estabilidade conferida à gestante pela Constituição Federal tem por escopo amparar o nascituro, a partir da preservação das condições econômicas mínimas necessárias à tutela de sua saúde e de seu bem-estar. Essa proteção constitui garantia constitucional a todas as trabalhadoras que mantêm vínculo de emprego, sendo certo que os dispositivos que a asseguram – arts. 7.º, XVIII, da Constituição Federal e 10, II, “b”, do ADCT – estabelecem como único requisito ao direito à estabilidade que a empregada esteja gestante no momento da dispensa imotivada. Cumpre esclarecer que as normas que versam acerca do direito da empregada à estabilidade gestante são normas de ordem pública, que visam amparar a saúde da trabalhadora, bem como proteger o nascituro, garantindo, repito,

<sup>178</sup> Nesse sentido o artigo 12, I, da Instrução Normativa SRT/MTE n.º 15/2010 estabelece procedimentos para assistência e homologação na rescisão do contrato de trabalho, bem como prevê que constitui circunstância impeditiva de rescisão contratual arbitrária ou sem justa causa a gestação da empresa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

<sup>179</sup> Havia dúvidas acerca da sobrevivência desse artigo, com o advento da Reforma Trabalhista, felizmente este foi mantido, ao contrário do § 1.º do artigo 477 que afastou a necessidade de homologação da rescisão do contrato de trabalho pelo Sindicato da categoria.

<sup>180</sup> Sobre esse assunto interessante a leitura de Sérgio Alberto de Souza: “[...] Assoma-se o fato de que, adquirindo a trabalhadora gestante ‘estabilidade provisória’, não será possível a rescisão unilateral do contrato laboral, pelo empregador pois padecerá de nulidade, segundo caudalosa corrente teórica. Neste caso, aliás, por se tratar de constelação legislativa de ordem pública e de natureza indisponível, com raízes constitucionais, a possibilidade de rescisão bilateral (‘distrato’ também se apresenta como morbidez de vício insanável” (*Gestante e direito alternativo do trabalho* cit., p. 28).

o seu desenvolvimento a partir da preservação de condições econômicas mínimas necessárias à tutela da sua saúde e de seu bem-estar. Ressalto que não pode a empregada sequer dispor desse direito, o qual tem finalidade de proteção mediata do nascituro, consoante previsão da parte final do art. 2.º do Código Civil. Trata-se de um direito revestido de indisponibilidade absoluta, garantido na Constituição Federal, nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT.

Assim, consoante o entendimento pacífico desta Corte, constatada a gravidez da empregada quando da rescisão do contrato de trabalho, deve ser reconhecido o direito à estabilidade da gestante ao emprego, e esse direito é irrenunciável.<sup>181</sup>

A jurisprudência<sup>182</sup> mais recente do TST, contudo, tem se dado no sentido de que, diante da inexistência de qualquer vício de consentimento no pedido de demissão da empregada grávida, não há o que falar em estabilidade.

Nesse diapasão, uma questão polêmica e digna de ser levantada é: se a empregada pede demissão com auxílio do sindicato e, no cumprimento do aviso prévio, descobre que está grávida. Ela tem direito ou não à estabilidade provisória?

Na legislação trabalhista, o direito de arrependimento encontra-se previsto no artigo 489<sup>183</sup> da CLT, que preconiza que no curso do aviso prévio a parte notificante pode

<sup>181</sup> Agravo de Instrumento de Recurso de Revista 0000905-19.2011.5.12.0015. 2.ª Turma, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, publicado em 02.10.2015.

<sup>182</sup> “Recurso de revista. Acórdão publicado na vigência da lei n.º 13.467/2017. Gestante. Pedido de demissão. Contrato de trabalho inferior a um ano. Ausência de assistência sindical. Validade. Transcendência jurídica reconhecida. No caso, o Tribunal *a quo* concluiu pela validade do pedido de demissão de empregada gestante com menos de um ano no emprego, não obstante a ausência de homologação sindical. Nos termos dos artigos 7.º, XVIII, da Constituição Federal, e 10, II, ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, assegura-se a estabilidade provisória à empregada gestante, desde a ocorrência da gravidez, no curso do contrato de emprego, até cinco meses após o parto. O objetivo disso foi garantir à empregada gestante a continuidade da relação de emprego e a manutenção das condições econômicas necessárias ao desenvolvimento e proteção do nascituro, restringindo a possibilidade de que seja resilida por iniciativa patronal. Por outro lado, o artigo 500 da CLT dispõe ser válido o pedido de demissão do empregado estável somente quando efetuado com a assistência do Sindicato de sua categoria profissional ou autoridade competente. Assim, por ser incontroverso que a reclamante já se encontrava na condição de gestante no momento em que efetuou o pedido de demissão, a validade do seu pedido de demissão dependeria da assistência do sindicato, o que, no caso, não ocorreu, independente da duração do contrato de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido” (Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2090-64.2017.5.12.0030&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAARONAAH&dataPublicacao=05/10/2018&localPublicacao=DEJT&query=gravidez%20and%20%27pedido%20de%20demiss%E3o%27%20and%20estabilidade%20>>. Acesso em: 4 dez. 2018).

<sup>183</sup> “Art. 489. Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.

Parágrafo único. Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso prévio não tivesse sido dado.”

arrepende-se e pretende reconsiderar o ato. Como elucida Adalberto Martins,<sup>184</sup> nenhum problema haverá se a parte contrária aceitar a reconsideração, hipótese em que o vínculo de emprego remanescerá. Da mesma forma, continuará em vigor o contrato de trabalho se, expirado o prazo de aviso prévio, a prestação laboral não se encerrar, hipótese que se equipara a uma reconsideração tácita do aviso prévio, seguida de aceitação da mesma oportunidade.

Ainda de um lado, o artigo 10, II, *b*, do ADCT é expresso ao vedar a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, porém, não faz qualquer menção sobre o pedido de demissão ou rescisão do contrato de trabalho por justa causa. De outro lado, a situação fática quando do pedido de demissão mudou e pode afetar em muito a vida dessa empregada e seus familiares.

A fim de responder esse questionamento e preencher essa lacuna, consideramos importante trazer os conceitos penais<sup>185</sup> de arrependimento eficaz, previsto no artigo 15 do Código Penal, e arrependimento posterior, previsto no artigo 16 do Código Penal, que, a nosso ver, talvez sejam os que melhor se encaixem na situação apresentada.

De acordo com Luiz Regis Prado,<sup>186</sup> os requisitos para se caracterize o arrependimento eficaz são: o impedimento efetivo do resultado e a voluntariedade. O exame do requisito subjetivo – a voluntariedade – exige a constatação da possibilidade de escolha entre duas condutas, ausente não só diante da impossibilidade de prosseguir na execução, mas também perante os riscos a elas inerentes e que não podem ser razoavelmente assumidos pelo agente.

Ainda no caso do arrependimento eficaz, não é necessário que o agente impeça a ocorrência do evento por sua própria atividade: é perfeitamente admissível que conte com o auxílio de outras pessoas a fim de evitar a produção do resultado, desde que a intervenção tenha sido motivada pela conduta positiva do agente.

Embora a doutrina seja pacífica neste sentido, o arrependimento eficaz tem a natureza jurídica de *causas pessoais de exclusão da punibilidade ou isenção de pena*,

---

<sup>184</sup> MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho* cit., p. 222.

<sup>185</sup> “Art. 15. O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados.

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

<sup>186</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro*. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017. p. 14.

porquanto a sanção deixaria de ser justificável tanto do ponto de vista da prevenção geral como da prevenção especial.<sup>187</sup>

Diferentemente do arrependimento eficaz, o arrependimento posterior não constitui causa extintiva de punibilidade ou hipótese de atipicidade da conduta: é, na realidade, causa obrigatória de diminuição de pena e sua natureza é exclusivamente político-criminal.<sup>188</sup>

Como muito bem explicita Luiz Regis Prado,<sup>189</sup> o arrependimento posterior não se confunde com o arrependimento eficaz. Aquele é forçosamente posterior à consumação do fato delituoso, enquanto este último, embora verificado após o término da execução, antecede a consumação do delito. Enquanto o arrependimento eficaz figura como causa pessoal de exclusão de pena, o arrependimento posterior é causa geral obrigatória de redução de pena, com limites fixos.

Em razão principalmente do conceito do arrependimento eficaz e também arrependimento posterior, entendemos que estes podem ser transpostos para o direito do trabalho na questão envolvendo empregada que pediu demissão e descobriu que estava grávida.

Ora, nada mais razoável do que, ao comunicar seu arrependimento do pedido de demissão perante recente descoberta da gravidez, a gestante seja agraciada imediatamente com seu emprego de volta. A ideia aqui é que a empregada não seja punida com a perda da estabilidade diante do pedido de demissão e em face do desconhecimento de seu estado gravídico.

É questionável qual seria o prazo para a comunicação do empregador. A nosso ver, a comunicação deve ser feita logo após a descoberta da gravidez para que se tenha garantido o direito ao retorno ao trabalho. Se esta se der durante o aviso prévio, será perfeito; contudo, se somente ocorrer alguns meses após o pedido de demissão, também não haverá problema, desde que se observe a boa-fé na conduta da empregada.

Obviamente que, a partir do momento que é necessário contar com a anuência do empregador para que a empregada tenha o emprego de volta, o conceito de arrependimento eficaz perde força, porquanto aqui o arrependimento e a comunicação do empregador acerca

---

<sup>187</sup> PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro* cit., p. 14.

<sup>188</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: RT, 2018. p. 1.

<sup>189</sup> Idem, *ibidem*.

da gravidez não teriam a força por si sós de fazer com que o trabalho lhe fosse disponibilizado.

Por tal razão, entende-se viável a aplicação do arrependimento posterior, em que a empregada fica sujeita à vontade do empregador, porém seu arrependimento e a comunicação da gravidez logo após a descoberta contam a seu favor, fazendo com que o empregador a receba de volta na empresa.

De qualquer maneira, como dito alhures, em cenário de exceção, é preciso contar com a boa-fé das partes. No nosso entender, por ser a gravidez um fenômeno social coletivo, o mais razoável seria a empregada que pediu demissão, ao descobrir que está grávida, comunicar imediatamente o fato à empresa e, por sua vez, o empregador, ao receber a comunicação, deve, com base em seu dever social, de lealdade e de observância ao princípio da boa-fé, oferecer o emprego de volta à empregada.

### 3.7 Dispensa por comum acordo

Nelson Mannrich,<sup>190</sup> ao tratar sobre o distanciamento ocorrido entre o direito do trabalho e o direito civil, faz alusão à interferência do Estado no contrato de trabalho, destacando que o conteúdo mínimo do contrato passou a ser determinado pelo Estado, cabendo às partes introduzir apenas alterações desde que mais vantajosas ao trabalhador.

Essa intervenção do Estado teria colocado em xeque dois pilares do direito civil: o princípio da igualdade entre os sujeitos contratantes e o princípio da liberdade contratual.<sup>191</sup> Essa regra vem se alterando conforme o passar dos anos.

Com o advento da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n.º 13.467/2017, uma série de paradigmas foi quebrada. A inclusão do artigo 484-A<sup>192</sup> na CLT, a prever uma espécie de distrato,<sup>193</sup> é um deles:

---

<sup>190</sup> MANNRICH, Nelson. Necessário distanciamento do direito civil: da intervenção inicial do Estado e retomada da autonomia da vontade. In: AGUIAR, Antonio Carlos (Coord.). *Reforma trabalhista: aspectos jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 237-238.

<sup>191</sup> Idem, p. 237.

<sup>192</sup> “Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

Necessária a explicação de Claudia Mara de Almeida Viegas:<sup>194</sup>

Até o advento da Lei 13.467/2017, um contrato de trabalho no Brasil poderia ser rescindido de duas formas: a pedido do trabalhador ou por decisão da empresa. Quando o empregado pedia demissão, não seria indenizado com a multa de 40% sobre o FGTS, nem teria acesso ao Fundo de Garantia. Além disso, se não cumprisse o aviso prévio de 30 dias, o valor seria descontado na hora da rescisão. Por outro lado, a empresa podia demitir por justa causa e sem justa causa. No primeiro caso, as regras são as mesmas de quando o trabalhador pede demissão, ao passo que, se não houvesse justa causa, o empregado dispensado teria direito a aviso prévio, multa de 40% sobre o FGTS e acesso a 100% dos depósitos do Fundo de Garantia.

Como se nota do relatório<sup>195</sup> do Deputado Rogério Marinho<sup>196</sup> sobre a Lei n.º 6.787/2016, a inclusão do artigo 484-A na CLT visou o costumeiro acordo informal, pelo qual é feita a demissão sem justa causa para que o empregado possa receber o seguro-desemprego e o saldo depositado em sua conta no FGTS, com a posterior devolução do valor correspondente à multa do Fundo de Garantia ao empregador. Nesse mesmo sentido, Homero Mateus da Silva<sup>197</sup> aduz:

1. O legislador oficializa prática encontrada no mercado de trabalho, de rescisão por comum acordo. Não raro, o empregado precisa pedir demissão por motivos pessoais relevantes, como mudança repentina de cidade, doença na família ou prioridade aos estudos, e perde praticamente todos os benefícios a que faria jus pela rescisão contratual. Então, ele “pede para ser mandado embora”, o que é, no direito do trabalho, um contrassenso. Afinal, a iniciativa da rescisão foi dele e não do empregador. Vários embaraços surgem a partir dessa dinâmica, tais como a exigência da empresa para que o empregado “devolva” a multa de 40% ou, ainda, a exigência de cumprimento de aviso prévio para treinar outro empregado para o posto. A confusão está armada.

2. Para tentar equacionar esse cenário, até então vedado ou ignorado pelo legislador, a reforma de 2017 reconhece a prática do comum acordo para os

---

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1.º do art. 18 da Lei n.º 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.”

<sup>193</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *CLT comparada e atualizada*: com a reforma trabalhista. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 249.

<sup>194</sup> VIEGAS, Claudia Mara de Almeida. Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017 cit., p. 2).

<sup>195</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016)>. Acesso em: 23 dez. 2018.

<sup>196</sup> Integrante da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do poder executivo, que “altera o Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências”.

<sup>197</sup> SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Livro eletrônico. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017. cap. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.

fins rescisórios à luz do direito trabalhista brasileiro, e não apenas à margem do sistema. Inspirado no desdobramento da culpa recíproca (art. 484 da CLT), foi concebido o pagamento pela metade do aviso prévio indenizado e da multa de 40% do fundo de garantia. O art. 484-A não diz expressamente, mas pensamos ser compatível abranger, também, o comum acordo para a rescisão antecipada do contrato de trabalho por prazo determinado, rachando-se ao meio a indenização o aviso prévio – se havia a cláusula assecuratória de rescisão antecipada, de que fala o art. 481 da CLT – e eliminando-se a indenização que seria devida de parte a parte – art. 479 da CLT.

Thereza Nahas<sup>198</sup> aponta a inclusão do artigo 484-A da CLT como solução da polêmica questão que envolvia a previsão do artigo 394 também da CLT, acerca da faculdade da gestante de romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, se prejudicial à gestação.

Isso porque entende Thereza Nahas<sup>199</sup> não ser justo a gestante sofrer prejuízos em razão do rompimento contratual,<sup>200</sup> mas também considera não razoável que o empregador assumira todos os ônus por essa autorização legal. Assim, o artigo mencionado ao prever que o contrato se encerre por mútuo acordo permite que a trabalhadora, além de receber parte de seus direitos, faça jus ao benefício previdenciário, apesar de não ter acesso ao seguro-desemprego.

Dentro do tema proposto, ao menos duas questões surgem de imediato diante dessa inovação legislativa: a primeira relaciona-se à quebra de paradigma. Passa-se a admitir a autonomia da vontade dos empregados, em regra hipossuficiente; e a segunda, vincula-se à estabilidade da gestante.

No tocante à primeira questão, de acordo com Nelson Mannrich,<sup>201</sup> a visão de nivelar todo e qualquer trabalhador como hipossuficiente e incapaz de manifestar sua vontade está ultrapassada, sendo contrária ao princípio da igualdade. As mudanças ocorridas no mundo no trabalho em si impõem tratamento diferenciado em face da própria mudança do perfil do trabalhador, o que não representa, por si, retrocesso social.

---

<sup>198</sup> NAHAS, Thereza. *O novo direito do trabalho: institutos fundamentais – impactos da reforma*. São Paulo: RT, 2017. p. 131.

<sup>199</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>200</sup> Nesse contexto, Valentin Carrion esclarece que na hipótese do artigo 394 a gestante fica dispensada de conceder aviso prévio à empresa, mas não recebe indenização (*Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268).

<sup>201</sup> MANNRICH, Nelson. *Necessário distanciamento do direito civil: da intervenção inicial do Estado e retomada da autonomia da vontade cit.*, p. 241.



Em contraponto, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães<sup>202</sup> aponta que, como não há mais a exigência de homologação nas hipóteses de término das relações contratuais de emprego, e o acordo referido no referido artigo será realizado ainda quando presente a subordinação na relação, é bem possível que a controvérsia vá parar no Judiciário para discutir a validade do acordo na hipótese em que o empregado seja pressionado a realizá-lo. O risco apontado é mais do que preocupante, porquanto apenas um ano após a reforma trabalhista é possível notar nos Tribunais ações questionando-se a validade do acordo:

Fraude na rescisão contratual formalmente revestida como “comum acordo” demonstrada pelo autor. Nulidade reconhecida. Em que pese a vigência do art. 484-A da CLT, observa-se, no caso, pela análise das provas dos autos, a fraude alegada na inicial. Isso porque o reclamante demonstrou não haver qualquer interesse na rescisão contratual, haja vista o nascimento de sua filha apenas 10 dias (certidão de fl. 20) antes da dispensa. Além disso, o comunicado de dispensa de fl. 23 confirma que a dispensa se deu de forma unilateral, fato este ainda confirmado pela prova testemunhal, inclusive pela própria testemunha patronal. Nesse contexto, forçoso reconhecer a fraude praticada pela reclamada, que, na prática, dispensou o reclamante por sua própria iniciativa, sem justa causa, mascarando, contudo, a modalidade de dispensa tentando fazer crer que houve comum acordo. Nego provimento” (TRT 2.<sup>a</sup> Região, 4.<sup>a</sup> Turma, TST-RO 1000435-13.2018.5.02.044, Rel. Des. Ivani Contini Bramante, *DJ* 02.10.2018).<sup>203</sup>

[...] Inicialmente destaca-se inquestionável a aplicação do artigo 484-A da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, porquanto o ato jurídico relativo ao rompimento contratual deu-se sob a égide da referida norma, 01.03.2018. Assim, a meu ver, a questão pendente consiste no reconhecimento da validade deste ato de vontade, contraposto pelo obreiro ao argumento, em impugnação à defesa, de que os documentos rescisórios apresentados somente foram assinados por determinação da empresa, e condicionamento do pagamento das verbas, o que redundou na afirmação de que decorrente “coação e vício de consentimento”.

Contudo, nenhuma prova foi produzida neste sentido, ao revés aos documentos somou-se a confirmação, até mesmo pela sentença recorrida de que total ausência do recorrido no mês de fevereiro, como afirmado pela recorrente como fundamento a mais para o ajuste firmado por ocasião da rescisão em reexame.

Desta feita, provejo o recurso no aspecto para validar a modalidade rescisória levada a efeito entre as partes e, por decorrência, excluir da condenação as parcelas rescisórias deferidas na origem quitadas em conformidade com o prescrito no artigo 484-A da CLT, a saber: aviso prévio, integralidade dos depósitos do FGTS, inclusive de seu adicional rescisório de 40%, fornecimento guias do TRCT, no código 01, bem como CD/SD. [...] (TRT 3.<sup>a</sup>

<sup>202</sup> GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *CLT comentada*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>203</sup> Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta011&docId=468a1cd91619ac542b78777f5288f17dcdd853ec&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

Região, 7.<sup>a</sup> Turma, RO 0010345-27.2018.5.03.0053, Rel. Des. Paulo Roberto de Castro, *DJ* 14.09.2018).<sup>204</sup>

Quanto à segunda, no entanto, certamente o objetivo dessa inovação jurídica não foi retirar direitos do trabalhador, muito menos de empregadas gestantes, mas apenas autorizar a rescisão do contrato, com contrapartida de ambas as partes.

Esse aparente impasse, ao que tudo indica, é resolvido pela redação do item II da alínea *b*, que faz menção ao pagamento na integralidade das demais verbas trabalhistas. Assim, o que se tem é que, na hipótese de empregada gestante, uma vez concretizado o acordo, o valor da indenização referente ao período da estabilidade deverá ser integralmente pago pelo empregador à empregada.

### 3.8 Rescisão por justa causa

O Inquérito para Apuração de Falta Grave (IAFG) é procedimento instituído em benefício do empregado detentor da antiga estabilidade decenal (artigos 492 e 494, CLT), direito anterior à criação do FGTS. Buscou privilegiar o direito de defesa, com a possibilidade de oitiva de até seis testemunhas (artigo 821, CLT) e impôs ao empregador uma limitação temporal para a despedida, com o prazo decadencial de 30 dias a partir da suspensão do empregado (artigo 853, CLT).

A extensão do IAFG aos dirigentes sindicais decorreu de alteração do artigo 543, com a inserção do § 3.º, promovida pelo Decreto-lei n.º 229/1967, posteriormente alterado pela Lei n.º 5.911/1973 e com a atual redação dada pela Lei n.º 7.543/1986. Há ainda previsão nesse sentido na Súmula n.º 379<sup>205</sup> do TST.

A utilização do IAFG em outras hipóteses de estabilidade ou garantia de emprego decorre também de expressa disposição legal, como nos casos do membro de Comissão de Conciliação Prévia (artigo 652-B, § 1.º, CLT); empregado exercente de cargo de diretor em

<sup>204</sup> Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2262>>. Acesso em: 23 dez. 2018.

<sup>205</sup> Súmula n.º 379 do TST

DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO JUDICIAL. NECESSIDADE (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 114 da SBDI-1) – Res. 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25.04.2005.

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, § 3.º, da CLT. (ex-OJ n.º 114 da SBDI-1 – inserida em 20.11.1997. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-379](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-379)>. Acesso em: 4 dez. 2018.

sociedade cooperativa (artigo 55, Lei n.º 5.764/1971); membro do Conselho Curador do FGTS (artigo 3.º, § 9.º, Lei n.º 8.036/1990); membro do Conselho Nacional de Previdência Social (artigo 3.º, Lei n.º 8.213/1991); e membro do Conselho Deliberativo das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (artigo 12, LC n.º 108/2001).

Como elucida Alice Monteiro de Barros,<sup>206</sup> a garantia de emprego conferida à empregada gestante não exige o ajuizamento de inquérito para apuração de falta grave. Nesse sentido, também se encontra a jurisprudência:

Inquérito judicial para apuração de falta grave. Interesse de agir. Empregada gestante. 1. Consoante o disposto no art. 853 da CLT, reputado violado pelo Agravante, para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Vara do Trabalho ou Juízo de Direito, dentro de 30 dias, contados da data da suspensão do empregado. 2. No caso, o Regional manteve a sentença que extinguiu o feito sem a resolução de mérito, salientando que afigura-se desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave de empregada gestante, ou seja, portadora de garantia provisória de emprego. 3. O entendimento adotado pelo Regional não viola o art. 853 da CLT invocado no recurso de revista e reiterado no agravo de instrumento, o qual trata do procedimento a ser observado no inquérito a que se refere o art. 494 da CLT, que, por sua vez dispõe apenas sobre a estabilidade decenal. Mesmo se considerarmos que é necessário o ajuizamento de inquérito para a apuração de falta grave cometida por outros empregados estáveis, não há como estender essa exigência para a empregada gestante que apenas detém garantia provisória de emprego. Tampouco resta violado o art. 4.º, I, do CPC, uma vez que o Colegiado de origem interpretou de forma razoável a norma contida nesse dispositivo, incidindo o óbice da Súmula 221, II, do TST. 4. No que tange à violação do art. 5.º, XXXV, da CF, o apelo não merece prosperar, na medida em que a ofensa ao referido dispositivo é, em regra, reflexa, não atendendo, portanto, a exigência contida no art. 896, “c”, da CLT. Agravo de instrumento desprovido (TST, 7.ª Turma, AIRR 157740-06.2005.5.15.0001, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, *DJ* 13.06.2008).

Agravo de instrumento em recurso de revista em face de decisão publicada antes da vigência da Lei n.º 13.015/2014. Apuração de falta grave. Empregada gestante. Inquérito judicial. Inexigibilidade. A exigência de instauração de inquérito judicial para apuração de falta grave de empregado detentor da antiga estabilidade decenal ou de dirigente sindical, a que aludem os artigos 494 e 543 da CLT, não alcança a hipótese de estabilidade provisória assegurada à gestante, nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT. Ausente irregularidade do procedimento interno para a apuração da falta grave promovido pelo empregador que culminou na dispensa da autora, por justa causa, não que há que se falar em violação dos dispositivos invocados. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST, 7.ª Turma, AIRR 2547-41.2010.5.18.0000, Rel. Claudio Mascarenhas Brandão, *DJ* 07.08.2015).

---

<sup>206</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 3. ed. cit., p. 1088.

Referido entendimento baseia-se no fato de que, ao contrário de outros empregados estáveis, não há como estender a exigência de instauração de inquérito civil à empregada gestante, que apenas detém estabilidade provisória, a não ser é claro que haja previsão nesse sentido no regulamento interno da empresa ou em norma coletiva da categoria.

Nesse sentido, interessantíssima diferenciação apresentada por Nascimento<sup>207</sup> de tipo de estabilidade e garantia de emprego:

[...] Estabilidade jurídica é expressão que se relaciona unicamente com a dispensa do empregado. Há, aqui, duas dimensões a serem consideradas. Para denominá-las, os juristas falam em estabilidade própria e estabilidade imprópria. Outros preferem falar em estabilidade absoluta e estabilidade relativa. Preferimos entender de outro modo. Há estabilidade e há medidas que dificultam a dispensa do empregado, estas últimas equivalendo às figuras que os juristas chamam de estabilidade imprópria ou relativa.

Conceituaremos, inicialmente, estabilidade no emprego. É o direito do trabalhador de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, enquanto existir uma causa relevante expressa em lei e que permita a sua dispensa. É o direito ao emprego. É o direito de não ser despedido. É a garantia de ficar no emprego, perdendo-o unicamente se houver uma causa que justifique a dispensa indicada pela lei. Funda-se, portanto, no princípio da causalidade da dispensa. Destina-se a impedir a dispensa imotivada arbitrária, abusiva.

Estabilidade no emprego difere de medidas destinadas a dificultar a dispensa do empregado, sem impedi-la, mesmo sem causa. Exemplifique-se com a indenização. O empregado pode ser despedido, mas, se a dispensa não se fundar em justa causa, ele terá direito a uma indenização. O mesmo se poderá dizer quanto ao aviso prévio. Como se observa, esses direitos não impedem a dispensa. Dificultam-se apenas, em especial, a indenização. Não são, a rigor medidas de estabilidade.

Estudada a noção de estabilidade, no sentido econômico e no sentido jurídico, é oportuno esclarecer também a diferença entre duas expressões: estabilidade e garantia de emprego. Não se identificam as duas figuras, embora próximas. Garantia de emprego é um instituto mais amplo que estabilidade. Compreende, além da estabilidade, outras medidas destinadas a fazer com que o trabalhador obtenha o primeiro emprego, como também a manutenção do emprego conseguido. Relaciona-se com a política de emprego.

Nesse contexto, o fato de o empregador conhecer ou não o estado gravídico da empregada em nada altera a dispensa por justa causa, uma vez que, nesse caso, esse não é o

---

<sup>207</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 18. ed. rev. e atual de acordo com a nova Constituição Federal cit., p. 182.

cerne da discussão, mas sim eventual ato de improbidade, desídia, indisciplina e demais hipóteses previstas no artigo 482<sup>208</sup> da CLT.

O poder disciplinar do empregador resulta da própria natureza do contrato de trabalho. O empregador é aquele que dirige a prestação pessoal de serviços e assume os riscos da exploração da empresa nos termos do artigo 2.º da CLT. Nadia Regina de Carvalho Mikos e Marco Antônio César Villatore<sup>209</sup> explicitam:

A legislação laboral (CLT, art. 2.º) confirma que ao empregador é conferido o direito de fiscalizar, administrar e assalariar os empregados. Essa afêção de poderes não está configurada enquanto o agente econômico não se transformar em empregador (destacando-se, desde logo, que o agente econômico pode desenvolver sua atividade sem a ajuda de colaboradores-empregados). Essa relação de subordinação jurídico-financeira, criada como *conditio sine qua non* para a caracterização da relação laboral, infere o poder potestativo do empregador, já que este assume sozinho os riscos de negócio econômico.

O *jus variandi* consiste exatamente no poder do empregador não só de dirigir os serviços dos empregados, mas também de aplicar ao empregado as penalidades de acordo com a falta.<sup>210</sup>

Uma vez configurada a justa causa nos termos do artigo 482 da CLT, ou seja, tendo a empregada gestante cometido falta grave, é autorizado ao empregador proceder à dispensa

<sup>208</sup> “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.”

<sup>209</sup> VILLATORE, Marco Antônio César; MIKOS Nadia Regina de Carvalho. Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicas. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa (Coord.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015. p. 81.

<sup>210</sup> Interesse observação de José Affonso Dallegrave Neto sobre esse tópico: “o *jus variandi* patronal, quando exercido de forma ilegítima e divorciado da real necessidade do serviço, ou mesmo em confronto com os limites sociais e éticos do contrato, caracteriza abuso de direito reparável mediante ação trabalhista” (*Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2010. p.199).

por justa causa, porquanto aquela não fará mais jus à estabilidade no emprego<sup>211</sup> e seus corolários.

Na prática, justamente por tratar-se de punição máxima, a dispensa por justa causa exige prova robusta para ser caracterizada, cujo ônus pertence ao empregador, e este deve se munir de todas as provas necessárias para comprovar o ato faltoso da empregada. Nesse sentido, pertinente observação de Christovão Piragibe Tostes Malta:<sup>212</sup>

Dispensado um empregado, sob a acusação de ter praticado determinada falta, não se admite que o empregador, posteriormente, queira justificar a dispensa sob outro fundamento. No Direito belga, onde o princípio em exame adquire especial relevo, para o empregador justificar o rompimento do contrato, faz-se mister que comunique ao empregado, por escrito, qual o motivo da dispensa, sem o que não poderá arguir o cometimento de falta.

No caso de dispensa por justa causa da empregada gestante, no nosso entender, o rigor deve ser ainda maior, em função das peculiaridades que envolvem o estado gravídico. Sabe-se que os sintomas de gravidez são os mais diversos, como apontado anteriormente. De acordo com o Hospital Albert Einstein,<sup>213</sup> os sintomas podem variar, desde náuseas, vômitos e tonturas, até fraquezas e desmaios.

<sup>211</sup> Agravo de instrumento em recurso de revista. Recurso de revista interposto na vigência da Lei n.º 13.015/2014. Demissão por justa causa da empregada gestante. Perda do direito à estabilidade provisória. Abandono de emprego configurado. Cartões de ponto apócrifos. Validade. O Tribunal Regional, com base nos cartões de ponto da obreira, concluiu que ficou configurado o abandono de emprego em virtude da ocorrência de 45 dias de faltas injustificadas ao longo dos três últimos meses do contrato de trabalho, e, que, no período de 14.1.2013 e 18.2.2015, as faltas injustificadas foram sucessivas. Ressalta-se que esta Corte tem entendimento de que a ausência de assinatura nos cartões de ponto, por si só, não é capaz de retirar o valor probante dos citados documentos, porquanto, no artigo 74, § 2.º, da CLT, não há nenhuma referência à necessidade de assinatura dos cartões de ponto pelo empregado como premissa à sua validade, o que significa que a ausência de assinatura do empregado nos registros de frequência é capaz de gerar tão somente irregularidade administrativa ou defeito formal, sem ensejar, no entanto, sua invalidade jurídica. Acrescenta-se que seria ilógico exigir que os cartões de ponto da reclamante relativos ao período em que ocorreram faltas injustificadas contivessem a assinatura da obreira, justamente em virtude de essa não ter comparecido ao serviço. Assim, tendo sido caracterizada a dispensa por justa causa em virtude do abandono de emprego, não há falar em direito à estabilidade provisória da gestante, uma vez que o artigo 10, inciso II, alínea 'b', do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias só veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, não havendo vedação à demissão por justa causa. Nesse contexto, tendo sido comprovada a ausência da empregada por 30 dias consecutivos, considerando, ainda, a validade dos cartões de ponto, não há falar em violação dos artigos 818 da CLT e 373, inciso II, do CPC/2015 nem em contrariedade à Súmula n.º 244 do TST. Agravo de instrumento desprovido" (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1796-52.2014.5.02.0067, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2.ª Turma, publicado em 12.05.2017). Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1796&digitoTst=52&anoTst=2014&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0067&submit=Consultar>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

<sup>212</sup> MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 248.

<sup>213</sup> Disponível em: <<https://www.einstein.br/noticias/noticia/primeiros-sintomas-gravidez>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

Parece-nos razoável que nem sempre a empregada gestante busque atendimento médico aos primeiros sintomas de náuseas ou ainda tonturas, o que, contudo, não significará que essa empregada estará em plenas condições de trabalho, portanto é preciso contar com a compreensão e tolerância do empregador.

Ademais, é certo que o acompanhamento pré-natal<sup>214</sup> é de suma importância não só para a gestante, mas também para o nascituro, tanto é que o artigo 392, § 4.º, II, prevê a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Em pesquisa<sup>215</sup> realizada pela ONG Cochrane Library, entre outros achados, foi possível verificar que em locais com recursos limitados, onde o número de consultas já é baixo, o pré-natal com menor número de consultas está associado ao aumento na mortalidade perinatal em comparação com o pré-natal padrão.

**Tabela 6**

**Visitas reduzidas/visitas periódicas versus padrão de cuidados: mortes de fetos e neonatais no estudo da OMS de 2001**

	Reduced visits N - 11672	Standard visits N - 11121
Fetal death $\leq$ 36 weeks	122	77
Fetal death > 36 weeks	37	42
Neonatal death before hospital discharge	73	71
Perinatal mortality	234	190

<sup>214</sup> “A assistente pré-natal objetiva assegurar que cada gestação culmine no parto de um recém-nascido saudável, sem prejuízos à saúde da mãe. Consiste, em resumo, nos seguintes objetivos:

- Prevenir, identificar e/ou corrigir as anormalidades maternas ou fetais que afetam adversamente a gravidez, incluindo os fatores socioeconômicos e emocionais, bem como os médicos e/ou obstétricos.
- Instruir a paciente no que diz respeito à gravidez, ao trabalho de parto, parto, atendimento ao recém-nascido, bem como aos meios de que ela pode se valer para melhorar a sua saúde.
- Promover um suporte psicológico adequado por parte do seu companheiro, sua família e daqueles que a têm sob seu cuidado, especialmente na primeira gravidez, de forma que ela possa ser bem-sucedida na sua adaptação à gravidez e diante dos desafios que enfrentará ao criar uma família” (FERNANDES, Plácida Schuring. *Gestação: um brinde à vida*. São Paulo: Ícone, 2009. p. 17.

<sup>215</sup> Disponível em: <<https://www.cochranelibrary.com/cdsr/doi/10.1002/14651858.CD000934.pub3/full/pt#CD000934-abs-0002>>. Acesso em: 5 dez. 2018).

Parece lógico, portanto, tratando-se de empregada gestante, que é preciso que o empregador seja compreensivo e, ocorrendo situação que possa ensejar justa causa, como faltas injustificadas, analise com cuidado todas as variáveis da situação.

Não há como descartar, contudo, situações em que empregadas utilizam seu estado gravídico de má-fé, faltando por diversos dias sem apresentar justificativa, ao recusar-se a realizar atividades do dia a dia na empresa, entre outros. O Judiciário encontra-se repleto de tais exemplos:

[...] De fato, o artigo 10, II, “b”, do ADCT garante a empregada gestante a manutenção do contrato de trabalho desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo certo que, *in casu*, diante dos documentos apresentados (id fl7c7dd, id 430fa5f e id 14f5260), a trabalhadora, ora recorrente, encontrava-se grávida por ocasião da dispensa.

Todavia, a referida estabilidade não se sustenta na hipótese de falta grave cometida pelo trabalhador, hipótese que se verifica no caso, na medida em que a autora deixou de comparecer ao trabalho por mais de 30 dias, conforme se depreende dos controles de jornada acostados aos autos (id 638e419) e não impugnados pela recorrente. Note-se, ainda, que não há qualquer pedido de reversão da justa causa aplicada.<sup>216</sup>

[...] Analisando todo o conjunto fático-probatório produzido, tenho que a pena de justa causa foi corretamente aplicada. Afirmou a reclamante que foi contratada em 11.11.2013, para exercer a função de operadora de teleatendimento e foi demitida injustamente em 01.04.2014, momento em que se encontrava grávida de 04 meses (id. aade3ca - Pág.02) e ajuizou reclamação em 09.09.2015.

Em contrapartida, a reclamada afirmou que a autora foi demitida por justa causa, por ter abandonado o emprego. Asseverou que esta deixou de comparecer ao local de trabalho, a partir do dia 23.12.2013 e, para comprovar tal alegação, juntou os cartões de ponto (ids. 410413e - Pág. 1 e seguintes).

Aduziu ainda que enviou diversos telegramas, com aviso de recebimento para a reclamante, solicitando o seu comparecimento na empresa (ids. 7e10159 e seguintes).

A autora, entretanto, não se apresentou ao trabalho, apesar de ter recebido os telegramas, demonstrando assim seu desinteresse em retornar ao trabalho.

Por fim, a reclamante alegou, em aditamento da inicial, que seu contrato estava suspenso, em março de 2013, em decorrência de auxílio-doença, o que inviabilizava a aplicação da justa causa, em 01.04.2014.

---

<sup>216</sup> TRT-2.<sup>a</sup> Região, 3.<sup>a</sup> Turma, Recurso Ordinário 1000037-29.2016.5.02.0019, Juíza Relatora Liane Martins Casarin, publicado em 07.03.2018.



Não merece amparo a alegação, uma vez que o documento de id. 724bd68 comprova que o auxílio-doença somente foi concedido em 30.04.2014, quando o contrato já havia se encerrado.<sup>217</sup>

[...] A operadora citada acima estava efetuando recebimento no Cartão Carrefour de seu próprio uso e nome, [...] no dia 06.08.2011 no valor de R\$ 500,00, no dia [...], nos caixas 13, 14, 28 e 31 e após o fechamento do caixa pela PSL foi constatado pelo mesmo que o valor estava faltando em seu DRT, a mesma realizava os pagamentos no Cartão após a retirada do 104 sendo assim o caixa que ela trabalhava não quebrava e só aparecia no relatório de ECF.

No documento de fl. 154 ficou demonstrado que o réu forneceu à autora o Cartão Carrefour sob número 6221\*\*\*\*\*2056. Consta nesse documento a informação de diversos pagamentos de fatura em dinheiro, como no valor de R\$ 500,00, em 06.08.2011. À fl. 160 foi juntado relatório de fechamento do caixa (ECF) n.º 28 ECF. Nesse documento, referente às movimentações do dia 06.08.2011, não há registro da entrada do pagamento dessa fatura de R\$ 500,00 (ver que no campo “total recebimento de cartão” há tão só o valor de R\$ 250,59. E na movimentação de fl. 163 consta, nesse dia, o recebimento de R\$ 500,00 referente ao cartão 6221\*\*\*\*\*2056. Tal prática acarretava quebra de caixa, posto que não havia a efetiva entrada dos valores apontados no cartão da autora.

Acrescento ainda que não houve contrariedade à tese do réu de que havia a proibição de efetuar pagamento de faturas no próprio caixa do operador.

Quanto à referência aos depoimentos prestados em outra demanda observo que não houve adoção de prova emprestada, razão por que os depoimentos lá prestados não podem ser considerados como prova oral produzida nos presentes autos.

É cediço que enquadra-se no ato de improbidade (art. 482, *a*, da CLT) todo ato praticado contra o patrimônio da empresa ou de terceiros (por exemplo: furto, roubo, apropriação indébita), que resulta na quebra da confiança e na impossibilidade da manutenção da relação de emprego.

O caso acima narrado enquadra-se perfeitamente na hipótese legal do artigo 482, “a”, da CLT.

Não reconheço ainda a falta de imediatidade na dispensa da Autora. Do dia 24 de agosto, quando houve o início da apuração dos fatos, até a rescisão (dia 9 de setembro) decorreram apenas 16 dias.

O Carrefour justificou o lapso de 16 dias para a dispensa da autora em razão do procedimento administrativo adotado (fl. 95), o que se confirma no documento de fl. 170. Entendo razoável o prazo de 16 dias para averiguação dos fatos.

Reconhecida a dispensa por justa causa, descabe falar em estabilidade em face do estado gravídico (artigo 10, II, alínea “b”, do ADCT). A estabilidade constitucional não é um direito absoluto. Visa proteger a empregada gestante da dispensa sem justa causa. No caso dos autos, contudo, a dispensa foi por

---

<sup>217</sup> TRT-2.<sup>a</sup> Região, 6.<sup>a</sup> Turma, Recurso Ordinário 1001453-21.2015.5.02.0385, Rel. Des. Antero Arantes Martins, publicado em 23.02.2017.

justa causa, diante da falta grave cometida, fato que obsta a estabilidade provisória da autora.<sup>218</sup>

Nesses casos, entendemos como correta a dispensa por justa causa, afinal gravidez não é doença, muito menos desculpa para faltar com as responsabilidades e deveres do vínculo empregatício. Pensar em sentido contrário é voltar à discussão e visão da mulher como ser frágil, que deve ser protegido.

### 3.9 Reintegração da gestante após a dispensa

Reintegrar significa restabelecer o *status* anterior, ou seja, reconduzir o empregado à função ou ao cargo que exercia na empresa antes da ruptura contratual havida. Em outras palavras, o empregado reintegrado recupera o seu antigo emprego, voltando o contrato de trabalho a fluir como se a ruptura não tivesse ocorrido.

A legislação trabalhista não contém dispositivos a disciplinar a reintegração de empregado ao seu antigo cargo ou função exercidos na empresa, uma vez, por via de regra, a reintegração se dá por determinação judicial em decorrência de uma rescisão contratual irregular.

Nada impede, porém, que a reintegração possa, também, ser determinada pelo próprio empregador, quando este constatar que a rescisão ocorrida foi indevida em virtude da inobservância de alguma garantia legal da qual o empregado gozava ou, ainda, de algum ato discriminatório cometido pelo superior hierárquico do trabalhador dispensado.

A concretização da dispensa sem justa causa pelo empregador de empregada gestante compromete a validade do ato empresarial. Nulo o ato, determina o direito que as partes retornem ao *status quo ante*, sem reconhecimento de repercussões ao ato jurídico viciado.<sup>219</sup> Nesse contexto, Mauricio Godinho Delgado<sup>220</sup> traz importantes considerações sobre o instituto da garantia de emprego e a reintegração:

---

<sup>218</sup> TRT-2.<sup>a</sup> Região, 8.<sup>a</sup> Turma, Recurso de Revista 1755-23.2011.5.09.0673, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, publicado em 24.11.2017.

<sup>219</sup> Nesse sentido, esclarecem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “Impende notar ainda que o negócio nulo ainda que o negócio nulo não admite confirmação, razão por que, constatando-se o vício, o ato há que ser repetido, afastando-se o seu defeito” (GAGLIANO, Stolze Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1; 14. ed. 2012. p. 373. *E-book*. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/13730/985-Novo-Curso-de-Direito-Civil-Pablo-Stolze-Gagliano.pdf>>.

Do mesmo modo, as garantias de emprego vinculadas, direta ou indiretamente, à saúde do trabalhador ou da obreira deveriam ensejar a solução jurídica da reintegração (citem-se, ilustrativamente, a estabilidade provisória do art. 118 da Lei 8.213/91, as demais garantias da Lei n. 8.213, acima especificadas, além da garantia-gestante). É que tais proteções jurídicas associam-se a uma política de saúde pública e de previdência social, sendo que a eventual desvinculação do indivíduo do emprego pode comprometer sua inserção no sistema previdenciário, afetando os objetivos amplos perseguidos por tais garantias jurídicas criadas pelo Direito.

Como explicitado anteriormente, a interpretação majoritária construída ao longo da década 1980 era a de que a garantia de emprego destinada às trabalhadoras gestantes não ensejava a reintegração, e por tal razão o Enunciado 244 do TST previa apenas o pagamento de indenização correspondente ao período da estabilidade.

Silva<sup>221</sup> contextualiza o entendimento esposado na Súmula afirmando que esta foi “lavrada numa época em que a única prerrogativa da gestante era o modesto artigo 392 da CLT que previa doze semanas de repouso da maternidade, sem tipo de garantia formal de emprego”.

Em nossa opinião, o entendimento traduzido na antiga Súmula configurava um verdadeiro contrassenso, que não se ajustava não só à intenção do legislador quando da redação do artigo 10, II, *b*, do ADCT, mas a Constituição Federal como um todo<sup>222</sup> (artigo 7.º, XVIII), e também a todas as Convenções Internacionais ratificadas pelo País.

A lógica aqui, a nosso ver, há de ser linear, se na década de 1950 a OIT recomendava que o empregador não deveria arcar com o custo da maternidade para evitar a discriminação na contratação de mulheres, não é congruente que, uma vez reconhecida a estabilidade da empresa, não se determine a reintegração,<sup>223</sup> mas seja deferido apenas o pagamento de indenização pelo empregador.

<sup>220</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1256.

<sup>221</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Saúde e segurança no trabalho. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015. v. 3, cap. 12, p. 2.

<sup>222</sup> Lúcida é a observação de Alice Monteiro de Barros sobre o objetivo da Constituição Federal: “[...] o objetivo da Constituição é proteger o emprego contra a rescisão unilateral do contrato de trabalho pelo empregador, impedindo que a função fisiológica da mulher no processo de reprodução constitua causa de discriminação, com embaraços ao exercício de seu direito ao trabalho” (*Curso de direito do trabalho*, 3. ed. cit., p. 1114).

<sup>223</sup> A esse respeito leciona Nei Frederico Cano Martins: “[...] Suponha-se que determinada empresa realmente não soubesse do estado de gestação de sua empregada. Mas ao tomar conhecimento coloca o emprego à disposição. É um direito seu, vez que transferirá o ônus para a Previdência, já que para tanto contribui mensalmente” (*Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995. p. 88).

Ora a norma constitucional existe de forma a proteger o emprego da trabalhadora gestante de decisões arbitrárias de patrões sem qualquer noção de responsabilidade social e humanidade que dispensariam a empregada apenas pelo fato de esta se encontrar grávida, e não apenas para garantir mais um tipo de indenização.

Em nosso entendimento, o artigo 10, II, *b*, do ADCT, editado após a ratificação da Convenção n.º 103 da OIT e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres da ONU, não tem por escopo a monetização do direito, muito pelo contrário, o objetivo da norma seria a garantia ao emprego, proteção da gestante e do nascituro, além da redução da discriminação da mulher no mercado de trabalho, o que é muito mais amplo do que o mero pagamento de uma indenização.

Em que pese o fato de se deferir o pagamento de indenização pecuniária, em vez de determinar a integração ao trabalho – em que o empregador poderia fazer uso da mão de obra da trabalhadora –, ter caráter propedêutico no sentido de punir o empregador por ter dispensado a empregada grávida, a realidade é que, ao falar em relação de emprego e trabalhadora gestante, cada caso deve ser analisado individualmente de acordo com suas particularidades, mas sem desconsiderar a coletividade.

Felizmente, o entendimento esposado na Súmula n.º 244 do TST alterou-se em razão da edição das Resoluções n.º 121/2003 e n.º 129/2005 do TST, passando a admitir a reintegração. Infelizmente, em interpretação literal da Súmula, é possível entender que a reintegração somente deverá ser determinada se esta se der durante o período de estabilidade.

Da forma como redigida, a Súmula preconiza que a garantia prevista no artigo 10, II, *b*, do ADCT somente se traduzirá em reintegração, se a empregada a postular dentro da vigência da estabilidade e se a decisão judicial for proferida no mesmo período.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros<sup>224</sup> defende ainda que, não haverá nulidade por julgamento *extra petita* da decisão que deferir salário quando o pedido da ação for de reintegração, por aplicação analógica do artigo 469 da CLT e conseqüentemente da Súmula n.º 396, II, do TST.

---

<sup>224</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 3. ed. cit.

A problemática da práxis apresenta-se quando a ação é proposta fora do prazo da estabilidade ou o quando o julgado demora a ser proferido,<sup>225</sup> pois, se este for o caso, de acordo com a interpretação literal da Súmula n.º 244, a reintegração não será determinada e o empregador deverá ser condenado ao pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade.

Homero Batista Mateus da Silva<sup>226</sup> afirma que, nesse último caso, não há fundamento nenhum para a reintegração, porquanto esta se mostraria caprichosa e desvinculada do espírito da legislação trabalhista, defendendo ainda que eventuais abusos de direito devem ser tratados separadamente.

*Data venia*, não concordamos com tal entendimento, mas, para que possamos explicar o posicionamento diverso, é preciso elucidar algumas considerações acerca do tema.

Ao enfrentar a problemática proposta, qual seja a demora no ajuizamento de ações por empregadas dispensadas grávidas, é necessário ter em mente não só as alterações legislativas que ocorreram nas últimas décadas, mas também a mudança de posicionamento do Judiciário, assim como qual o momento vivido pela sociedade e quais seus principais anseios e prioridades.

A Lei é omissa na necessidade ou não de o empregador ter ciência da gravidez da empregada, e há muitos anos o entendimento jurisprudencial, embasado na teoria subjetiva e no revogado artigo 392<sup>227</sup> da CLT, firmou-se no sentido de que o desconhecimento do empregador da gravidez da empregada eximia-o de responsabilidade de pagamento de indenização do período correspondente.

<sup>225</sup> Aqui é importante mencionar que, de acordo com o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça no relatório Justiça em Números de 2017, a Justiça do Trabalho somente em 2016 recebeu 4.262.444 novas ações. Com essa quantidade expressiva de novos pleitos todo ano, é de questionar a possibilidade e viabilidade de um juiz conseguir receber uma ação e julgá-la dentro do prazo necessário para que a empregada tenha acesso à reintegração (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2019).

<sup>226</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Saúde e segurança no trabalho cit., cap. 12, p. 1.

<sup>227</sup> “Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto.

§ 1.º Para os fins previstos neste artigo, o início do afastamento da empregada de seu trabalho será determinado por atestado médico nos termos do art. 375, o qual deverá ser visado pela empresa.

§ 2.º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, na forma do § 1.º.

§ 3.º Em caso de parto antecipado, a mulher terá sempre direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 4.º Em casos excepcionais, mediante atestado médico, na forma do § 1.º é permitido à mulher grávida mudar de função.”

Revista conhecida e provida, a fim de julgar improcedente o pedido de diferença de salário-maternidade.

Se a empregada não diligencia o atestado médico referido no art. 392, § 1.º, da CLT, e notifica à empresa fora do prazo legal, não é de se imputar ao empregado a responsabilidade por tal omissão, e, assim não responde êste pela totalidade dos salários a que alude o citado art. 392 (acórdão do Tribunal Superior do Trabalho, 1.º Turma, proc. RR. n. 2.715/57, relator Min. Délio Maranhão, pub. em audiência de 15/1/1958, cf. Ementário Trabalhista de 1958).<sup>228</sup>

[...] Entendo que, desde a edição da Carta Magna de 1988, a responsabilidade tornou-se subjetiva, pois o artigo 10, II, do ADCT é de cristalina clareza ao determinar que seja confirmada a gravidez. Ora, confirmar, significa “dar certeza; mostrar a verdade; demonstrar; comprovar” (Aurélio), daí por que há que ser provado nos autos que o empregador tivesse ciência da gravidez.

Trata, a hipótese, de modalidade das despedidas obstativas da fruição do direito da empregada. Para que seja gerado o direito à reintegração ou indenização compensatória, é necessário que o empregador esteja ciente da gravidez da empregada. A dispensa obstativa, portanto, se dá quando há o comprovado intuito de evitar eventuais prejuízos decorrentes da natural limitação laboral da gestante.

No caso, não há prova de ciência por parte da obreira ou da empresa na data da despedida, não havendo respaldo, portanto, para se manter a condenação imposta da sentença combatida.

A propósito, cito a seguinte ementa (in: Carrion, Jurisprudência, 1997, item 1.127, Ed. Saraiva):

“Gestante. Estabilidade provisória. O art. 10, II, *b*, do ADCT dispõe que o marco inicial da garantia de emprego da gestante é a confirmação do estado gravídico. Se à época da rescisão do pacto laboral não havia esta confirmação, não há se falar em estabilidade provisória da gestante. Devido apenas o salário-maternidade (TST, RR 186.861/95.3, Regina Rezende Ezequiel, Ac. 1.ª T 3.328/96)”.

Portanto, afasto da condenação o pagamento de salários desde 19.01.2001 a 03.02.2002, férias, 13.º salários, bem como FGTS e multa de 40% desse período.<sup>229</sup>

É possível notar em doutrinas mais antigas que se discutia a dificuldade de a empregada gestante comprovar que havia notificado o empregador da gravidez, como apontado por Prado em 1967:<sup>230</sup>

<sup>228</sup> PRADO, Roberto Barreto. *Tratado de direito do trabalho*. São Paulo: RT, 1967. v. 1, p. 373.

<sup>229</sup> TRT-2.ª Região, 3.ª Turma, Recurso Ordinário 16769200290202005, Rel. Silvia Regina Pondé Galvão Devonald, publicado em 23.07.2002. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta013&docId=7570f13b971046ca53a5476c579a116c40529ba0&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

<sup>230</sup> PRADO, Roberto Barreto. *Tratado de direito do trabalho* cit., p. 373.

O problema da mulher grávida é doloroso e frequentemente surgem controvérsias a esse respeito. É muito comum o empregador despedir a mulher que se engravida antes do período compulsório repouso. Mais tarde, ao ser chamado perante o Juízo, vem alegar que ignorava a gravidez da empregada. Esta deve precaver-se, sendo de inteira conveniência que comprove desde logo o seu estado. No mais tardar, deve esta prova ser apresentada por ocasião do acerto final de contas.

Mais recentemente, esse entendimento modificou-se para adotar a teoria objetiva e consagrar que o desconhecimento da gravidez da empregada quando da demissão não afasta a responsabilidade do empregador pelo pagamento da indenização correspondente à estabilidade.

Recurso de revista. Processo eletrônico. Estabilidade provisória. Gestante. Confirmação da gravidez após a dispensa. Concepção na vigência do contrato de trabalho. Estabilidade assegurada. Nos termos da Súmula 244, I, do TST, o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade da gestante, porquanto o elemento ensejador da estabilidade é o fato objetivo consistente na dispensa sem justa causa de empregada que se encontrava grávida no curso do contrato de trabalho, visando o instituto à proteção da maternidade e do nascituro. Irrelevante, pois, para a aquisição do direito, a ciência desse fato pelas partes da relação laboral. Recurso de revista não conhecido.<sup>231</sup>

Sequer a comunicação formal ou informal ao empregador seria necessária, porquanto se trata de direito instrumento de proteção à maternidade e contra a dispensa da gestante, cujos titulares são a empregada e a criança.

Nesse contexto, o cenário atual posto é de que a empregada, seja ela temporária ou não, que engravidar durante o contrato de trabalho ou aviso prévio tem a prerrogativa de comunicar ou não o empregador da gravidez.

Na hipótese de ser dispensada sem justa causa, a empregada gestante, nos termos da OJ n.º 399<sup>232</sup> do TST, pode deixar transcorrer todo o período de estabilidade, sem mais uma vez comunicar o empregador da gravidez e posteriormente, desde que respeite o prazo de

<sup>231</sup> RR 43489320125120030, 8.ª Turma, Rel. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 15.04.2015, *DEJT* 17.04.2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=4348&digitoTst=93&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=12&varaTst=0030&submit=Consultar>>. Acesso em: 5 dez. 2018.

<sup>232</sup> OJ n.º 399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (*DEJT* divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7.º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estável.

Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html)>. Acesso em: 5 dez. 2018.

dois anos previsto no artigo 7.º, XXIX, da CF/1988, ajuizar ação trabalhista a reivindicar os direitos da estabilidade provisória.

Ainda, se a ação movida for intentada após o período de estabilidade, a reintegração não será devida, apenas a indenização compensatória. Ato contínuo, uma vez provado o estado de gravidez quando da dispensa sem justa causa, ao empregador não restará nenhuma alternativa a não ser indenizar a ex-empregada.

O panorama apresentado parece-nos emblemático, o que nos leva a pelo menos duas inevitáveis perguntas: (i) é mais provável que esse cenário incentive a contratação ou a discriminação das mulheres?; (ii) é mais provável que se crie mais uma cultura de monetização do direito ou de real incentivo ao trabalho e contratação de mulheres?

### **3.10 Limite para indenização se frustrada a reintegração por recusa da empregada ou demora no ajuizamento da ação**

Como muito bem assevera Alice Monteiro de Barros,<sup>233</sup> direitos fundamentais como a licença-maternidade e a estabilidade provisória devem ser exercidos com base no princípio da boa-fé, principalmente quando se desenvolvem numa relação de emprego.

Dado o cenário atual explicitado *supra*, perguntas pululam na mente dos mais inquietos: quais as consequências de injustificadamente a empregada recusar-se a ser reintegrada ou ainda deixar transcorrer todo o período relativo à estabilidade provisória, para tão somente buscar o Judiciário pleiteando apenas indenização compensatória ao período da licença-maternidade? Há abuso de direito ou apenas observância de lei?

Ao que nos parece, o Judiciário tem se posicionado no sentido de que não há abuso de direito e que a recusa da empregada gestante dispensada à oferta de reintegração não afasta o direito aos salários e consectários legais. Senão, vejamos a OJ 399 da SDI-1 e as Súmulas dos principais Tribunais Regionais do País:

Orientação Jurisprudencial n.º 399 da SBDI-1:

399. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. AÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE GARANTIA NO EMPREGO. ABUSO DO

---

<sup>233</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed. cit., p. 721.



EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. (*DEJT* divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)

O ajuizamento de ação trabalhista após decorrido o período de garantia de emprego não configura abuso do exercício do direito de ação, pois este está submetido apenas ao prazo prescricional inscrito no art. 7.º, XXIX, da CF/1988, sendo devida a indenização desde a dispensa até a data do término do período estabilitário. Precedentes.

Tribunal Regional da 3.ª Região:

TESE JURÍDICA PREVALECENTE N. 2<sup>234</sup>

GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO DECORRENTE DE GRAVIDEZ. RECUSA À REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. CABIMENTO.

A recusa da empregada gestante dispensada à oferta de reintegração ao emprego não afasta o direito aos salários e consectários pertinentes ao período da garantia provisória de emprego prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT. (RA 165/2015, disponibilização: *DEJT/TRT3/Cad. Jud.* 16/07/2015, 17/07/2015 e 20/07/2015).

Tribunal Regional da 4.ª Região:

SÚMULA n.º 99<sup>235</sup>

GESTANTE. GARANTIA PROVISÓRIA NO EMPREGO. RECUSA À REINTEGRAÇÃO.

A recusa injustificada da empregada gestante à proposta de retorno ao trabalho afasta o direito à indenização do período da garantia de emprego prevista no artigo 10, inciso II, alínea *b*, do ADCT, a partir da recusa.

Resolução Administrativa n.º 41/2016 disponibilizada no *DEJT* dias 04, 05 e 06 de outubro de 2016, considerada publicada dias 05, 06 e 07 de outubro de 2016.

Tribunal Regional da 11.ª Região:

SÚMULA N.º 20<sup>236</sup>

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. RECUSA DA GESTANTE EM SER REINTEGRADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. A recusa da gestante de retornar ao trabalho não afasta o direito à indenização substitutiva do período estabilitário.

Editada pela Resolução Administrativa n.º 263/2016, publicada no Caderno Administrativo do *DEJT* nos dias 23, 26 e 27/9/2016, conforme disposto no art. 10 da RA n.º 048/2010.

<sup>234</sup> Disponível em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/bases-juridicas/jurisprudencia/uniformizacao-de-jurisprudencia/tese-juridica-prevalecente>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

<sup>235</sup> Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

<sup>236</sup> Disponível em: <<https://portal.trt11.jus.br/index.php/main/15-servicos/sociedades/15-sumulas>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

Tribunal Regional da 18.<sup>a</sup> Região:

SÚMULA N.º 38<sup>237</sup>

GARANTIA DE EMPREGO DA GESTANTE. RECUSA OU AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. CABIMENTO.

A recusa injustificada da empregada gestante à proposta de retorno ao trabalho ou a ausência de pedido de reintegração não implica renúncia à garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, sendo devida a indenização do período estável (RA n.º 150/2015, *DEJT* 14.12.2015). Precedentes.

Entretanto, com o devido acatamento, ousamos discordar do entendimento jurisprudencial majoritário. A nosso ver, em ambas as situações a empregada busca não o emprego, mas apenas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória, e tal conduta destoa completamente dos objetivos perscrutados nas normas da Constituição Federal.<sup>238</sup> Nesses casos, além de ter a obrigação de pagar a indenização correspondente, o empregador seria privado da prestação de serviços correspondente.

Na hipótese de a empregada recusar a reintegração, manifesta-se Homero Batista Mateus da Silva<sup>239</sup> ponderadamente:

O comportamento de pretender o salário sem o trabalho equivale a uma forma de renúncia, e é assim que se interpreta essa atitude de gestante ou da lactante, por exemplo, quando a empresa coloca o emprego à disposição, tanto em audiência trabalhista como em petição avulsa na fase conhecimento. Uma interpretação equilibrada pode ser a limitação da indenização até aquele instante em que houve a recusa injustificada ao retorno, sendo encontrada também a tese segundo a qual a empregada que recusa o retorno à estabilidade como um todo, inclusive as vantagens pretéritas.

Assim também entende Sergio Pinto Martins<sup>240</sup> ao defender que a Constituição assegura o direito ao emprego, e não à indenização, e, por tal razão, não querendo a empregada trabalhar na empresa, haveria renúncia do direito à garantia de emprego prevista na Carta Magna.

<sup>237</sup> Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/sumulas/sumula-trt18/>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

<sup>238</sup> Nesse sentido, aduz Sergio Pinto Martins: “[...] na hipótese de a empregada afirmar categoricamente que não tem interesse em retornar a trabalhar na empresa, quando esta lhe coloca à disposição o emprego, renuncia ao direito à garantia de emprego, pois, do mesmo modo, a Constituição assegura o direito ao emprego e não indenização. Não querendo a empregada trabalhar na empresa, resta indevido o direito à garantia de emprego prevista na Constituição” (*Comentários à CLT*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 317).

<sup>239</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor cit.*, p. 190.

<sup>240</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho cit.*, p. 415.

No tocante à hipótese de a empregada deixar transcorrer todo o período relativo à estabilidade provisória, buscando apenas indenização compensatória ao período da licença-maternidade, a jurisprudência também firmou entendimento de que tal conduta não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade.

Nesse sentido, a Súmula do Tribunal Regional da 12.<sup>a</sup> Região:

Redação atual. Incorporação das Súmulas n.ºs 86 e 87 como itens da Súmula n.º 59, de acordo com a Resolução n.º 11/2017. Súmula n.º 59:<sup>241</sup> ESTABILIDADE DE GESTANTE. I – Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, “b”, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por ela ou pelo empregador não afasta o seu direito. II – A empregada gestante, admitida mediante contrato por tempo determinado, tem direito ao reconhecimento da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. III – Nos casos de dispensa sem justa causa, a propositura da ação após esgotado o período estável não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade, nos termos do item II da Súmula n.º 244 do TST. IV – A negativa expressa e injustificada em juízo de retorno ao emprego configura renúncia ao direito à estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT, ficando restrita a indenização respectiva ao valor dos salários vencidos e suas projeções até a data da recusa à reintegração. Redação revisada pela Resolução n.º 18/2015. Súmula n.º 59: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, ‘b’, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por ela ou pelo empregador não afasta o seu direito”. Redação original Súmula n.º 59: “ESTABILIDADE DE GESTANTE. Para fazer jus à garantia de emprego (art. 10, II, ‘b’, do ADCT), basta que a empregada comprove que a concepção ocorreu durante a vigência do pacto laboral, sendo certo que o desconhecimento do fato por parte do empregador não afasta o seu direito”.

Incorporada à nova redação da Súmula n.º 59 (Item II). Súmula n.º 86: “GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. DIREITO À ESTABILIDADE PROVISÓRIA. A empregada gestante, admitida mediante contrato por tempo determinado, tem direito ao reconhecimento da estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Incorporada à nova redação da Súmula n.º 59 (Itens III e IV) Súmula n.º 87: “ESTABILIDADE GESTANTE. REINTEGRAÇÃO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. I – Nos casos de dispensa sem justa causa, a propositura da ação após esgotado o período estável não equivale à renúncia tácita, sendo devidos os salários e demais direitos correspondentes ao período da estabilidade, nos termos do item II da Súmula n.º 244 do TST. II – A negativa expressa e injustificada em juízo de retorno ao emprego configura renúncia ao direito à estabilidade

---

<sup>241</sup> Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/UNIFORMIZACAO%20DE%20JURISPRUDECIA/SUMULASDOTRT12REGIAO.jsp>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

prevista no art. 10, II, 'b', do ADCT, ficando restrita a indenização respectiva ao valor dos salários vencidos e suas projeções até a data da recusa à reintegração”.

Essa linha de raciocínio tem por fundamento o fato de que a prescrição se consubstancia em garantia social de índole fundamental, que não poderia ser interpretada contra a trabalhadora gestante pelos princípios que regem a interpretação constitucional.

A nosso ver, tendo em mente que a lei busca assegurar antes de tudo o direito ao trabalho, deveria ser oferecida às partes a chance da reintegração, e, se esta for recusada, a manifestação da empregada deve ser sim encarada como renúncia ao direito à garantia de emprego.<sup>242</sup>

Também contrário ao entendimento esposado na Súmula n.º 244, Jair Aparecido Cardoso<sup>243</sup> aduz:

Pensamos que esses entendimentos não comungam com o princípio constitucional da proteção à relação de emprego, que adotou a teoria da nulidade do ato demissional ilegal, além de dissentir do entendimento social na concretude constitucional.

O texto constitucional não estabelece uma estabilidade provisória, propriamente dita, dizendo são estáveis por determinado período, estabelece a proibição da realização do ato de demissão por iniciativa do empregador, por um período, em função da condição social que esses empregados – norma de ordem pública e de interesse coletivo – os quais têm um valor social relevante. A proibição é por todo o período, ou seja, para até o último dia da previsão. A realização de ato proibido é nula de pleno direito, não podendo ser convalidada pelo juízo, razão pela qual entendemos que o correto seria decretar a nulidade do ato demissionário, com a determinação da reintegração do empregado ao trabalho, facultando-se ao empregador realizar novo ato demissionário após a extinção da condição de proibição da demissão.

Alternativamente, parece-nos ainda mais razoável o entendimento de que o pedido de indenização só seria devido no caso de não ser mais possível reintegração em razão do escoamento do período da garantia de emprego, desde que a empresa tivesse ciência da

---

<sup>242</sup> Compartilha esse entendimento Sergio Pinto Martins: “No caso de a empregada deixar terminar o período de garantia de emprego e só depois ajuizar a ação, penso que não faz jus nem a reintegração, muito menos a indenização, pois o seu ato impediu o empregador de reintegrá-la no emprego, mostrando seu desinteresse em voltar a trabalhar na empresa” (*Direito do trabalho* cit., p. 415).

<sup>243</sup> CARDOSO, Jair Aparecido. *A estabilidade no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 83.

gravidez da empregada,<sup>244</sup> ou ainda restasse comprovada a incompatibilidade entre as partes ou motivo justificável, atendendo ao disposto no artigo 496 da CLT:

Art. 496. Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Não se trata de criar uma situação discriminatória, mas proporcionar tratamento desigual<sup>245</sup> na exata medida da desigualdade apresentada, justamente com o fim de que evitar situações que possam promover o aumento da já existente discriminação contra o trabalho da mulher.

Assim como nos casos de doença profissional em que se aplica a teoria da *actio nata*, ou seja, a data da ciência inequívoca da doença, aqui, tratando-se de situação diferenciada, também deveria ser tratada pela doutrina e pelo Judiciário de forma diferente dos casos comuns que pululam na Justiça do Trabalho.

Alice Monteiro de Barros<sup>246</sup> cita ainda como uma possível solução a introdução na nossa legislação de disposto semelhante à lei chilena (art. 201, § 1.º, do Novo Código do Trabalho), a fim de que fosse assegurado à empregada gestante um prazo para reivindicar em Juízo a nulidade da dispensa, evitando que a trabalhadora deixe escoar todo o período da garantia de emprego, inviabilizando a integração e incorrendo no exercício abusivo do direito de ação.

Nessa linha de raciocínio, em nosso entender, a redação do item II da Súmula n.º 244 deveria ser modificada para incentivar a comunicação da gravidez ao empregado e a reintegração ao trabalho independentemente do fim da estabilidade. Ainda há muita desigualdade no mercado formal de trabalho; as mulheres, apesar de serem maioria na sociedade, não o são no mercado de trabalho e, por isso, é preciso incentivar o trabalho da mulher, independentemente da maternidade.

---

<sup>244</sup> Sergio Pinto Martins também compartilha desse entendimento (*Direito do trabalho*, 30. ed. cit., p. 414-415).

<sup>245</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello explica muito bem essa aparente, mas inexistente, dicotomia: “O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, a própria lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regime diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 13. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p.12-13).

<sup>246</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 726.

O que se busca é privilegiar os princípios dos artigos 1.º, III e IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal, além de observar a regra do artigo 884 do Código Civil, de modo a coibir (i) o uso indevido do seguro-desemprego por quem faça jus à reintegração; (ii) a redução das indenizações substitutivas à reintegração impossível; e (iii) dar efetividade ao comando constitucional de garantia ao trabalho e o emprego, além da proteção imediata ao nascituro.

### **3.11 Do conflito entre a atual interpretação ao artigo 10, II, b, do ADCT e o princípio da boa-fé objetiva**

Encontrar respostas para as controvérsias que surgem com o passar do tempo não é tarefa fácil, sobretudo quando se considera que o direito tem caráter meramente instrumental e a interpretação da regra deve observar a harmonia de todo o sistema positivo.<sup>247</sup>

Parece-nos razoável e aconselhável que, na divergência, o intérprete se socorra dos princípios do direito do trabalho. O estudo dos princípios é de extrema relevância para o intérprete e aplicador do direito não apenas como comandos ou normas, mas porque há situações conflitantes que somente o estudo dos princípios norteadores do sistema a que pertencem tais normas supostamente antagônicas é que levará o intérprete a fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e encontrar seu real alcance ou extensão.<sup>248</sup>

Ao falarmos sobre princípios, entendemos que não deve ser outro o ponto de partida senão a Constituição da República de 1988, que constitui o pilar normativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>247</sup> Sobre o tema, discorreu Geraldo Ataliba: “[...] Consiste o caráter instrumental do direito nesta qualidade que todos reconhecem à norma jurídica de servir de meio posto à disposição das vontades para obter, mediante comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas pelos titulares daquelas vontades. [...] Essencialmente, em última análise, reduzido o objeto à sua mais simples estrutura, o direito não é senão um conjunto de normas (conjunto este a que se convencionou designar sistema jurídico, ordenação jurídica)” (*Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 24-25).

<sup>248</sup> MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 369.

Com acerto, a Lei Maior assegura o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e à dignidade da pessoa humana<sup>249</sup> como direitos fundamentais de toda pessoa, individual ou coletivamente considerada.

Por outro lado, o direito à livre concorrência, liberdade de iniciativa, o princípio da legalidade e da ampla defesa e contraditório estão assegurados na Constituição da República como direitos fundamentais.

Nessa conjuntura, há evidente aparência de colisão entre direitos e princípios constitucionais, o que leva à situação inevitável de que as controvérsias que envolvem o trabalho e a dispensa da gestante não se pautarão exclusivamente pela aplicação dessa ou daquela outra norma constitucional. É a ponderação de princípios constitucionais<sup>250</sup> que levará à melhor solução para empregadas e empregadores.

Nesse contexto, precisa a lição do português Canotilho:<sup>251</sup>

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenómenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os restantes princípios constitucionais gerais e especiais. Considerar a constituição como uma ordem ou sistema de ordenação totalmente fechado e harmonizante significaria esquecer, desde logo, que ela é, muitas vezes, o resultado de um compromisso entre vários actores sociais, transportadores de idéias, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagónicos ou contraditórios. O consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador.

*A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma “lógica do tudo ou nada”, antes podem ser objecto de ponderação e concordância prática, consoante o seu “peso” e as circunstâncias do caso. [...]*

---

<sup>249</sup> A esse respeito, leciona José Afonso da Silva: “As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as de iniciativa privada” (*Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 774).

<sup>250</sup> “Os princípios gerais do Direito são as ideias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico” (FLÓREZ, Valdés apud BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997. p. 145).

<sup>251</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 1182-1183.

[...]

O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação” (grifos nossos).

A defesa da vida e da saúde humana constitui objetivo da Constituição republicana. Para resguardar esses bens, também são conclamadas a defesa do meio ambiente equilibrado<sup>252</sup> e a responsabilidade social da empresa.

Ocorre que as previsões contidas na Constituição da República nem sempre constituem regras absolutas. Muitas vezes, as previsões constitucionais compreendem princípios dependentes de complementação legislativa, ou então diretrizes, orientações para a elaboração e interpretação das normas no plano infraconstitucional.

Não é razoável supor que pela defesa do direito à vida, saúde e meio ambiente, empregadas gestantes tenham plena liberdade para dispor do emprego como quiserem, em detrimento da boa-fé e/ou de qualquer chance dos empregadores de exercerem seu poder diretivo e/ou defenderem-se em eventuais lides.

É razoável ponderar que o trabalho e a maternidade na sociedade atual são imprescindíveis para preservação da vida contemporânea.

A existência de direitos por si sós qualificados como absolutos é incompatível com o regime democrático. Como muito bem assevera Homero Batista Mateus da Silva,<sup>253</sup> embora seja certo dizer que os princípios permeiam todos os campos do direito e desempenham papel

<sup>252</sup> Nesse contexto, importante esclarecimento de Anita Maria Meinberg Percin Torres: “Para melhor qualidade de vida, o ser humano necessita conviver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. O local de trabalho é onde se passa o maior tempo, e há diversos riscos que afetam a saúde e a integridade física do trabalho. A legislação evolui no sentido de garantir um ambiente de trabalho saudável, a fim de assegurar que o exercício do trabalho não prejudique outro direito a saúde, complemento inseparável do direito à vida. A Constituição Federal de 1988 dá liberdade de escolha de atividade econômica ao empregador, no entanto, exige dele a obrigatoriedade de manter um ambiente de trabalho saudável” (*A saúde da mulher e o meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 48).

<sup>253</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor cit.*, p. 222.



semelhante, de alta relevância, em todos os seguimentos, não é exagero afirmar que no direito do trabalho esse papel é ainda mais potencializado.

Homero Batista Mateus da Silva<sup>254</sup> cita ainda, a título exemplificativo, que são normalmente aplicadas nas relações de trabalho, como na quase totalidade das relações jurídicas, as seguintes máximas:

- Igualdade de todos perante a lei, combatendo-se a discriminação;
- Presunção da inocência e presunção da boa-fé na conduta das partes;
- Estrita legalidade, ninguém sendo obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- Garantia do contraditório e da ampla defesa;
- Função social da propriedade e do contrato;
- Presunção de conhecimento universal da lei;
- Prevalência da intenção sobre o sentido literal da linguagem, nas declarações de vontade;
- Vedação ao enriquecimento sem causa e ao enriquecimento ilícito;
- Força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*);
- Essencialidade e intangibilidade da dignidade pessoa humana;
- Moralidade administrativa.

Em face do que propomos a estudar, todos os princípios citados *supra* são de extrema relevância, mas, ao considerarmos o contexto de eventuais lides que envolvam rescisão contratual de empregadas gestantes, o princípio da boa-fé objetiva não só auxilia na supressão de lacunas atinentes ao contrato laboral, mas também na forma interpretativa da lei. Assim, defende Eduardo Milleó Baracat:<sup>255</sup>

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé, significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando tão somente da dialética crédito (direito do empregador de dispor da mão de obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum [...] A função interpretativa-integrativa da boa-fé auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza da relação jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo.

Ao pensarmos em boa-fé, podemos associá-la à honestidade, confiança, lealdade, sinceridade e fidelidade. Contudo, o conceito de boa-fé torna-se um pouco mais amplo quando considerado dentro da ciência do direito, dado que nessa hipótese a ela poderá significar não só o respeito à legislação atual, mas um agir conforme padrões sociais e regras

<sup>254</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor cit.*, p. 223.

<sup>255</sup> BARACT, Eduardo Milleó. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 183.

de condutas implícitas, manter uma postura coerente e retilínea no decorrer de seus atos de modo a não usurpar direitos alheios.

O que se nota na doutrina como um todo é que o respeito e a observância à colaboração e à boa-fé entre os indivíduos sociais devem se manter ativos e práticos, seja nas relações de contato social (relações extracontratuais), seja nas relações em que há interesse em realizar um liame de direitos e obrigações negociais.<sup>256</sup> Nesse sentido, José Carlos Van Cleef de Almeida Santos e Luís de Carvalho Cascaldi:<sup>257</sup>

No Direito Civil, a boa-fé pode ser compreendida sob dois enfoques, um subjetivo e outro objetivo.

A boa-fé subjetiva é aquela que se situa na consciência do indivíduo, revelando-se como espécie de convencimento no agir em conformidade com o Direito.

Por sua vez, a boa-fé objetiva significa padrão de conduta e não é auferível de forma subjetiva. Pela boa-fé objetiva, cada sujeito deve ajustar suas condutas aos padrões exigíveis, tais como honestidade, lealdade e retidão, com base em atitudes juridicamente corretas na ótica do conjunto social.

O princípio da boa-fé objetiva revela três funções bem definidas: a de integração hermenêutica, a de fonte criativa de direitos e deveres jurídicos e a de limitação do exercício de direitos subjetivos (NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado, p. 254).

Assim, a boa-fé objetiva atua como meio hábil a preencher lacunas da lei e das relações jurídicas.

Ademais, referido princípio atua de forma a criar deveres anexos de conduta nas relações jurídicas. São considerados deveres anexos, por exemplo, os deveres de cuidado, proteção, informação, lealdade e esclarecimento.

É ele que garante, ainda, uma verdadeira limitação ao exercício dos direitos subjetivos, na medida em que não admite condutas que contrariem os padrões de honestidade, lealdade e retidão.

Apesar de reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em diversas ocasiões antes da vigência do CC/2002, a boa-fé objetiva encontra-se ainda mais presente no sistema privado positivo brasileiro em vigor (artigo 422 CC/2002).<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> LIMA, Fernanda Endler. *O duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante. *LTr*, São Paulo, ano 54, p. 273, 2018.

<sup>257</sup> SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. *Manual de direito civil*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015.

<sup>258</sup> NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Manual de direito civil: introdução – parte geral*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2014.

Interessante e esclarecedor o voto prolatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no âmbito de Recurso Especial n.º 1.505.002, em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça, que traz o histórico e o reconhecimento de boa-fé objetiva pela legislação brasileira:

[...] Tive oportunidade de analisar, recentemente, o princípio da boa-fé objetiva no Direito Privado brasileiro e sua concretização na jurisprudência do STJ em obra denominada “Direito Civil: Diálogos entre a Doutrina e a Jurisprudência”, coordenada pelo Ministro Luis Felipe Salomão e pelo Professor Flávio Tartuce. Ressaltei, em síntese, na oportunidade, que a boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, impondo, concretamente, a todo cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade. Não deve ser confundida com a boa-fé subjetiva (*guten Glauben*), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (v.g., posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo). O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo BGB (Código Civil alemão), estatuinto simplesmente, em seu § 242, que “o devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfego social”. A partir dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã esculpiu o princípio no sistema de direito privado.

A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) apresenta-se, especialmente, como um modelo ideal de conduta, exigido de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade essencial. Mário Júlio Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um *standard* de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que “os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade”.

Menezes Cordeiro, autor de obra clássica acerca do tema (“Da Boa-Fé no Direito Civil”), buscando explicar a ampla consagração da boa-fé no Código Civil português de 1966, traça a trajetória do instituto desde o Direito Romano (“fides” romana), passando pelo Direito Canônico, Direito Germânico antigo, Jusracionalismo, Código Napoleônico até chegar ao Código Civil Alemão (BGB), fazendo uma análise histórica, sistemática e institucional (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984). No Brasil, a inexistência, em nosso Código Civil, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou a do art. 227, n. 1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé fosse reconhecida em nosso sistema jurídico, pois constitui um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado.

A construção do princípio pela doutrina brasileira partiu do enunciado normativo do art. 1.443 do CC/16 (atual art. 765), estatuinto a incidência da boa-fé nos contratos de seguro, e do art. 131, n.º 1, do Código Comercial de 1850, recomendando a utilização da boa-fé na interpretação dos contratos

mercantis. A primeira obra a versar acerca do tema, no Brasil, em perspectiva semelhante a do Direito Alemão, foi a “Obrigação como Processo”, editado em 1966, autoria de Clóvis Couto e Silva (COUTO E SILVA, Clóvis. A Obrigação como Processo. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1976).

Mais tarde, a jurisprudência, particularmente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, passou a esgrimir com o princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos, com destaque para o trabalho desenvolvido pelo então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Posteriormente, no Superior Tribunal de Justiça, coube ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior a primazia de ser o relator dos primeiros julgados com aplicação do princípio da boa-fé objetiva na Corte, com destaque para os casos de furtos de veículos em estacionamentos de supermercados, “Shopping Centers” e bancos, reconhecendo um dever de proteção derivado do princípio da boa-fé objetiva. Essa orientação jurisprudencial consolidou-se, redundando na edição do enunciado sumular n. 130 do STJ. No Brasil, até 1990, a dificuldade enfrentada pelos operadores do Direito para aplicação do princípio da boa-fé objetiva era a ausência de uma cláusula geral, como a existente no Direito alemão, o que exigia um grande esforço interpretativo para sua identificação no nosso sistema de Direito Privado. A partir do CDC (Lei 8.078/90), o óbice legislativo foi superado, pois a boa-fé objetiva foi consagrada, em um plano abstrato, como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4.º, III) e, em um plano concreto, como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV).

Assim, a partir de 1990, estando o princípio da boa-fé expressamente positivado no sistema jurídico brasileiro, passou ser aplicado, com fundamento no artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), atualmente LINDB, a todos os demais setores do Direito Privado. A doutrina e a jurisprudência brasileira aproveitaram os princípios positivados no CDC para modernização do sistema de Direito Privado brasileiro, centrado no CC/16, considerando-se o CDC como “instrumento de oxigenação do Direito Privado”. Merece especial destaque, na década de noventa, a Tese de Doutorado de Judith Martins-Costa, perante a Faculdade da Universidade de São Paulo, acerca da boa-fé objetiva, redundando na melhor obra do Direito Brasileiro acerca do tema (“A Boa-Fé no Direito Privado”) publicada em 1999 (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.<sup>259</sup> [...] (STJ, 3.ª Turma, Recurso Especial 1505002/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 06.12.2018).

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há alguns anos nota-se a utilização da teoria do “duty to mitigate the loss” para fundamentar suas decisões e efetivar a boa-fé objetiva de ambas as partes contratantes.

Em Recurso Especial n.º 1.325.862/PR, que tratava de ação indenizatória ajuizada por Procurador do Estado do Paraná, em face de uma escritã da 1.ª Vara de Fazenda Pública,

---

<sup>259</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88285288&num\\_registro=201402834119&data=20181206&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88285288&num_registro=201402834119&data=20181206&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 27 dez. 2018.

Falências e Concordatas da Comarca de Curitiba, o Ministro Luis Felipe Salomão salientou em seu voto que

[...] a doutrina de vanguarda e jurisprudência têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *Duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo.

Ao negar provimento ao recurso do Procurador, o Ministro também ressaltou em seu voto que

[...] é consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade.<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> Responsabilidade civil. Sentença publicada erroneamente. Condenação do Estado a multa por litigância de má-fé. Informação equivocada. Ação indenizatória ajuizada em face da serventuária. Legitimidade passiva. Dano moral. Procurador do Estado. Inexistência. Mero dissabor. Aplicação, ademais, do princípio do *duty to mitigate the loss*. Boa-fé objetiva. Dever de mitigar o próprio dano. 1. O art. 37, § 6.º, da CF/1988 prevê uma garantia para o administrado de buscar a recomposição dos danos sofridos diretamente da pessoa jurídica que, em princípio, é mais solvente que o servidor, independentemente de demonstração de culpa do agente público. Vale dizer, a Constituição, nesse particular, simplesmente impõe ônus maior ao Estado decorrente do risco administrativo; não prevê, porém, uma demanda de curso forçado em face da Administração Pública quando o particular livremente dispõe do bônus contraposto. Tampouco confere ao agente público imunidade de não ser demandado diretamente por seus atos, o qual, aliás, se ficar comprovado dolo ou culpa, responderá de outra forma, em regresso, perante a Administração. 2. Assim, há de se franquear ao particular a possibilidade de ajuizar a ação diretamente contra o servidor, suposto causador do dano, contra o Estado ou contra ambos, se assim desejar. A avaliação quanto ao ajuizamento da ação contra o servidor público ou contra o Estado deve ser decisão do suposto lesado. Se, por um lado, o particular abre mão do sistema de responsabilidade objetiva do Estado, por outro também não se sujeita ao regime de precatórios. Doutrina e precedentes do STF e do STJ. 3. A publicação de certidão equivocada de ter sido o Estado condenado a multa por litigância de má-fé gera, quando muito, mero aborrecimento ao Procurador que atuou no feito, mesmo porque é situação absolutamente corriqueira no âmbito forense incorreções na comunicação de atos processuais, notadamente em razão do volume de processos que tramitam no Judiciário. Ademais, não é exatamente um fato excepcional que, verdadeiramente, o Estado tem sido amiúde condenado por demandas temerárias ou por recalitrância injustificada, circunstância que, na consciência coletiva dos partícipes do cenário forense, torna desconexa a causa de aplicação da multa a uma concreta conduta maliciosa do Procurador. 4. Não fosse por isso, é incontroverso nos autos que o recorrente, depois da publicação equivocada, manejou embargos contra a sentença sem nada mencionar quanto ao erro, não fez também nenhuma menção na apelação que se seguiu e não requereu administrativamente a correção da publicação. Assim, aplica-se magistério de doutrina de vanguarda e a jurisprudência que têm reconhecido como decorrência da boa-fé objetiva o princípio do *duty to mitigate the loss*, um dever de mitigar o próprio dano, segundo o qual a parte que invoca violações a um dever legal ou contratual deve proceder a medidas possíveis e razoáveis para limitar seu prejuízo. É consectário direto dos deveres conexos à boa-fé o encargo de que a parte a quem a perda aproveita não se mantenha inerte diante da possibilidade de agravamento desnecessário do próprio dano, na esperança de se ressarcir posteriormente com uma ação indenizatória, comportamento esse que afronta, a toda evidência, os deveres de cooperação e de eticidade. 5. Recurso especial não provido (STJ, 4.ª Turma, Recurso Especial 1.325.862/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 10.12.2013). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=>

Como preleciona Fernanda Endler Lima,<sup>261</sup> independentemente da posição da parte em um negócio jurídico, até mesmo nas relações empregatícias a boa-fé objetiva deve ser observada e praticada sem exceção.

No âmbito do direito do trabalho, a boa-fé pode ser notada em três momentos:<sup>262</sup> na fase pré-contratual, durante a fase contratual e pós-contratual.

A fase pré-contratual é aquela que antecede a assinatura do contrato de trabalho, quando não se deve admitir o abuso de liberdade de não contratar.

A fase contratual se dá durante a vigência do contrato de trabalho, e a boa-fé está presente na observância criteriosa das tarefas cometidas ao empregado e no respeito com o subordinado que deve ter o empregador.

Na sua fase pós-contratual, ou seja, após o fim do pacto laboral, persistirá a boa-fé pela necessidade de o ex-empregado conservar os segredos da empresa, como certas técnicas de produção de determinado produto, e do ex-empregador de não divulgar notícias desabonadoras daquele trabalhador. Em casos de empresas que utilizaram amianto como matéria-prima, o empregador ainda tem a obrigação de manter disponível exames médicos pós-demissionais depois de 30 anos após a rescisão do contrato de trabalho<sup>263</sup>.

Pois bem, como se pôde notar ao longo deste estudo, o entendimento esposado nas mais recentes decisões judiciais é de que, independentemente de dolo, culpa ou boa-fé, em caso de dispensa de empregada grávida, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva. Como se nota exemplificativamente do voto do Ministro Roberto Barroso quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 629.053 mencionado:

[...] a confirmação referida no artigo 10 é de caráter objetivo, de modo que, se a gestante for capaz de provar documentadamente que já se encontrava grávida no momento da demissão, penso que o conhecimento do empregador é indiferente, o sentido e o alcance da norma eu penso de proteger o nascituro e assegurar a ele uma condição melhor e de assegurar à mãe uma permanência no emprego, numa situação em que normalmente a sua empregabilidade em outro lugar seria pior dificuldade e *acho não me é indiferente a boa-fé do empregador, mas a verdade é que o ordenamento tutela o nascituro e ao empregador tudo que se impõe é a reintegração da*

---

ATC&sequencial=32015266&num\_registro=201102527190&data=20131210&tipo=91&formato=PDF>.  
Acesso em: 17 dez. 2018.

<sup>261</sup> LIMA, Fernanda Endler. O *duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante cit., p. 274.

<sup>262</sup> FRANCO FILHO, Georgeton de Souza. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 37-38.

<sup>263</sup> Norma Regulamentadora 15, Anexo XII, item 19.

*empregada*, até porque durante o período do salário-maternidade quem vai arcar com o ônus é a própria previdência e não o empregador, de modo que também não acho que ele seja penalizado desmedidamente<sup>264</sup> (grifo nosso).

Não há mais o que discutir acerca do direito que toda empregada grávida tem à estabilidade provisória, porém não é possível descartar a hipótese de que o entendimento firmado de alguma forma possa incentivar empregadas gestantes dispensadas – sem que o empregador soubesse da gravidez – a recusar a integração ou mesmo a informar o empregador sobre seu estado gravídico, com o fito de perceber correspondente indenização, sem ter que prestar a contraprestação necessária, isto é, o trabalho.

Dadas as circunstâncias, como exposto supra, há variáveis importantes a serem consideradas, como o direito de intimidade e ação da empregada, bem como o dever de assistência à empregada e ao nascituro. Entretanto, há também que se considerar que o mercado de trabalho é volátil e dinâmico, portanto é preciso ter cuidado ao dirimir eventuais controvérsias envolvendo o trabalho da mulher, pois pode-se proteger a mulher e prejudicá-la ao mesmo tempo, dando margem à discriminação.

Em nosso entendimento, em face das grandezas constitucionais em jogo, parece que a observância pelas partes (empregador e empregada gestante) do princípio boa-fé objetiva em suas condutas durante e após o encerramento do vínculo empregatício seria o melhor caminho a ser trilhado, como muito bem explicita Lima:<sup>265</sup>

[...] caso descubra que está grávida após a rescisão do contrato, espera-se que a empregada, tão logo comunique o empregador para que seja reintegrada no emprego e perceba as parcelas devidas do período estável. A atuação da empregada frente ao empregador decorre do princípio fundamental da boa-fé contratual.

Nessa situação fático-jurídica, a boa-fé objetiva e seus deveres de conduta devem prosperar não apenas no pré-contrato e durante sua realização, mas também pós-contrato (CC, art. 422 e CLT, art. 8.<sup>a</sup>), uma vez que continua produzindo efeitos jurídicos. É uma obrigação mínima legalmente imposta às partes.

No caso exposto, têm as partes o dever de mitigar o dano *duty to mitigate the loss* (limitação do direito subjetivo à garantia provisória no emprego). Não se trata aqui de abuso de direito o exercício do direito de ação, mas de um ato esperado pela trabalhadora desde o início da celebração do contrato de

---

<sup>264</sup> Transcrição feita a partir de sessão gravada e disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PsTBalaHqJg>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

<sup>265</sup> LIMA, Fernanda Endler. O *duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante cit., p. 276.

emprego, de que ambas as partes agirão com lealdade, informação e proteção (boa-fé contratual).

Do que se nota dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, o princípio *duty to mitigate the loss* conduz à ideia de dever, fundado na boa-fé objetiva, de mitigação pelo credor de seus próprios prejuízos, buscando, diante do inadimplemento do devedor, adotar medidas razoáveis, considerando as circunstâncias concretas para diminuir suas perdas.

Nesse contexto, afigura-se-nos perfeitamente aplicável o princípio do *duty to mitigate the loss* em eventuais lides que discutam a hipótese prevista no artigo 10, II, *b*, do ADCT, na hipótese em que a empregada gestante é dispensada sabendo estar grávida e mesmo assim não só não comunica ao empregador, mas também espera, às vezes, mais de um ano para ajuizar ação.

Não se trata aqui de discussão acerca do abuso de direito da ação pela empregada gestante, já mitigado pela jurisprudência e pela doutrina, e sim da observância da boa-fé objetiva pela empregada e a conduta esperada com base no respeito ao próximo, na honestidade e na paz social.

Ainda que a empregada tenha direitos mínimos fundamentais resguardados, espera-se que a empregada, ao saber que está grávida, aja com colaboração e lealdade perante o empregador, mitigando o dano, aqui dividido por todos, empregador, empregada e principalmente o nascituro. Nesse sentido, concordamos com Lima:<sup>266</sup>

[...] Nessa situação posta, caso a empregada não informe o empregador que estava grávida no ato da dispensa ou quando teve conhecimento do fato, permitindo que o dano se agrave mais (aumentando o valor da indenização compensatória e estendendo os efeitos jurídicos danosos do contrato), estará agindo de má-fé, contrários aos deveres de conduta social e juridicamente esperados; quebrando a fidúcia, a lealdade, a informação e colaboração necessária à vida em sociedade e ao equilíbrio contratual e pós-contratual.

Os efeitos jurídicos dessa atuação negligente (inerte) refletirão, conseqüentemente, no recebimento dos danos a que teria direito. Em regra, empregada gestante dispensada sem justa causa por empregador tem direito à reintegração (quando pretender o direito dentro do período estável) ou à indenização compensatória das parcelas que teria direito no período de garantia provisória no emprego (caso ultrapassado o período estável).

---

<sup>266</sup> LIMA, Fernanda Endler. O *duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante cit., p. 276.



É possível notar a aplicação do princípio do *duty to mitigate the loss* em alguns julgados da Justiça do Trabalho sob a roupagem apenas da observância ao princípio da boa-fé objetiva:

Estabilidade gestante. Ciência do estado gravídico e ajuizamento da ação. Princípio da boa-fé objetiva. O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade prevista no art. 10, II, “b”, do ADCT (Súmula 244 do C. TST). Entretanto, com fundamento no princípio da boa-fé objetiva, deve ser considerada para a fixação do termo *a quo* do período estabilitário a conduta da autora que optou por ajuizar a ação vários meses após a ciência de seu estado gravídico, inviabilizando a reintegração ao emprego (TRT-15.<sup>a</sup> R., 1.<sup>a</sup> Câmara, 1.<sup>a</sup> Turma, RO 001020-64.2011.5.15.0077, Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani, DO 11.10.2013).<sup>267</sup>

A verdade é que o problema aqui exposto não é a demora em si do ajuizamento da ação pela empregada gestante, que não poderia ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação *duty to mitigate the loss*.

O que se impõe é que a inércia da empregada dispensada e consciente da gravidez, ao não comunicar o empregador e/ou aguardar meses ou mais de um ano para ajuizar ação competente, não só faz exercício tardio do direito de ação, mas também viola dever de boa-fé inerente ao contrato de trabalho. Ao se omitir, a empregada leva o empregador à legítima expectativa de que a rescisão foi legal e que nada mais era devido. Ademais, o prejuízo causado ao nascituro é evidente, pois o escopo da lei é justamente que este receba toda a assistência necessária, desde o suporte financeiro até o médico, caso a empresa forneça plano de saúde.

De acordo com Fernanda Endler Lima,<sup>268</sup> na situação *supra*, restaria configurada a culpa exclusiva da vítima:

Posto isto, é evidente a culpa exclusiva da vítima, a ocorrência do dano no tempo (quando o empregador extinguiu o contrato de trabalho sem ter conhecimento da gravidez da empregada, e essa não agiu para evitar o ato ou retomar a relação empregatícia oportunamente), ocorrendo um dos elementos de excludente do nexo causal, que afasta o dever da parte contrária de ser responsabilizada.

---

<sup>267</sup> Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br/consulta/owa/documento.pdf?pAplicacao=DOCASSDIG&pid=10229503>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

<sup>268</sup> LIMA, Fernanda Endler. O *duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante cit., p. 276.

É possível encontrar na Justiça do Trabalho julgados que reconhecem a violação do dever de lealdade da empregada dispensada e afastam o direito à estabilidade, como se observa a seguir:

Gestante. Garantia de emprego. Renúncia. Na hipótese dos autos em que a autora, segundo o contexto probatório produzido, deliberadamente omitiu ao conhecimento do empregador, no momento em que efetivada a dispensa, bem como no momento do acerto rescisório perante o Sindicato da categoria profissional, a condição gestacional, além de recusar a proposta de retorno ao trabalho pelo tempo correspondente ao do período de garantia de emprego, é de ser ratificada a sentença que reconheceu a renúncia da autora ao direito assegurado em lei. Inaplicável, ao caso, a Tese Jurídica Prevalente de n. 2, deste Eg. Tribunal (TRT-3.<sup>a</sup> Região, 4.<sup>a</sup> Turma, RO 0002611-31.2013.5.03.0043, Rel. Paulo Chaves Corrêa Filho,, 03.09.2015).<sup>269</sup>

Não ignoramos que citar ou alegar ofensa à boa-fé objetiva, quando a empregada não comunica sua gravidez no período de garantia de emprego, é taxar tal conduta como desleal, desonesta e não ética, o que nem sempre ocorre e não poderá ser presumido,<sup>270</sup> a não ser na análise detalhada do caso concreto.

A análise subjetiva da conduta da empregada e de sua intenção quanto à reintegração ou não é extremamente difícil, para não dizer impossível, porém é possível aferir, uma vez ciente da gravidez, qual a atitude da empregada.

Portanto, faz-se imperioso que se analise cada caso concreto, com o fim de identificar se o empregador realmente não tinha conhecimento da gravidez da trabalhadora quando da dispensa, o momento efetivo que a empregada soube da gestação e a sua conduta quanto a essa informação.

Não concordamos com a tese esposada por Lima,<sup>271</sup> de que, uma vez constatada a demora injustificada na comunicação por parte da gestante ao empregador, haja perda automática do direito à estabilidade em si, pois há muitas variáveis a serem consideradas.

---

<sup>269</sup> Disponível em: <[http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1\\_0.htm](http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm)>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>270</sup> FALCE, Lúcio Roberto. A estabilidade gestante e a confirmação da gravidez e a boa-fé objetiva. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 3 maio 2018. Disponível em: <[investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-trabalho/336618-a-estabilidade-gestante-e-a-confirmacao-da-gravidez-e-a-boa-fe-objetiva](http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-trabalho/336618-a-estabilidade-gestante-e-a-confirmacao-da-gravidez-e-a-boa-fe-objetiva)>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>271</sup> Fernanda Endler Lima defende que: “Nas relações contratuais, inclusive nas de trabalho e de emprego, a boa-fé objetiva e seus deveres devem ser respeitados e praticados pelos contratantes de forma plena, sob pena de a parte negligente sofrer os efetivos jurídicos contrários aos esperados. Logo, não será responsabilizada a parte (empregado), na medida em que o culpado foi o empregado (a) pela efetiva concretude do dano e sua perpetuação por ter se mantido inerte quando do conhecimento da situação fático-jurídico lesiva” (*O duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante cit., p. 277).

Como elucidamos *supra*, em nosso entendimento, a norma constitucional visa a não discriminação da mulher, como também a proteção da gestante e do nascituro, e isso não se dá apenas com o pagamento de indenização, e sim com a garantia efetiva de emprego. Logo, ainda que houvesse demora, entendemos que a reintegração em si jamais deveria ser obstaculizada.

O fato é que o mundo tem passado por transformações revolucionárias. O acesso a redes sociais e à internet modificou as relações entre as pessoas, e a informação é muito mais acessível hoje do que algumas décadas atrás. As condutas esperadas do empregador e do empregado em um contrato de trabalho não são as mesmas da época da promulgação da Constituição, e o conceito de trabalhador hipossuficiente tem sido alterado e vem perdendo força com o passar do tempo.

Não é demais recordar que o próprio Tribunal Superior do Trabalho<sup>272</sup> preza pelo critério da boa-fé ao garantir a estabilidade provisória do empregado dirigente sindical que perde o prazo previsto no artigo 543, § 5.º, da CLT, desde que a ciência ao empregador tenha ocorrido na vigência do contrato de trabalho.

Assim, entendemos que, sim, deve existir a observância do princípio da boa-fé objetiva pelas partes contratantes, inclusive após a rescisão do contrato de trabalho, e que observância desse princípio pelas partes deve ser considerada como critério de julgamento.

No caso da empregada gestante dispensada sem justa causa, entendemos ser imperiosa a comunicação ao empregador tão logo se saiba da gravidez, justamente com o fim de mitigar o dano às partes envolvidas e possibilitar a reintegração. Caso isso não ocorra, consideramos premente a oferta da reintegração, em vez apenas do pagamento de indenização compensatória.

Uma vez ofertada a reintegração, em caso de recusa pela empregada dispensada, julgamos pertinente que o caso seja minuciosamente analisado sob a perspectiva da teoria do *duty to mitigate the loss*, evitando que a empregada se aproveite da própria torpeza, conforme

---

<sup>272</sup> **Súmula n.º 369 do TST**

“DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, *DEJT* divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5.º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.”

vedado pelo ordenamento jurídico pátrio,<sup>273</sup> além de causar prejuízos ao empregador e ao próprio nascituro.

Por fim, se for o caso, se a recusa ao trabalho for injustificada, haverá renúncia ao direito à garantia do empregado, como exposto alhures.

---

<sup>273</sup> “Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.”

“Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.”

## 4 O COMBATE À DISCRIMINAÇÃO AO TRABALHO DA MULHER

### 4.1 O combate às práticas discriminatórias contra a mulher

O preconceito contra a mulher esteve presente em praticamente todas as épocas da História, como bem pontua Alessandra Camarano Martins:<sup>274</sup>

Desde a criação da humanidade, a história da mulher é marcada pelo anonimato, preconceito e violência. Foi constituída a partir da costela de Adão, a causadora do pecado original, condenada à submissão e os sofrimentos eternos.

Deus disse à mulher: “Tornarei penosa a tua gravidez, e entre penas dará à luz teus filhos. Contudo sentirás atraída Para o teu marido, mas este te dominará” (Gênesis 3:16).

Num reforço da cultura de preconceito contra as mulheres, ela foi interpretada como sexo fraco que caiu na tentação e seduziu o homem, o que justifica sua submissão histórica.

Não se questionam as importantes conquistas das mulheres nas últimas décadas e a mudança de mentalidade que se viu ocorrer, porém os reflexos do machismo e da crença de que a mulher é um ser frágil e biologicamente preparado para cuidar dos afazeres de casa ou de trabalhos precários ainda se fazem presentes no dia a dia de quase todas as mulheres.<sup>275</sup>

Como pontua Elaine Cristina Beltran Carmargo,<sup>276</sup> diversas são as formas de discriminação contra a mulher: desigualdade remuneratória, dificuldade de obtenção e permanência no emprego em razão da maternidade, sofrimento do assédio sexual e do assédio moral.

---

<sup>274</sup> MARTINS, Alessandra Camarano. A (In)Visibilidade da mulher como estratégia de manutenção da cultura do patriarcado e das desigualdades sociais, aparelhados pelo sistema capitalista. In: \_\_\_\_\_; PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018. p. 22.

<sup>275</sup> COUTINHO, Sabine Mantuan dos Santos. “*A dona de tudo*”: o que é ser mulher, mãe e esposa de acordo as representações sociais de mulheres de duas gerações. 2008. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, p. 51. Disponível em: <[http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese\\_2469\\_.pdf](http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_2469_.pdf)>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>276</sup> CAMARGO, Elaine Cristina Beltran. O direito, a mulher e o mercado de trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Camarano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018. p. 93.

Fabiola Marques,<sup>277</sup> ao tratar das conquistas da mulher empregada ao longo do século XXI, cita o estudo realizado, “Women in the Boardroom – a global perspective”,<sup>278</sup> pela Deloitte, em que é possível visualizar a desigualdade entre homens e mulheres em cargos de chefia:

As mulheres também estão sub-representadas nos conselhos de administração de empresas do mundo segundo a quinta edição do estudo “Women in the Boardroom – a global perspective”, realizado pela Deloitte. De acordo com o levantamento, apenas 15% dos assentos dos conselhos de administração das mais de 7.000 companhias analisadas globalmente são ocupados por mulheres. Esse resultado é apenas três pontos percentuais melhor do que os 12% registrados no estudo anterior, cujos dados foram apurados em 2014 e divulgados em 2015. No mesmo período, o Brasil teve uma pequena evolução de 1,4 ponto percentual entre os dois estudos, passando de 6,3% das cadeiras de conselhos ocupadas por mulheres no estudo anterior para 7,7% atualmente. Essa progressão é, proporcionalmente, abaixo da média global do indicador. Com o percentual de 7,7% o Brasil aparece na 37.<sup>a</sup> posição dentre os 44 países listados em *ranking* pelo estudo da Deloitte, à frente apenas do Chile, México, Rússia, Marrocos, Japão, Coreia do Sul e Emirados Árabes Unidos, nesta ordem. Além disso, somente 1,5% dos cargos de presidente dos conselhos das empresas do país que participaram da pesquisa eram ocupados por mulheres.

Carla Teresa Martins Romar,<sup>279</sup> em artigo sobre discriminação e desigualdade salarial da mulher, faz menção à edição do *Informe Mundial dos Salários da OIT*, que revela uma disparidade salarial considerável entre homens e mulheres, considerando uma base de análise de 38 países. Segundo o *Informe*, nos países analisados os salários médios das mulheres são entre 4% e 36% inferiores aos dos homens. Ainda, a diferença salarial relacionada à maternidade também é expressiva em alguns países; no México, por exemplo, as mães ganham cerca de 33% menos do que as mulheres sem filhos.

No Brasil, em que pese a realidade ser muito diferente do que na teoria, há previsão no artigo 5.<sup>o</sup>, *caput*, da Constituição Federal de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclusive quanto ao sexo, sendo taxativa já no inciso I que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

---

<sup>277</sup> MARQUES, Fabiola. Direito do trabalho e a mulher empregada – Conquistas e desafios no Brasil do século XXI. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018. p. 117.

<sup>278</sup> Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/cn/Documents/risk/deloitte-cn-ra-ccg-e1-women-in-the-boardroom-a-global-perspective-fifth-edition.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>279</sup> ROMAR, Carla Teresa Martins. Informe sobre salários 2014-2015 da Organização da Internacional do Trabalho. Persiste a discriminação e a desigualdade salarial da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 161, p. 3 e 4, jan.-fev. 2015.

Infelizmente, apesar da previsão constitucional, a mulher continua a ser discriminada, seja na inserção do mercado de trabalho, seja na projeção de carreira.<sup>280</sup>

Dados das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Pnad/IBGE), compilados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea),<sup>281</sup> revelam que mesmo as mulheres de alta renda, as sem filhos, as chefes de domicílio, todas vivenciam dupla jornada bastante intensa e exaustiva. A jornada doméstica feminina é quase o dobro da masculina, mulheres ativas gastam cerca de 21,7 horas semanais, com trabalho doméstico, enquanto homens inativos gastam inferiores 13,7 horas na semana.

**Tabela 7**

**Média de horas semanais dedicadas aos afazeres domésticos por sexo, segundo determinadas características pessoais ou dos domicílios – Brasil, 2014.**

Características das pessoas/ domicílios		Média de horas semanais dedicadas aos afazeres domésticos	
		Homens	Mulheres
Total		10,9	25,3
Condição de atividade	Inativo/a	13,7	30,2
	Ativo/a	10,2	21,7
Condição de ocupação	Ocupado/a	10,0	21,2
	Desocupado/a	12,4	26,7
Renda no trabalho principal	Até 1 S.M.	10,5	24,4
	Mais de 8 S.M.	8,1	13,9
Trabalhadora doméstica morando no domicílio	Sim	9,7	17,5
	Não	10,9	25,3
Situação de pobreza <sup>(1)</sup>	Extremamente pobres	12,5	29,9
	Não-pobres	10,7	23,0
Número de filhos	Nenhum	12,2	24,8
	5 ou mais	9,7	32,5
Ter máquina de lavar roupa	Sim	10,6	24,5
	Não	11,3	26,4
Posição na família	Chefe	11,5	25,3
	Cônjuge	10,1	28,7

Fonte: Pnad/ IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Notas: (1) Extremamente pobres – renda domiciliar per capita de até R\$ 77,87; Pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 77,87 e menor que R\$ 155,74; Vulneráveis – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 155,74; Não-pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 724 (um salário mínimo de 2014).

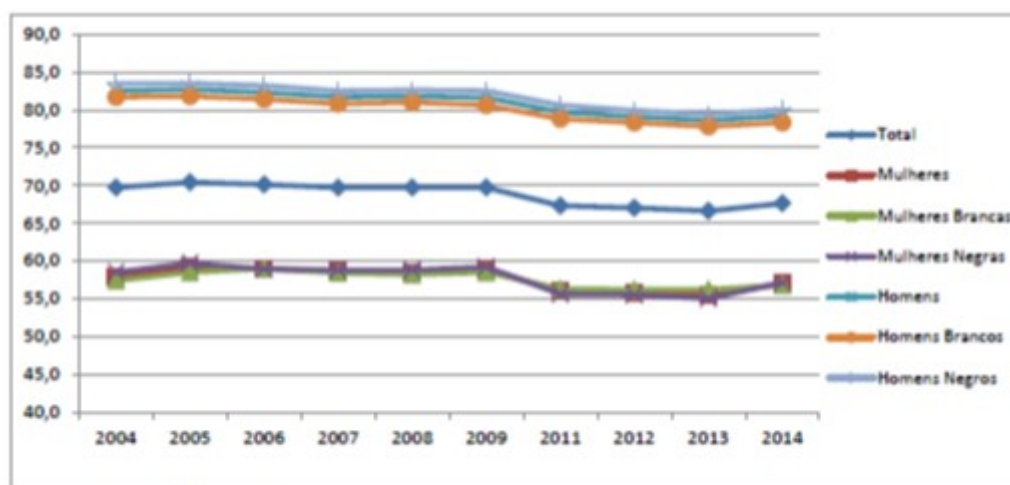
<sup>280</sup> De acordo com o levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), divulgado em março de 2018, as mulheres ainda são minoria no topo da hierarquia do setor público e privado. Embora representem pouco mais da metade dos trabalhadores brasileiros (51,7%) dos trabalhadores brasileiros, somente 37,8% delas estão em cargos gerenciais no País. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5368813/mulheres-ocupam- apenas-38-dos-cargos-de-chefia-no-brasil-aponta-ibge>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>281</sup> Disponível em: <[http://trabalho.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://trabalho.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Na mesma pesquisa realizada pelo Ipea,<sup>282</sup> há interessante nota sobre o processo de feminização do mercado trabalho estar estacionado. Isto porque, ao longo de dez anos, a taxa de atividade feminina oscilou muito pouco, tendo alcançado seu teto, 59%, em 2005, para depois, em 2011, cair a 56%. No ano de 2014, esse valor foi de 57%, inferior ao do início da série. O Instituto alerta para a necessidade de investigação do perfil das mulheres tidas como inativas, a fim de que se possa entender quais são as barreiras que as separam do mercado de trabalho e para que as políticas desenvolvidas sejam mais efetivas no sentido de reverter tão grande desigualdade.

### Gráfico 2

**Taxa de atividade da população de 16 anos ou mais de idade, por sexo e cor/raça. Brasil, 2004 a 2014**



Fonte: Pnad/IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Como no relatório da Deloitte, é possível notar no Relatório Anual Socioeconômico da Mulher (Raseam) 2014, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), a discrepância no número de homens e mulheres em cargo de direção no Brasil.<sup>283</sup>

<sup>282</sup> Disponível em: <[http://trabalho.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher\\_e\\_trabalho\\_marco\\_2016.pdf](http://trabalho.gov.br/images/Documentos/Noticias/Mulher_e_trabalho_marco_2016.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>283</sup> Disponível em: <[http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam\\_completo.pdf](http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam_completo.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018.



Tabela 8

**Pessoas de 25 anos ou mais de idade ocupadas em cargos de direção, total e proporção por sexo, segundo os ramos de atividade econômica – Brasil, 2012.**

Ramos de atividade econômica	Total (1.000 pessoas)			Proporção (%)		
	Total	Mulheres	Homens	Total	Mulheres	Homens
Total	4.470	1.645	2.826	5,8	5,0	6,4
Agrícola	80	6	74	0,7	0,2	0,9
Indústria	745	188	556	7,1	4,8	8,5
Construção	105	20	85	1,5	10,2	1,3
Comércio e reparação	1.595	601	994	12,6	11,5	13,4
Alojamento e alimentação	545	238	307	15,2	11,5	20,1
Transporte, armazenagem e comunicação	185	55	130	4,1	10,8	3,2
Administração Pública	285	113	171	6,2	6,0	6,5
Educação, saúde e serviços sociais	224	147	77	2,8	2,4	4,2
Demais serviços	705	275	431	4,6	2,8	7,7

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2012.

Diante desse preocupante quadro, é preciso identificar e entender o que significa discriminação e qual o papel do arcabouço jurídico na prevenção e contenção da discriminação do trabalho da mulher.

Conforme descrição do Dicionário Aurélio,<sup>284</sup> a palavra discriminação significa separar; diferenciar; estabelecer diferença; distinguir; não se misturar; formar grupo à parte por alguma característica étnica, cultural, religiosa etc.; tratamento desigual ou injusto de uma pessoa ou grupo de indivíduos, em face de alguma característica pessoal, cultural, racial, étnica, classe social ou convicções religiosas.

Para Jorge Luiz Souto Maior,<sup>285</sup> discriminar é “distinguir coisas, pessoas, ideias, em conformidade com suas características próprias e bem definidos. Discriminar é distinguir. O termo discriminação, portanto, não possui, etimologicamente falando, por si só, um sentido pejorativo”.

<sup>284</sup> Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/discriminacao>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>285</sup> SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidades. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, n. 24, p. 256, 2004.

Por outro lado, Firmino Alves Lima aduz que discriminar seria dar tratamento diferencial, comparativamente desfavorável e não justificável a determinada pessoa, seja mediante uma ação ou omissão:<sup>286</sup>

[...] a discriminação não somente afeta a igualdade de tratamento, que é necessária também, porém, vai bem além da violação de trato igual como medida de justiça. A discriminação afeta profundamente o exercício e a plenitude da realização humana na fruição de outros direitos de caráter fundamental e essenciais para o desenvolvimento regular da existência pessoal em condições idênticas aos demais seres humanos. A vítima da discriminação tem ameaçada e, muitas vezes, destruída a sua própria essência como pessoa, principalmente a sua individualidade, que pode ser prejudicada em muitos sentidos. Assim, a proteção contra a discriminação não somente pretende preservar a obrigação de trato igual, mas também todo o patrimônio jurídico da pessoa humana, no respeito de sua igual dignidade e igual valor social em relação a todas as demais.

Ainda, de forma extremamente didática, ensina Marcio Túlio Viana<sup>287</sup> que há pelo menos dois modos de discriminar. É possível discriminar ao ferir regras, mas também mediante as próprias regras. Assim, o autor exemplifica:

Imaginemos, por exemplo, um jogo de baralho, em que as oportunidades são iguais para todos. Em dado momento, alguém pede cartas. Mas um dos jogadores recusa, dizendo: “você é um negro”.

Este seria o primeiro tipo de discriminação: o jogador estaria ferindo a regra igualitária.

Imaginemos, agora, um jogo diferente, cuja regra permite que apenas um dos jogadores receba coringas. Por isso, ele vence sempre. Os outros se limitam a esperar pelo fim.

Esse é segundo tipo de discriminação. Ela é causada pela regra decisiva, a regra dos coringas. Na verdade, é o próprio jogo que discrimina. Ele é em si desigual.

O primeiro tipo de discriminação é visível. Choca as nossas consciências. É reprimido. O outro, por se inerente ao jogo, passa despercebido.

A Convenção n.º 111 da OIT também traz definição do conceito da discriminação: “Discriminação é qualquer distinção, exclusão ou preferência (baseada em determinados motivos) que tem como efeito anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e na ocupação”. Três elementos estão contidos nessa definição. Primeiro, um fato: a existência de uma distinção, exclusão ou preferência que constitui uma diferença de

<sup>286</sup> LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 52.

<sup>287</sup> VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques. In: \_\_\_\_\_; RENAULT, Luiz Otavio Linhares; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 143.

tratamento; segundo, um motivo determinante dessa distinção; e, por último, um resultado objetivo de tal diferença de tratamento”.<sup>288</sup>

Nesse diapasão, de acordo com Maria Luiza Pinheiro Coutinho,<sup>289</sup>

[...] somente se considera prática discriminatória aquela conduta que resulta por destruir ou alterar a igualdade de oportunidades e de tratamento entre pessoas ou grupos, visto ofender o princípio da isonomia. Portanto, qualquer conduta que tenha como efeito desigualar, criando desfavor ao distinguir pessoas, é intolerável, porque a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, imposta pela Constituição.

A Constituição Federal de 1988 traz em diversos artigos a exigência de responsabilidade social de todos os atores sociais, sendo do espírito da norma a proteção social e, por vezes, um intervencionismo estatal nas relações privadas (direta ou indiretamente por meio de normas de ordem pública). Nesse sentido, a Constituição elegeu diversos sujeitos de direito (*direito público subjetivo*) que merecem uma atenção especial do legislador ordinário, tais como os trabalhadores, os idosos, a família, a criança e o adolescente, os deficientes e, também, as mulheres.<sup>290</sup>

<sup>288</sup> A experiência dos núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação. OIT. 2015, p. 62. Disponível: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_226850.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_226850.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>289</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação do trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdades de oportunidades, p. 24. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit\\_igualdade\\_racial\\_05.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_05.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>290</sup> “[...] Art. 6.º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

[...] Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

[...]

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

[...]

É nesse contexto de Estado Social e Democrático de Direito que se insere a proteção ao mercado de trabalho da mulher, prevista no artigo 7.º, XX, observado também o disposto no artigo 5.º, I, ambos da Constituição Federal. Proteger o mercado de trabalho da mulher é permitir igualdade de oportunidades, de acesso, de remuneração e de manutenção no emprego.

Como se sabe, não é possível ao constituinte dar a resposta exata a todas as controvérsias que surgem conforme a sociedade se transforma. A Constituição deve trazer as diretrizes, os comandos gerais que devem orientar a sociedade ao longo do tempo, mas as necessidades, objetivos e anseios da sociedade são dinâmicos. A sociedade de hoje não tem exatamente as mesmas necessidades da que participou da elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

Por isso, ao legislador incumbe definir,<sup>291</sup> respeitando as diretrizes traçadas pelo constituinte, quais as condutas a serem observadas pelos atores sociais.

---

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso [...]

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

<sup>291</sup> Interessante lição de Miguel Reale acerca da necessidade de existir um fundamento para a norma, ainda mais se considerarmos que a estabilidade provisória foi prevista por regra transitória em 1988 e que ainda não foi devidamente regulamentada: “Toda regra jurídica, além de eficácia e validade, deve ter um fundamento. O Direito, consoante outra lição de Stammler, deve ser, sempre, ‘uma tentativa de Direito justo’, por visar à realização de valores ou fins essenciais ao homem e à coletividade. O fundamento é o valor ou o fim objetivado pela regra de direito. É a razão de ser da norma, ou *ratio juris*. Impossível é conceber-se uma regra jurídica desvinculada da finalidade que legitima sua vigência e eficácia.

Podemos dizer que a regra jurídica deve, normalmente, reunir os três seguintes requisitos de validade:

a) fundamento de ordem axiológica;

b) eficácia social, em virtude de sua correspondência ao querer coletivo; e

c) validade formal ou vigência, por ser emanada do poder competente, com obediência aos trâmites legais.

[...]

Em resumo, são três os aspectos essenciais da validade do Direito, três os requisitos para que uma regra jurídica seja legitimamente obrigatória: o fundamento, a vigência, e a eficácia, que correspondem, respectivamente, à validade ética, à validade formal ou técnico-jurídica e à validade social.

Fácil é perceber que a apreciação ora feita sobre vigência, eficácia e fundamento vem comprovar a já assinalada estrutura tridimensional do Direito, pois a vigência se refere à norma, a eficácia se reporta ao fato e o fundamento expressa sempre a exigência de um valor” (*Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 115-116).

Não se nega que a Constituição da República assegura o direito à vida, à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Todavia, em que medida serão protegidos esses direitos é matéria que compete à regulamentação no plano infraconstitucional mediante os legítimos meios de representação popular num processo legislativo, como resultado do Estado Democrático de Direito em que consiste a República Federativa do Brasil.

Convém registrar, de plano, que tanto a legislação ordinária quanto os posicionamentos jurisprudenciais, com intuito de proteger o trabalho da mulher, podem produzir o efeito justamente o contrário: não só o aumento da discriminação contra a mulher, mas também a desvalorização da maternidade como um todo. Como aponta Maria Luiza Pinheiro Coutinho, as leis em si não são o problema, a maior dificuldade é a falta de compreensão acerca da razão de essas normas existirem:<sup>292</sup>

O conjunto de normas que protege o trabalho da mulher não costuma ser visto como uma garantia ao mercado de trabalho da mulher, ou como um direito ao exercício de sua função reprodutiva, evitando-se riscos que poderiam ameaçar sua saúde e o desenvolvimento da gravidez. A não compreensão da finalidade do instituto de proteção do trabalho da mulher motiva a discriminação enfrentada pela trabalhadora gestante. Como se não bastasse o entendimento de que as normas protetoras do trabalho da mulher são componentes de elevação dos custos operacional da empresa, existe, ainda, a noção de que o absenteísmo, a limitação para a jornada extraordinária, para o trabalho noturno e a indisponibilidade para as viagens de trabalho, todas questões relacionadas às responsabilidades familiares assumidas pela mulher, são fatores adicionais dos custos da mão de obra feminina e, por isso, são tomados como causa da discriminação contra a mulher trabalhadora.

Como bem pontua Ana Cláudia Rodrigues Bandeira Monteiro,<sup>293</sup> a legislação que protege o trabalho da mulher está longe de ser nefasta ou desnecessária; ao contrário, é preciso reconhecer que no atual estágio de evolução social e jurídica ainda é necessário tal tipo de discriminação positiva para que se compense, minimamente, a desigualdade fundada no gênero.

Entretanto, como temos discutido ao longo deste trabalho, é imperioso que a legislação e a jurisprudência firmada sobre a proteção ao trabalho da mulher e sobre o seu acesso ao mercado de trabalho não gerem maiores ônus ao empregador para a contratação de mulheres e, tanto quanto possível, as variáveis que envolvem a maternidade da empregada

---

<sup>292</sup> COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação do trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdades de oportunidades cit., p. 26-27.

<sup>293</sup> MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. Trabalhadores e trabalhadoras do Brasil: onde está a igualdade. O papel do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação de gênero e promoção da igualdade no trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018. p. 36.

sejam o mais claras possível. A palavra “depende” não pode ou deve ser utilizada nesse contexto, a previsibilidade é algo extremamente necessário.

Vários são os dispositivos na CLT que visam coibir a discriminação contra a mulher na relação de trabalho, como os atinentes à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, medidas de proteção ao acesso e manutenção no emprego e proteção à intimidade da trabalhadora.

Em que pese o arcabouço legal de proteção da empregada gestante, há ainda muita incerteza sobre o tema e a conduta dos empregadores diante da possibilidade da gravidez de suas empregadas.

O mercado de trabalho passou por profundas mudanças em face da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição, do estreitamento das margens de lucro, da necessidade de maior produção, da divisão internacional do trabalho e da subordinação dos países mais pobres aos mais ricos.<sup>294</sup>

O Brasil vem há alguns anos sofrendo com discursos retrógrados que ameaçam a retirada, a desregulamentação e a flexibilização das conquistas dos trabalhadores. De maneira assertiva, pontua Vólia Bonfim Cassar:<sup>295</sup>

Hoje o Direito do Trabalho vive uma fase de transição, onde se questiona o paternalismo estatal, a intervenção estatal em regras privadas. Alguns pretendem a total desregulamentação, isto é, a ausência total, a abstinência estatal nas relações de trabalho, deixando o contrato de trabalho livre e à mercê das regras do mercado, sob o argumento de que o modelo que inspirou o *welfare* não existe mais, que os trabalhadores atuais são mais conscientes, mais maduros e menos explorados.

Alice Monteiro de Barros<sup>296</sup> ainda destaca que o capítulo da CLT que mais sofreu os efeitos da desregulamentação foi o atinente ao trabalho da mulher, a revolução das leis tutelares teria se dado com o objetivo imediato de fomentar a igualdade da mulher no mercado de trabalho.

O advento da Reforma Trabalhista, diante da apatia dos trabalhadores que assistiram às mudanças na legislação e da taxa de desemprego que segue alarmante,<sup>297</sup> como

---

<sup>294</sup> CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 22.

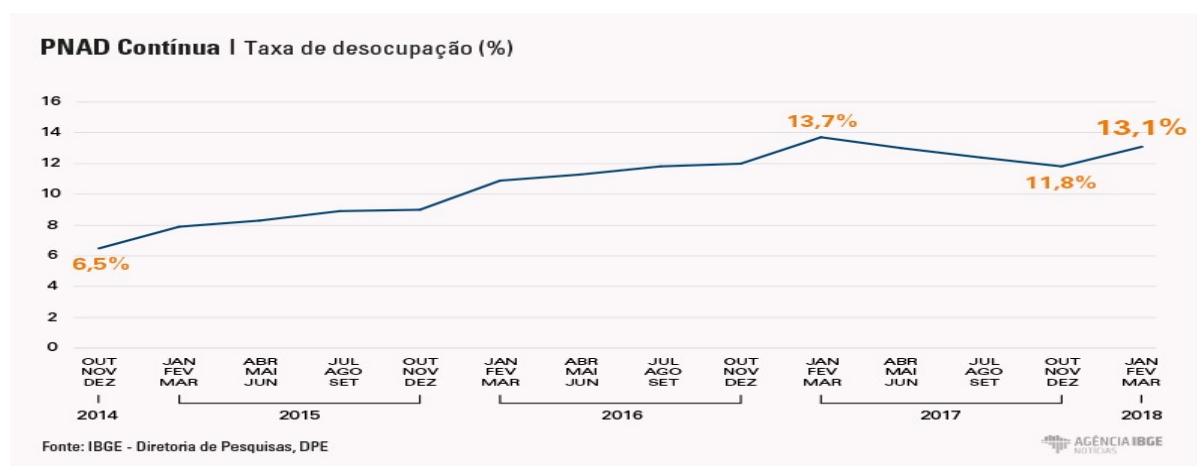
<sup>295</sup> Idem, p. 27.

<sup>296</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, 10. ed. cit., p. 66.

<sup>297</sup> Sobre esse cenário, brilhante observação de Patricia Tuma Martins Bertolin: “Depois de quase duas décadas de crescimento econômico do Brasil (acompanhado de desenvolvimento social, demonstrando que a CLT não é, de fato, um óbice à competitividade do País), no ano de 2017 os ataques à legislação do trabalho

se nota do gráfico a seguir, faz-nos refletir sobre os próximos passos e o que deve ser feito para assegurar que garantias mínimas conquistadas com muita luta sejam mantidas.

**Gráfico 3**  
**PNAD Contínua**



Após um ano eleitoral difícil, em que uma grave polarização foi notada,<sup>298</sup> os escolhidos pela maioria em 2018 preocupam aos mais engajados em face de discursos polêmicos<sup>299</sup> na área do direito do trabalho e garantias mínimas. Falas como a da pastora Damares Alves, nomeada como Ministra do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, assustam por se encontrarem na contramão de tudo o que vem sendo feito nos últimos anos acerca de empoderamento feminino e igualdade entre homens e mulheres:

passaram a ser mais frequentes e intensos, e o argumento contrário mostrou estar cada vez mais vívido. Assim, patrocinadas por um governo liberal, as confederações patronais elaboraram emendas (conforme demonstrado pela Organização The Intercept Brasil e amplamente noticiado), sem qualquer sistemática, que foram encampadas por parlamentares e aprovadas, como que em um passe de mágica, reunidas sob a denominação genérica de ‘Reforma da CLT’, desconsiderando toda uma história, e deixando os(as) trabalhadores(as) brasileiros(as) atônitos à mercê dos interesses do capital” (Prólogo. In: MARTINS, Juliane Caravieri, BARBOSA Magno Luiz; MONTAL Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma trabalhista em debate*. Direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017).

<sup>298</sup> Em reportagem da revista *Exame*, há menção a diversos jornais estrangeiros que deram destaque a polarização durante as eleições de 2018, entre eles o *El País*, *The New York Times* e o argentino *Clarín*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/polarizacao-na-eleicao-e-destaque-na-imprensa-internacional/>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

<sup>299</sup> O eleito Presidente da República Jair Bolsonaro concorda com tal discurso, tanto que em reunião com deputados do Partido DEM no dia 12.12.2018, no Centro Cultural do Banco do Brasil, defendeu mudanças nas leis trabalhistas para que elas se aproximem da informalidade: “No que for possível, sei que está engessado o art. 7.º (da Constituição), mas tem que aproximar da informalidade”. O então Presidente do Brasil Jair Bolsonaro ainda afirmou que “ser patrão no Brasil é um tormento”. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/lei-trabalhista-tem-que-se-aproximar-da-informalidade-diz-bolsonaro.shtml>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

Na entrevista para o Globo, ela diz também que “a mulher nasceu para ser mãe, porque a mulher nasceu com útero. Nesse planeta Terra, a fêmea nasce com útero para gerar. Então eu não menti. A mulher nasce para ser mãe. Se ela não quer ser mãe, é uma opção dela, mas a mulher nasceu, sim, para ser mãe”.

“É raça humana. O homem é protetor, provedor, cuidador. Mas a raça humana mudou. Então a gente briga com a natureza”, completa.

“Eu gostaria de ter um mundo em que a mulher só trabalhasse se quisesse. Meu sonho é estar numa rede, numa tarde e meu marido trabalhando muito, muito, muito para me sustentar e me encher de joias”, diz a futura ministra.<sup>300</sup>

Dado o contexto brasileiro em que estamos vivendo, é preciso atualizar e repensar alguns posicionamentos, a fim de garantir a igualdade entre homens e mulheres, incentivando o trabalho das mulheres e permitindo que a maternidade seja finalmente encarada como um fenômeno coletivo.

Nesse contexto, faz-se necessário realmente debruçar-se sobre as questões mais polêmicas dispostas *supra*, que envolvem o trabalho, a proteção da empregada gestante e as dificuldades da prática, com o fim de buscar dentro de nosso ordenamento jurídico soluções para dirimir de forma satisfatória as controvérsias, incentivar o trabalho da mulher e evitar a discriminação.

#### 4.2 Lei n.º 9.029/1995 e suas implicações

A Lei n.º 9.029/1995 é, sem dúvida, uma das mais importantes normas de proteção contra a discriminação ao trabalho da mulher, embora sua proteção não seja limitada à questão de gênero.<sup>301</sup>

Em seu artigo 1.º, essa Lei estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção,

<sup>300</sup> Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-pensa-a-futura-ministra-dos-direitos-humanos-sobre-lgbt-e-mulheres/>>. Acesso em: 9 dez. 2018.

<sup>301</sup> Sergio Pinto Martins não partilha desse entendimento, visto que interpreta que esta Lei se dirige à proteção das mulheres, assim aduz que “a Lei 9.029 não poderá ser utilizada por analogia, para reintegração em outros casos, como, v.g., de aidéticos, pois refere-se apenas a exames relativos à esterilização (art. 2.º, I e II, *a*), a estado de gravidez (art. 2.º, I) ou controle de natalidade (art. 2.º, II, *b*) preceitos que dizem respeito à mulher e não a determinada doença, ou em relação a sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1.º). Isso mostra que a lei é dirigida principalmente à proteção das mulheres, e não a doentes. Entretanto, se a discriminação for realizada em virtude de sexo, por exemplo: do homem, preterindo-se algum direito deste por discriminação, será possível ser aplicado o art. 4.º da Lei 9.029, que está incluído nos moldes da referida norma (art. 1.º c/c 4.º), tendo direito à faculdade prevista no art. 4.º: Indenização em dobro ou readmissão” (*Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996. p. 110).



por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.<sup>302</sup> A esse respeito pontuam e alertam Márcio Túlio Viana e Raquel Betty de Castro Pimenta:<sup>303</sup>

A norma atua, como se vê, em dois momentos. Primeiro, no pré-contrato, quando o trabalhador está ainda procurando um emprego. Depois, na fase do contrato, quando já existe um vínculo entre as partes.

Nada diz a lei sobre o pós-contrato, talvez porque, aparentemente, já não haverá possibilidade de discriminação. Mas as aparências enganam: basta notar que o contrato pode continuar gerando efeitos que se estendem no tempo, como no caso de complementação de aposentadorias. Nestes casos, aplicáveis as normas constitucionais e legais que asseguram a isonomia e preveem a responsabilidade civil quanto aos danos causados.

A Lei n.º 9.029/1995, em seu artigo 2.º, foi ainda mais longe ao tipificar como crimes algumas práticas discriminatórias, entre as quais:

- I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;
- II – a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;
  - a) indução ou instigamento à esterilização genética;
  - b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

A pena para esses crimes é a detenção de um a dois anos e multa. Na hipótese de discriminação em razão de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações serão, ainda, passíveis de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência, redação dada pela Lei n.º 12.288, de 2010 e, também, proibição de obter empréstimo ou financiamento em instituições financeiras oficiais.

São considerados sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo a pessoa física da empregadora, o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista, ou dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das

---

<sup>302</sup> Como muito bem observa Fabiola Marques e Cláudia José Abud, “a lei quando indica em seu art. 1.º os motivos de discriminação, não é taxativa, mas simplesmente exemplificativa, posto que existem outros motivos, não indicados na legislação, que podem ser discriminatórios” (*Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 117).

<sup>303</sup> VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95). In: \_\_\_\_\_; RENAULT, Luiz Otavio Linhares; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 136.

administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na hipótese de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano moral, o artigo 4.º da Lei n.º 9.029/1995 faculta ao empregado e empregada optar entre: I – a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II – a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Alice Monteiro de Barros<sup>304</sup> observa que “referida lei não consagra estabilidade no emprego, não obstante respeitáveis pronunciamentos neste sentido”. Portanto, conclui-se que a lei proíbe a dispensa da empregada apenas quando praticada com o intuito discriminatório, configurando exercício abusivo do direito potestativo de dispensa. Assim, tem decidido o Tribunal Superior do Trabalho, inclusive nos casos de neoplasia:

Agravo de instrumento. Recurso de revista. Processo sob a égide da Lei 13.015/2014. 1. Cerceamento de defesa. Indeferimento de pergunta. Não configuração. 2. Ajuda de custo. Natureza salarial. Princípio da primazia da realidade. Matéria fática. Súmula 126/TST. 3. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave – câncer. Estigma ou preconceito. Matéria fática. Súmulas 126 e 443/TST. 4. Dano moral decorrente da dispensa discriminatória. Caracterização. Valor arbitrado. 5. Horas extras em razão da supressão do intervalo do art. 384 da CLT. Proteção especial, mediante lei, ao mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX, CF), sem configurar afronta à isonomia (art. 5.º, *caput* e I, CF). Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária do contrato de trabalho, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pelo câncer. Esse entendimento pode ser abstraído do contexto geral de normas do nosso ordenamento jurídico, que entende o trabalhador como indivíduo inserto numa sociedade que vela pelos valores sociais do trabalho, pela dignidade da pessoa humana e pela função social da propriedade (arts. 1.º, III e IV e 170, III e VIII, da CF). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. Na esteira desse raciocínio, foi editada a Súmula 443/TST, que delimita a pacificação da jurisprudência trabalhista neste aspecto, com o seguinte teor: “Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego”. No caso concreto, o TRT consignou que a Reclamante, após nove anos de prestação de serviços, foi imotivadamente dispensada em 22.07.2013, quando se encontrava em tratamento médico decorrente de neoplasia maligna do encéfalo, diagnosticada desde maio de

<sup>304</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 359.

2011, tendo se submetido a tratamento cirúrgico em maio de 2012, sendo notória a gravidade de sua doença e a necessidade de seu constante acompanhamento médico. Ressaltou, também, o Órgão *a quo* que a Obreira foi dispensada cinco meses após seu retorno previdenciário, vindo a se aposentar por invalidez em 06.05.2014, dada a evolução da doença. Nesse contexto, a Corte de origem presumiu que houve discriminação e arbitrariedade na dispensa da Autora, uma vez que a Reclamada não comprovou os motivos apontados para a dispensa, tendo sido a ruptura contratual fora dos limites do seu direito potestativo. Assim sendo, diante do quadro fático delineado no acórdão recorrido, considera-se correta a decisão regional, ao entender que houve discriminação na dispensa da Reclamante, nos termos da Súmula 443/TST. Outrossim, para que se pudesse chegar a conclusão fática diversa, necessário seria o revolvimento do conjunto probatório dos autos, propósito insuscetível de ser alcançado nesta fase processual, diante do óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido<sup>305</sup> (TST, 3.<sup>a</sup> Turma, AI 11001-48.2014.5.15.0066, Rel. Mauricio Godinho Delgado, 26.08.2016).

A crítica que deve ser feita a essa Lei é que, embora seja um marco legislativo importante para proteção contra a discriminação no mercado de trabalho contra a mulher, é a lacuna deixada sobre a possibilidade ou não de o empregador requerer a apresentação de atestado de gravidez na dispensa/demissão. O silêncio nesse sentido dá asas a múltiplas interpretações acerca do tema. Essa celeuma será discutida adiante.

### 4.3 Lei n.º 9.799/1999 e suas implicações

A Lei n.º 9.799/1999, com intuito de dispor sobre o acesso no mercado de trabalho da mulher, fez diversas alterações na CLT. Não por outra razão, a Seção I do Capítulo III da CLT teve seu título alterado para “Da Duração, Condições do Trabalho e da Discriminação contra a Mulher”.

Desse modo, foi acrescido à CLT o artigo 373-A, que estabelece a vedação de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, se assim o exigir. Restou proibido recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão dos mesmos fatores, inclusive quanto ao estado de gravidez.

---

<sup>305</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2011001-48.2014.5.15.0066&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQtlAAU&dataPublicacao=26/08/2016&localPublicacao=DEJT&query=%27Lei%209029/95%27%20and%20mulher>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Ainda, estabeleceu a mesma Lei as seguintes vedações: (i) considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (ii) exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;<sup>306</sup> (iii) impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; e (iv) proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

De acordo com Márcio Túlio Viana e Raquel Betty de Castro Pimenta,<sup>307</sup> com o artigo tenta-se *fechar o cerco* contra a discriminação da mulher trabalhadora, que tem se revelado uma das maiores vítimas do novo modelo econômico.

Como expõe Alice Monteiro de Barros,<sup>308</sup> “a tutela se dirige ao direito à intimidade e à igualdade, impedindo que a gravidez da empregada possa ser utilizada como causa de discriminação”.

No nosso entendimento, a Lei n.º 9.799/1999 pressupõe a torpeza dos empregadores e que a discriminação é feita ostensivamente, quando é fato notório que os atos de discriminação para contratação, aumentos de remuneração, promoções, no mais das vezes, são velados ou implícitos.<sup>309</sup>

Assim, não obstante os preceitos trazidos no bojo da Lei n.º 9.799/1999, não raro o empregador investiga a vida pessoal da trabalhadora, como seu estado civil ou gravidez, bem

---

<sup>306</sup> A esse respeito leciona Sandra Lia Simón: “A possibilidade de exigir testes de gravidez das mulheres candidatas a um emprego ou empregadas encontrará óbices em dois valores fundamentais: no direito à intimidade e à vida privada e no direito de não discriminação. Submeter a mulher a esse tipo de tratamento, pela condição pura e simples de ser mulher, fere, portanto, o princípio da igualdade” (*A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 134).

<sup>307</sup> VIANA, Márcio Túlio; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95) cit., p. 142.

<sup>308</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências* cit., p. 360.

<sup>309</sup> Nesse sentido, importante a observação feita por Homero Batista Mateus da Silva: “A doutrina especializada refere distorções de duas ordens no mercado de trabalho: uma discriminação de cunho horizontal, quanto à oferta de oportunidades para as mulheres, e outra, de cunho vertical, assim entendida a falta de chances para ascensão ou movimentação na carreira empresarial” (*Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor* cit., p. 157).

como comete discriminação no momento de seleção de pessoal ou mesmo no curso da relação de emprego, além de violar a vida privada da empregada.<sup>310</sup>

O parágrafo único do artigo 373-A da CLT,<sup>311</sup> acrescido pela mesma Lei, estabelece que “o disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional”.

Nesse contexto, vale citar iniciativa legislativa de iniciativa do Senador José Medeiros, o qual propõe alteração no artigo 373-A, mediante a inclusão um segundo parágrafo com os seguintes termos:

§ 2.º Pelo descumprimento ao inciso III deste artigo, a empregada de sexo feminino prejudicada em sua remuneração, formação e oportunidades de ascensão profissional por razões de gênero fará jus ao dobro da diferença da remuneração do empregado de sexo masculino verificada em todo o período do contrato de trabalho.<sup>312</sup>

Referido Senador, na justificção do Projeto de Lei n.º 384 de 2015, aduz que, “a despeito da essencialidade desta previsão normativa, não há nenhuma espécie de sanção imposta ao empregador ou direito atribuído à empregada mulher que, ilicitamente, sofre discriminação remuneratória”.

#### 4.4 Exame demissional

O exame demissional é uma obrigação da empresa, regulamentada pela Portaria n.º 3.214/1978 do Ministério do Trabalho por meio da Norma Regulamentadora n.º 7.<sup>313</sup>

---

<sup>310</sup> NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e o direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005. p. 92.

<sup>311</sup> Alice Monteiro de Barros destaca que no parágrafo único do artigo 373-A da CLT consagram-se as ações afirmativas, ao permitir a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento de políticas de igualdade (Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otavio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010. p. 81).

<sup>312</sup> Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121946>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<sup>313</sup> 7.4.1 O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos: a) admissional; b) periódico; c) de retorno ao trabalho; d) de mudança de função; e) demissional.

Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR7.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

Com o advento da Lei n.º 7.855/1989, o exame demissional foi incluído como obrigatório no artigo 168<sup>314</sup> da CLT, assim como a obrigação de o empregador comunicar aos trabalhadores os resultados de todos os exames (até dos complementares).<sup>315</sup>

De acordo com a NR 7, todo empregado deve realizar um último exame médico para avaliar suas condições de saúde ao ter seu contrato de trabalho rescindido.

O exame médico demissional deverá ser realizado até a data de homologação da dispensa ou até o desligamento definitivo do trabalhador, nas situações excluídas da obrigatoriedade de realização da homologação. O referido exame será dispensado sempre que houver sido realizado qualquer outro exame médico obrigatório em período inferior a 135 dias para empresas de graus de risco 1 e 2 e inferior a 90 dias para empresas de grau de risco 3 e 4. Esses prazos poderão ser ampliados em até mais 135 dias ou mais 90 dias, respectivamente, caso estabelecido em negociação coletiva, com assistência de profissional indicado de comum acordo entre as partes ou da área de segurança e saúde das SRT.

O exame demissional é composto por uma anamnese patológica atual completa (clínica e ocupacional) do empregado, bem como pelo exame clínico completo. No exame demissional, são verificados os aspectos gerais de saúde do trabalhador. Assim, o médico do trabalho poderá constatar possíveis queixas de saúde do trabalhador, decidindo se ele está apto ou inapto (em termos de saúde) para ser desligado daquela empresa.<sup>316</sup>

Esse exame classifica o empregado como apto ou não para o processo de dispensa ou pedido de demissão e visa garantir a segurança da empresa e do trabalhador ao romper o contrato de trabalho – assegurando que nenhuma doença ou problema de saúde tenha sido adquirido por ele durante o tempo de prestação de serviços para a empresa.

---

<sup>314</sup> “Art. 168. Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

I – a admissão;

II – na demissão;

III – periodicamente.”

<sup>315</sup> “§ 5.º O resultado dos exames médicos, inclusive o exame complementar, será comunicado ao trabalhador, observados os preceitos da ética médica.”

<sup>316</sup> Disponível em: <<http://www.occupmedica.com.br/exames-clinicos/exame-demissional.html>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

O atestado de exame demissional protege o empregador, garantindo que a empregada que está sendo dispensada da empresa atuou em regra,<sup>317</sup> durante o seu período de contrato, em condições seguras, sem colocar em risco a qualidade de sua saúde.

O exame demissional também protege o empregado que, uma vez considerado como inapto no exame, não poderá ser dispensado, em face de seu estado de saúde,<sup>318</sup> independentemente se a moléstia que deixou o empregado inapto ao trabalho guarde relação com o trabalho. Nesse sentido, diversos julgados:

Exame demissional. Empregado inapto para o trabalho. Não é válida dispensa de empregado considerado inapto para o trabalho no exame demissional. A dispensa só é possível após o término do afastamento previdenciário, quando se tratar de moléstia comum, sem relação com o trabalho realizado na empresa, pois enquanto não sobrevém a alta médica o contrato de trabalho permanece suspenso. Recurso da reclamante ao qual se dá parcial provimento (TRT-2.<sup>a</sup> Região, 1.<sup>a</sup> Turma, RO 1000715-48.2016.5.02.0013, Rel. Maria José Bighetti Ordoño Rebello, DO 22.02.2017).<sup>319</sup>

Empregado inapto. Abuso do direito de rescindir o contrato de trabalho. Nulidade do ato demissional.

A conduta culposa (negligente) do empregador de demitir empregado em processo de investigação diagnóstica de doença grave com potencial de malignidade, considerado efetivamente inapto, caracteriza-se como ato ilícito por abuso do direito de rescindir o contrato de trabalho, implicando a nulidade do ato demissional (TRT-2.<sup>a</sup> Região, 6.<sup>a</sup> Turma, RO 1000968-03.2016.5.02.0024, Rel. Antero Arantes Martins, do DO 06.11.2018).<sup>320</sup>

Na ocasião do exame clínico demissional, não é incomum a realização também de exames complementares, de acordo com as atividades e riscos da atividade empresarial. O

<sup>317</sup> Utilizamos o termo em regra, pois sabemos que há diversas doenças ocupacionais que podem surgir anos após a rescisão do contrato de trabalho, como as doenças causadas por exposição ao amianto.

<sup>318</sup> Nesse sentido, posicionam-se Rosita de Nazaré Sidrim Nassar e Francisco Milton Araújo Júnior: “Nesse sentido, partindo do reconhecimento pelo ordenamento constitucional do valor social do trabalho (art. 1.<sup>o</sup>, inciso I) e da função social da propriedade (art. 5.<sup>o</sup>, inciso XXIII), bem como pela função social do contrato consagrada pela norma civil (art. 421), constata-se que a dissolução do pacto laboral, em especial do trabalhador com sequela decorrente de acidente laboral, constitui-se em prática de abuso de direito quando praticado de forma arbitrária ou sem justo motivo legitimado pelo interesse social” (A restrição da rescisão contratual do trabalhador vítima de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional a partir de um novo viés interpretativo do art. 7.<sup>o</sup>, inciso I, da Constituição Federal (Diálogo das Fontes). In: FELICIANO et al. (Coord.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2015. v. 2, p. 220).

<sup>319</sup> Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cacheddownloader?collection=coleta011&docId=73acb9bf57ef16cf4c2948096bea6fa7a864b66c&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

<sup>320</sup> Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cacheddownloader?collection=coleta011&docId=97a7a753a25bade4f1f3eae27d8a7a0525054103&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

norte de quais exames serão solicitados será dado pelo Programa de Proteção de Riscos Ambientais (PPRA),<sup>321</sup> previsto na Norma Regulamentadora 9. Em empresas nas quais o empregado está exposto a ruídos além do limite máximo permitido, convém realizar, por exemplo, o exame de audiometria.

Apesar do dever/direito da empresa de monitorar e cuidar das condições de saúde de seus empregados, tal prerrogativa esbarra no direito à intimidade do empregado. Nesse sentido, leciona Alice Monteiro de Barros:<sup>322</sup>

Logo, mesmo que o Direito do Trabalho não fizesse menção expressa ao direito à intimidade da empregada, ele é oponível contra o empregador. Não é o fato de um empregado encontrar-se subordinado juridicamente ao empregador ou de deter este último o poder diretivo, que irá justificar a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, do contrário haveria degeneração da subordinação jurídica em um estado de sujeição do trabalhador.

Estabelecido o conflito entre os direitos do empregador e do empregado, sugere Sandra Lia Simón<sup>323</sup> a utilização das regras de compatibilização dos direitos:

A realização de exames médicos no ensejo da contratação dá ao empregador a possibilidade de conhecer o estado geral de saúde do seu futuro empregado, para verificar se este se encontra apto a desenvolver a função para a qual está sendo contratado. Da mesma forma, se forem realizados exames médicos periodicamente, no caso de ser detectada alguma enfermidade, o empregador tem a oportunidade de encaminhar seus empregados ao tratamento necessário, evitando uma piora nas condições gerais, que poderia causar-lhe um prejuízo maior. Até aqui, ainda que imiscuindo-se na esfera íntima dos trabalhadores, o empresário, estará, apenas, preservando o seu patrimônio.

Apesar de silente a respeito da possibilidade ou não da realização de exame de sangue ao fim do contrato de trabalho, há quem defenda que nos termos da Lei n.º 9.029/1995 ao empregador é vedado solicitar exame para confirmação da gravidez quando da dispensa da empregada.

Nesse sentido, Alice Monteiro de Barros<sup>324</sup> “defende que, ao se permitir que a mulher ocultar a gravidez, não se está preconizando a má-fé, mas impedindo o uso de

<sup>321</sup> “9.1.1 Esta Norma Regulamentadora – NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e conseqüente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais” (Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR09/NR-09-2016.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2018).

<sup>322</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências cit.*, p. 358.

<sup>323</sup> SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado cit.*, p. 133.



expedientes que visem a burlar o fim perseguido pelo artigo 7.º, XXX, da Constituição Federal, e preservando o sentido ético da normativa em questão”.

Nosso entendimento é no sentido contrário, uma vez que a legislação não abarca interpretação extensiva; afinal, se o legislador desejasse a proibição do exame de sangue quando da dispensa, sem maiores problemas adicionaria tal palavra ao verbete da lei, o que não aconteceu. Tal posicionamento é defendido por Luciano Martinez:<sup>325</sup>

Essa proteção está contida também no art. 373-A, IV, da CLT. Note-se que o mencionado dispositivo veda apenas a existência do exame diante das situações que dizem respeito ao acesso ou à permanência no emprego. Nada obstaculiza, portanto, o exame para constatação de óbices ao desligamento, desde que a empregada admita, aceite sua realização. A providência, aliás, preveniria litígios e funcionaria como uma fórmula que permitiria a manutenção da trabalhadora no emprego, sem futuras alegações de que ela desconhecia seu estado gravídico ou de que ela propositalmente esperou passar o período estável para, em abuso de direito, pedir apenas a indenização.

A legislação é explícita ao referir-se às práticas discriminatórias contra a empregada e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, mas não no tocante à dispensa. Nesse sentido, julgados da Justiça do Trabalho:

[...] Finalmente, não vislumbro no pedido de apresentação de comprovante da gravidez tratamento discriminatório. Dispõe a Lei 9.029/2005 em seu artigo 2.º: Art. 2.º 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. (G.N) No mesmo sentido, o teor do artigo 373-A, da CLT, em seu inciso IV, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.799/99: 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. Da leitura dos dispositivos acima colacionados não restam dúvidas de que a exigência de atestado comprobatório da gravidez, para fins de admissão ou permanência no emprego, não se constitui prática discriminatória. Todavia, do contexto dos autos entendo que a solicitação feita pela ré – note-se que não foi uma exigência, mas uma solicitação, mero requerimento, tanto que a laborista teve oportunidade e liberdade de contra argumentá-la – não objetivava discriminar a trabalhadora, mas assegurar-lhe o direito à estabilidade [...]

O exame solicitado pela empregadora preservaria o vínculo empregatício da reclamante e evitaria desgastes futuros e custos adicionais com o pagamento de indenização pelo período estável (TRT-2.ª Região, 5.ª Turma, RO

<sup>324</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 135.

<sup>325</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

0000247-24.2012.5.02.0019, Juiz Relator Donizete Vieira da Silva, *DO* 26.09.2013).<sup>326</sup>

[...] A reclamante invoca em seu favor a lei 9.029/95, art. 1.º, e o artigo 373-A da CLT. “Artigo 1.º 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 artigo 7.º da Constituição Federal. Artigo 2.º 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; 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”. Os dispositivos são claros em estabelecer a proibição de exigência de exame de gravidez para permanência da grávida na empresa. Todavia, não se pode perder de vista sua finalidade. O que visa a lei obstar é a discriminação no ambiente de trabalho. Não é o caso dos autos. A empresa tinha razões para requerer a realização do exame de gravidez. É nítido que a relação de emprego estava fragilizada e intentava a ré sua demissão. Essa intenção em nada se relaciona com seu estado gravídico, o que afasta o caráter discriminatório da exigência. Pelo contrário, o que se buscava era não lesar seus direitos trabalhistas, especialmente a estabilidade gestacional. Não nos parece ter a empresa excedido os limites do poder diretivo nem ter adentrado a esfera de individualidade da autora. Este é o entendimento da sentença recorrida, motivo pelo qual mantemos (TRT-2.ª Região, 12.ª Turma, RO 0031500-19.2010.5.02-0078, Desembargador Francisco Ferreira Jorge Neto, 14.04.2011).<sup>327</sup>

O exame de sangue já é hoje solicitado e feito por variados motivos no exame demissional, e a realização de tais exames não é considerada discriminatória ou invasiva, mas serve mais como uma garantia de que aquele empregado se encontra gozando de perfeita saúde ao ser dispensado.

A realização de exame de sangue na dispensa por profissionais da saúde que têm no seu dia a dia exposição a todo tipo de doenças transmissíveis, bactéria e vírus, exemplificativamente, não só é importante, como se faz imperiosa para se ter conhecimento do atual quadro de saúde do empregado, porquanto é possível que o trabalhador tenha sido contaminado, mas não tenha desenvolvido os sintomas da doença.

---

<sup>326</sup> Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta013&docId=4313d72d648879fc318f1cdb0f24849f85ed2364&fieldName=Documento&extension=pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

<sup>327</sup> Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta013&docId=c213bd1286aed1a7c2a82a617fcc08c517d0a4c5&fieldName=Documento&extension=pdf#q=,>>>. Acesso em: 29 dez. 2018.

Por tal razão, defendemos que a realização de exame para verificação de gravidez deveria fazer parte do exame demissional de toda empregada mulher, assegurando os direitos do empregador, da empregada e do nascituro, explica-se.

Com a realização do exame de sangue/urina para a análise do hormônio Beta-HCG na dispensa ou pedido de demissão, os direitos do empregador são assegurados, de maneira que, ao saber a gravidez da empregada, este pode revogar a decisão, reintegrando a empregada, e fazer uso de sua mão de obra até o afastamento pela licença-maternidade.

Por seu turno, a empregada, ao realizar o exame de sangue, pode eventualmente desistir a tempo do pedido de demissão, continuar no trabalho e garantir sua subsistência e do nascituro, podendo usufruir do convênio médico fornecido pela empresa, começando o quanto antes o acompanhamento médico pré-natal<sup>328</sup> a fim de manter a integridade das condições da mãe e do bebê.

Nessa linha de raciocínio, entendemos que não há motivo razoável para que o exame de confirmação de gravidez (exame de sangue/urina) não seja realizado, afinal não estamos falando de exame ginecológico com toque uterino, que aí sim poderia gerar constrangimento ou humilhação à mulher, mas simples exame de sangue/urina que, uma vez procedido, poderia garantir o emprego, mantendo o vínculo empregatício. Nesse aspecto, leciona Sergio Pinto Martins.<sup>329</sup>

Nada impede, contudo, à empresa solicitar exame médico na dispensa da empresa, visando verificar se esta está grávida, justamente por ter por objetivo manter a relação de emprego, caso o resultado seja positivo. O empregador não poderá saber se a empregada está ou não grávida se não proceder ao exame. A prática do empregador de solicitar o exame médico para a dispensa da empregada é um ato de segurança para as próprias partes da condição de garantia de emprego da obreira, para efeito da manutenção da relação de emprego no caso de estar ela grávida, não representando crime, infração administrativa ou outra qualquer. Não se trata, assim, de discriminação, pois, ao contrário, está verificando se a empregada pode ou não ser dispensada, pois sem o exame não se saberá se a empregada estava ou não grávida quando da dispensa, que implicaria ou não a reintegração.

Ademais, em razão de hoje ser reconhecida a estabilidade provisória decorrente de gravidez ocorrida no aviso prévio ainda que indenizado, e também levando em consideração

---

<sup>328</sup> O Ministério da Saúde brasileiro alerta que a realização do pré-natal representa papel fundamental em termos de prevenção e/ou detecção precoce de patologias tanto maternas como fetais, permitindo um desenvolvimento saudável do bebê e reduzindo os riscos da gestante (BRASIL. Ministério da Saúde. Pré-natal e puerpério. Atenção qualificada e humanizada. Manual técnico. Disponível em: <[http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_11.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_11.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2017).

<sup>329</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 314.

que nem sempre o primeiro exame de sangue consegue apontar a gravidez, o ideal seria a realização de novo exame de sangue no último dia do aviso, a fim de evitar surpresas para o empregador e também para a empregada, caso esta ainda não saiba de sua gravidez.

Outrossim, como os demais exames médicos complementares, o custo de eventual exame de sangue/urina na dispensa seria do empregador, não há por que transferir esse ônus à empregada.

Em consonância com o quanto defendido *supra*, encontra-se em trâmite o Projeto de Lei n.º 6.074/2016, do Deputado Laercio Oliveira (SD-SE), que permite a exigência de teste de gravidez na dispensa da empregada. A proposta inclui a regra na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, Decreto-lei n.º 5.452/1943), que prevê exame médico na admissão e na demissão de trabalhadores. Em sua justificativa, alega o autor:

[...] Com isso, não raro, demissões são revertidas porque à época do ato nem a empregada sabia de sua gravidez – e com a reversão da rescisão contratual, seguem-se todos os efeitos práticos e jurídicos decorrentes da reintegração e da própria estabilidade. Por isso a relevância de se permitir o exame de gravidez no momento dos exames demissionais, para trazer segurança jurídica e a certeza de que aquele ato é juridicamente perfeito. Vale ressaltar que o exame será exigido apenas durante o procedimento da demissão. A possibilidade de se realizar tal exame traz benefícios principalmente à empregada, pois, caso ela venha a descobrir sua gravidez durante a demissão, o ato não será concluído, ante sua estabilidade provisória. Será um avanço na proteção à maternidade, pois a mulher terá a tranquilidade de manter seu emprego e não passará por dissabores durante a gestação.<sup>330</sup>

Ainda, a nosso ver, é evidente que qualquer exame médico só poderá ser feito com a autorização e consentimento da empregada para resguardar os seus próprios interesses. Por outro lado, a empregada que preferir não fazer o exame não poderia, oportunamente, meses depois, ajuizar ação para pedir a reintegração e salários vencidos.

Afinal, se a empregada recusa a realização do exame de sangue e depois se descobre grávida ajuizando ação contra o empregador, entende-se pela aplicabilidade do princípio *Nemo Auditur Proprium Turpitudinem Allegans*, pelo qual não pode ninguém se beneficiar da própria torpeza. Assim, também defende Luana de Paula Costa:<sup>331</sup>

<sup>330</sup> Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9AB8B40FC313DD64933D8D0F8A276C2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1488260&filename=PL+6074/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9AB8B40FC313DD64933D8D0F8A276C2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1488260&filename=PL+6074/2016)>. Acesso em: 17 jul. 2017.

<sup>331</sup> COSTA, Luana de Paula. A realização do exame de gravidez demissional como condição para a garantia provisória no emprego. *LTr*, São Paulo, v. 52, n. 86, p. 478, 2016.

Outra situação que poderia ser vista como renúncia seria o caso em que o empregador concede à empregada a faculdade de realizar o exame de gravidez demissional e ela se recusa. Considerando que a descoberta da gestação é uma garantia para ambas as partes da relação contratual, a negativa deve ser devidamente justificada, sob pena de perda do direito à reintegração.

Passa-se, portanto, a responsabilizar a própria gestante pela sua escolha em realizar ou não o teste *sponte propria*, e em optar pelo direito à preservação da sua intimidade ou pela proteção da vida que está sendo formada e que se encontra sob seu jugo.

Tendo a obreira aceitado se submeter ao teste, soerguerá o aperfeiçoamento do ato demissional. Já na hipótese de ser positivo, e estando a empregada grávida, haverá a continuidade do pacto juslaboral por pelo menos até 5 (cinco) meses após a ocorrência do parto, nos moldes do preconizado no ADCT. Trata-se de hipótese de reconsideração da rescisão contratual, e não de reintegração, posto que o ato de dispensa não terá sido perfeito e acabado.

Ainda, última questão apresenta a seguinte reflexão: e se, em vez da realização do exame de sangue/urina, o empregador pudesse exigir uma declaração de próprio punho assegurando a empregada não estar grávida?

No nosso entender, tal declaração poderia perder a validade caso restasse comprovado posteriormente que ao tempo da declaração a própria empregada não tinha conhecimento de sua gravidez.

Assim, ainda que menos invasivo que a realização de um exame de sangue, entendemos que exigir uma declaração da empregada confirmando não estar grávida no momento da dispensa não seria eficaz, pois tal declaração poderia estar sujeita a equívocos da própria trabalhadora.

Outrossim, não é possível descartar a possibilidade de a empregada ser forçada de alguma forma a assinar tal declaração pelo empregador.

Portanto, ao que nos parece, o exame de sangue/urina realizado no ato demissional seria o meio mais seguro e eficiente de evitar a dispensa da empregada que porventura tenha engravidado ao longo do pacto laboral. O ato de a empregada concordar com a realização do exame de sangue ficará mais uma vez sujeito à observância dos princípios da boa-fé objetiva e do *duty to mitigate the loss*, citados *supra*.

#### 4.5 Do Programa Empresa Cidadã – Lei n.º 11.770/2008

Importante inovação trazida na legislação infraconstitucional de proteção ao trabalho da mulher foi a publicação da Lei n.º 11.770, de 09.09.2008<sup>332</sup>, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, segundo o qual a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do *caput* do artigo 7.º da Constituição Federal poderia ser prorrogado por 60 dias (artigo 1.º).

A regra do artigo 1.º, § 1.º, da mesma Lei é que a prorrogação será garantida à empregada, desde que (i) ela requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade; (ii) a empresa esteja inscrita no Programa.

Acertadamente, a Lei n.º 11.770/2008 equipara o direito de prorrogação também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

No setor público, convém mencionar, a Lei autorizou a instituição do programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras (artigo 2.º da mesma Lei).

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

Todavia, no mesmo período, a empregada (i) não poderá exercer qualquer atividade remunerada; e (ii) a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar, sob pena de perda do direito à prorrogação.

Importante destacar a regra constante na lei de que a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar. A nosso ver, tal exigência é condição *sine qua non* de convivência entre a mãe e a criança no período da licença e da sua prorrogação e fundamental para atender ao comando dos artigos 6.º, 7.º, XVIII, e 201, II, e 227, § 6.º, todos da Constituição Federal.

Novamente, mais do que a proteção à mulher, reafirma-se que a proteção aos direitos fundamentais da mulher gestante, adotante e a posterior licença-maternidade são, também, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes,

---

<sup>332</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11770.htm)>. Acesso em: 13 jan. 2019.

pois direitos indissociáveis. Não se pode falar em proteção à mãe, sem se referir a proteção ao filho, pois a recíproca também é verdadeira.

Na redação da Lei n.º 11.770/2008, agiu bem o legislador ao exigir essa convivência familiar ou materna, pois essencial ao desenvolvimento intelectual, físico, biológico, mental da criança e, mais do que isso, para a criação dos laços afetivos preconizados no Estatuto da Criança e Adolescente.

Infelizmente, no artigo 5.º da Lei limitou-se a participação dos empregadores no Programa Empresa Cidadã às empresas “tributadas com base no lucro real”. A consequência lógica é que se excluam todas as empresas tributadas com base no lucro presumido e todas as empresas que participam do sistema de recolhimentos de tributos simplificada, conhecido como SIMPLES.

Embora a Lei n.º 11.770/2008 seja ótima no intento, ela não é tão positiva no seu alcance e extensão, porquanto a tributação pelo sistema de apuração de lucro real é muito complexa e exige sistemas de contabilidade muito rígidos e caros, o que por óbvio acaba sendo um impeditivo para as empresas menores, que normalmente estão enquadradas em sistemas mais simples e menos burocráticos para apuração de lucros, a exemplo do sistema de lucro presumido ou do sistema simplificado – “SIMPLES”.<sup>333</sup>

Em dissertação de mestrado, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni<sup>334</sup> narra interessantíssimo caso envolvendo a aplicação da Lei n.º 11.770/2008 no âmbito da administração pública, mais especificamente a municipalidade de São Luiz do Paraitinga, no Vale do Paraíba, que teve de ser acionada judicialmente para conceder a extensão da licença-maternidade:

[...] Em 2008, uma mãe no gozo da licença-maternidade se socorreu do Judiciário Trabalhista para ver assegurado o direito de permanecer mais

---

<sup>333</sup> Nesse sentido, lúcida escrita de Alessandro da Silva e Oscar Drost acerca da impossibilidade de as micro e pequenas empresas aderirem ao programa, dado que não poderão deduzir a remuneração do imposto a pagar: “Em se tratando de segmento mais sensível à concorrência, é pouco provável que haja alguma adesão ao Programa, de modo que acabaram sendo criadas, por via transversa, duas categorias de trabalhadoras: a de primeira grandeza, cuja prole pode contar com a mãe ao longo de todo o primeiro semestre de vida e, com isso, desfrutar dos cuidados e zelos necessários a um pleno desenvolvimento e, em um segundo nível, logo abaixo, aquelas cuja proteção se restringe aos primeiros quatro meses” (Comentários sobre a licença-maternidade e as inovações da Lei n.º 11.770/08. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 25, n. 299, p. 21, nov. 2008).

<sup>334</sup> PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. *Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 29. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30102012-101834/pt-br.php>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

tempo em casa com o recém-nascido por recomendação médica atestada, uma vez que o mesmo necessitava de cuidados especiais, já que sofria de refluxo, doença do aparelho gástrico, comum entre os bebês.

A mãe temia voltar ao trabalho e deixar o filho aos cuidados de terceiros em creches ou berçários, onde a atenção não seria tão intensa ao seu bebê por conta da quantidade de crianças que lá são cuidadas diariamente. Óbvio que a mãe temia pela vida de seu filho e sentia a necessidade de estar com ele nesta fase mais delicada da amamentação.

Neste caso, em brilhante decisão prolatada pelo então Juiz do Trabalho da 1.<sup>a</sup> Vara do Trabalho de Taubaté/SP, foi decidido que a municipalidade de São Luiz do Paraitinga deveria conceder de imediato uma licença adicional de duas semanas, nos termos do artigo 392, § 2.<sup>o</sup>, da CLT.

Conforme explica o próprio magistrado, em princípio a Lei 11.770/2008 pertence àquela classe de leis trabalhistas de aplicação condicionada, que se tornaram relativamente comuns na década de noventa. A empregada teria direito aos 180 dias de licença apenas em três casos: a) na iniciativa privada, por adesão ao Programa Empresa Cidadã; b) na iniciativa pública, por lei, já que atos administrativos encontrariam limitações na LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal); c) de um modo geral, por meio de negociação coletiva, onde fosse admitida. O fato, porém, é que alguns Tribunais têm estendido a garantia por outras vias (judiciais e administrativas).

Nesse sentido, vale mencionar que há diversas propostas legislativas,<sup>335</sup> e uma delas é o Projeto de Lei n.º 72/2017 proposto pela Senadora Rose de Freitas, em trâmite no Senado,<sup>336</sup> cujo escopo é alterar os artigos 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, 71 e 71-A da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, para majorar o prazo da licença-maternidade, de 120 para 180 dias, e para permitir ao pai acompanhar a mãe do nascituro nas consultas e exames durante a gravidez.

Digna de menção a Justificação<sup>337</sup> do Projeto de Lei que destaca a importância da família e do acompanhamento da mãe e do pai desde os primeiros momentos da criança (pré-natal) até os meses que seguem ao parto:

Nos termos do art. 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade brasileira, merecendo especial proteção do Estado. Em face disso,

---

<sup>335</sup> Em janeiro de 2018, havia pelo menos sete propostas para ampliar a licença-maternidade. Das matérias, quatro (PLS 162/2013, PEC 24/2013, PEC 166/2015 e PEC 41/2015) propõem que todas as trabalhadoras tenham acesso à licença-maternidade nos moldes daquela oferecida nas empresas do programa EC, ou seja, 180 dias de afastamento para a mãe. Dessas, três (PLS 162/2013, PEC 24/2013 e PEC 166/2015) propõem que a licença-paternidade seja de 15 dias e uma (PEC 41/2015) sugere que sejam oferecidos 30 dias para os pais. Os demais projetos (PLS 72/2017, PLS 151/2017 e PEC 355/2017) também propõem a ampliação da licença-maternidade para 180 dias, mas preveem a possibilidade de compartilhar parte desse período de afastamento com o pai; essa divisão do período é chamada de licença parental.

<sup>336</sup> O Projeto, em abril de 2018, foi aprovado pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado.

<sup>337</sup> Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5201088&ts=1543009779825&disposition=inline>>. Acesso em: 29 dez. 2018.



toda e qualquer medida destinada a resguardá-la deve ser estimulada pela sociedade e pelo Estado, em especial pelo Parlamento. Considerando que a direção da família incumbe, em igualdade de condições, ao homem e à mulher (art. 1.567 do Código Civil – Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), sempre no interesse dos filhos menores, necessário conceder ao pai o direito de acompanhar a mãe nas consultas e exames indispensáveis a uma gravidez saudável. Trata-se de medida que estimula a paternidade responsável, inserindo o genitor, desde os primeiros momentos, na rotina de cuidados com o seu filho que irá nascer.

Além disso, a proposição visa a aumentar o prazo da licença-maternidade, expandindo-o de 120 para 180 dias, como maneira de majorar o contato da mãe com a criança, garantindo que o menor tenha todos os cuidados recomendados ao seu saudável desenvolvimento nesses primeiros momentos de vida.

Também foi proposta a Emenda à Constituição n.º 1 de 2018, elaborada por diversos autores, a qual propõe a alteração dos incisos XVIII e XIX do artigo 7.º da Constituição Federal para ampliar a licença-maternidade (180 dias) e a licença-paternidade (20 dias) para todos os cidadãos brasileiros.

Novamente na Justificação, há a reafirmação da importância do estabelecimento de vínculos afetivos entre pais e filhos:

A Constituição Federal concede, aos trabalhadores urbanos e rurais, licença-maternidade de 120 dias e licença-paternidade de 5 dias. Esse prazo é notoriamente insuficiente para garantir o atendimento completo às exigências maternas e paternas, em especial se considerarmos as atuais recomendações relativas à amamentação (seis meses). Trata-se de estabelecer, com segurança, os parâmetros de uma vida saudável e feliz, num momento crucial da formação, com o estabelecimento de vínculos afetivos entre pais e filhos. Precisamos conceder o tempo necessário e merecido aos recém-nascidos, além de permitir que os pais firmem uma relação que durará por toda a existência deles. Estamos propondo, então, que a duração da licença-maternidade seja aumentada de 120 para 180 dias e a licença-paternidade passe de 5 para 20 dias. É um tempo precioso para a família e refletirá em benefício de toda a sociedade, com redução dos desajustes emocionais e gastos com saúde e segurança. Com a medida proposta, concedemos tratamento igualitário e isonômico a todos os trabalhadores, ao elevarmos ao patamar constitucional normas que vigoram para os servidores públicos federais, nos termos do Decreto n.º 6.690, de 11 de dezembro de 2008, e para muitos empregados da iniciativa privada, em razão da Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã. Nessa linha, muitos Estados e Municípios também vêm adotando licenças estendidas. Também julgamos relevante que os mesmos direitos e prazos sejam reconhecidos, constitucionalmente, para as mães e pais adotantes. Isso

servirá para estimular o instituto da adoção e reduzir os custos com a Assistência Social.<sup>338</sup>

Nessa esteira, impossível deixar de destacar que, também de maneira louvável, a Lei 11.770/2008 já prevê a extensão da licença-paternidade para 20 dias:

Art. 1.º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

II – por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1.º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

A nosso ver, 20 dias ainda é muito pouco,<sup>339</sup> mas finalmente os legisladores começaram a externalizar de forma concreta o entendimento de que o homem é igualmente importante na criação do bebê e tanto quanto a mãe deve acompanhar e participar do crescimento do filho. A divisão da responsabilidade e o desenvolvimento da consciência de que a obrigação de criar o filho não é somente da mulher, mas de ambos, é extremamente importante para a ruptura de conceitos antigos que vinculam a mulher ao ambiente doméstico. Assim, também defendem Graciane Rafisa Saliba e Márcia Regina Lobato Farneze Ribeiro.<sup>340</sup>

[...] A presença do pai nos primeiros meses de vida da criança é de suma importância, a figura paterna tal como a materna é fundamental para o desenvolvimento cognitivo, psíquico e motor da criança. Além do mais, isto é necessário para se quebrar o paradigma existente de que os cuidados para com a criança são exclusivos da mãe. A amamentação é importante e intransferível, contudo a educação da criança vai muito além disso. É importante que ela cresça em um mundo onde seja possível que os pais dividam, além dos sonhos, também as responsabilidades e, certamente, essa convivência fortalecerá o núcleo familiar.

<sup>338</sup> Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7631175&ts=1545400779933&disposition=inline>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

<sup>339</sup> Entendemos interessante citar a iniciativa do escritório ASBZ Advogados que passou a conceder seis meses de licença-maternidade e paternidade a todos os seus funcionários. O benefício, previsto no programa ASBZ + Família, é para casais héteros ou homoafetivos, seja no nascimento ou na adoção de filhos. De acordo com Guilherme Amaral, sócio do ASBZ: “Pai e mãe – ou pais ou mães – devem estar junto ao bebê desde o nascimento ou adoção. Isso contribui para a saúde da criança e conexão da unidade familiar. Entendemos que no conceito moderno de família a responsabilidade deve ser de ambos, mas que, acima de tudo, deve ser dado ao casal o direito de escolher como organizar a rotina da casa em um momento de mudança tão importante. É essa parceria e liberdade de escolha que queremos viabilizar” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-12/asbz-advogados-meses-licenca-maternidade-paternidade>>. Acesso em: 13 jan. 2019).

<sup>340</sup> SALIBA, Graciane Rafisa; RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze. (Re)Pensando a finalidade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. Disponível em: [http://www.academia.edu/8146773/\\_RE\\_PENSANDO\\_A\\_FINALIDADE\\_E\\_EFETIVIDADE\\_DA\\_LICEN%C3%87A\\_MATERNIDADE\\_E\\_DA\\_LICEN%C3%87A\\_PATERNIDADE\\_DIANTE\\_DAS\\_RELA%C3%87%C3%95ES\\_AFETIVAS\\_CONTEMPOR%C3%82NEAS](http://www.academia.edu/8146773/_RE_PENSANDO_A_FINALIDADE_E_EFETIVIDADE_DA_LICEN%C3%87A_MATERNIDADE_E_DA_LICEN%C3%87A_PATERNIDADE_DIANTE_DAS_RELA%C3%87%C3%95ES_AFETIVAS_CONTEMPOR%C3%82NEAS)>. Acesso em: 2 jan. 2019.

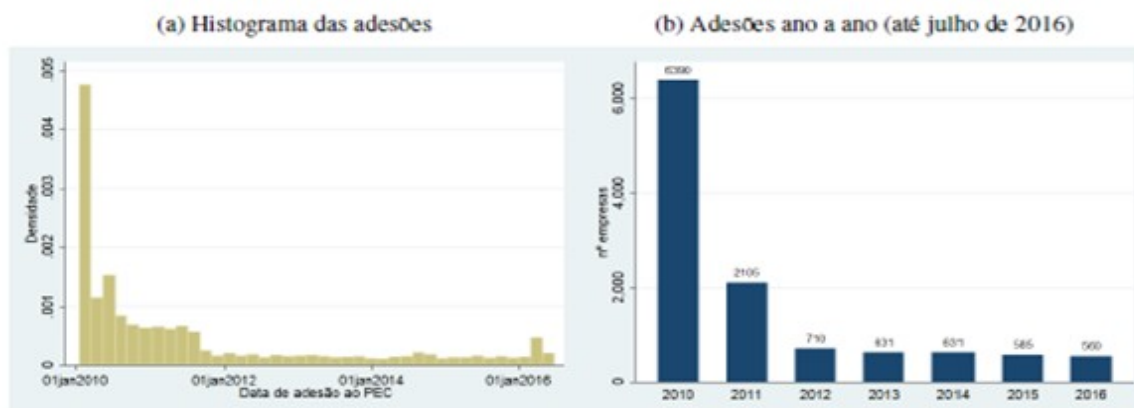
Nas palavras de José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz,

[...] o princípio da igualdade é incompatível com a unidade de direção da família e com a predeterminação legal de funções entre marido e mulher e, portanto, com a adoção de um modelo rígido de repartição de tarefas em função do sexo no lar. A lei renuncia atribuir a um dos cônjuges as responsabilidades pelo sustento da família e ao outro as tarefas domésticas. Afasta-se a ideia de hierarquia na sociedade conjugal e se estabelece assim uma organização indiferenciada com partilha de todas as responsabilidades e encargos.<sup>341</sup>

Dez anos após edição da Lei, a curiosidade e a necessidade de saber as repercussões do programa são imperiosas, contudo, por se tratar de material extenso com muitas considerações, citaremos apenas as principais constatações verificadas no mercado de trabalho. De acordo com o levantamento feito por Larissa Bueno Stolar,<sup>342</sup> o grande pico de adesão ao programa EC se deu no início de 2010, quando o programa começou; esse ano registrou 55% das adesões.

#### Gráfico 4

##### Adesão ao programa Empresa Cidadã



<sup>341</sup> OLIVEIRA José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Direito de família (direito matrimonial), p. 343 apud GARBI, Carlos Alberto. Igualdade entre os cônjuges – As principais alterações após a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais Online*, p. 9, ago. 2011.

<sup>342</sup> STOLAR, Larissa Bueno. *A hora de voltar: consequências da ampliação da licença-maternidade para emprego e renda*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de empresas de São Paulo, São Paulo, p. 29. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20730/dissertacao-revisada-padrao.pdf?sequence=5&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

Ainda de acordo com a leitura da compilação de dados elaborados por Larissa Bueno Stolar,<sup>343</sup> o número de mulheres nas empresas cidadãs cresceu em 3,7 pontos percentuais de 2007 a 2016, e aumentos foram registrados em todos os períodos, mais expressivamente em 2008, 2009 e 2010. Na média, a participação feminina cresceu tanto no número de desligamentos quanto no número de contratações, mas o aumento foi maior nas demissões. Apenas em 2014 houve queda na participação de mulheres nos desligamentos.

Sobre a participação feminina no número de novos funcionários, nos períodos de 2012 e 2013, houve queda de 24,2%, seguida de um aumento de 34,6%. Na média, as mulheres em empresas cidadãs são mais bem remuneradas do que a média das trabalhadoras brasileiras; em 2016, a diferença foi de R\$1.240, segundo dados da PNAD Contínua.

Em artigo escrito por Débora Chaves Meireles, Ricardo da Freguglia e Carlos Henrique Leite Corseuil,<sup>344</sup> com base em informações obtidas a partir da compatibilização dos microdados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) Identificada, do Ministério do Trabalho e Emprego, com os dados da Receita Federal do Brasil (RFB) do Ministério da Fazenda (MF), no período de 2006 a 2013, pode-se observar que o programa exerceu um impacto positivo no número de contratações dos trabalhadores, com grandes disparidades entre as contratações.

Nesse levantamento, é possível observar um aumento nas contratações líquidas das mulheres de 15 a 43 anos, mas ao mesmo tempo verifica-se que o aumento nas contratações implicou quedas salariais.

---

<sup>343</sup> STOLAR, Larissa Bueno. *A hora de voltar*: consequências da ampliação da licença-maternidade para emprego e renda cit., p. 29.

<sup>344</sup> MEIRELES, Débora Chaves, FREGUGLIA, Ricardo da; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. Programa Empresa Cidadã: os impactos do aumento da licença-maternidade sobre os trabalhadores, p. 13. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/novosite/br/45-encontro-nacional-de-economia--trabalhos-selecionados>. Acesso em: 2 jan. 2019.

**Tabela 9**  
**Diferenças em diferenças tradicional por ano de adesão ao Programa Empresa**  
**Cidadã: contratações líquidas e salários dos trabalhadores, no Brasil**

Variável Dependente	Contratações líquidas				Salários de contratação			
	(1) Mulheres 15 a 43 anos	(2) Mulheres	(3) Homens	(4) Todos	(5) Mulheres 15 a 43 anos	(6) Mulheres	(7) Homens	(8) Todos
DD 2010	0.114 (0.948)	-0.107 (1.042)	1.727 (1.831)	1.621 (2.507)	-8.849 (27.06)	-27.24 (28.13)	-89.96** (38.07)	-47.96 (29.81)
DD 2011	1.223 (1.681)	2.911 (1.849)	4.028 (3.247)	6.939 (4.447)	46.27 (46.28)	21.73 (47.97)	148.4** (65.21)	116.2** (51.83)
DD 2012	3.572 (2.440)	3.883 (2.683)	-4.447 (4.713)	-0.565 (6.454)	69.47 (61.30)	82.16 (64.31)	266.8*** (90.55)	197.6*** (72.04)
Adesão ao PEC em 2010	13.23*** (0.372)	14.54*** (0.409)	35.76*** (0.718)	50.30*** (0.984)	622.9*** (10.71)	662.4*** (11.14)	833.9*** (15.03)	770.3*** (11.74)
Adesão ao PEC em 2011	18.39*** (0.657)	19.25*** (0.723)	39.00*** (1.270)	58.25*** (1.739)	643.5*** (18.17)	670.6*** (18.96)	767.7*** (25.78)	739.2*** (20.37)
Adesão ao PEC em 2012	13.14*** (0.977)	14.03*** (1.075)	45.51*** (1.887)	59.54*** (2.584)	877.0*** (24.95)	927.3*** (26.18)	1,137*** (36.06)	1,104*** (29.00)
Período em 2010	0.328 (0.225)	0.336 (0.247)	1.281*** (0.434)	1.618*** (0.594)	30.71*** (7.744)	28.41*** (7.969)	14.49 (10.63)	21.22*** (7.730)
Período em 2011	0.226 (0.220)	0.933*** (0.242)	1.425*** (0.426)	2.358*** (0.583)	77.79*** (7.626)	65.69*** (7.709)	70.57*** (10.34)	62.64*** (7.540)
Período em 2012	0.973*** (0.216)	1.129*** (0.238)	0.685 (0.418)	1.815*** (0.572)	94.61*** (7.344)	93.51*** (7.566)	111.4*** (10.18)	101.7*** (7.417)
Constante	4.432*** (0.128)	4.854*** (0.141)	10.20*** (0.248)	15.05*** (0.339)	1,035*** (4.508)	1,039*** (4.635)	1,208*** (6.144)	1,101*** (4.465)
Observações	452,528	452,528	452,528	452,528	205,000	216,498	243,924	313,502
R-quadrado	0.006	0.006	0.010	0.011	0.209	0.207	0.246	0.220

**Fonte:** Elaboração própria. Todas as colunas incluem as variáveis de controle: proporção de trabalhadores com ensino superior, a proporção de trabalhadores dirigentes, a proporção de trabalhadores gerente e *dummies* de regiões brasileiras. Os coeficientes são relatados com os erros-padrão em parênteses. \*\*\*, \*\* e \* indicam os níveis de significância de 1%, 5% e 10%. DD refere-se a Diferenças em Diferenças.

O que se percebe das pesquisas e dos diversos trabalhos acadêmicos realizados acerca do tema é que as políticas de licença-maternidade e de proteção ao emprego são importantes para promover a estabilidade de emprego de mães, porém, até o presente momento, o impacto da lei no tocante à contratação e retenção da mulher no trabalho não tem sido expressivo.

Tal dado, além da constatação da redução do salário da mulher nos últimos anos, é preocupante, porquanto o número de mulheres fora do mercado de trabalho formal é significativo. A recomendação apresentada por Larissa Bueno Stolar,<sup>345</sup> ponderando a dificuldade de fazê-lo, é que o programa seja ampliado e, por sua vez, Débora Chaves

<sup>345</sup> STOLAR, Larissa Bueno. *A hora de voltar: consequências da ampliação da licença-maternidade para emprego e renda cit.*, p. 52.

Meireles, Ricardo da Freguglia e Carlos Henrique Leite Corseuil <sup>346</sup>destacam a necessidade da conscientização do empresariado sobre a importância de definição de estratégias que minimizem a ausência da empregada beneficiária.

#### 4.6 Acordos e convenções coletivas

Aspecto importante a ser considerado no direito do trabalho é a possibilidade de criação de normas gerais e abstratas por meio nas negociações coletivas, elaboradas em tese, com maior precisão e adequação, pois as partes envolvidas estão muito mais próximas das condições de fato dos trabalhadores e trabalhadoras.

Ou seja, ao menos no que diz respeito às garantias trabalhistas, os trabalhadores e trabalhadoras dispõem de mecanismos de proteção fundados na negociação coletiva, não dependendo apenas das normas estatais para regulamentação e proteção às suas atividades.

Considerando que as leis dependem de moroso e alongado processo legislativo, não há dúvida de que algumas situações especiais poderiam ser tratadas com mais adequação e propriedade pelas negociações coletivas, a exemplo da extensão da licença-maternidade em caso de morte da criança ou da mãe, entre outros pontos polêmicos abordados anteriormente.

Na sociedade atual, ainda mais após a Reforma Trabalhista, não há como ignorar a importância e o papel dos sindicatos e das negociações coletivas como produtores de normas gerais e abstratas, mesmo com seus limites de inovação da ordem jurídica, alcance e extensão.

No plano internacional, a Convenção n.º 98 da OIT traz garantias importantes para o exercício da negociação coletiva e da participação dos trabalhadores em movimentos sindicais, garantindo-lhes a proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. Nesse sentido, leciona Marcus de Oliveira Kaufmann:<sup>347</sup>

Pelo artigo 1.º da Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1949 (ratificada pelo Brasil em 1952 e com vigência a partir de 18 de novembro de 1953) e destinada à tutela do direito de sindicalização e de negociação coletiva, encontra-se o trato principiológico do combate às práticas anti-sindicais, incluindo-se, em um primeiro momento, o sistema de

<sup>346</sup> MEIRELES, Débora Chaves, FREGUGLIA, Ricardo da; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. Programa Empresa Cidadã: os impactos do aumento da licença-maternidade sobre os trabalhadores cit., p. 13.

<sup>347</sup> KAUFMANN, Marcus de Oliveira. As práticas desleais nas relações coletivas de trabalho: um estudo de direito comparado, uma inspiração ao Brasil. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 333.

foro sindical, mais direcionado, no sistema restrito brasileiro, à tutela de dirigentes sindicais (por meio da estabilidade e da inamovibilidade de lugar e de função) e ao exercício de sua liberdade sindical individual positiva e negativa, principalmente contra a despedida motivada por razões antissindicais.

Nos termos do artigo 4.º da Convenção n.º 98 da OIT, os Estados deverão tomar medidas adequadas e compatíveis com as condições nacionais para promover utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.<sup>348</sup>

Além da Convenção n.º 98 da OIT, o Brasil ratificou outra importante norma internacional relativa às negociações coletivas, a Convenção n.º 154 da Organização Internacional do Trabalho, sobre o *Incentivo à Negociação Coletiva*, adotada em Conferência realizada em Genebra, em 19 de junho de 1981, aprovada por meio do Decreto Legislativo n.º 22, de 12 de maio de 1992, e publicada pelo Decreto n.º 1.256 de 29 de setembro de 1994.

A Convenção n.º 154 da OIT define que a expressão *negociação coletiva*, compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, (i) um empregador; (ii) um grupo de empregadores; ou uma (iii) organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, (a) uma ou (b) várias organizações de trabalhadores, que tenham por finalidade: a) definir condições de trabalho e termos de emprego; b) regular relações entre empregadores e trabalhadores; c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações (artigo 2.º).<sup>349</sup> Nesse contexto, elucidada Enoque Ribeiro dos Santos:<sup>350</sup>

<sup>348</sup> “[...] Artigo 4.º

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego” (Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_098.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html)>. Acesso em: 2 jan. 2019).

<sup>349</sup> “[...] Artigo 2.º

Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de: a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez” (Disponível em: <[http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT\\_154.html](http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html)>. Acesso em: 2 jan. 2019).

<sup>350</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte ou as duas faces da CLT. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 348, p. 2, jun. 2018.

A negociação coletiva de trabalho pode ser conceituada como um processo dialético por meio do qual os trabalhadores e as empresas, ou seus representantes, debatem uma agenda de direitos e deveres, de forma democrática e transparente, envolvendo as matérias pertinentes às relações entre trabalho e capital, na busca de um acordo que possibilite o alcance de uma convivência pacífica, em que impere o equilíbrio, a boa-fé e a solidariedade.

Ainda digna de menção a Recomendação n.º 163 da OIT, de 3 de junho de 1981,<sup>351</sup> que estabelece os meios e garantias para promover a negociação coletiva e dispõe sobre meios de fomento à negociação coletiva.

O que se nota, sem sombra de dúvidas, é que as negociações coletivas têm importante amparo nas normas internacionais da OIT, sendo bastante prestigiadas como mecanismo para normatização dos termos e condições de trabalho, razão pela qual podem ser consideradas como instrumentos também para diminuição de desigualdades nas relações de trabalho, inclusive para proteção ao trabalho da mulher.

Além das diversas normas internacionais aplicáveis às negociações coletivas no Brasil, com a mesma eficácia das leis ordinárias, pois ratificadas em nosso país, o ordenamento jurídico nacional contempla inúmeras normas estatais de proteção à negociação coletiva e à autonomia privada coletiva, a começar pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal reconhece a validade e privilegia a negociação coletiva como forma de regular as condições de trabalho e como meio de solução negociada de conflitos. Na Carta Magna, há diversas normas constitucionais que privilegiam a atuação e a participação dos sindicatos na vida dos trabalhadores e das empresas, assim como conferem aos acordos e convenções coletivas prerrogativas importantes, como se denota dos incisos VI, XIII, XIV, todos do artigo 7.º da Constituição, entre outros.<sup>352</sup>

<sup>351</sup> Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_242737/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242737/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2019.

<sup>352</sup> “[...]”

Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

[...]

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

[...]

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]



O diploma constitucional ainda privilegia a negociação coletiva ao dar proteção e garantias aos sujeitos que atuarão como negociadores, resguarda os sindicatos, como resta claro em diversas normas do artigo 8.º, exemplificativamente, ao definir que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8.º, III); que é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (artigo 8.º, VI).<sup>353</sup>

Com o advento da Reforma Trabalhista, justamente a reconhecer a importância da negociação coletiva e a relevância para o direito do trabalho das normas criadas por meio de Convenções Coletivas e Acordos Coletivos de Trabalho, foi inserido, mediante a Lei n.º 13.467/2017, o artigo 611-A<sup>354</sup> na CLT.

---

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

[...]

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]"

<sup>353</sup>

"[...]

Art. 8.º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

[...]

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[...]

VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

[...]

VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. [...]"

<sup>354</sup>

"Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

A ideia de sobreposição do negociado sobre o legislado não surgiu apenas com a Lei n.º 13.467/2017, antes de sua sanção havia tal possibilidade. Como bem pontua Ana Paula Leite Torres,<sup>355</sup> alterações eram toleradas, quando beneficiavam o trabalhador, por meio de vantagens não previstas em lei, ou, se previstas, melhorando-as. Da mesma forma, havia também a previsão de alterações prejudiciais, mas de modo excepcional, nos casos expressamente previstos na Constituição Federal, no artigo 7.º, VI, XIII e XIV.

Ocorre que, com a inclusão do artigo 611-A na CLT, o reconhecimento da prevalência da convenção e do acordo coletivo de trabalho foi estendido, de modo que as condições permissivas passam a viabilizar a pactuação de vários institutos laborais.

Como contraponto, a evitar excessos, o artigo 611-B<sup>356</sup> da CLT também deixou claro em quais hipóteses o previsto em legislação não poderá ser flexibilizado por força das partes na Convenção Coletiva de Trabalho.

A esse respeito, em artigo elaborado sobre o 19.º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Conamat), Guilherme Guimarães Feliciano e Ney Maranhão<sup>357</sup> destacam que o Juiz do Trabalho, ao interpretar a Lei n.º 13.467/2017, deve sempre ter em mente que

[...] o exercício da autonomia privada coletiva, mesmo com a expansão prevista no art. 611-A/CLT, está limitado às questões concernentes aos interesses coletivos e individuais das categorias representadas, não sendo válida cláusula que precarize direitos sociais decorrentes de matérias constitucionalmente estabelecidas como de política de estado, por serem de ordem pública e de interesse social.

---

XIII – prorrogação de jornada em locais insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.”

<sup>355</sup> TORRES, Ana Paula Leite. O novo artigo 611-A da CLT e sua necessária interpretação à luz dos princípios estruturantes do direito do trabalho. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 2, n. 19, p. 712, out. 2018.

<sup>356</sup> “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

[...] a mais do que o salário normal;

XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.”

<sup>357</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães; MARANHÃO, Ney. Os juízes do trabalho e a reforma trabalhista: primeiros horizontes de consenso. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 193, p. 4, set. 2018.

O tema é deveras polêmico e até hoje, passado mais de um ano após a edição da lei, não há consenso sobre o alcance do artigo 611-A da CLT. Enoque Ribeiro dos Santos<sup>358</sup> destaca que há pelo menos três correntes acerca da tese da supremacia da negociação coletiva sobre a legislação do trabalho, em síntese:

A primeira preconiza a tese do princípio do *favor laboratoris*, da aplicação do tratamento mais favorável ao trabalhador, sob a alegação de que os direitos trabalhistas estão elencados no art. 7.º da Constituição Federal de 1988, constituindo-se direitos humanos fundamentais, sob o predomínio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, e não podem ser dispostos *in pejus*, nem de forma individual, nem pela autonomia coletiva. Daí, para esta corrente a negociação coletiva não tem autorização para afastar direitos trabalhistas *in pejus* livremente.

Para a segunda corrente, a negociação coletiva deve ter flexibilidade suficiente para mudar condições contratuais ou até mesmo para derogar cláusulas, como no direito moderno alemão, já que vantagens coletivamente obtidas que resultam em benefícios individuais não afastam a natureza jurídica da norma produzida de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada, pois a norma coletiva sempre continua a ser norma coletiva.

A terceira corrente apresenta uma proposta intermediária, ou seja, nem um extremo, nem outro. Em outros dizeres, não se pode quebrar a espinha dorsal e aniquilar a alma do Direito do Trabalho e seu guarda-chuva protetor, rígido, hermético, nem se pode neutralizar totalmente essa proteção, de forma que a legislação trabalhista seja livremente afastada *in pejus* pela negociação coletiva de trabalho. Para esta corrente, em um ou outro caso, em uma ou outra matéria, pode ocorrer a negociação coletiva *in pejus*, mas somente a título de exceção, jamais como regra geral.

Nesse contexto, imperioso destacar também o parágrafo único do artigo 444<sup>359</sup> da CLT que iguala a negociação individual à coletiva. A novidade consiste na permissão de que o trabalhador portador de diploma de nível superior, com remuneração igual ou superior a duas vezes o valor do maior benefício previdenciário, pode negociar individualmente, sem intervenção do sindicato, nas matérias elencadas no artigo 611-A. Portanto, o empregado prescindirá de tutela sindical e estatal. Especificamente sobre esse artigo, Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima<sup>360</sup> alertam:

<sup>358</sup> SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte ou as duas faces da CLT cit., p. 2.

<sup>359</sup> “Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

<sup>360</sup> LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista*: entenda por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 59.

[...] há que se observar que, naquelas matérias em que a Constituição exige negociação coletiva, como nos incisos VI (redução temporária de salário e jornada), XII (jornada de trabalho, XIV (turno ininterrupto de revezamento), do art. 7.º, o legislador não tem poder para dispor.

Portanto, nas citadas matérias, continua a vedação de negociação individual para reduzir direitos, o que torna nulo o ato (inclusive lei de qualquer hierarquia) que desobedecer à norma superior. Para ganho do trabalhador, a negociação é sempre livre, por força do artigo 7.º, *in fine*, da Constituição.

Outrossim, a vontade há de ser isenta de vício de consentimento, como erro, ignorância, dolo, fraude etc., conforme arts. 138 e segs. do Código Civil. Na dúvida, há que se aplicar a regra *in dubio pro operario*. Ficar de olho também no princípio da irrenunciabilidade, que tem por fundamento o vício presumido de consentimento, com assento no art. 9.º da CLT.

No tocante ao trabalho da gestante, o artigo 611-B veda expressamente a negociação por acordo ou convenção coletiva de direitos como a licença-maternidade com duração mínima de 120 dias e a proteção do mercado da mulher mediante incentivos específicos.<sup>361</sup>

A vedação, apesar de parecer óbvia, é de extrema importância, pois, antes mesmo do advento da Reforma Trabalhista, era possível encontrar convenções coletivas a prever a perda da estabilidade provisória da gestante, como se nota exemplificativamente da Convenção Coletiva de Trabalho 2017/2018 firmada entre o Sindicato das Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e do Material Elétrico de Blumenau e Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e do Material Elétrico de Blumenau:

b) ESTABILIDADE À GESTANTE. Fica vedada a dispensa sem justa causa de empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, enquanto não for regulamentado por lei ordinária ou complementar o disposto no art. 10, inciso II, letra “b”, do ADCT.

<sup>361</sup> Apesar dessa vedação, a preocupação com o incentivo do trabalho da mulher manifesta-se de outras formas. Ao determinar que o negociado sobreponha o legislado, é possível que excessos apareçam sobre outra roupagem, a dificultar o trabalho da mulher, como bem elucidada ao comentar o parágrafo único do artigo 611-B da CLT: “[...] mas dispõe no seu parágrafo único que ‘Regras sobre duração de trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho o fins do disposto neste artigo’. Isso significa que a duração do trabalho, para todos os trabalhadores, pode ser objeto de negociação, inclusive individual, o que, ao contrário do que o dispositivo mencionado pretende negar, afeta diretamente a saúde dos obreiros. E, para as mulheres, tem impacto diferenciado eis que, como sabido, o comum é que elas tenham a ‘dupla jornada’. Assim, uma jornada de trabalho fora de casa ordinariamente aumentada somada aos deveres no âmbito doméstico certamente resultarão em adoecimentos e conseqüente sobrecarga da Previdência Social, prejuízo para o núcleo familiar e toda a sociedade” (MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. Trabalhadores e trabalhadoras do Brasil: onde está a igualdade. O papel do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação de gênero e promoção da igualdade no trabalho cit., p. 37).

*Esta garantia não prevalecerá se não for comunicada e comprovada a gravidez por atestado médico ou laboratorial até a data do pagamento ou homologação da rescisão<sup>362</sup> (grifo nosso).*

A norma, porém, nada diz a respeito de eventual aumento do período de licença-maternidade, o que já é uma realidade, como se nota da Convenção Coletiva de Trabalho 2016-2018 firmada entre a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro (Contraf/CUT), a Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários dos Estados da Bahia e Sergipe, a Federação dos Trabalhadores do Ramo Financeiro dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de São Paulo, o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários e Financeiros de Curitiba e região, o Sindicato dos Bancários de Brasil e o Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento do Estado de São Paulo, o Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento do Estado do Paraná e o Sindicato das Sociedades de Crédito, Financiamento e Investimento do Estado do Ceará:

CLÁUSULA 4.2 – PROTEÇÃO AO EMPREGO. Gozarão de estabilidade provisória no emprego, salvo por motivo de justa causa para demissão: Cláusula 4.2.1. – GESTANTE. As empregadas gestantes, desde a gravidez, até 90 (noventa) dias após o término da licença-maternidade. Durante o período da estabilidade provisória a empregada não poderá ser transferida de local de trabalho, salvo na hipótese prevista no parágrafo 2.º do artigo 469 da CLT concernente à extinção do estabelecimento. Parágrafo Primeiro – Na hipótese de empregada gestante ser dispensada sem o conhecimento, pela empresa representada pelo SINDICATO DOS EMPREGADORES, de seu estado gravídico, terá ela o prazo de 90 (noventa) dias, a contar da comunicação da dispensa, para requerer o benefício previsto nesta Cláusula, sob pena de perda do período estabilitário suplementar ao previsto no artigo 10, alínea “b” do inciso II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Parágrafo Segundo – Caso seja desejo da empregada o seu desligamento por meio de pedido de demissão, ficam as empresas, representadas pelo SINDICATO DOS EMPREGADORES, dispensadas de efetuar o pagamento da indenização prevista na cláusula 4.2.1, desde que devidamente assistida pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS.<sup>363</sup>

Nesse sentido, também dispõe a Convenção Coletiva de Trabalho 2018/2019 firmada entre o Sindicato Nacional da Indústria de Estamparia de Metais (Siniem) e a Federação dos Sindicatos de Metalúrgicos da CUT no Estado de São Paulo:

<sup>362</sup> Disponível em: <[http://www.simmmeb.com.br/images/SIMMMEB/Convencao-Coletiva-de-Blumenau---17\\_18.pdf](http://www.simmmeb.com.br/images/SIMMMEB/Convencao-Coletiva-de-Blumenau---17_18.pdf)>. Acesso em: 3 jan. 2019.

<sup>363</sup> Disponível em: <[http://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/1185\\_cct\\_financiaros\\_2016\\_2018.pdf](http://spbancarios.com.br/sites/default/files/cct/arquivo/1185_cct_financiaros_2016_2018.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2019.

## II. GARANTIA DE EMPREGO À GESTANTE

[...]

e) As empresas que contarem com mais de 120 empregados da categoria em 31.08.18 poderão prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da LICENÇA-MATERNIDADE prevista no inciso XVIII do *caput* do artigo 7.º da Constituição Federal, devendo arcar com os salários e demais consectários do afastamento adicional, desde que obedecidos os critérios abaixo:

A presente prorrogação será garantida desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade prevista na Constituição Federal.

Durante a presente prorrogação, a empregada não poderá exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar, sob pena de ser cancelado o direito à prorrogação.

As empresas poderão cumprir a presente obrigação por meio da aplicação das disposições da Lei n.º 11.770, de 9.9.2008, e do Decreto n.º 7.052, de 23 de dezembro de 2009.<sup>364</sup>

Infelizmente, segundo o *Anuário das Mulheres Brasileiras – Dieese* –, o estudo das “Cláusulas relativas ao trabalho das mulheres, por tipo de garantia”, com base em normas de todo o País, aponta um índice muito reduzido de cláusulas que tratam de proteção ao trabalho da mulher, exemplificativamente: garantia de emprego da gestante (12,3%); mencionam a licença-maternidade (4,2%); garantias para lactante (4%); creche (11,2%); acompanhamento dos filhos (9,4%); sobre responsabilidades familiares (4,9%).<sup>365</sup>

Talvez agora com a nova legislação, a partir da perspectiva de supremacia do negociado em face do legislado, haja maior incentivo à elaboração de acordos e convenções coletivas acerca do trabalho e das condições de trabalho da mulher, mas somente o tempo vai dizer.

Como bem pontua Antônio Carlos Aguiar,<sup>366</sup> diante de um quadro permanente de mudanças, a dimensão coletiva das relações de trabalho, que contemplam mecanismos jurídicos de ação, representação e negociação coletiva, exige contornos de entendimento, limitação e adaptações urgentes e realísticas.

<sup>364</sup> Disponível em: <<https://data.smetal.org.br/file/2018/11/22/H143338-F00000-R823.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2019.

<sup>365</sup> DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – Anuário das Mulheres Brasileiras. São Paulo: Dieese, 2011. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/anuario/2011/anuarioMulheresBrasileiras2011.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>366</sup> AGUIAR, Antônio Carlos. O novo contexto jurídico da negociação coletiva de trabalho diante do processo de mudanças no mundo do trabalho. Sua constitucionalização e instrumentalidade na concretização dos direitos fundamentais. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 221.

Em nosso entendimento, com o advento da Reforma Trabalhista algumas questões antes atravancadas pela Lei e pelo próprio Judiciário, como visto *supra*, podem ser mais facilmente resolvidas por meio da Negociação Coletiva de Trabalho que se apresenta como um meio rápido na solução de impasses e conformação de interesses.

Ao tratar sobre comunicação da gravidez ao empregador, boa-fé, abuso de direito da empregada gestante e as dificuldades enfrentadas pelo empresariado, Homero Batista Mateus da Silva<sup>367</sup> cita a criatividade de algumas cláusulas normativas que estipulam uma bonificação pela dispensa sem justa causa, como uma indenização adicional por tempo de serviço, da qual a gestante abre mão – leia-se: perde –, se omitir a gravidez na homologação da rescisão ou se demorar para reivindicar a pretensão.

A nosso ver, tanto o Acordo Coletivo quanto a Convenção Coletiva de Trabalho, dentro do cenário de mutação social e cultural, podem ser instrumentos poderosos para evitar a discriminação do trabalho da mulher, a dispensa de empregadas gestantes e evitar colendas judiciais.

Assim, de acordo com o artigo 611-A, VI e XIV, entendemos ser perfeitamente possível a utilização da negociação coletiva por empregadores e empregados, como meio seguro para prestar a aplicação e subsunção dos Direitos Fundamentais, podendo dar e/ou sugerir efetiva concretização aos dilemas citados *supra*, ao, por exemplo, prever: (i) extensão da licença-paternidade, reconhecendo a importância do pai e abandonando o conceito de que o trabalho de criar a criança é obrigação exclusiva da mãe; (ii) prever a obrigatoriedade do exame de sangue/urina pela empregada na dispensa; (iii) condicionar a prorrogação da licença-maternidade à prévia comunicação da gravidez ao empregador, entre outros.

Apesar da manifesta preocupação de diversos acadêmicos, agente públicos, magistrados e sociedade civil acerca de um possível retrocesso social perante as alterações legislativas recentes e o governo do Presidente Jair Bolsonaro,<sup>368</sup> nossa torcida é a de que a negociação coletiva não seja utilizada apenas proteger interesses e anseios econômicos, e, sim, para, de fato, facilitar a relação de trabalho.

---

<sup>367</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor cit.*, p. 188.

<sup>368</sup> Nos primeiros dias de governo, já foram extintas sete pastas: transportes, porto e aviação civil; indústria, comércio exterior e serviços; esporte; cidades; cultura; trabalho e segurança pública. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46735873>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito ao trabalho, independentemente de gênero, assim como garante o livre planejamento familiar, permitindo que os indivíduos tenham não só o direito de constituir família, mas de o fazerem de forma livre, de acordo com as suas próprias concepções de vida, sendo vedadas interferências coercitivas na escolha do indivíduo.

Apesar de o direito ao livre planejamento familiar poder ser plural, fato é que tanto a Constituição quanto a legislação ordinária brasileira concedem à mulher não só estabilidade provisória, mas também o direito a uma licença muito mais longa do que a do homem, o que dá a entender que o Estado implicitamente reconhece que o cuidado dos filhos é responsabilidade predominantemente feminina e, por conseguinte, esta estimula a perpetuação da divisão sexual das tarefas domésticas.

Nem por um minuto questiona-se aqui que a estabilidade provisória ou a licença-maternidade não deveriam existir, muito pelo contrário, são duas garantias extremamente importantes e imprescindíveis seja na vida da mulher, do nascituro e da sociedade como um todo.

No entanto, ajudar as mulheres a permanecer no mercado de trabalho é crucial para sua independência, para o desenvolvimento da sociedade e, talvez, até para a sobrevivência dos sistemas de proteção social. O nascimento de um filho pode obrigá-las a interromper sua atividade profissional, forçá-las a trabalhar em tempo parcial, levá-las a mudar de emprego ou de setor de atividade, e essas diferentes mudanças são acompanhadas de perdas de rendimentos e de menores perspectivas de carreira.

Nessa esteira, importante citar pesquisa<sup>369</sup> realizada pela Fundação Getúlio Vargas, que, utilizando dados do Ministério do Trabalho, acompanhou até 2016 o desempenho no mercado de trabalho de 247.455 mulheres, com idade entre 25 e 35 anos no momento do afastamento, que tiraram licença-maternidade entre os anos de 2009 e 2012.

A pesquisa mostrou também que a presença de um filho reduz a participação da mulher no mercado de trabalho. A taxa média de participação das mulheres no mercado de

---

<sup>369</sup> Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17859/The\\_Labor\\_Market\\_Consequences\\_of\\_Maternity\\_Leave\\_Policies\\_Evidence\\_from\\_Brazil.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17859/The_Labor_Market_Consequences_of_Maternity_Leave_Policies_Evidence_from_Brazil.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 3 jan. 2019.



trabalho entre 25 e 44 anos é de 65%. Quando essas mulheres têm filho, a taxa de participação cai para 41%. Somente 28% trabalham em ocupações com jornada semanal de 35 horas ou mais.

Segundo a mesma pesquisa, para o homem, ter um filho não reduz sua participação no mercado de trabalho. Na mesma faixa etária, 92% dos homens com filhos de até 1 ano estavam trabalhando, e 82% em atividades com 35 horas ou mais de carga horária semanal.

Ainda, como foi possível observar neste estudo, as mulheres continuam ganhando menos do que os homens. Mesmo sendo mais escolarizadas que os homens, as mulheres ainda são exceção em cargos importantes e de decisão, embora seja crescente o número de mulheres em algumas ocupações; e a mulher continua em setores considerados femininos que são mais desvalorizados.

Segundo dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS), do Ministério do Trabalho, a porcentagem de mulheres registradas em empregos formais passou de 40,85% em 2007 para 44% em 2016. Já a diferença salarial teve redução, passando de 17% para 15% em relação aos salários pagos aos homens.<sup>370</sup>

Percebe-se que a promoção da igualdade de oportunidades e o combate à discriminação encontram resistência em razão do forte enraizamento e generalização das práticas discriminatórias na sociedade brasileira.

A eliminação da discriminação no mundo do trabalho é, para além de uma busca pelo trabalho decente, uma questão de direitos humanos. Nesse sentido, apesar de não ser especificamente o objeto do estudo, compreender a dimensão da discriminação da mulher no mercado de trabalho e da desigualdade entre os homens e mulheres esbarra diretamente em políticas envolvendo proteção à maternidade.

A nosso ver, a legislação hoje existente não acompanhou a evolução e as mudanças ocorridas na sociedade brasileira, deixando lacunas que acabaram sendo preenchidas por súmulas e até mesmo por convenções coletivas de trabalho.

O preocupante é que nem sempre a resposta dada pelo Judiciário será completa e responderá de forma eficaz aos anseios e às necessidades dos trabalhadores e também dos empregadores. Ainda, ao deixar a cargo da Justiça do Trabalho preencher lacunas legislativas, é criada uma brecha para ainda mais críticas sobre o trabalho realizado pelos magistrados.

---

<sup>370</sup> Disponível em: <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/desenvolvimento/noticias/?p=250129>>. Acesso em: 3 jan. 2019.

Não é à toa que cada vez mais o discurso de fim da Justiça do Trabalho ganha força sob o argumento de que esta é atrasada e por demais protetiva. Por tal razão, achamos pertinente trazer à baila neste estudo questionamentos acerca da redação da Súmula n.º 244 do TST, que, além de afastar a obrigatoriedade de comunicação da gestação, descarta a possibilidade da reintegração da empregada após o período da estabilidade.

As reflexões críticas propostas neste estudo visaram justamente trazer para o debate as implicações do artigo 10, II, *b*, do ADCT e as dificuldades da prática perante as convenções internacionais, leis ordinárias, entendimentos jurisprudenciais e negociações coletivas.

Em nosso entendimento, a garantia do trabalho da mulher, em especial da gestante, passa diretamente pelo reconhecimento da importância do princípio da boa-fé objetiva, ao privilegiar a lealdade e a paz social, dando condições de o empregador verificar se a empregada a ser dispensada encontra-se grávida, assim como também incentivando a empregada, assim que descobrir a gravidez, a informar o empregador, a fim de evitar maiores danos e contendas judiciais.

O direito de propriedade, de defesa e o dever do empregador de verificar as condições de saúde de seus empregados, a nosso ver, sobrepõem o direito de intimidade da empregada, no tocante à realização do exame de sangue/urina quando da rescisão do contrato, pois, além de evitar dispensas que seriam consideradas nulas em eventual reclamação trabalhista, também poderiam evitar, caso a empregada não soubesse estar grávida, pré-natal tardio.

Da mesma forma, também entendemos ser imperiosa nossa discussão acerca do entendimento da Súmula n.º 244 do TST, pois, ao adotar postura deveras protecionista, onerando a folha de pagamento feminina e de certa forma atando as mãos dos empregadores no tocante à defesa em eventuais lides, pode acabar por incentivar a discriminação na contratação de mulheres e na pior forma possível, a velada, que por ser de difícil constatação, continua a ser perpetuada, sem que nenhum índice possa demonstrá-la.

De qualquer maneira, a expressiva quantidade de mulheres fora do mercado formal de trabalho é com certeza um indicativo de que algo não vai bem e precisa ser modificado. Em relatório anual produzido pelo Fórum Econômico Mundial, o Global Gender Gap Report 2017,<sup>371</sup> o Brasil apresentou significativa reversão no tocante à paridade de gênero desde

---

<sup>371</sup> Disponível em: <[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2019.

2001, em grande parte em razão da ausência de participação econômica e de oportunidades para as mulheres.

Como a sociedade não pode aguardar que todas as mudanças normativas advenham de iniciativa do Congresso Nacional. A elaboração de convenções e acordos coletivos parecem-nos a saída mais rápida e eficiente para buscar uma relação mais equilibrada entre empregadas e empregador, evitando excessos e abusos de ambas as partes.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência e as negociações coletivas são importantíssimas para garantir a devida proteção à maternidade, o que engloba a mãe e o nascituro, porém o equilíbrio é extremamente importante para que se evite o incentivo à discriminação da mulher.

Em nosso estudo, pudemos constatar a evolução da sociedade, das leis, da jurisprudência e também de convenções coletivas que se anteciparam a prever maior tempo de licença-maternidade para gestante.

Também pudemos observar que, em que pese diversos avanços terem sido feitos, em uma sociedade que se pretende democrática, pluralista, livre, justa e solidária, a nosso ver, diante do avanço das ciências médicas e biológicas, do surgimento de novas tecnologias, e perante o cenário brasileiro de flexibilização de diversas normas trabalhistas e novas modalidades contratuais, é necessário reformular entendimentos, rever leis e instrumentos normativos.

Somente a partir de novo patamar normativo, estatal ou negocial que reconheça uma nova concepção de família é que efetivamente se pode pensar em garantir de forma efetiva a proteção à empregada gestante, estimular a maternidade sem culpa ou medo de perder o emprego e, ao mesmo tempo, ampliar o acesso das mulheres em condição de igualdade ao mercado de trabalho.

Nesse mesmo sentido, incentivar a sociedade civil e os empresários a enxergar a maternidade como fenômeno coletivo que é, estimulando a participação dos homens na criação dos filhos e concedendo mais tempo de licença-paternidade, além de estimular a contratação e a manutenção dos empregos femininos.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Antônio Carlos. O novo contexto jurídico da negociação coletiva de trabalho diante do processo de mudanças no mundo do trabalho. Sua constitucionalização e instrumentalidade na concretização dos direitos fundamentais. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- ARANTES, Delaide Miranda; LEMOS, Beatriz Monteiro. O protagonismo e a representação das mulheres na sociedade contemporânea: a conquista da democracia e da igualdade. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 13. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARACT, Eduardo Milleó. *A boa-fé no direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- BARRETO, Amaro. *Tutela especial do trabalho*. Guanabara: Edições Trabalhistas, 1967. v. 2.
- BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- \_\_\_\_\_. Discriminação no emprego por motivo de sexo. In: RENAULT, Luiz Otavio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2007.

- \_\_\_\_\_. O controvertido contrato de trabalho intermitente. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.
- \_\_\_\_\_; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. v. 2.
- BERTOLIN, Patricia Tuma Martins Prólogo. In: MARTINS, Juliane Caravieri, BARBOSA Magno Luiz; MONTAL Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma trabalhista em debate*. Direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.
- BRASIL. Constituição Federal 1988. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_13.07.2010/art\\_227\\_.shtm](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_227_.shtm)>.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Pré-natal e puerpério. Atenção qualificada e humanizada. Manual técnico. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_11.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_11.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2017.
- CALMON, Pedro. *História do Brasil*. São Paulo: Livraria José Olympio Editora; reimpresso por Saraiva, 1961. v. 6.
- CAMARGO, Elaine Cristina Beltran. O direito, a mulher e o mercado de trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARDOSO, Jair Aparecido. *A estabilidade no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 34. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Sandro Sacchet de Carvalho; FIRPO, Sergio; GONZAGA Gustavo. Os efeitos do aumento da licença-maternidade sobre o salário e o emprego da mulher no Brasil. 7 dez 2006, p. 497.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *CLT comparada e atualizada: com a reforma trabalhista*. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

- COSTA, Luana de Paula. A realização do exame de gravidez demissional como condição para a garantia provisória no emprego. *LTr*, São Paulo, v. 52, n. 86, p. 478, 2016.
- COUTINHO, Maria Luiza Pinheiro. Discriminação do trabalho: mecanismos de combate à discriminação e promoção de igualdades de oportunidades, p. 24. Disponível em: [http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit\\_igualdade\\_racial\\_05.pdf](http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/oit/oit_igualdade_racial_05.pdf). Acesso em: 29 dez. 2018.
- COUTINHO, Sabrine Mantuan dos Santos. “*A dona de tudo*”: o que é ser mulher, mãe e esposa de acordo as representações sociais de mulheres de duas gerações. 2008. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Centro de Ciências Humanas e Naturais da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória,.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4. Ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009
- ESPINOZA, Olga. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. In: PERRONE-MOISÉS, Claudia; ALMEIDA, Guilherme de Assis de (Coord.). *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FALCE, Lúcio Roberto. A estabilidade gestante e a confirmação da gravidez e a boa-fé objetiva. *Portal Jurídico Investidura*, Florianópolis, 3 maio 2018.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães; MARANHÃO, Ney. Os juízes do trabalho e a reforma trabalhista: primeiros horizontes de consenso. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 193, p. 4, set. 2018.
- FERNANDES, Plácida Schuring. *Gestação: um brinde à vida*. São Paulo: Ícone, 2009. p. 17.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.
- FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. História universal e direito do trabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 37, v. 144, out.-dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Regulamentação do trabalho da mulher: objetivos sociais e evolução constitucional. *Revista do Direito do Trabalho*, ano 13, mar.-abr. 1988.
- GAGLIANO, Stolze Gagliano; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1; 14. ed. 2012.

- GARBI, Carlos Alberto. Igualdade entre os cônjuges – As principais alterações após a Constituição Federal de 1988. *Revista dos Tribunais Online*, p. 9, ago. 2011.
- GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. *CLT comentada*. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- KAUFMANN, Marcus de Oliveira. As práticas desleais nas relações coletivas de trabalho: um estudo de direito comparado, uma inspiração ao Brasil. In: BRAMANTE, Ivani Contini; CALVO, Adriana (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- LIMA, Fernanda Endler. O *duty to mitigate the loss* nas relações contratuais empregatícias: deveres de condutas das partes contratantes, especialmente da empregada gestante. *LTr*, São Paulo, ano 54, 2018.
- LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. *Reforma trabalhista: entenda por ponto*. São Paulo: LTr, 2017.
- MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- MANNRICH, Nelson. Necessário distanciamento do direito civil: da intervenção inicial do Estado e retomada da autonomia da vontade. In: AGUIAR, Antonio Carlos (Coord.). *Reforma trabalhista: aspectos jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- MARQUES, Fabiola. Direito do trabalho e a mulher empregada – Conquistas e desafios no Brasil do século XXI. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.
- \_\_\_\_\_; ABUD, Cláudia José. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

- MARTINS, Alessandra Camarano. A (In)Visibilidade da mulher como estratégia de manutenção da cultura do patriarcado e das desigualdades sociais, aparelhados pelo sistema capitalista. In: \_\_\_\_\_; PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.
- MARTINS, Nei Frederico Cano. *Estabilidade provisória no emprego*. São Paulo: LTr, 1995.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Práticas discriminatórias contra a mulher e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1996.
- MEIRELES, Débora Chaves, FREGUGLIA, Ricardo da; CORSEUIL, Carlos Henrique Leite. Programa Empresa Cidadã: os impactos do aumento da licença-maternidade sobre os trabalhadores, p. 13. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/novosite/br/45-encontro-nacional-de-economia--trabalhos-selecionados>>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. Trabalhadores e trabalhadoras do Brasil: onde está a igualdade. O papel do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação de gênero e promoção da igualdade no trabalho. In: PINTO, Roberto Parahyba de Arruda; MARTINS, Alessandra Caramano; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Feminismo, pluralismo e democracia*. São Paulo: LTr, 2018.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 24. ed. São Paulo: RT, 1997.
- NAHAS, Thereza. *O novo direito do trabalho: institutos fundamentais – impactos da reforma*. São Paulo: RT, 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Iniciação ao direito do trabalho*. 18. ed. rev. e atual de acordo com a nova Constituição Federal. São Paulo: LTr, 1992.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim; ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. A restrição da rescisão contratual do trabalhador vítima de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional a partir de um novo viés interpretativo do art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal (Diálogo das Fontes). In: FELICIANO et al. (Coord.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. São Paulo: LTr, 2015. v. 2.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. *Manual de direito civil: introdução – parte geral*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2014.



- NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher e o direito do trabalho: da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Salário-maternidade e a Emenda Constitucional n.º 20/98. *Síntese Trabalhista*, Porto Alegre, v. 11, n. 127, jan. 2000.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. Prefácio. In: PINTO, Raymundo Antonio Carneio. *Súmulas do TST comentadas*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Questões forenses tomo I, Parecer n.º 25, de 1948, p. 229-230. In: MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. *A igualdade entre os sexos na Constituição de 1988*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/159/10.pdf?sequence=>>>. Acesso em: 25 nov. 2018.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 6. ed. em e-book baseada na 16. ed. impressa. São Paulo: RT, 2018.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal brasileiro*. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.
- PRADO, Roberto Barreto. A Constituição e o direito do trabalho. *Revista LTr*, v. 51, n. 8, ago. 1987.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito do trabalho*. São Paulo: RT, 1967. v. 1.
- PRADO, Therezinha C. Santos. *Direitos da mulher trabalhadora*. Secretaria de Estado de Relações do Trabalho, Conselho Estadual da Condição Feminina, 1986.
- PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. *Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal*. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- REIS, Ana Helena Meireles. Um desafio para o marketing. *Revista Brasileira de Pesquisas de Marketing*, 2017. Disponível em: <<http://www.revistapmkt.com.br/Portals/9/Revistas/v10/3%20-%20Novos%20arranjos%20familiares%20-%20Um%20desafio%20para%20o%20marketing.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2018.
- ROMAR, Carla Teresa Martins. Informe sobre salários 2014-2015 da Organização da Internacional do Trabalho. Persiste a discriminação e a desigualdade salarial da mulher. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 161, jan.-fev. 2015.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direito do trabalho: temas em aberto*. São Paulo: LTr, 1998.

- SALES, Ana Amélia Ribeiro. O direito ao livre planejamento familiar e a necessária regulamentação estatal das técnicas de reprodução assistida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Edições 33, abr.-maio 2013.
- SALIBA, Graciane Rafisa; RIBEIRO, Márcia Regina Lobato Farneze. (Re)Pensando a finalidade da licença maternidade e da licença paternidade diante das relações afetivas contemporâneas. Disponível em: [http://www.academia.edu/8146773/\\_RE\\_PENSANDO\\_A\\_FINALIDADE\\_E\\_EFETIVIDADE\\_DA\\_LICEN%C3%87A\\_MATERNIDADE\\_E\\_DA\\_LICEN%C3%87A\\_PATERNIDADE\\_DIANTE\\_DAS\\_RELA%C3%87%C3%95ES\\_AFETIVAS\\_CONTEMPOR%C3%82NEAS](http://www.academia.edu/8146773/_RE_PENSANDO_A_FINALIDADE_E_EFETIVIDADE_DA_LICEN%C3%87A_MATERNIDADE_E_DA_LICEN%C3%87A_PATERNIDADE_DIANTE_DAS_RELA%C3%87%C3%95ES_AFETIVAS_CONTEMPOR%C3%82NEAS)>. Acesso em: 2 jan. 2019.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A supremacia do negociado em face do legislado. A natureza bifronte ou as duas faces da CLT. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, ano XXIX, n. 348, jun. 2018.
- SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. *Manual de direito civil*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015.
- SCHUMAHER, Schuma; CEVA, Antonia. *Mulheres no poder*. Trajetórias na política a partir da luta das sufragistas no Brasil. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.
- SEABRA, José Augusto. *Proteção à empregada gestante*. Serviço de Documentação do M.T.I.C. Brasil, 1959. p. 8-9. (Coleção Lindolfo Collor.)
- SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.
- SILVA, Alessandro da; DROST, Oscar. Comentários sobre a licença-maternidade e as inovações da Lei n.º 11.770/08. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 25, n. 299, nov. 2008.
- SILVA, Homero Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. Livro eletrônico. 2. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado*. Saúde e segurança no trabalho. 1. ed. em e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: RT, 2015. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 3.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Salete Maria da. O legado jus-político do *lobby* do batom vinte anos depois: a participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal.

Disponível em: <[http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Anúncios de empregos: discriminação e responsabilidades. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, n. 24, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*. Parte I. São Paulo: LTr, 2011. v. 1.

SOUZA, Sérgio Alberto de. *Gestante e direito alternativo do trabalho*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1996.

STOLAR, Larissa Bueno. *A hora de voltar: consequências da ampliação da licença-maternidade para emprego e renda*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de empresas de São Paulo.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2.

TORRES, Ana Paula Leite. O novo artigo 611-A da CLT e sua necessária interpretação à luz dos princípios estruturantes do direito do trabalho. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. 2, n. 19, out. 2018.

TORRES, Anita Maria Meinberg Perecin. *A saúde da mulher e o meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

VEJA. Uma falsa conquista. Elaborado pela Dra. Maria Rosineide Bentes, 30 mar. 1998, p. 15, Seção “Ponto de Vista”.

VERUCCI, Florisa. *O direito da mulher em mutação: os desafios da igualdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIANA, Márcio Túlio. Os dois modos de discriminar: velhos e novos enfoques. In: \_\_\_\_\_; RENAULT, Luiz Otavio Linhares; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.

\_\_\_\_\_; PIMENTA, Raquel Betty de Castro. A proteção trabalhista contra os atos discriminatórios (análise da Lei 9.029/95). In: \_\_\_\_\_; RENAULT, Luiz Otavio Linhares; CANTELLI, Paulo Oliveira. *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2010..

VIEGAS, Claudia Mara de Almeida. Reforma trabalhista: uma análise dos efeitos jurídicos das principais modificações impostas pela Lei 13.467/2017. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ, Luciano (Coord.). *Desafios da reforma trabalhista*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: RT, 2017.

VILLATORE, Marco Antônio César; MIKOS Nadia Regina de Carvalho. Poderes do empregador: do uso ao abuso e suas consequências socioeconômicos. In: GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa (Coord.). *Direito do trabalho e direito empresarial: sob o enfoque dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2015.

## **SÍTIOS CONSULTADOS**

### **Sítios oficiais da Presidência da República Federativa do Brasil**

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7787.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6136.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/D16300impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16300impressao.htm)

### **Sítios oficiais da Câmara dos Deputados**

[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/constituintes/a-constituente-e-as-mulheres/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf)

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=912232&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+7158/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=912232&filename=PRL+1+CSSF+%3D%3E+PL+7158/2010)

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=9AB8B40FC313DD64933D8D0F8A276C2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1488260&filename=PL+6074/2016,](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9AB8B40FC313DD64933D8D0F8A276C2C.proposicoesWebExterno2?codteor=1488260&filename=PL+6074/2016)

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=Tramitacao-PL+9467/2018](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1639012&filename=Tramitacao-PL+9467/2018)

### **Sítios oficiais do Senado**

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/05/em-1967-fgts-substituiu-estabilidade-no-emprego>

<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaoideia?id=52659>

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121946>

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/1999/03/03/acm-defende-fim-da-justica-do-trabalho>

### **Sítios oficiais do Tribunal Superior do Trabalho**

[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_381.html#TEMA399](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_381.html#TEMA399)

[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-244](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244)

### **Sítio do Supremo Tribunal Federal**

[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4009096,](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4009096)

### **Sítios dos Tribunais Regionais do Trabalho**

<https://www.trt5.jus.br/node/29740>

<http://www.trt2.jus.br/juris-sumulas-trtsp>

<https://portal.trt3.jus.br/internet/bases-juridicas/jurisprudencia/uniformizacao-de-jurisprudencia/tese-juridica-prevalente>

<http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/consultas/jurisprudencia/sumula>

<https://portal.trt11.jus.br/index.php/main/15-servicos/sociedades/15-sumulas>

<http://www.trt18.jus.br/portal/bases-juridicas/sumulas/sumula-trt18/>

<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/UNIFORMIZACAO%20DE%20JURISPRUDENCIA/SUMULASDOTRT12REGIAO.jsp>

### **Sítios oficiais da Organização Internacional do Trabalho**

<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>

<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R095>

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTUMENT\\_ID:312350:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTUMENT_ID:312350:NO)

<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-prote%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-maternidade>

[http://www.oitbrasil.org.br/node/524#\\_ftn1](http://www.oitbrasil.org.br/node/524#_ftn1)

OIT – Organização Internacional do Trabalho. A experiência dos núcleos de promoção da igualdade de oportunidades e combate à discriminação no emprego e na ocupação. OIT. 2015, p. 68. Disponível: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms\\_226850.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_226850.pdf). Acesso em: 29 dez. 2018.

### **Sítio oficial das Nações Unidas**

<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>

### **Sítios oficiais do IBGE**

[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilio\\_s\\_continua/Trimestral/Fasciculos\\_Indicadores\\_IBGE/pnadc\\_201701\\_trimestre\\_caderno.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilio_s_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201701_trimestre_caderno.pdf)

[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilio\\_s\\_continua/Mensal/Quadro\\_Sintetico/2018/pnadc\\_201810\\_quadroSintetico.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilio_s_continua/Mensal/Quadro_Sintetico/2018/pnadc_201810_quadroSintetico.pdf)

### **Sítio oficial do Conselho Nacional de Justiça**

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>

### **Sítios diversos**

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm>

<<https://www.dieese.org.br/anuario/2011/anuarioMulheresBrasileiras2011.html>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

[http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf)

<http://memoriasdaditadura.org.br/mulheres/index.html>,

[http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3\\_files/Salete\\_Maria\\_SILVA\\_2.pdf](http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD3_files/Salete_Maria_SILVA_2.pdf)

- <https://jc.ne10.uol.com.br/blogs/havagas/2016/06/13/demissao-mal-conduzida-afeta-autoestima-do-profissional/>,
- <http://trabalho.gov.br/seguro-desemprego/modalidades/seguro-desemprego-formal>
- <https://www.trocandofraldas.com.br/carreira-e-maternidade-2018-brasil/>
- <https://www.einstein.br/noticias/noticia/primeiros-sintomas-gravidez>
- <https://www.cochranelibrary.com/cdsr/doi/10.1002/14651858.CD000934.pub3/full/pt#CD000934-abs-0002>
- <https://www.unicamp.br/unicamp/clipping/2017/08/16/eu-nao-sabia-que-estava-gravida-e-nasceu-3-casos-de-gravidez-silenciosa>
- <https://www.minhavidade.com.br/bem-estar/materias/17440-perder-um-emprego-pode-ter-impactos-na-saude-fisica-e-mental>
- <https://exame.abril.com.br/brasil/polarizacao-na-eleicao-e-destaque-na-imprensa-internacional>
- <https://exame.abril.com.br/brasil/o-que-pensa-a-futura-ministra-dos-direitos-humanos-sobre-lgbt-e-mulheres/>
- [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04\\_11.pdf](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_11.pdf),
- <https://www.dieese.org.br/anuario/2011/anuarioMulheresBrasileiras2011.html>
- <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/lei-trabalhista-tem-que-se-aproximar-da-informalidade-diz-bolsonaro.shtml>
- <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46735873>
- [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf)

## ANEXO I – TABELAS, GRÁFICOS E FIGURA

### TABELA 1

Estudantes de 5 anos ou mais de idade por sexo segundo o nível de ensino - 1970

Níveis de ensino	Total	Homens	%	Mulheres	%
Total	20.015.689	10.201.529	51,0	9.814.109	49,0
Elementar	14.841.054	7.549.431	50,9	7.291.572	49,1
Médio Ciclo 1	3.358.490	1.692.633	50,4	1.665.807	49,6
Médio Ciclo 2	1.205.037	607.820	50,4	597.167	49,6
Superior	607.746	349.668	57,5	258.020	42,5

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1970.

### TABELA 2

Grau ou curso completo das pessoas de 10 anos ou mais de idade por sexo - 1970

Sexo	Total	Elementar	Médio Ciclo 1	Médio Ciclo 2	Superior
Total	19.939.359	14.789.917	2.632.968	1.974.995	541.348
Homens	50,3	50,0	50,7	45,8	74,4
Mulheres	49,7	50,0	49,3	54,2	25,6

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1970.

### TABELA 3

Núcleo	%
Parental	64
Homoparental	7
Pluriparental	8
Uniparental	14
Anaparental	7

Obs.: Base – 441.



TABELA 4

	Mulheres com carteira entre 20 e 35 anos		Homens com carteira entre 20 e 35 anos		Mulheres com carteira entre 36 e 65 anos		Mulheres sem carteira entre 20 e 35 anos	
	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição	Pré-Consti-tuição	Pós-Consti-tuição
Proporção na amostra (%)	9,55	9,87	19,51	18,58	1,18	1,34	3,16	2,96
Média do salário horário <sup>a</sup>	3,19	2,58	4,26	3,35	3,39	2,95	1,45	1,28
	(3,84)	(3,37)	(5,45)	(4,63)	(5,72)	(4,71)	(3,52)	(2,92)
Média de horas trabalhadas	42,14	41,11	44,67	43,15	42,82	41,39	43,05	41,55
	(8,88)	(8,12)	(8,07)	(7,30)	(9,48)	(8,51)	(13,99)	(12,79)
Educação média	8,72	8,89	7,44	7,60	5,90	6,48	6,04	6,51
	(3,98)	(3,89)	(3,93)	(3,88)	(4,47)	(4,65)	(4,03)	(4,06)
Idade média	26,62	26,88	27,20	27,37	44,10	44,13	26,00	26,32
	(4,46)	(4,49)	(4,51)	(4,50)	(6,71)	(6,74)	(4,57)	(4,58)
Ramos de atividade (%)								
Ind. de transformação	29,44	26,62	39,82	37,27	24,18	23,22	13,68	12,45
Construção civil	1,51	1,64	8,22	7,94	0,92	1,18	0,55	0,70
Comércio	17,79	18,00	13,59	14,58	9,72	9,65	8,28	9,12
Serviços	50,97	53,54	37,53	39,49	64,54	65,45	76,18	76,10
Número de observações	204.167	171.255	388.858	301.907	89.953	86.681	66.506	51.455

Fonte: IBGE/PME.

Nota: Desvios-padrão entre parênteses.

<sup>a</sup> Os valores estão em reais de janeiro de 2002.

TABELA 5

Grupos de idade	Taxa de atividade dos trabalhadores com 16 anos ou mais de idade (%)					
	2000			2010		
	Total	Sexo		Total	Sexo	
		Homens	Mulheres		Homens	Mulheres
<b>Total (1)</b>	<b>64,5</b>	<b>79,7</b>	<b>50,1</b>	<b>64,8</b>	<b>75,7</b>	<b>54,6</b>
<b>Grupos de idade</b>						
De 16 a 29	68,6	81,0	56,3	66,7	74,6	58,8
De 30 a 49	76,1	91,9	61,1	78,2	88,8	68,1
De 50 a 59	57,1	76,8	39,0	63,5	78,1	50,2
De 60 ou mais	22,6	37,4	10,6	26,3	38,7	16,5
<b>Cor ou raça</b>						
Branca	64,3	79,7	50,6	65,8	76,7	56,2
Preta ou parda	64,8	79,9	49,5	63,9	75,0	53,1

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000/2010.

(1) Inclusive pessoas de cor ou raça amarela, indígena ou ignorada.

TABELA 6

	Reduced visits N - 11672	Standard visits N - 11121
Fetal death $\leq$ 36 weeks	122	77
Fetal death > 36 weeks	37	42
Neonatal death before hospital discharge	73	71
Perinatal mortality	234	190

TABELA 7

Características das pessoas/ domicílios		Média de horas semanais dedicadas aos afazeres domésticos	
		Homens	Mulheres
Total		10,9	25,3
Condição de atividade	Inativo/a	13,7	30,2
	Ativo/a	10,2	21,7
Condição de ocupação	Ocupado/a	10,0	21,2
	Desocupado/a	12,4	26,7
Renda no trabalho principal	Até 1 S.M.	10,5	24,4
	Mais de 8 S.M.	8,1	13,9
Trabalhadora doméstica morando no domicílio	Sim	9,7	17,5
	Não	10,9	25,3
Situação de pobreza <sup>(1)</sup>	Extremamente pobres	12,5	29,9
	Não-pobres	10,7	23,0
Número de filhos	Nenhum	12,2	24,8
	5 ou mais	9,7	32,5
Ter máquina de lavar roupa	Sim	10,6	24,5
	Não	11,3	26,4
Posição na família	Chefe	11,5	25,3
	Cônjuge	10,1	28,7

Fonte: Pnad/ IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

Notas: (1) Extremamente pobres – renda domiciliar per capita de até R\$ 77,87; Pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 77,87 e menor que R\$ 155,74; Vulneráveis – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 155,74; Não-pobres – renda domiciliar per capita maior ou igual a R\$ 724 (um salário mínimo de 2014).

TABELA 8

Ramos de atividade econômica	Total (1.000 pessoas)			Proporção (%)		
	Total	Mulheres	Homens	Total	Mulheres	Homens
Total	4.470	1.645	2.826	5,8	5,0	6,4
Agrícola	80	6	74	0,7	0,2	0,9
Indústria	745	188	556	7,1	4,8	8,5
Construção	105	20	85	1,5	10,2	1,3
Comércio e reparação	1.595	601	994	12,6	11,5	13,4
Alojamento e alimentação	545	238	307	15,2	11,5	20,1
Transporte, armazenagem e comunicação	185	55	130	4,1	10,8	3,2
Administração Pública	285	113	171	6,2	6,0	6,5
Educação, saúde e serviços sociais	224	147	77	2,8	2,4	4,2
Demais serviços	705	275	431	4,6	2,8	7,7

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, 2012.

TABELA 9

Diferenças em diferenças tradicional por ano de adesão ao Programa Empresa Cidadã: contratações líquidas e salários dos trabalhadores, no Brasil.

Variável Dependente	Contratações líquidas				Salários de contratação			
	(1) Mulheres 15 a 43 anos	(2) Mulheres	(3) Homens	(4) Todos	(5) Mulheres 15 a 43 anos	(6) Mulheres	(7) Homens	(8) Todos
DD 2010	0.114 (0.948)	-0.107 (1.042)	1.727 (1.831)	1.621 (2.507)	-8.849 (27.06)	-27.24 (28.13)	-89.96** (38.07)	-47.96 (29.81)
DD 2011	1.223 (1.681)	2.911 (1.849)	4.028 (3.247)	6.939 (4.447)	46.27 (46.28)	21.73 (47.97)	148.4** (65.21)	116.2** (51.83)
DD 2012	3.572 (2.440)	3.883 (2.683)	-4.447 (4.713)	-0.565 (6.454)	69.47 (61.30)	82.16 (64.31)	266.8*** (90.55)	197.6*** (72.04)
Adesão ao PEC em 2010	13.23*** (0.372)	14.54*** (0.409)	35.76*** (0.718)	50.30*** (0.984)	622.9*** (10.71)	662.4*** (11.14)	833.9*** (15.03)	770.3*** (11.74)
Adesão ao PEC em 2011	18.39*** (0.657)	19.25*** (0.723)	39.00*** (1.270)	58.25*** (1.739)	643.5*** (18.17)	670.6*** (18.96)	767.7*** (25.78)	739.2*** (20.37)
Adesão ao PEC em 2012	13.14*** (0.977)	14.03*** (1.075)	45.51*** (1.887)	59.54*** (2.584)	877.0*** (24.95)	927.3*** (26.18)	1,137*** (36.06)	1,104*** (29.00)
Período em 2010	0.328 (0.225)	0.336 (0.247)	1.281*** (0.434)	1.618*** (0.594)	30.71*** (7.744)	28.41*** (7.969)	14.49 (10.63)	21.22*** (7.730)

Período em 2011	0.226	0.933***	1.425***	2.358***	77.79***	65.69***	70.57***	62.64***
	(0.220)	(0.242)	(0.426)	(0.583)	(7.626)	(7.709)	(10.34)	(7.540)
Período em 2012	0.973***	1.129***	0.685	1.815***	94.61***	93.51***	111.4***	101.7***
	(0.216)	(0.238)	(0.418)	(0.572)	(7.344)	(7.566)	(10.18)	(7.417)
Constante	4.432***	4.854***	10.20***	15.05***	1,035***	1,039***	1,208***	1,101***
	(0.128)	(0.141)	(0.248)	(0.339)	(4.508)	(4.635)	(6.144)	(4.465)
Observações	452,528	452,528	452,528	452,528	205,000	216,498	243,924	313,502
R-quadrado	0.006	0.006	0.010	0.011	0.209	0.207	0.246	0.220

Fonte: Elaboração própria. Todas as colunas incluem as variáveis de controle: proporção de trabalhadores com ensino superior, a proporção de trabalhadores dirigentes, a proporção de trabalhadores gerente e *dummies* de regiões brasileiras. Os coeficientes são relatados com os erros-padrão em parênteses. \*\*\*, \*\* e \* indicam os níveis de significância de 1, 5 e 10%. DD refere-se ao Diferenças em Diferenças.

FIGURA 1

**Este homem  
não quer  
indenizações.**

**Quer  
progredir  
no trabalho**

Hoje é o primeiro dia de trabalho de Laércio Lopes de Oliveira. Ele começa com vontade de trabalhar e não pensando em indenização. Ele sabe que, no regime do FGTS, depende apenas dele sair do emprego ou ficar e fazer carreira, subir na vida. Não há mais o fantasma da estabilidade, que aparentemente o beneficiava, mas que na maioria dos casos era o responsável pelo corte de muitas carreiras de futuro, logo no começo.

Agora, mais 8% do seu salário, conquistados a cada mês de trabalho, estão depositados em uma conta bancária no seu nome, rendendo juros e crescendo com a correção monetária. Se ele sair do emprego para um melhor não vai perder os anos de trabalho. Sua conta continua a aumentar e vai servir de suporte para quando ele casar, ficar desempregado, adoecer ou para comprar sua casa própria com a ajuda do Governo, através do Plano Nacional de Habitação do BNH.

O seu primeiro dia de trabalho é muito mais tranquilo que o do seu pai. Ele está amparado pelo FGTS — Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — uma conquista do trabalhador brasileiro e de sua família, que só se tornou possível com a Revolução de 31 de março, implementada pelo Governo Costa e Silva. Para Laércio Lopes de Oliveira, FGTS quer dizer «Futuro Garantido para Todos os Seus».

**FGTS**

FUNDO  
DE GARANTIA DO  
TEMPO DE SERVIÇO

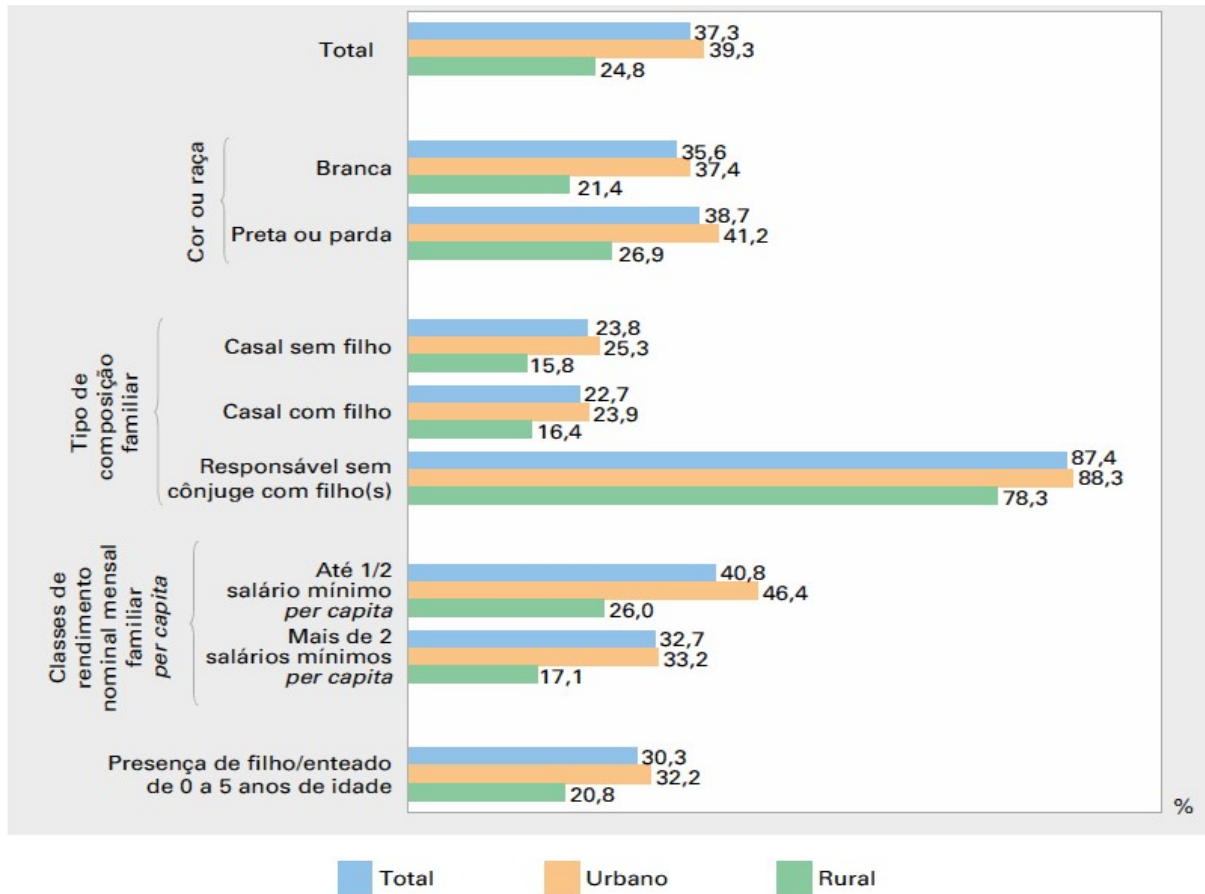


**BNH**  
BANCO NACIONAL DA HABITAÇÃO

Com anúncio, ditadura quis convencer trabalhador a abrir mão da estabilidade

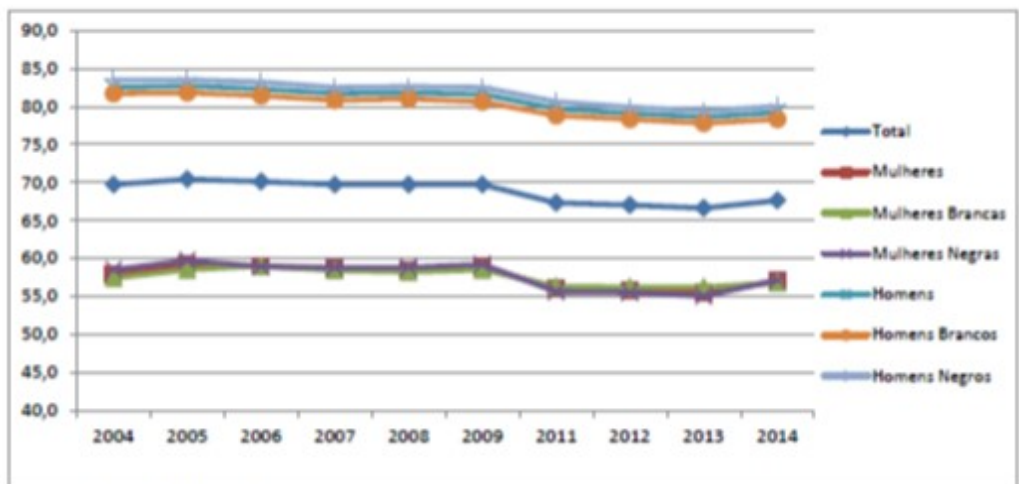
Reprodução

GRÁFICO 1



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

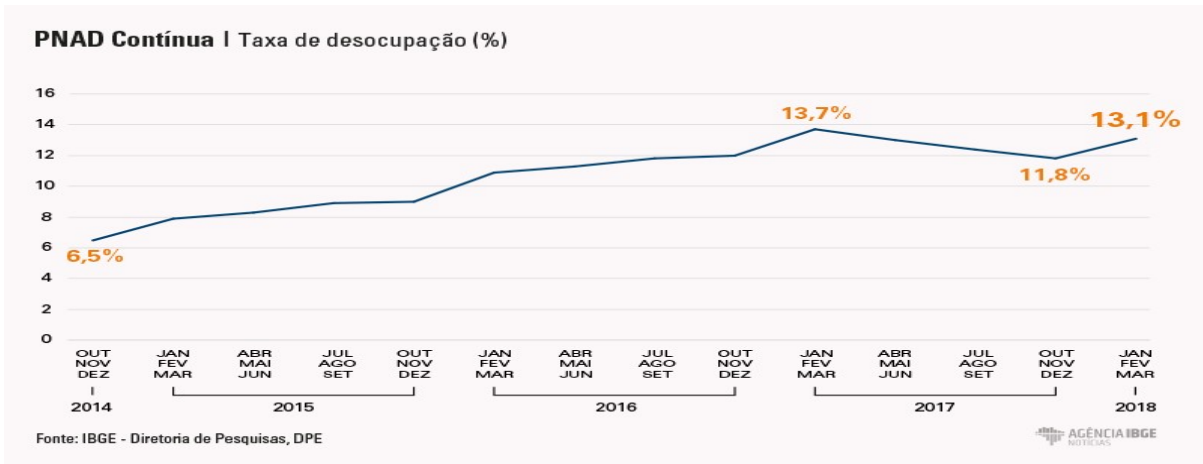
GRÁFICO 2



Fonte: Pnad/IBGE

Elaboração: IPEA/DISOC/NINSOC - Núcleo de Gestão de Informações Sociais

**GRÁFICO 3**



**GRÁFICO 4**

