

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Nicolau Rafael Guimarães Coelho

O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO A MATERNIDADE

São Paulo
2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Nicolau Rafael Guimarães Coelho

O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO A MATERNIDADE

Dissertação apresentada à banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de Concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do professor doutor Adalberto Martins.

São Paulo

2016

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Nicolau Rafael Guimarães Coelho

O TRABALHO DA MULHER E A PROTEÇÃO A MATERNIDADE

Banca Examinadora

Nome: _____

Nome: _____

Nome: _____

Data: ____ / ____ / ____

São Paulo
2016

RESUMO

O objetivo do presente estudo é a análise de um tema atual e de grande relevância, qual seja, o trabalho da mulher e a maternidade, conforme o ordenamento jurídico vigente. Para essa abordagem, se faz necessário destacar o duplo papel que a mulher exerce na sociedade, seja como trabalhadora em busca do capital para o sustento de sua família e como administradora do lar, devendo prover meios de subsistência nos primeiros momentos da nova vida que foi concebida. Dessa forma, não há como negar a necessidade de reavaliar o papel da maternidade, perante o aumento da participação das mulheres no mercado de trabalho. Incluir a mulher no mercado de trabalho vai muito além de sua qualificação, tal como ocorre com os homens. Significa respeitar suas características hormonais, pessoais e familiares, onde destaca-se a maternidade, eis que é de conhecimento geral a dificuldade de conciliar as responsabilidades oriundas do mercado de trabalho e as obrigações decorrentes da maternidade. Em que pese o cenário adverso decorrente da maternidade e a crise econômica que o Brasil atravessa, é perceptível a transição e o aumento do número de mulheres que ingressam e permanecem cada vez mais no mercado de trabalho brasileiro. Importante salientar, que uma breve análise das estatísticas, revela que os homens ainda possuem maiores salários, o que demonstra um caráter discriminatório da inserção da mulher no mercado de trabalho. Por outro lado, observa-se o aumento da atividade feminina em ocupações de nível médio de qualificação, com rendimentos relativamente mais compensadores, com benefícios trabalhistas ampliados pela Constituição Federal de 1988, e sendo amparadas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como em diversas atividades que historicamente sempre foram ocupadas pelo sexo masculino, tais como, engenharia, motoristas, entre outras.

Palavras-chave: licença-maternidade; trabalho da mulher; mercado de trabalho feminino;

ABSTRACT

The objective of the present study is the analysis of a current topic of great relevance, namely, women's work and maternity, according to the current legal system. For this approach, it is necessary to highlight the dual role that women play in society, either as a worker in search of capital for the support of her family and as administrator of the home, and to provide means of subsistence in the first moments of the new life that was Conceived. Thus, there is no denying the need to reassess the role of motherhood, given the increased participation of women in the labor market. Including women in the labor market goes far beyond their qualification, just as men do. It means respecting their hormonal, personal and family characteristics, where maternity is highlighted, as it is a general knowledge of the difficulty of reconciling responsibilities arising from the labor market and the obligations arising from maternity. Despite the adverse scenario of maternity and the economic crisis in Brazil, the transition and increase in the number of women entering and remaining in the Brazilian labor market is perceptible. It should be noted that a brief analysis of statistics reveals that men still have higher wages, which demonstrates a discriminatory nature of the insertion of women into the labor market. On the other hand, there is an increase in female employment in middle-level qualification occupations, with relatively more compensated income, with labor benefits extended by the Federal Constitution of 1988, and supported by the Consolidation of Labor Laws (CLT) As in several activities that historically have always been occupied by the male sex, such as, engineering, drivers, among others.

Keywords: maternity leave; Women's work; Female labor market;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE	10
2.1	A FIGURA FEMININA NO CONTEXTO DA HISTÓRIA	10
2.2	O MOVIMENTO FEMINISTA	12
2.3	ESTUDOS DE GÊNERO	17
2.4	TRABALHO DA MULHER.....	20
3	LUTAS E CONQUISTAS DAS MULHERES BRASILEIRAS.....	25
3.1	EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE BRASILEIRA	25
3.2	A MULHER BRASILEIRA NO MERCADO DE TRABALHO COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	33
3.3	O DIREITO AO VOTO PELAS MULHERES BRASILEIRAS.....	36
4	O TRABALHO DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A PROTEÇÃO À MATERNIDADE.....	48
4.1	PRIMEIRAS LEIS SOBRE O TRABALHO DA MULHER	48
4.2	A EVOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E A DISCIPLINA LEGISLATIVA SOBRE O TRABALHO DA MULHER.....	51
4.3	PROTEÇÃO À MATERNIDADE.....	56
4.3.1	Âmbito De Aplicação Da Proteção À Maternidade	56
4.3.2	Direito De Fazer Consulta Médica	58
4.3.3	Transferência De Função	59
4.3.4	Nascimento Sem Vida Da Criança	60
4.3.5	Aborto	60
4.3.6	Alteração Na Súmula 244 Do Tst Garante Proteção À Trabalhadora Gestante.....	61
4.3.7	O Desconhecimento Do Estado Gravídico Pelo Empregador Não Afasta O Direito Ao Pagamento Da Indenização Decorrente Da Estabilidade:.....	64
4.4	LICENÇA MATERNIDADE.....	67
4.5	ALEITAMENTO MATERNO	76
4.6	EMPREGADA GESTANTE E O CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO.....	80

4.7	MATERNIDADE SUBSTITUTIVA OU BARRIGA DE ALUGUEL	81
4.8	ESTABILIDADE	82
4.9	INCLUSÃO DA EMPREGADA DOMÉSTICA.....	83
4.9.1	Reintegração Da Empregada	84
4.10	AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DA ESTABILIDADE.....	85
4.11	MÃE ADOTIVA E A LEI Nº 10.421/2002.....	86
4.12	ADOÇÃO MONOPARENTAL.....	88
5	CONCLUSÃO.....	91
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	100

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar um paralelo entre a mulher no mercado de trabalho e o exercício da maternidade, atribuindo à mulher uma dupla jornada.

Dentro desse cenário, destaca-se a luta da mulher pela conquista de seus direitos, bem como o sacrifício sofrido durante séculos, para demonstrar a importância do trabalho feminino para a sociedade e a sua contribuição na evolução do mercado de trabalho.

Observa-se também, a constante busca da mulher pelo espaço no mercado de trabalho, antes mesmo da Revolução Industrial, e as dificuldades impostas pela sociedade naquela época, em face dos padrões culturais, que reservava à mulher a governança do lar e da vida materna, acarretando em árdua tarefa a busca pelo trabalho.

Com o passar do tempo, a figura da mulher ganhou destaque no cenário nacional e internacional. Paradigmas foram quebrados, barreiras foram vencidas e, ainda que não de forma plenamente satisfatória, a mulher conseguiu um papel de destaque no mercado de trabalho.

Antes do advento de um ordenamento jurídico, as mulheres não poderiam ficar grávidas, pois, neste caso não mais trabalhariam, não podendo retornar ao emprego em que se encontravam, uma vez que não havia nenhuma proteção trabalhista.

Porém, a sociedade evoluiu e a proteção à figura da mulher e da maternidade também, pois se verificou que a genitora necessita de um período para amamentar, cuidar e zelar nos primeiros momentos da vida de seu filho.

Atualmente, o fato da mulher se encontrar em estado gravídico não é motivo para a rescisão do contrato de trabalho, bem como não são permitidas cláusulas de

convenções coletivas ou contratos individuais restritivas de direito, em razão da função social do contrato de trabalho e da legislação vigente.

A primazia do direito à vida inspira a proteção à maternidade. Ao contrário do que se pensa ordinariamente, as garantias constitucionais ao emprego, salário, licença, não tem por escopo proteger a mulher, mas preservar a espécie.

Ao analisarmos a Carta Magna, temos a inclusão da maternidade no capítulo destinado aos Direitos Sociais. No ordenamento jurídico, encontramos leis e decretos que garantem a assistência previdenciária, visando à preservação da vida e a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, através da legislação vigente, a importância do legislador promover o bem estar da genitora, o que propiciará o desenvolvimento saudável do feto e a preservação da espécie.

Historicamente, as mulheres sempre exerceram o seu labor (ainda que não remunerado) na sociedade, onde podemos citar na antiguidade, a coleta de frutos, o cultivo da terra, o trabalho artesanal, entre outros. Entretanto, temos a revolução industrial como um marco histórico, para que efetivamente se reconhecesse o papel e a importância da mulher no mercado de trabalho.

Isso se diz, pelo fato de que até a citada revolução, não se cogitava em limitação à jornada de trabalho, ou seja, as mulheres eram submetidas a jornadas extenuantes que beiravam a escravidão, muitas vezes trabalhando entre 14 e 16 horas, sem qualquer proteção legislativa.

Com a evolução da sociedade, percebeu-se que a empregada gestante necessita de proteções legais em razão dos cuidados exigidos pela sua condição biológica, bem como o fato de encontrar-se em um período em que a recolocação profissional seria praticamente impossível.

Dessa forma, encontramos em nosso ordenamento jurídico diversos institutos que tem como objetivo a proteção da gestante, tais como a garantia de

emprego e o intervalo para amamentação, para que não corra o risco de ficar desempregada no período de maior dificuldade financeira e que a criança tenha respeitado o seu direito de ser amamentada, conforme seu sistema biológico.

É fato que, em face das garantias conquistadas, cresceu também a discriminação do mercado de trabalho quando se fala em contratação de mulheres. Isso ocorre porque a gestante, quando se encontra grávida, necessita de cuidados especiais, tendo em vista a sua fragilidade física e emocional, bem como os cuidados exigidos pelo nascituro.

Diante de tais fatos, há de ser observada a função social do contrato de trabalho, bem como a responsabilidade do empregador, análise esta que deve ser realizada através da teoria objetiva, ou seja, a proteção de iniciar-se com a confirmação da gravidez, e a garantia de emprego não depende de sua respectiva comprovação.

Outro aspecto importante, diz respeito à licença maternidade, onde a gestante terá direito à remuneração, bem como a garantia de retorno à função anteriormente ocupada.

Destaca-se, ainda, a lei complementar 146/2014, que confere a estabilidade a quem detiver a guarda, em caso de falecimento da genitora.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

2.1 A FIGURA FEMININA NO CONTEXTO DA HISTÓRIA

Por muitos anos, a mulher teve uma educação diferenciada da educação dada ao homem. Era educada para servir, enquanto o homem era educado para assumir a posição de senhor todo poderoso. No estudo das obras de história de qualquer parte do mundo, constata-se que as mulheres estiveram ausentes, como se não tivessem participado do desenvolvimento de seus países. A razão desta constatação relaciona-se ao motivo de que os homens, enquanto transmissores tradicionais da cultura na sociedade, incluindo o registro histórico, veicularam aquilo que consideravam e julgavam importante¹.

A condição de inferioridade da mulher era enfatizada até mesmo na Filosofia, onde pensadores se expressavam de forma menos elogiosa quanto às mulheres. Platão dizia: Os homens covardes, que foram injustos durante sua vida, serão muito provavelmente transformados em mulheres quando reencarnarem. Aristóteles afirmava o seguinte:

“A fêmea é fêmea em virtude de certa falta de qualidades. A mulher é mais vulnerável à piedade. Ela chora com maior facilidade, é mais chegada à inveja, à lamúria e à injúria; facilmente se deixa abater pelo desespero. É menos sanguínea que o homem. Tem menos pudor e ambição. É menos digna de confiança. Os islamitas tinham o seguinte provérbio: As mulheres são pragas de satanás. Santo Tomás de Aquino escreveu: A mulher é um ser acidental e falho. Seu destino é o de viver sob a tutela do homem. Sobre si mesma ela não tem autoridade alguma. Por natureza a mulher é inferior ao homem em força e dignidade, e por natureza lhe está sujeita, pois no homem o que domina, pela sua própria natureza, é a facilidade de discernir, a inteligência².”

A mulher, quando solteira, vivia sob a dominação do pai ou do irmão mais velho. Ao casar-se, o pai transmitia todos os seus direitos ao marido, submetendo a

1 HAHNER, June E. A mulher brasileira e suas lutas sociais e políticas – 1850-1937. São Paulo: Brasiliense, 1981, p.14.

2 ALAMBERT, Zuleika. Feminismo: O ponto de vista Marxista. São Paulo, Nobel, 1986, p.02.

mulher à autoridade deste. A mulher nada mais era do que um objeto. Assim Emanuel Araújo definiu a perspectiva da mulher naquela época:

Corre a missa. De repente, uma troca de olhares, um rápido desvio do rosto, o coração aflito, a respiração arfante, o desejo abrasa o corpo. Que fazer? Acompanhada dos pais, cercada de irmãos e criadas, nada podia fazer, exceto esperar. Esperar que o belo rapaz fosse bem-intencionado, que tomasse a iniciativa da corte e se comportasse de acordo com as regras da moral e dos bons costumes, sob o indispensável consentimento paterno e aos olhos atentos de uma tia ou de uma criada de confiança (de seu pai, naturalmente)³.

Em algumas culturas o marido podia escolher o próximo marido de sua mulher em caso de morte; em outras, com a morte do marido, matavam-na e enterravam-na a fim de continuar servindo-o no outro mundo⁴.

A discussão acerca das diferenças sexuais se inicia com a tentativa de compreensão da natureza de homens e mulheres, com tais diferenças usualmente legitimando a superioridade masculina, sustentando a inferioridade feminina e limitando a esfera de ação das mulheres, restringindo a sua autonomia e liberdade. A sociedade, deste modo, acaba sendo pautada sobre estas ideias, representando uma desigualdade não apenas circunstancial, mas baseada numa diferença supostamente real de naturezas entre homens e mulheres, as quais acabam por ter a si designadas qualidades negativas que limitam sua participação ativa na sociedade⁵.

O próprio Direito Romano, berço da nossa cultura jurídica, já desprovia a mulher de capacidade jurídica. A religião era prerrogativa masculina da qual a mulher somente participaria com a autorização do pai ou do marido. Também o parentesco só se transmitia pelos homens, apenas por razões genéticas o impedimento matrimonial relativo à mulher era evocado.

A mulher, assim como o homem, tem a sua história e, conseqüentemente, seu papel como agente histórico. Entretanto, a compreensão da mulher envolve o

3 ARAÚJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na colônia. In: PRIORE, Mary Del. História das mulheres no Brasil. São Paulo: Ed. Contexto, 2009, p.45.

4 AMORIM, Edgar Carlos de. Os direitos da mulher na sociedade em mudança. Revista do Curso de Mestrado de Direito da UFC, Volume 8, v 1, Fortaleza, 1990, p.53.

5 FOUCAULT, M. História da sexualidade; a vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1997, p.32.

entendimento das representações sociais aos quais esteve historicamente relacionada, como bem definiu Mello:

São muitas as facetas que recobriram a mulher ao longo dos tempos: excluída da cidadania na Atenas dos tempos de Aristóteles, Platão e Sócrates, satanizada durante a Idade Média, tratada como feiticeira e bruxa por mais alguns séculos, bem como tida na sociedade burguesa do século XIX como mãe (simbolizando a Virgem Maria, pura e ideal, dona-de-casa, a subordinada e fiel) e/ou como louca, sanguínea, rebelde, infiel, mentirosa, mulher-fogo, entre outras⁶.

O *status* de participante da sociedade para as mulheres advém do fato de serem esposas dos homens que, por sua vez, são cidadãos, o que reduz a cidadania feminina basicamente à esfera privada. Estas diferenças foram, inicialmente, atribuídas a fatores de ordem biológica, assumidas como naturais e moralmente corretas. As diferenças biológicas serviram para colocar as mulheres no seu lugar limitado e vigiado de guardiã do lar⁷.

2.2 O MOVIMENTO FEMINISTA

Como forma de protesto contra a história de opressão e dominação masculina sobre as mulheres surge o movimento feminista. Tal movimento surgiu no século XVII e inicialmente centrou suas reivindicações na conquista da igualdade social entre os gêneros masculino e feminino. Tal movimento persiste até os dias atuais, de construção e desconstrução do que é ser mulher na sociedade, quais são os fatores que perpetuam a desigualdade entre os gêneros e como reverter tal quadro. O século XVIII assistiu à organização das mulheres em diferentes países, especialmente nos Estados Unidos, na Inglaterra e na França, podendo-se considerar esse último como emblemático⁸.

6 MELLO, R. C. Mulheres como letras: um breve estudo da imagem feminina da Revolução Constitucionalista de 1932. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em História, Licenciatura Plena) – Centro Universitário Barão de Mauá, Ribeirão Preto – 2004, p.12.

7 AMÂNCIO, L. Sexismo e racismo- dois exemplos de exclusão do outro. In H. G. Araújo, P. M. Santos & P. C. Seixas (Coord.). Nós e os Outros: a exclusão em Portugal e na Europa. Porto: SPAE, 1998, p.67.

8 NARVAZ, M. G.; KOLLER, S. H. Metodologias feministas e estudos de gênero: articulando pesquisa, clínica e política. Psicologia em Estudo, Maringá, v.11, n.3, pp. 647-654. set./dez. 2006

Depois de participarem ativamente do processo revolucionário que exigia igualdade, liberdade e fraternidade, as mulheres ficaram de fora das conquistas alcançadas. Esse acontecimento levou a organização de uma ação política própria, que afirmou a especificidade da luta da mulher por cidadania. No século XVIII, Rousseau falava da mulher como um ser destinado ao casamento e à maternidade, como relatou Zuleika Alambert:

Halle, no início do século XX, afirmava que da melhor das mulheres não se pode fazer mais do que uma boa dona-de-casa. Para Balzac o destino da mulher e sua glória estão em fazer pulsar o coração do homem. A mulher casada é uma escrava que devemos colocar num trono⁹.

No início do século XIX iniciou-se uma verdadeira revolução cultural, beneficiando a condição das mulheres, atuantes operárias, que progressivamente foram adquirindo direitos, como a participação de associações profissionais onde podiam fazer deliberações e votar. A 1ª Grande Guerra Mundial marca, para os países diretamente envolvidos no conflito, a saída, em massa, da mulher para o mundo público.

Trabalhos como enfermeira, senhora de caridade ou madrinha de guerra são considerados, pela imprensa e a literatura, como dignos para as mulheres. Simbolicamente, a guerra revivifica os mitos da mulher salvadora e consoladora, mais do que comprova as capacidades femininas¹⁰.

Durante a guerra as mulheres foram chefes de família, condutoras de bondes, operárias de fábricas de munição, auxiliares do exército. Adquiriram mobilidade, mudaram os trajes para roupas mais confortáveis, adquiriram, principalmente, confiança em si próprias. Cessado o conflito, poucos vestígios restaram da presença da mulher no mundo público. É inegável que a guerra constituiu-se em experiências significativas, de liberdade e de responsabilidade, e mostrou que a mulher era capaz de manusear instrumentos e técnicas que desconhecia, destruindo as barreiras entre trabalhos masculinos e femininos¹¹.

9 ALAMBERT, Zuleika. Feminismo: O ponto de vista Marxista. São Paulo, Nobel, 1986, p.04.

10 THEBAUD, F. A. Grande Guerra – O Trunfo da Divisão Sexual. In: DUBY, G. PORROT, M. História das Mulheres – o século XX. Porto/São Paulo: Afrontamento, 1991, p.46.

11 IZRAELI, D. N., ADLER N. J. Competitive Frontiers: Women Managers in a Global Economy. In: IZRAELI, D. N., ADLER, N. J. (Ed.), Competitive Frontiers - Women Managers in a Global Economy. Cambridge, Massachusetts: Basil Blackwell Ltd, 1994, p.12.

No pós-guerra, abrem-se empregos no setor terciário - comércio, bancos e serviços públicos e nas profissões liberais. Em 1919, abrem-se cursos que permitem à mulher o acesso à universidade. Vejamos os ensinamentos de Thebaud:

A par do receio do celibato e dos revezes da fortuna nas classes médias, esta feminização do terciário permite às jovens da burguesia exercer uma profissão e obter um relativo direito ao trabalho. Neste aspecto, muitas vezes conscientes de não se assemelharem às suas mães, são elas as primeiras a ganhar com a guerra¹².

As duas grandes guerras mundiais - I e II Guerras Mundiais (1914 – 1918 e 1939 – 1945, respectivamente) determinou a entrada da mulher no mercado de trabalho. Um novo cenário na economia mundial surgiu, tendo como palco central a Europa, como explica Maria da Luz Ferreira:

A descoberta das mulheres pelas empresas trouxe novas perspectivas: uma mão de obra delicada, detalhista, cuidadosa e que pela primeira vez enfrentava um posto de trabalho. Talvez esteja aí o início de toda a exploração, sem alto grau de instrução, com pouco conhecimento do mercado e na necessidade de sustentar uma família, a mulher passou a submeter-se às condições impostas pelas organizações¹³.

Quando os homens iam para as frentes de batalha as mulheres passavam a assumir a posição dos homens no mercado de trabalho. No século XIX, com a consolidação do sistema capitalista desenvolvimento tecnológico e o intenso crescimento da maquinaria, boa parte da mão-de-obra feminina foi transferida para as fábricas. A crescente urbanização e industrialização contribuíram para um ambiente propício à entrada de novos trabalhadores no mercado de trabalho, inclusive as mulheres. Assim, o trabalho deixou de ser um elemento sem sexo, para se transformar em uma categoria sexuada, ou, como define Souza-Lobo, de dois sexos distintos¹⁴.

Em meados do século XIX, movimentos feministas lutaram pela emancipação das mulheres de um estatuto civil dependente e subordinado e pela inserção destas no mundo industrializado como cidadãs iguais aos homens. A

12 THEBAUD, F. A. Grande Guerra – O Trunfo da Divisão Sexual. In: DUBY, G. PORROT, M. História das Mulheres – o século XX. Porto/São Paulo: Afrontamento, 1991, p.82.

13 FERREIRA, Maria da Luz. Trabalho informal e cidadania: heterogeneidade social e relações de gênero. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p.59.

14 VIEIRA, A. A expansão do trabalho feminino no setor de serviços: uma análise nas cinco regiões do Brasil 2006 p. 12.

exploração das operárias, a miséria e a prostituição daí decorrentes, lentamente trouxeram consciência dos problemas resultantes da inserção da mulher na sociedade industrial. Os homens, demasiadamente ocupados com as máquinas, foram entregando a educação dos filhos às mães, em casa, e às professoras, nas escolas para as crianças, fato esse verdadeiramente novo, porque, até então, a educação dos meninos era de responsabilidade do pai, por vezes confiada a mestres e preceptores¹⁵.

Desde o Século XVIII até os anos 50, do século XX, o objetivo do feminismo foi provar que as mulheres são "homens como os outros" e devem, conseqüentemente, beneficiar-se de direitos iguais. O fim do século XX parece marcar uma ruptura na história da invisibilidade das mulheres¹⁶.

O feminismo tem sido delimitado por suas etapas históricas. Assim, três grandes fases são comumente referidas: a fase universalista, humanista ou das lutas igualitárias pela aquisição de direitos civis, políticos e sociais, denominada de movimento Feminista Liberal. Este movimento surgiu juntamente com o capitalismo, à luz da revolução industrial, nos séculos XVII e XVIII na França e na Inglaterra, sob influência do ideário da liberdade, igualdade e fraternidade oriundo da revolução francesa; a fase diferencialista e/ou essencialista, iniciada no século XX, caracterizada pelas lutas pela afirmação das diferenças e da identidade, sob forte influência da crescente inserção da força de trabalho feminino na economia, como definiu Butler¹⁷:

As mulheres enfrentavam uma carga dupla: a de aguentar o choque do novo e ainda manter juntos os trapos e cacos do velho; enquanto um braço levantado saudava a nova aurora, o outro ainda carregava uma criança ou capinava um campo; e até mesmo no meio de uma revolução era preciso que houvesse comida, amor, calor, abrigo, luz e vida, ou pelo menos o máximo de cada um destes que uma mulher lutando no front doméstico pudesse reunir. O trabalho doméstico não se tornava empecilho para a mulher dedicar-se a causa revolucionária, tanto na guerra, como no trabalho, era impressionante o quanto as mulheres eram capazes de fazer e

15 NOGUEIRA, Conceição. Um novo olhar sobre as relações sociais de gênero: feminismo e perspectivas críticas na psicologia social. Ed.: Fundação Calouste Gulbenkian e Fundação para a Ciência e a Tecnologia. 2001.

16 PRIORE M. Del. (org.) História das Mulheres no Brasil. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004., p.34

17 BUTLER, Judith. Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.81.

quão pouco eram perturbadas por noções de fraqueza corporal ou incapacidade mental¹⁸.

Conforme o século XX progredia, mais mulheres da classe superior e da classe média reivindicavam direitos comparáveis aos de seus maridos e irmãos, principalmente, quanto ao acesso aos cargos profissionais e ao voto¹⁹.

Este movimento de criação e mudança de valores culminou numa maior aceitação feminina num espaço masculinizado, abrindo precedente e legitimidade para o surgimento de diversas abordagens feministas que, sob diferentes enfoques lutavam pela igualdade entre os gêneros e estabeleciam novas representações sobre a posição feminina na família e na sociedade. A terceira fase, denominada de pós-moderna, derivada do desconstrucionismo, que deu apoio às teorias dos sujeitos múltiplos e/ou nômades. Surgiu no fim da década de 1960, por meio dos movimentos feministas pelos direitos humanos, que buscavam melhoria das condições femininas em termos de direitos civis e do movimento pela paz, na esteira do combate da sociedade civil à guerra do Vietnam. A percepção desta corrente é que a sociedade percebe a sexualidade (quando esta é vista sob a ótica heterossexual) sob a condição de que os homens estejam representados como sujeitos (donos) e as mulheres como objetos (escravas). No caso contrário, o lesbianismo é visto como uma forma feminina de controle da própria sexualidade das mulheres. De acordo com essa abordagem, a sociedade ideal estaria livre de distinções entre gêneros e recomendaria o conhecimento desenvolvido a partir dos aspectos femininos. A maternidade é vista como um fenômeno biológico e social, na medida em que ela impacta não só o corpo da mulher, como também as funções sociais esperadas dela, como criar e cuidar dos filhos²⁰.

Dentre as mulheres de classe média alheia aos movimentos, à nova esquerda e aos grupos ligados à contracultura, as novas oportunidades criadas dentro dessa sociedade (acesso ao estudo, uma carreira profissional, o controle da fertilidade) não implicavam modificações gerais no âmbito do privado. O

18 MILLES, Tom. Mulheres deveriam ganhar mais que homens na Europa, Brasil e Rússia, diz OIT. Disponível em <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN0JI2LV20141204>>.

19 HAHNER, June. A Mulher Brasileira e suas lutas sociais e políticas: 1850-1937. São Paulo: Brasiliense, 1981, p. 85.

20 SOUZA, M. L.; MARTINEZ, J. M. Teoria da comunicação feminista: uma explicação semiótico-fenomenológica da teorização acadêmica feminista. Revista Tesseract, edição n. 4 maio, 2001

direcionamento à domesticidade e à subordinação sexual continuava em vigor. Os porta-vozes dos movimentos quase sempre eram homens, enquanto as mulheres eram pressionadas a assumir funções secundárias de apoio e obrigadas a respeitar a tomada de decisões da liderança masculina quando davam voz às suas reivindicações, eram frequentemente sujeitas à humilhação das piadas ou ao menosprezo aberto, como definiu Delman:

Assim, começaram a perceber o quão difícil era para elas mesmas se desvencilharem de atitudes culturais de baixa autoestima e insegurança, da facilidade com que os homens conseguiam fazê-las duvidar de si mesmas. Ou impedi-las de se perceberem tão politicamente capazes quanto eles²¹.

O aumento do nível de escolaridade e a queda da taxa de fecundidade, juntamente com o aumento da expectativa de vida, dentre outros fatores acompanharam a evolução das mulheres no mercado de trabalho. Esses fatores explicam não apenas o crescimento da atividade feminina, mas também a transformação do perfil da força de trabalho desse sexo²².

2.3 ESTUDOS DE GÊNERO

Foi na Filosofia e na Literatura, em 1949, que o livro *O segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, abriu um debate político mais radical, lançando as matrizes teóricas de uma nova etapa do feminismo. Ao criticar a função da maternidade no período do pós-guerra, as teses desse livro sobre liberdade sexual e liberação da prática da contracepção e do aborto podem ser consideradas um marco da passagem do feminismo igualitarista, no molde sufragista, para a fase do feminismo centrado na mulher-sujeito, criando os elementos necessários para a politização das questões privadas²³.

21 ADELMAN, Miriam. *A voz e a escuta: Encontros e desencontros entre a teoria feminista e a sociologia contemporânea*. Tese (Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas) - Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004, p.50.

22 BRUSCHINI, M. C. A.; PUPPIN, A.B. Trabalho das mulheres executivas no Brasil no final do século XX. *Cadernos de Pesquisa*, Campinas, v. 34, n121, p 105-138, jan./abr. 2004.

23 CHAPERON, Sylvie. *Les Années Beauvoir 1945-1970*. Paris: Fayard: 2000, p.55.

Beauvoir contesta todo determinismo biológico ou desígnio divino e retoma a perspectiva hegeliana: 'ser é tornar-se, é ter sido feito tal como nós nos mostramos, que resultou em sua célebre ideia de que não se nasce mulher, mas se torna mulher. Pode-se dizer que essa constatação lançou a primeira semente para os estudos de gênero, já que ela distingue o componente social do sexo feminino de seu aspecto biológico, ainda sem conceituar 'gênero'. De fato, reiterada incansavelmente por estudiosas da questão no mundo inteiro e revisada por feministas contemporâneas, essa ideia é até hoje discutida, questionada ou radicalizada, o que evidencia a sua dimensão precursora para os estudos de gênero.

O corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. O que o define enquanto um certo valor é uma ação sobre ele, que por sua vez, tornou a mulher o 'outro' e na medida em que a diferença significou desigualdade ou até deficiência ao longo da história, isto serviu para que a mulher ficasse dependente do homem e fosse transformada em objeto (enquanto não é sujeito), ficando impossível a igualdade²⁴.

Ricardo Antunes (2006) citando Liliana Segnini (1998) afirma que a categoria analítica 'gênero' possibilita a busca dos significados das representações tanto do feminino quanto do masculino, inserindo-as nos seus contextos sociais e históricos.

A análise das relações de gênero também implica a análise das relações de poder; é nesse sentido que essa relação permite a apreensão de duas dimensões, a saber: - o gênero como elemento constitutivo das relações sociais, baseado nas diferenças perceptíveis entre os sexos; - o gênero como forma básica de representar relações de poder em que as representações dominantes são apresentadas como naturais e inquestionáveis²⁵.

O termo "gênero" faz alusão ao discurso sobre a diferença entre os sexos e não apenas às diferenças de ideias, como também se relaciona às instituições, estruturas, práticas cotidianas e rituais que constituem as relações sociais, homens e mulheres. O termo "gênero" refere-se a um conceito concebido socialmente, com o propósito de se compreender as relações existentes entre homens e mulheres em conformidade com a forma como cada um é representado perante a sociedade. O conceito enfatiza as "origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas de

24 BEAUVOIR, Simone. O segundo sexo. Vol. I, RJ; Nova Fronteira, 1949. v.1., p.57.

25 SCOTT, J. El género: una categoría útil para el análisis histórico. In: AMELANG, J.; NASH, M. Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea. Valencia: Ediciones Alfons El Magnanim/Institución Valenciana d'estudis y investigación, 1990, p.34.

homens e mulheres e remete à ideia de construção sócio simbólica das relações humanas. O grande número de pesquisas envolvendo este conceito deram origem à um campo de estudos próprio de Grassi: os estudos de gênero.

Para os estudos de gênero não existe uma determinação natural dos comportamentos de homens e mulheres, apesar das inúmeras regras sociais calcadas numa suposta determinação biológica diferencial dos sexos²⁶

Sexo referem-se às diferenças biológicas entre homem e mulher, seus aparelhos reprodutores, suas funções diferenciadas decorrentes de seus hormônios. Gênero refere-se às relações sociais desiguais de poder entre homens e mulheres que são o resultado de uma construção social do papel do homem e da mulher a partir das diferenças sexuais²⁷.

Falar em gênero é uma forma de enfatizar o caráter social e, portanto, histórico das concepções baseadas nas percepções das diferenças sexuais, profundamente arraigada num domínio masculino milenar, cuja dissolução total. Vejamos o que diz Stearns:

ainda não é um horizonte claramente perceptível em curto prazo. Portanto, trata-se de interações entre definições entre masculino e feminino, e das funções designadas para homens e mulheres, em relação a culturas diferentes²⁸.

As identidades humanas são entendidas como “não-fixas” e passíveis de ressignificação constante. As pesquisas de gênero se dedicam, pois, ao estudo dos sistemas culturais que dão significado às subjetividades e à compreensão das realidades empíricas diversas: contextos específicos nos quais o sistema sexo/gênero operacionaliza relações de poder²⁹.

O Capitalismo não deve ser compreendido como um sistema incentivador da igualdade entre os gêneros por promover a entrada das mulheres no mercado

26 GROSSI, Miriam Pillar. “Gênero, violência e sofrimento”. Antropologia em Primeira Mão, n. 6. Florianópolis: PPGAS/UFSC, 1995 (2ª versão: 1998), p.04.

27 BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 16.

28 STEARNS, Peter N. História das relações de gênero. São Paulo: Contexto, 2007 p. 11 p11).

29 PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: COSTA, Cláudia de Lima e SCHMIDT, Simone Pereira. Poéticas e Políticas Feministas. Florianópolis: Ed. Mulheres, 2004, p.51.

laboral, e sim como propagador dessas diferenças e explorador dessa mão-de-obra que, além de ser mais barata, continha características socialmente construídas que eram extremamente desejadas por esse modelo de produção. Assim, o sistema de divisão do trabalho social decorrente das relações entre os sexos, atribui-se a esfera produtiva e as funções de maior valor social aos homens e a esfera reprodutiva e doméstica às mulheres.

Além disto, o princípio de divisão sexual do trabalho parte da ideia de separação entre trabalhos de homens e de mulheres e da ideia de hierarquização, na qual o trabalho deles vale mais que o delas. Esse sistema levou a uma invisibilização social e não reconhecimento do trabalho das mulheres. Mesmo o crescimento da participação feminina no mercado de trabalho remunerado desde meados dos anos 1970 e o maior acesso das mulheres a profissões de prestígio não significaram a conquista da igualdade de gênero. As desigualdades persistem no alto índice de desemprego, na menor formalização do emprego, nas diferenças salariais, na segregação ocupacional e nas barreiras à ascensão profissional para mulheres³⁰.

A naturalização das relações de poder entre os gêneros - em que o masculino é dominante e o feminino dominado/inferiorizado - gera e reproduz essas desigualdades, que são exercidas “com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. O que não é percebido, ou é visto com naturalidade, não é objeto de preocupação ou esforço social com fins de transformação. Antes, é ignorado, bem aceito, ou, ainda, sistematicamente negado enquanto verdade. Quando esses fatores são aliados à falsa impressão de que as mulheres já conquistaram a igualdade entre os gêneros pelo fato de poderem estudar, votar e trabalhar fora de casa (os mínimos dos direitos sempre garantidos aos humanos do sexo masculino), os efeitos são indelévels e em larga escala, atingindo não só mulheres, mas toda a sociedade³¹.

2.4 TRABALHO DA MULHER

30 TOSTA, T. L. D. Desigualdades de Gênero e a Precarização das Relações de Trabalho. In: NUNES, Jordão Horta; FREITAS, Antonio Revalino de. (Org.) Trabalho e Gênero: entre a solidariedade e a desigualdade. Goiânia: PUC Goiás, 2011. p.58.

31 BOURDIEU, P. O poder simbólico. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p.7,8.

Para melhor compreensão dos atuais direitos conquistados pelas mulheres no que tange à maternidade, se faz necessária uma explanação histórica e as batalhas enfrentadas ao longo dos anos, para compreendermos o atual papel da mulher na sociedade, no mercado de trabalho e no ambiente familiar. Nos primórdios, o trabalho era dividido de formas distintas aos homens e mulheres. Os homens tinham a incumbência de realizar a caça e a pesca, ou seja, prover os meios de alimentação da família, enquanto que as mulheres ficavam responsáveis pela coleta dos frutos e pelo cultivo da terra, ou seja, já se observava a qualidade dos homens em realizar trabalhos mais perigosos e as mulheres os que exigiam maiores cuidados. Nas sociedades primitivas, aos homens era confiada a caça como também a pesca e à mulher, a coleta dos frutos, evoluindo, mais tarde, para a cultura da terra. Na antiguidade, a história registra que a vestimenta era uma produção totalmente feminina, competindo à mulher a tosquiagem das ovelhas e tecer a lã, trabalhando ainda na ceifa de trigo e no preparo de pão³².

Na Idade Média, a mulher se torna responsável não só pela agricultura, mas recebe diversas outras atribuições, tais como a tapeçaria, ourivesaria, e fabricação de roupas. Entre os séculos X e XIV, passamos por um período de ascensão do trabalho da mulher, sendo que em diversas atividades se igualava ao trabalho masculino. É nessa época que as mulheres ganham espaço no mercado de trabalho e começam a ocupar cargos, antes destinados tão somente aos homens, como nos casos das escritãs, médicas e professoras, possuindo também o salário quase igual ao dos homens. A agricultura continua a pesar sobre os ombros das mulheres, ao lado dos trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumaram, havendo mulheres escritãs, médicas e professoras e os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários pagos aos homens³³.

Com o Renascimento (período entre o fim do século XIV e o fim do século XVII), o trabalho da mulher atravessa um período de retrocesso, deixando de ocupar diversos cargos, tais como o trabalho com a seda, metais preciosos, cerveja e velas,

32

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo, LTr, 2009, p.1084.

33 Idem, p.1085.

passando a ocupar em especial, os serviços domésticos. No século XVIII, nos deparamos com o grande divisor de águas no que tange ao trabalho da mulher, a Revolução Industrial, onde as mulheres retornam ao trabalho, concorrendo com a mão de obra masculina. Na mesma época, encontramos um triste cenário, que consistiu na substituição da mão de obra pelas máquinas e o uso do trabalho das mulheres e das crianças como atividades secundárias. Quando realizavam trabalhos iguais aos dos homens, as mulheres estavam sujeitas a salários inferiores, o que acarretou a preferência pela contratação das mulheres no mercado de trabalho. Entretanto, estamos falando de jornadas de 14 a 16 horas por dia, em ambientes insalubres, e ainda, o ônus de cumprir as tarefas domésticas e cuidar dos filhos. No período gestacional, a mulher não tinha nenhum amparo legal que resguardasse seus direitos.

Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais a saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego³⁴.

Perante a violação de direitos básicos de proteção à saúde, percebeu-se a necessidade de criação de instrumentos legais e normas de proteção ao trabalho, em especial no que tange a proteção à maternidade.

Antes de analisarmos a evolução das principais normas de proteção à maternidade, é necessária uma explanação sobre o Direito do Trabalho e sua função social, que não se limita apenas à relação entre empregado e empregador.

Quando se fala em proteção à maternidade, temos que seu marco inicial é o momento em que o trabalho tornou-se efetivamente remunerado (afastando-se do cenário de escravidão) e quando o trabalhador passou a exercer o seu labor de forma contínua e subordinada.

Aqui nos deparamos com a situação vivida na Revolução Industrial, que representou uma ruptura do modelo de sociedade feudal para a sociedade capitalista, transformando o trabalho em um importante elo entre classes distintas e

34 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007, p.583.

como forma de diminuir a desigualdade social, em face da inclusão do homem na sociedade por meio do trabalho.

Desta forma, a Revolução Industrial transformou o trabalho em emprego. Os trabalhadores passaram a exercer o seu labor por salários, e sendo assim, instala-se na Europa um novo conceito a ser adotado, e uma necessidade de deixar na história um modelo de trabalho que beirava a escravidão, conforme definiu Amauri Mascaro Nascimento:

Os menores salários eram pagos à mulher. Constituíam a causa maior que determina a essa preferência pelo elemento feminino. O estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com sua omissão, toda de explorações³⁵

Denota-se que, as mulheres trabalhavam sem nenhuma limitação de jornada, ou seja, se ativavam em trabalhos exaustivos que poderiam gerar doenças precoces ou até mesmo a sua morte, como leciona Sérgio Pinto Martins.

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em função disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação³⁶.

O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas³⁷.

35 NASCIMENTO, Amauri Mascaro.

Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2003, 18 ed. rev. e atual, p.896.

36 MARTINS PINTO, SÉRGIO, Direito do Trabalho, São Paulo, 2000, p.76.

37 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2003, 18 ed. rev. e atual, p.909.

Percebeu-se na sociedade a criação de uma série de problemas, e com base nisso começaram a surgir legislações protecionistas da mulher. A primeira constituição a tratar do tema foi a do México. Vejamos o texto legal:

O art. 123 da referida norma estabelecia jornada diária de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho³⁸

Verifica-se um texto com garantias mínimas, porém se tratou de uma grande evolução para a época, pois ali se criava o primeiro conceito de proteção à maternidade. Em seguida, tivemos a Constituição de Weimar, promulgada no ano de 1919, que assim tratava do tema:

Disciplinava a participação dos trabalhadores nas empresas, autorizando a liberdade de coalização dos trabalhadores; tratou, também, da representação dos trabalhadores na empresa. Criou um sistema de seguros sociais e também a possibilidade de os trabalhadores colaborarem com os empregadores na fixação de salários e demais condições de trabalho. Daí em diante, as constituições dos países passaram a tratar do Direito do Trabalho e, portanto, a constitucionalizar os direitos trabalhistas³⁹

Em 19 de agosto de 1842, a Inglaterra proibiu o trabalho das mulheres em subterrâneos. Em 1844, foi limitada a sua jornada de trabalho a 10 horas e meia, devendo, aos sábados, terminar antes das 16h30min. Ainda na Europa, temos a França, onde em 1848 surgiram leis de proteção ao trabalho feminino. Já na Alemanha, o Código Industrial de 1891, já tratava do tema, fixando algumas normas mínimas.

Importante citar o Tratado de Versailles, em 1919, que estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, presente em diversas Constituições atuais, inclusive no Brasil, que tem como objetivo o banimento da exploração salarial do trabalho da mulher.

38 MARTINS PINTO, SÉRGIO, Direito do Trabalho, São Paulo, 2000, p.29.

39 Idem.

3 LUTAS E CONQUISTAS DAS MULHERES BRASILEIRAS

3.1 EVOLUÇÃO DO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Após a crise de 1929 e com o sucesso da revolução de 1930, as lutas feministas que aparecem nos anos 20, com a ascensão do comunismo na Rússia, as reivindicações da mulher operária, do sufrágio feminino vão, no Brasil, experimentar uma pausa ou até mesmo um retrocesso, uma vez que à política tradicionalista e à ditadura do Estado Novo interessava, sobremaneira, manter a mulher presa ao lar, a cuidar da prole sem visível interferência no caos político que se anunciava. A visão da dicotomia feminina: mulher do lar / mulher prostituta, a valorização dos trabalhos do lar, do cuidado com os filhos e maridos, em detrimento do trabalho fora do lar, são uma consequência previsível do autoritarismo e do cerceamento de liberdades que se anunciava cada vez mais iminente nos anos 30. O século XIX se caracterizou por duas frentes de luta do operariado: a luta por melhores condições de trabalho (salário, redução da jornada, repouso semanal, condições de higiene), e a luta pelos direitos de cidadania. Neste primeiro momento, mesmo que houvesse a busca pelo sufrágio universal e a ampliação dos direitos da democracia, a mulher, entretanto, não estava incluída neste movimento. A conquista do direito ao voto feminino necessitou de lutas específicas, abrangendo mulheres de todas as classes sociais⁴⁰.

A mulher, antes da vigência do Estatuto da Mulher Casada, não tinha capacidade plena, sendo necessária a representação de seu marido, ou posterior ratificação, para que seus atos tivessem validade na órbita civil. O artigo 6º do Código de 1.916 equiparava a mulher aos pródigos e aos silvícolas:

Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:
I – os maiores de 16 e menores de 21 anos (art. 154 e 156);
II – os pródigos;
III – os silvícolas.

40 NAHES, Semiramis. Revista Fon Fon: A imagem da mulher no Estado Novo (1937/1945). ed. AeC. São Paulo, 2007, p. 27

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Em outros artigos:

Art. 240. a mulher com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção e moral desta.

Parágrafo único. A mulher poderá acrescentar aos seus os apelidos do marido.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência.

Art. 251. À mulher compete a direção e administração do casal, quando o marido:

I – estiver em lugar remoto, ou não sabido;

II – estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos;

III – for judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes caso, cabe à mulher:

I – administrar os bens comuns;

II – dispor dos particulares e alienar os móveis comuns e os do marido;

III – administrar os do marido;

IV – alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz.

Até mesmo quanto à guarda dos filhos, o referido Código desmerecia as mulheres:

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

§ 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos.

§ 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai.

Em 1917 as brasileiras ganharam o direito de ingressar no serviço público. Em 1919, Conferência do Conselho Feminino da Organização Internacional do Trabalho – OIT aprovou a equiparação salarial para o trabalho igual. Em 1920, as mulheres se integraram ao movimento sindical, outro marco importante na conquista de direitos profissionais. Em 1933, Carlota Pereira Queiroz tornou-se a primeira deputada brasileira. No ano seguinte, a Assembleia Constituinte garantiu o princípio

da igualdade entre os sexos, a regulamentação do trabalho feminino, a equiparação salarial e deu à mulher o direito ao voto⁴¹.

O artigo, 380, surgiu apenas em 1.962, com a Lei nº 4.121. De acordo com o nosso Código Civil, até a edição da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1.962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, continuava esta, ferida de incapacidade civil para a prática de determinados atos reservados ao marido, sob o pressuposto de que os deve absorver com exclusividade, a bem da unidade de direção da sociedade conjugal⁴².

Foi uma inovação ao diploma civil, pois concedeu o direito do pátrio poder à mulher em caso de impedimento do marido. Antes, aplicava-se o artigo correspondente ao Decreto 181, no qual somente era concedido este múnus à mulher, no caso de morte do marido, e ainda assim, se não fosse a mulher bínuba, ou seja, mulher que não tenha contraído novas núpcias. O papel da mulher era subsidiário, sendo a ela conferido no caso de ausência do pai. Esta Lei emancipou a mulher casada, até então tida como subalterna. Outorgou-lhe direitos que até então, somente os homens tinham. Inovou-a na concepção de família, para colaboradora e não como apenas cumpridora das obrigações impostas pelo marido.

Mas a lei 4.121 de 1962, que modificou o código de 1917, conservou muito da ideologia patriarcal, assim como o código havia conservado muito da ideologia patriarcal das Ordenações Filipinas, do final do século XVI, que regeram o direito civil brasileiro durante todo o período colonial, se prolongaram pelo império e alcançaram as primeiras décadas da república. Esse diploma legal não fez mais que sancionar a realidade em que estava já a viver a mulher casada, no tocante ao livre acesso a cargos públicos e profissões. Se não em termos de técnica jurídica, pelo menos praticamente, se tinham como derogados pelos costumes em contrário, aquelas disposições legais, que ainda vedavam à casada o exercício desse direito.

41 O Movimento Feminista no Brasil. Disponível em: <<http://www.conselhodamulher.pi.gov.br/artigos.php?id=9>>

42 FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. A Mulher Casada no Direito Civil Brasileiro. 1ª Ed. Rio de Janeiro, 1985, p.53).

“Por este aspecto a lei de 1962 se adapta perfeitamente com a realidade objetiva, a que se endereça”⁴³

No Estado Novo o direito ao voto e à profissão de professora de primeiras letras – “as normalistas” – eram as únicas conquistas sociais permitidas, uma vez que preservavam a visão da mulher educadora “de crianças”; na época, as carreiras de professor de segundo e terceiro graus eram, predominantemente, exercidas por homens. O projeto do Plano Nacional de Educação previa a existência de um ensino dito ‘doméstico’, reservado para meninas entre 12 e 18 anos, e que equivaleria a uma forma de ensino médio feminino. Seu conteúdo era predominantemente prático e profissionalizante, e fazia parte, no plano, do capítulo destinado ao ensino da “cultura de aplicação imediata à vida prática ou ao preparo das profissões técnicas de artífices”. Era, pois, destinado principalmente a mulheres de origem social mais humilde, ainda que pudesse atrair também mulheres de origem social mais elevada, que dessa forma poderiam manter-se em regime escolar estritamente segregado. Segundo o plano, o ensino feminino se dividiria em doméstico geral (dois ciclos), doméstico agrícola (também dois ciclos) e doméstico industrial. O primeiro ciclo prepararia as mulheres para a vida no lar, o segundo formaria as professoras para esse sistema ⁴⁴.

Assim, a era Vargas preparou à mulher um projeto pedagógico, uma cartilha de retorno das mulheres ao lar, lugar de onde poderiam servir a pátria e a família ao mesmo tempo. Servindo a família, estariam, imediatamente, servindo a nação. Voltadas para os problemas domésticos, alienadas do contexto político, alheias aos problemas sociais e apenas com a função de mãe / esposa / educadora, não lhes era permitida qualquer afinidade ou semelhança com as funções masculinas ou da pátria. Portanto, esse retorno da mulher ao espaço privado do lar representou um retrocesso significativo em relação às conquistas femininas adquiridas na década de 20.

43 FERREIRA, Valdeana Vieira Casas. A mulher casada no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.56.

44 SCHWARTZMAN, Simon; BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Tempos de Capanema. São Paulo: EDUSP, 1984, p.108.

O Estado Novo criou o Decreto 3199 que proibia às mulheres a prática dos esportes que considerava incompatíveis com as condições femininas. A Deliberação do Conselho Nacional de Desportos (CND)-Nº7/65 proibia “a prática de lutas de qualquer natureza, futebol, futebol de salão, futebol de praia, pólo aquático, pólo, rugby, halterofilismo e baseball”. Somente na década de 1980 o CND reconheceu a necessidade de estimular a participação das mulheres em diferentes modalidades esportivas no país⁴⁵

No artigo intitulado “Porque a mulher não deve jogar futebol”, publicado na Revista Educação Physica de 1940, Humberto Ballariny desaprovou a prática do futebol feminino. O médico afirmava que:

A sublime missão destinada à mulher é a maternidade e toda sua formação física, moral e intelectual deve visar a êsse nobre objetivo. A beleza a graça, o encanto, o carinho, a docilidade, o espírito altruístico de renúncia que fizeram de nossas mães retrato da mulher contemporânea, são conquistas sem nada inferiores aos grandes empreendimentos de gênero humano. [...] O futebol é um esporte de ação generalizada, porém violento e prejudicial ao organismo não habituado a esses grandes esforços. Além disso, o futebol provoca congestões e traumatismos pélvicos de ação nefasta para órgãos femininos (Educação Physica, n.49,1940,p.36-⁴⁶)

O discurso médico também foi amplamente usado para depreciar a natureza feminina perante a masculina, descrevendo o corpo feminino como um semelhante inferior ao corpo do homem, de natureza frágil, ideal para se manter na esfera familiar. O determinismo natural da ciência, limitado pelo viés sexista tradicional legítima, então, a responsabilidade dada à mulher relacionada à maternidade e à manutenção dos valores familiares⁴⁷.

O “projeto de mulher” adentraria o Estado Novo e se aperfeiçoaria por meio de uma intensa campanha do Ministério da Educação, que via na figura feminina um de seus principais aliados, quando o assunto era a Educação Nacional. A Igreja, responsável por oferecer ao novo regime uma ideologia que lhe desse sustentação, por meio de conteúdos morais sem os quais o Estado não conseguiria consolidar

45 CASTELLANI FILHO, Lino. Educação Física no Brasil: a história que não se conta. Campinas: Papyrus, 1988, p.64.

46 GOELLNER, Silvana. Vilodre. Mulheres e futebol no Brasil: entre sombras e visibilidades. Rev. Bras. Educ. Fis. Esp., São Paulo, v.19, n.2, p.143-151, abr/jun.2005, p.76.

47 BERRIOT-SALVADORE, E. O discurso da medicina e da ciência. In G. Duby & M. Perrot (Eds.), História das Mulheres. Vol (3). Porto: Edições Afrontamento, 1991, p.34.

seu projeto doutrinador, entende que uma ênfase maior deveria ser dada à educação religiosa das mulheres. Nesse sentido, devia-se pedir à Igreja, não somente inspiração, mas, também, modelos e quadros de disciplina e ordem espiritual⁴⁸.

No que diz respeito às mulheres, o resultado da aliança entre Estado-Ministério da Educação/Igreja-clericalismo conservador acionista põe em marcha um projeto falocrático-opressor, que via a figura feminina como mera coadjuvante do universo masculino. Vejam-se a educação que recebiam, a formação religiosa, os assuntos das revistas femininas que sempre valorizavam o lar, os maridos, os filhos, os figurinos, a vaidade, o cinema, dentre tantos outros temas, e que raramente traziam reportagens com fundo político-ideológico. Mulheres em evidência, normalmente, eram aquelas que faziam parte da sociedade burguesa. A Igreja, apresentando o matrimônio como sinônimo de segurança e proteção, não cessava de tentar aproximar da sua pregação as mulheres que viviam fora dos padrões sociais estabelecidos. "Ao transferir para a Colônia uma legislação civil e religiosa que só reconhecia o estatuto social da mulher casada e mãe, a Igreja apertava o cerco em torno das formas não sacramentadas de convívio"⁴⁹.

A história da maternidade resultante da sedução de mulheres sós, de estupros e de relações sexuais pré-matrimoniais seguidas de fuga de noivo, sendo essas mulheres transformassem mães solteiras, é um ponto importante para a compreensão da condição da mulher no campo materno. A frustração, a humilhação advinda do abandono do companheiro, a angústia da gestação terminavam por constituir uma boa oportunidade para que a Igreja pudesse vender a ideia das vantagens do casamento. E muitas dessas mulheres correspondiam ao desejo do matrimônio, pois este era considerado como sinônimo de sonhada segurança e estabilidade econômica e moral: "Uma vez efetuados os passos da conduta amorosa, as mães solteiras invocavam, na medida de suas conveniências, valores como 'virgindade roubada' ou 'quebra de promessas de esponsais' para passar de um degrau ao outro: da sedução ao casamento. A Igreja então recompensava as 'arrepentidas' com processos eficientes e rápidos que garantiam o seu objetivo institucional: difundir o casamento, dentro do qual se poderia 'educar cristãmente os filhos'⁵⁰.

Nesse momento, apareciam prestando serviços aos setores sociais pobres e carentes, ou na prática da filantropia. Escolares - meninas e normalistas - em

48 SCHWARTZMAN, Simon; BOMENY, Helena Maria Bousquet; COSTA, Vanda Maria Ribeiro. Tempos de Capanema. São Paulo: EDUSP, 1984, p.44.

49 DEL PRIORE, Mary. Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil colônia. Rio de Janeiro: José Olympo, 1993, p.50.

50 Idem, p.70.

desfiles pátrios, deviam ter consciência de que seriam formadas para a nação, o que significava, também, serem formadas para o lar, pois, nesse momento, já não se sabe mais se o Estado é a continuação do lar ou o lar é a continuação do Estado.

A missão feminina na vida é importantíssima; a mulher é auxiliar do homem, além de ser sua companheira, e seu papel, na vida, é glorioso, como vemos no artigo, Saber ser mãe. Tudo na vida são deveres. E quem mais deve pensar nessa verdade é a mulher. Para ella a vida é uma cadeia de deveres continuados e mais vale que suporte suas obrigações conformada e alegremente do que as considerar pesadas ou excessivas e exercê-las de má vontade ou, mesmo, desprezá-las⁵¹

Em 1.946, o trabalho da mulher recebeu grande inovação, por dispor a nova constituição sobre previdência em favor da maternidade. Somente a partir desta, passou-se a considerar a nacionalidade de ambos os pais com relação aos filhos estrangeiros nascidos no Brasil. No que tange ao direito de se aposentar, o cidadão passou a exercê-lo apenas aos 70 (setenta) anos ou após completar 35 (trinta e cinco) de serviço.

No final dos anos 40 e o pós-guerra, a mulher recomeça sua conquista do espaço público demarcando presença nas universidades e ocupando cargos no mercado de trabalho, antes destinados somente aos homens. Desse modo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, finalmente, as mulheres veem assegurada na Declaração universal dos direitos do “homem”, a consagração de seus direitos, sem distinção de sexo, igualando, para todos os efeitos, homens e mulheres, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

DUDDHH- (1948), “Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. [...] “Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho”.⁵²

Após a Segunda Guerra Mundial, a mudança no papel da mulher e a crescente mobilidade na cultura ocidental, associadas com o surgimento dos

51 Revista Fon-fon, 21/12/1942, p.16.

52 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>.

contraceptivos e da possibilidade do aborto, levaram as alterações significativas na vida pública e privada⁵³.

No final dos anos cinquenta e durante a década de 1960 a sociedade brasileira também passava por inúmeras e significativas transformações políticas, culturais, sociais e econômicas. A participação feminina no trabalho, nas universidades e na vida social crescera consideravelmente. O movimento *hippie*, a minissaia e a pílula anticoncepcional revolucionavam o cotidiano e os costumes. Importante marco foi o advento da Lei n.º 4.121/62, denominada Estatuto da Mulher Casada, ocasionando significativas mudanças no diploma civil, garantindo a igualdade entre homens e mulheres, abolindo diversas normas discriminadoras da mulher. A Constituição de 1.967, a primeira após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, prevê a igualdade de sexos. Assegurou o direito de proteção ao trabalho feminino, o direito à nacionalidade, voto, maternidade. Sobre a aposentadoria, manteve o disposto no texto anterior com relação a idade de 70 (setenta) anos, mas modificando o tempo de serviço para 35 (trinta e cinco) anos quando homem, e 30 (trinta) quando mulher. Quinze anos depois, precisamente em 26 de dezembro de 1.977, a Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77), desempenha um papel onde estabelece a reciprocidade do casal, em um tratamento extremamente isonômico⁵⁴.

A mudança ocorrida com a entrada da mulher no mundo profissional, a conquista de poder decidir sobre o momento de ter, ou mesmo de não ter filhos em decorrência dos métodos anticoncepcionais, o divórcio e a possibilidade de estabelecer novas parcerias amorosas, pluralizaram os signos que permitem sua inscrição numa determinada rede social. Neste contexto, pode-se dizer que está havendo uma reinvenção, onde a mulher assume novos papéis e novos desafios⁵⁵.

53 Leite, C.L.P. (1994). Mulheres: muito além do teto de vidro. São Paulo: Atlas. Lévi-Strauss, C. (1972). As estruturas elementares do parentesco. Rio de Janeiro: Vozes.

54 FERREIRA, Verônica. Entre Emancipadas e Quimera – Imagens do feminismo no Brasil. Cadernos AEL, n. 3/4, p. 153-200, 1995/1996.

55 GRANT, W.H. A maternidade, o trabalho e a mulher. In: COLÓQUIO DO LEPSI 2001.

Disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielophp?script=sci_arttext&pid=SC000000032001000300008&lng=en&nrm=abn>.

Há poucas décadas, a identidade da mulher estava diretamente associada à maternidade, ou seja, ela nascia para o casamento e para a procriação. Hoje se abrem novos horizontes para uma mulher mais consciente e livre para escolher, que vem conquistando novos espaços, assumindo uma multiplicidade de papéis, inimagináveis até pouco tempo atrás. A maternidade, por exemplo, já não é mais um destino irrefutável e obrigatório para a mulher ⁵⁶.

Somente a partir da década de 1970, a mulher brasileira passou a exercer um papel mais significativo no cenário nacional com atuação em hospitais, escolas, creches, serviços domésticos, comércio e uma pequena parcela na indústria e na agricultura. No ano de 1972 realizou-se, no Rio de Janeiro, o I Conselho Nacional de Mulheres, sob a presidência de Romy Medeiros da Fonseca. A tal encontro pode ser creditada importantíssima contribuição, em termos de mudanças na aplicação de leis que já vigoravam, como, também, na criação de outras. O Ano Internacional da Mulher foi comemorado logo depois (1975). É a partir daí que se verifica um significativo aumento de grupos, associações ou de outras formas organizativas ligadas aos movimentos feministas. Essa fase foi marcada pelas primeiras conquistas feministas e pela democratização social que beneficiou a mulher no cenário brasileiro.

3.2 A MULHER BRASILEIRA NO MERCADO DE TRABALHO COM O ADVENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A partir do final da década de 1980, a situação se modifica, em virtude do crescimento industrial, que contribuiu para um aumento significativo da participação feminina no mercado de trabalho. A isto se aliou o processo de redemocratização do País que se instaurou nesse período. Somente a partir de 1988, as mulheres começaram a participar dos direitos promulgados pela Carta Magna, onde determinava amplos direitos de cidadania, podendo até ser beneficiária do direito ao

56 ORSOLIN, R. Nem toda a mulher quer ser mãe: novas configurações do feminino. In: CENCI, C; PIVA, M. & FERREIRA, V. Relações Familiares: uma reflexão contemporânea. Passo Fundo: Editora UPF, 2002

título da terra. Esses fatos contribuíram para ampliar a participação da mulher nas esferas de poder, encorajando-as, também, a organizarem-se politicamente, o que revela a importância dos movimentos de mulheres nesse processo.

O princípio da igualdade, previsto no art. 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O art. 5º, inciso I, ressalta que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações; o art. 7º, inciso XVIII, concede o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias; o art. 7º, inciso XXX, proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; os arts. 183 e 189 estabelecem que o título de domínio e de concessão de uso podem ser conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil; o art. 201, inciso V, garante a pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes; e o art. 226, § 5º, dispõe que os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

A Constituição brasileira estabelece no inciso XX, do art. 7º, que os trabalhadores têm direito à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Este dispositivo sinaliza para a existência da desigualdade no mercado de trabalho em relação à mulher e refere os meios de que pode dispor o Estado para atuar em face da questão. No inciso XVIII, do mesmo dispositivo constitucional, estabelece-se o direito de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário. A legislação infraconstitucional regula a questão do pagamento do benefício “salário-maternidade” substitutivo do salário daquela que entra em gozo de licença maternidade, e visa dar suporte do nível de renda à empregada gestante e mãe, sendo que este encargo não é custeado diretamente pelo empregador e, conseqüentemente, não tem reflexos diretos no custo do trabalho da empregada mulher.

Em decorrência do inciso XXX do artigo 7º da Carta constitucional foram revogadas as leis que proibiam o trabalho noturno para mulher, em condições

insalubres, perigosas e penosas. Em 2001, foi alterado o art. 376 da CLT para permitir a realização de horas-extras por mulheres.

A mesma Carta ampliou os direitos trabalhistas, da proteção do trabalho da mulher e diminuiu o tempo para requerer a aposentadoria, sendo atualmente de 65 (sessenta e cinco) anos para homem, 60 (sessenta) para mulher, reduzindo em 5 (cinco) anos para os trabalhadores rurais.

Com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069 de 13 de julho de 1.990), consagra-se, finalmente, a igualdade de condições do pai e da mãe no exercício do pátrio poder, de tal forma que o sustento, guarda e educação dos filhos caberá a ambos. Dispõe os artigos 21 e 22 do referido diploma:

Art. 21. O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais.

A CLT, norma infraconstitucional tem um capítulo dedicado à proteção do trabalho da mulher, nos artigos 372 a 401. Obedecidas determinadas condições, há nestes dispositivos, até previsão de manutenção e subvenção de escolas maternais e jardins de infância.

Na análise do comportamento da firmeza de trabalho da mulher no Brasil no período de 1985 a 1990, um dos fatos de maior relevância é o alto índice de crescimento. Podemos dizer que as mulheres representaram um papel muito mais expressivo do que os homens no aumento da população economicamente ativa, nos anos examinados. A abertura econômica ocorrida na década de 1990 trouxe junto com algumas multinacionais, o conceito da força de trabalho feminino, da importância da mulher como mercado consumidor, como formadora de opinião e como mão de obra diferenciada⁵⁷

57 BRUSCHINI, Cristina. Desigualdades de gênero e deslocamentos da força de trabalho. São Paulo: LTr., 1995, p.3.

Finalmente, o novo Código Civil, a entrar em vigor em 11 de janeiro de 2.003, veio consolidar todas as alterações legais e construções doutrinárias e jurisprudências que disciplinavam a questão da luta contra a discriminação da mulher. A igualdade de gênero ganhou um novo prisma. Aplicando o princípio constitucional da isonomia, consagrou que aos dezoito anos a pessoa atinge a maioridade plena e que o poder familiar sobre os filhos menores seria exercido em situação de plena igualdade entre pai e mãe (art. 5º, parágrafo único, inciso I); permitiu também ao marido acrescentar ao seu nome o patronímico de família da esposa (art. 1.565, § 1º); estabeleceu que a direção da sociedade conjugal fosse exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher (art. 1.567); dispôs que, na impossibilidade de um dos cônjuges exercerem a administração dos bens que lhe incumbe, compete ao outro geri-los ou aliená-los (arts. 1.570 e 1.651); estabeleceu a autorização recíproca dos cônjuges para a prática de certos atos da vida civil (art. 1.647); conferiu à mulher plena liberdade na disposição de bens particulares (art. 1.666); estabeleceu que compete a ambos os cônjuges a eleição do domicílio do casal (art. 1.569); possibilitou que homens e mulheres se casem aos dezesseis anos, com autorização expressa de quem de direito, ou mediante decisão judicial, em caso de divergência (arts. 1.517 e 1.631).

No Brasil, a participação feminina na atividade econômica nacional desencadeou mudanças significativas no processo de globalização com intenso crescimento da população ativa no mercado de trabalho atual. A participação e a consolidação feminina ocorrem de forma lenta e gradual, dadas as dificuldades enfrentadas, dentre elas, a redefinição dos papéis masculinos e femininos nas esferas familiar e profissional. Considera-se também, nesse contexto, a importância da participação da mulher na força de trabalho, a fim de contribuir com a estruturação do mercado e permitir a redução da segregação ocupacional feminina e da diversidade cultural, no exercício de atividades de menor reconhecimento e prestígio profissional⁵⁸

3.3 O DIREITO AO VOTO PELAS MULHERES BRASILEIRAS

58 BALTAR, P.; LEONE, E. T. A mulher na recuperação recente do mercado de trabalho brasileiro. Revista brasileira de Estudos Populacionais, São Paulo, v.25, n.2, p. 233-249, jul/dez. 2008.

A mulher brasileira tem lutado ao longo de toda nossa história, para conseguir seu espaço, mesmo vivendo numa sociedade paternalista, preconceituosa e discriminatória. No cenário político nacional, muitas mulheres se destacaram na luta pelo fim da escravidão em relação a sua vida ativa e organizada. Dessa época pode-se destacar Almerinda Gama, a primeira Deputada negra eleita no Brasil, em 1936.

No Brasil, a história da participação da mulher no parlamento tem como marco inicial à conquista do direito ao voto que se deu em 1932. Essa conquista é resultado da luta contínua do movimento sufragista, que emergiu, no Brasil em 1919 e culminou com a conquista do direito ao voto pelas mulheres.

O século XIX se caracterizou por duas frentes de luta do operariado: a luta por melhores condições de trabalho (salário, redução da jornada, repouso semanal, condições de higiene), e a luta pelos direitos de cidadania. Neste primeiro momento, mesmo que houvesse a busca pelo sufrágio universal e a ampliação dos direitos da democracia, a mulher, entretanto, não estava incluída neste movimento. A conquista do direito ao voto feminino necessitou de lutas específicas, abrangendo mulheres de todas as classes sociais.

A luta pelo voto feminino no Brasil iniciou-se quando algumas mulheres começaram a reclamar este direito. Desde 1823 já se tinha notícia de movimentos acerca da cidadania da mulher brasileira. A emancipação feminina era o tema na redação de periódicos redigido por mulheres. O primeiro periódico foi O “Jornal das Senhoras” publicado pela primeira vez em 1852, seguido pelo “O Belo Sexo” em 1862, no Rio de Janeiro e em 1873 foi publicado em Minas Gerais “O Sexo Feminino”, dentre outros. Todavia, a questão do voto feminino era tão distante, que quase não era enfatizada nos referidos escritos e, somente em 1888 foi lançado em São Paulo o jornal “A Família” de Josefina Álvares de Azevedo, que tinha como bandeira de luta a conquista dos direitos políticos e femininos no Brasil, enfatizando a questão do voto feminino. Josefina Álvares de Azevedo chegou a transformar-se

em dramaturga para tentar conscientizar a sociedade sobre os direitos femininos, conforme Hahner:

Assim, escreveu uma peça intitulada “O Voto Feminino” onde defendia que a mulher também tinha condições e capacidade para opinar e decidir sobre a vida política do país, mas a peça foi recebida com frieza na capital federal⁵⁹

Apesar de existirem mulheres graduadas, as mesmas eram tituladas no estrangeiro, visto que o ensino superior só foi permitido no Brasil em 1879. A permissão dada às mulheres para ingressar nas universidades não significou na prática a inclusão destas nas instituições de ensino, uma vez que sofriam com a desaprovação social e também com os custos elevados de uma educação secundária⁶⁰.

A instrução feminina à época era tida como desnecessária. O desuso do cérebro a que a sociedade condena a mulher, negando-se a instruí-la, seria o responsável pela menor evolução verificada das capacidades mentais femininas. Vejamos o que diz Saffioti:

Ora, se a desigualdade de capacidades intelectuais entre os sexos se devia a fatores de caráter histórico, a mulher não estava condenada a persistir na ignorância e, portanto, na inferioridade mental e social. A solução encontrava-se na educação feminina, capaz de permitir uma recuperação do atraso a que esteve sujeita⁶¹

Assim, a invisibilidade da mulher na política partidária é “vista naturalmente como inerente à sua condição biológica e ao estado civil no qual está inserida⁶²”.

Os opositores do voto feminino utilizavam-se de argumentos acerca da inferioridade mental das mulheres e de sua “natural” fragilidade que não suportaria as lutas travadas fora do âmbito doméstico. O sufrágio não estava dentro do mundo feminino de sentimentos e do lar, mas marcou uma brecha precisa na esfera

59 HAHNER, June Edith. Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil - 1885-1940. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul / EDUNISC, 2003, p.166.

60 Idem, p.145.

61 SAFFIOTI, H. I. B. (1976). A Mulher na sociedade de classes: mito e realidade. Petrópolis: Vozes, p.206.

62 ÁLVARES, Maria Luzia. Mulher e participação Política. IN. FERREIRA, Mary (org.). Mulher, gênero e políticas públicas. São Luís: Grupo de Mulheres da Ilha / REDOR / UFMA, 1999, p-47.

masculina ativa. Até então, as primeiras feministas não tinham ainda advogado o voto da mulher. O fermento da agitação republicana no fim da década de 1880, não apenas fortaleceu o desejo feminista por direitos políticos como também deu às mulheres argumentos adicionais em favor do sufrágio e oportunidades de procurar o voto. Com a Proclamação da República abriu-se, inicialmente, a possibilidade de uma estrutura política mais fluida e aberta. As mulheres começavam a ter direito a voz ativa no cenário nacional, embora ainda não tivessem conseguido os seus verdadeiros objetivos. Após a Proclamação da República, em 1889, na égide de sua luta, as mulheres fundaram na capital federal o Partido Republicano Feminino, cujo objetivo era o de promover a cooperação entre as mulheres na defesa de suas causas, que era o de fomentar o progresso do país. E esse partido teve como mérito inegável que era o de trazer sua ânsia para o debate público: o pleito das mulheres por uma cidadania plena ⁶³.

Na constituinte republicana de 1890 ocorrem as primeiras manifestações em favor do direito político para a mulher brasileira. Assim, por iniciativa de Lopes Trovão e outros, foi apresentada emenda, concedendo direito de voto à mulher. Mas a emenda foi rejeitada, Um dos motivos para essa rejeição foi o fato de não haver um movimento feminino para acompanhar os debates. A primeira mulher a ingressar na Ordem dos Advogados do Brasil foi a advogada Myrthes de Campos que requereu seu alistamento eleitoral, argumentando que a Constituição não negava à mulher este direito, pois apenas enumerava os impedimentos que se limitavam aos mendigos; analfabetos; excetuando os alunos das escolas militares de ensino superior; os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitos ao voto de obediência, regra ou estatuto que importe em renúncia da liberdade individual. Contudo seu requerimento foi indeferido, mas a Dra. Myrthes continuou sua luta pelo voto, atuando no Congresso Jurídico realizado no Rio de Janeiro em comemoração ao centenário da Independência ⁶⁴,

63 ALVES, Branca Moreira. Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1980, p.78

64 Idem, p.89.

A ideia do sufrágio feminino foi lançada de forma organizada através da professora Leolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminino, no ano de 1910. Contudo, o alistamento da referida professora foi rejeitado. Já em 1917 Leolinda Daltro, através do Partido Republicano Feminino, organiza uma passeata com 84 mulheres no Rio de Janeiro e o deputado Maurício de Lacerda apresenta na Câmara Federal um projeto de lei instituindo o sufrágio feminino, alegando a comprovada capacidade da mulher, que já adentrara em todos os ramos de atividade, mostrando-se tão eficiente quanto o homem. Em 1919, o senador Justo Chermont levou ao senado um projeto similar ao do deputado Maurício de Lacerda, este demorou anos tramitando no senado ⁶⁵.

Em 1918 a bióloga Bertha Lutz, filha do cientista brasileiro Adolpho Lutz e de mãe inglesa, iniciou sua campanha pelo voto feminino através de uma carta enviada à Revista da Semana. Nesta carta declarou que o tratamento que era dispensado as mulheres, tratadas com um respeito que apenas servia para mascarar o menosprezo de que eram vítimas as representantes do “bello sexo”. Por fim, convocava as mulheres para que juntas lutassem pela sua emancipação. Em 1919 Bertha Lutz fundou com um grupo de mulheres a Liga para Emancipação Intelectual da Mulher, com o objetivo de abrir um espaço de discussão mais amplo do que as instituições femininas da época, voltadas ao trabalho assistencialista. Após a volta de Bertha Lutz de sua viagem aos Estados Unidos a Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher passou a se chamar Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF), tornando-se uma organização nacional. Sua fundação data de 9 de agosto de 1922 e esteve durante toda a sua existência vinculado ao sufragismo norte-americano. ⁶⁶

Em 1919, o senador Justo Chermont apresenta um projeto semelhante, onde na justificativa enfatizava a “missão primordial feminina”. Tal matéria é julgada como emenda constitucional e o voto feminino é aprovado em ambas as casas em 1921, debatido novamente no Senado em 1927, sem contudo, ser votado. Em 1920, surgiram novos grupos de mulheres intitulados Ligas e tinha como aspiração o Progresso Feminino, embriões da poderosa Federação Brasileira pelo Progresso

65 SOIHET, Rachel. O Feminismo Tático de Bertha Lutz. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Catarina do Sul, EDUNISC, 2006.

66 Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil (1850-1940). Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p.289.

Feminino, criada em 1922, dirigida por Bertha Lutz e o Comitê das Mulheres Trabalhadoras.

Em 1921, a campanha pelo voto feminino começa a ganhar expressão no cenário no cenário político brasileiro. Informa Rago (1998) que Berta Lutz, em entrevista ao jornal "Imparcial" fala sobre a apresentação de uma emenda, de autoria dos deputados Bittencourt Filho e Nogueira Filho, sobre o sufrágio feminino. Berta Lutz cita exemplos de outros países como Rússia (depois da revolução socialista de 1917), onde as mulheres figuravam na constituição e tinham plena igualdade com os homens: na Finlândia, um dos primeiros países a estabelecer o voto feminino sem restrições: Suécia, desde 1862: Noruega em 1913: Dinamarca, 1915, além da Holanda, Letônia, Grécia, Áustria, Polônia, Inglaterra, EUA e México. Berta Lutz foi delegada oficial do Brasil da Conferencia de Mulheres, realizada em Baltimore (EUA), em 1922. Ao regressar, transforma a Liga para Emancipação Feminina, fundada em 1919, na Federação Brasileira pelo Progresso Feminino.

Berta Lutz, logo após a Primeira Grande Guerra, através da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, foi quem tornou oficial o Dia das Mães e o Dia das Crianças, depois conseguiu também que o Externato do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, fosse estendido às meninas, que antes não podiam lá estudar, por ser um colégio somente para meninos. Berta Lutz também foi quem realizou o primeiro Congresso Feminista do Brasil.

Durante mais de uma década as mulheres brasileiras realizaram a companhia pelo voto feminino. Algumas, de mentalidade mais avançada, agruparam-se no Partido Republicano Feminino, fundado por Leonilda Daltro, em 1910; no Partido Feminino: na Aliança Nacional de Mulheres; na Legião da Mulher Brasileira; na Junta Feminil pró-Hermes/Venceslau, que foi a primeira agremiação a colaborar com as eleições presidenciais.

Conforme Saffiotl (1969), em outubro de 1922 o Congresso Jurídico Brasileiro aprovou, por grande maioria a constitucionalidade e a oportunidade do voto feminino. Em 1926 o jornal Folha da Noite, noticiava que no congresso de Minas Gerais se discutia um projeto de reforma da Constituição do estado, visando

aprovar uma Emenda concedendo às mulheres o direito de votarem e serem votadas nas eleições estaduais. Na mesma época, Juvenal Lamartine defendia na Plataforma de Governo, no Rio Grande do Norte, o voto feminino. Foi eleito e deu início ao programa administrativo. O art. 77 das Disposições Gerais da Lei Eleitoral, daquele estado, consagrava a conquista feminina.

Em 1927, a redação final da Constituição do Rio Grande do Norte inclui, em seu art. 77 das Disposições Gerais: “No Rio Grande do Norte poderão votar e ser votados, sem distinção de sexos, todos os cidadãos que reunirem as condições exigidas por esta lei”.

Deste modo, em 1928, foi eleita a primeira prefeita do Brasil no município de Lages, no Rio Grande do Norte, Alzira Teixeira Soriano, pelo Partido Republicano. Ao lado das filhas ela declara a imprensa: “A mulher pode ser mãe e esposa amantíssima e oferecer ao mesmo tempo à pátria uma boa parcela das suas energias cívicas e morais”.⁶⁷

Em 1930, no governo provisório de Getúlio Vargas é instituída uma comissão para estudar a reforma eleitoral e, em 1931 governo provisório é convocado a atender as aspirações eleitorais das mulheres, ratificadas no II Congresso Internacional Feminista, promovido pela F.B.P.F., no Rio de Janeiro, encabeçado por Bertha Lutz. Apesar de não ser um grande simpatizante das pretensões feministas, Getúlio Vargas se comprometeu, pessoalmente, a envidar esforços em prol da campanha sufragista. Tal empenho se concretiza com a elaboração do Código Eleitoral, no ano seguinte, o qual consagra às mulheres o direito ao voto. Tal avanço em relação aos direitos das mulheres, mesmo que tenha representado uma importante conquista, foi seguido de um longo período de estagnação do movimento feminista, decorrente, principalmente, do caráter do governo que na época instalou-se no País (Estado Novo), durante o qual todo tipo de mobilização popular de cunho reivindicatório foi impedido ou dificultado.

Desse modo, Getúlio Vargas promulga em 24 de fevereiro de 1932 o Decreto nº 21.076, aprovando o voto secreto e o voto feminino às mulheres casadas, desde que tivessem autorização dos maridos, e a algumas solteiras ou viúvas, desde que tivessem renda própria o direito de votar e serem eleitas. O Brasil tornou-

⁶⁷ ALVES, Branca Moreira. Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil. Petrópolis: Vozes, 1980, p.119.

se o quarto país no continente americano a garantir o, ainda restrito, direito de voto às mulheres. O direito ao voto foi conquistado no dia 24 de fevereiro de 1932, em meio à Revolução de 1930. Porém, para se chegar a uma câmara municipal ou dirigir uma prefeitura, um verdadeiro vestibular afunila as chances de uma mulher ser candidata.

E o pior, neste vestibular os critérios de escolha não são baseados no mérito, mas sim na lógica da hierarquia partidária. Infelizmente a maioria dos partidos brasileiros herdou práticas sexistas, e abre espaço para as mulheres somente como “formiguinhas” que trabalham muito nas bases, mas raramente são aceitas como “1 companheiras de poder” na hora de decidir as candidaturas e a ocupação de cargos públicos em que o partido esteja contemplado⁶⁸

Apenas 15% dos eleitores registrados no Rio de Janeiro em 1933 eram mulheres. Essa indiferença feminina levou a FBPF a fundar em 1º de janeiro de 1933, a Liga Eleitoral Independente que tinha como objetivos promover a politização das mulheres e apresentar candidatas às eleições. Em 1933 ocorreu a eleição para Assembleia Nacional Constituinte, primeira com a participação feminina. A porcentagem de mulheres acreanas que se alistaram para votar nas eleições de 1933 foi 22% do eleitorado total, índice maior do que o registrado no Rio de Janeiro, capital federal e centro irradiador do movimento sufragista, que ficou em 15% da população. As eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, de 1934, foram convocadas para o dia 03 de maio de 1933, inaugurando finalmente, a era do direito das mulheres ao alistamento, como eleitoras, e de seus registros, como candidatas, em todo Brasil. Contudo, a única mulher a se eleger Deputada Federal Constituinte, foi Carlota Pereira de Queirós, pelo Estado de São Paulo, assumindo a tribuna em 13 de março de 1934, onde instaurou a representação das mulheres no Poder Legislativo⁶⁹.

A partir de 64, a presença feminina sofre novo refluxo, visto inexistir qualquer ambiente para a organização de movimentos populares, em função do regime ditatorial. Algumas mulheres, no entanto, participaram de movimentos organizados de oposição ao regime, bem como de manifestações e atos políticos. Foi na pugna

68 ALVES, José Eustáquio Diniz. Mulheres em Movimento: voto, educação e trabalho. Outo Preto, REM, 2003, p.11.

69 HAHNER, June Edith. Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil - 1885-1940. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul / EDUNISC, 2003, p.193.

pela anistia que a sua participação foi mais acentuada. No mundo ocidental a década de 60 é marcada pelo recrudescimento da mobilização na luta contra o colonialismo, a discriminação racial, pelos direitos das minorias, por reivindicações estudantis, contando, todas essas causas, com participação intensa de parcela significativa de mulheres.

Até a década de 1970 esse quadro de exclusão não sofreu muitas modificações, destacando-se o I Conselho Nacional de Mulheres, realizado em 1972, no Rio de Janeiro, sob a presidência de Romy Medeiros da Fonseca. A tal encontro pode ser creditada importantíssima contribuição, em termos de mudanças na aplicação de leis que já vigoravam, como, também, na criação de outras. O Ano Internacional da Mulher foi comemorado logo depois (1975). É a partir daí que se verifica um significativo aumento de grupos, associações ou de outras formas organizativas ligadas aos movimentos feministas.

A partir do final da década de 1980, a situação se modifica, em virtude do crescimento industrial, que contribuiu para um aumento significativo da participação feminina no mercado de trabalho, e, na crescente inserção das somava 26 mulheres parlamentares que participaram dos debates conjuntamente com 500 homens, no período entre fevereiro de 1987 a outubro de 1988 na elaboração da Carta Magna de 1988. A isto se aliou o processo de redemocratização do País que se instaurou nesse período. Somente a partir de 1988, as mulheres começaram a participar dos direitos promulgados pela Carta Magna, onde determinava amplos direitos de cidadania, podendo até ser beneficiada do direito ao título da terra. Esses fatos contribuíram para ampliar a participação da mulher nas esferas de poder, encorajando-as, também, a organizarem-se politicamente, o que revela a importância dos movimentos de mulheres nesse processo.

A participação feminina no congresso Nacional aumentou em valores absolutos: uma bancada com 26 deputadas federais foi eleita em 1986 para a Assembleia Nacional Constituinte e em 1990 esse número subiu para 30 deputadas,

e 3 mulheres foram eleitas para o Senado Federal. Mas em termos relativos essas parlamentares apenas poucos mais de 5%.⁷⁰

Durante 60 anos, de 1932 até 1992, as mulheres brasileiras conseguiram obter no máximo 7% das cadeiras do legislativo municipal. Em 1994, as mulheres representavam 8% das Assembleias Legislativas do país e 6% da Câmara Federal.

Com o objetivo de reverter o caráter excludente do sistema político brasileiro, nos aspectos de gênero, tem-se, como ponto de partida, a promulgação da lei 9100/95. A lei nº 9100/95, embora passível de outra interpretação no que diz respeito à obrigatoriedade de se lançar mulheres nos quadros partidários, já subentendia a reserva de candidatura para as mulheres como sendo obrigatória, e não a obrigatoriedade de candidatura de mulheres. Promulgada a referida lei inaugura-se a política de cotas, com o objetivo de reverter o caráter excludente do sistema político brasileiro, nos aspectos de gênero.

A Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997 no parágrafo terceiro do Artigo 10º, visando criar mecanismos de estímulo à participação feminina, estabelece: Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento, e o máximo, de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.

Desde então tem crescido o número de mulheres candidatas e eleitas. Contudo, o crescimento tem ficado abaixo do esperado e do que aconteceu em outros países que adotaram algum tipo de política de cotas. O resultado tímido da Lei se deve à forma como a legislação foi adotada no Brasil. A Lei reserva 30% das vagas para cada sexo, mas não obriga que cada partido preencha as vagas destinadas para o sexo que tem representação minoritária. Em consequência, nenhum partido cumpriu a cota de 30% na média nacional nos últimos pleitos. Nas eleições municipais de 2004 a média nacional de candidaturas femininas para as Câmaras Municipais foi de 22% e a percentagem de vereadoras eleitas ficou em 12%.⁷¹

A Lei 9504 de 30 de setembro de 1997 visando criar mecanismos de estímulo à participação feminina, estabelece no parágrafo terceiro do Artigo 10º que:

70 Mulheres Públicas: Participação Política e Poder. Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/temasedados/detalhes.asp?IDTemasDados=78>>.

71 Fonte: TSE, 2004. Disponível em: www.tse.gov.br. In: A Mulher na Política e a Política de Cotas, José Eustáquio Diniz Alves.

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

Na Lei nº 9504/97, pode-se observar um maior cuidado em sua redação, pois fica bem explícita a questão da obrigatoriedade de reserva de candidatura, e não a obrigatoriedade dos partidos em candidatar mulheres. Desde então tem crescido o número de mulheres candidatas e eleitas. Contudo, o crescimento tem ficado abaixo do esperado e do que aconteceu em outros países que adotaram algum tipo de política de cotas. O resultado tímido da Lei se deve à forma como a legislação foi adotada no Brasil. A Lei reserva 30% das vagas para cada sexo, mas não obriga que cada partido preencha as vagas destinadas para o sexo que tem representação minoritária.

A lei 12.034/09, que não mais estimula a porcentagem da participação exclusivamente feminina, mais impõe aos partidos e as coligações que as vagas deverão ser preenchidas no percentual de 30% e 70%, para cada candidatura do mesmo sexo e não reservada essas como sugeriu a lei 9504/97. A esfera política, reduto historicamente masculino, ainda é um campo refratário à atuação feminina. Isso continua ocorrendo no Brasil mesmo mais de uma década após a entrada em vigor da Lei 9.504/97, que estabeleceu, em seu artigo 10, § 3º, que os partidos devem destinar uma porcentagem mínima de trinta por cento e máxima de setenta por cento de suas candidaturas para cada sexo.

Matéria publicada no site do Tribunal Superior Eleitoral, datada de 22/07/2014, intitulada “DivulgaCand 2014: aumenta participação das mulheres na política brasileira”⁷², comenta que O número de mulheres em disputa por algum cargo nas Eleições Gerais deste ano é 46,5% maior do que no último pleito, em 2010. Até as 14h desta terça-feira (22), os dados do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) mostravam que no universo de quase 25 mil candidatos em todo o Brasil, 7.407 são do sexo feminino, representando 29,73% do total de concorrentes em 2014. Na Eleição de 2010, eram 5.056 candidatas (22,43%). É importante destacar que os dados do Sistema de Divulgação de Candidaturas (DivulgaCand 2014) estão

72 Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2014/Julho/eleicoes-2014-aumenta-participacao-das-mulheres-na-politica-brasileira>>.

sujeitos à atualização, sendo que eventuais números podem apresentar alterações em futuras consultas. A disputa para deputado federal e estadual registrou o maior número de mulheres candidatas: juntos os postos somaram 7.237 candidaturas, 2.404 a mais do que em 2010. Nas eleições deste ano, 2.057 mulheres (30,45%) irão concorrer nas vagas abertas ao cargo de deputado federal. Nos estados, o número também é expressivo, com 4.880 candidaturas femininas (30,04%) que disputarão as vagas nas assembleias legislativas. Em ambos os casos observa-se um crescimento de cerca de 50% de candidaturas femininas em 2014, na comparação com as Eleições Gerais de 2010. Para o cargo de deputado distrital, serão 300 mulheres na disputa em 2014 (29,91%). Em 2010, 224 mulheres concorreram ao cargo (25,33%). Já na disputa por uma vaga ao Senado Federal, a situação será diferente neste ano. A renovação será de um terço das 81 cadeiras. Em 2010, dois terços da Casa foram renovados. Apesar de o número total de candidaturas ter sido superior naquele ano, com 272 contra os 181 registrados em 2014, o número de candidatas mulheres se manteve praticamente estável: em 2010, foram 36 candidatas e, neste ano, 35 concorrem no pleito. A participação feminina na disputa ao cargo de governador neste ano também se manteve equilibrada na comparação com a Eleição Geral anterior. As mulheres representaram cerca de 10% do total de candidatos para a vaga nos dois pleitos. Em 2014, serão 17 candidatas aos governos estaduais. Situação parecida foi observada no caso de candidatos a vice-governador, 43 candidaturas em 2014 contra 42 em 2010. Para o cargo de presidente da República, nas eleições deste ano, num total de 11 registros apresentados à Justiça Eleitoral, dois são do sexo feminino (18,18%). Já para a ocupação de vice-presidente o número é maior: quatro mulheres vão disputar a vaga (36,36%). Em 2010, o número total de concorrentes ao cargo máximo do Executivo era menor, com nove candidatos, sendo duas candidatas mulheres. Na disputa pela Vice-Presidência, apenas uma mulher disputou a vaga naquele ano.

4 O TRABALHO DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A PROTEÇÃO À MATERNIDADE

4.1 PRIMEIRAS LEIS SOBRE O TRABALHO DA MULHER

No Brasil, a lei estadual de São Paulo nº 1.596/1917, foi a primeira que destacou a proteção da mulher no mercado de trabalho, quando esta se encontrava no período de gravidez. A norma previa que a mulher não poderia trabalhar no último dia de gravidez e no primeiro dia após o parto.

A OIT (Organização Internacional do trabalho) foi uma das principais responsáveis pelo desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira, conforme demonstra Bachur:

A finalidade da OIT é proteger a mulher do trabalho, acabar com a desigualdade entre mulheres e homens, trazer melhores condições ao trabalho, acabar com as diferenças de valores de salário entre homens e mulheres, colocar a idade certa para o trabalho e legalizar também as mulheres e crianças que trabalhem a noite.⁷³

A Convenção nº 3 da OIT, de 1919, trouxe várias vantagens no que diz respeito à proteção ao trabalho da mulher, passando a ter direito à licença antes e depois do parto, desde que comprovada a gravidez mediante atestado médico; possuindo garantia de emprego, e a ineficácia de aviso prévio durante esse prazo; tendo a mulher gestante assistência relacionada a uma ajuda econômica, paga pelo Poder Público, possuía médico ou parteira gratuita; direito a dois repousos especiais diários, durante a amamentação, de meia hora cada⁷⁴.

A Convenção nº 4 da OIT tratou da proibição do trabalho noturno da mulher, não podendo mais a mulher trabalhar no período de 22:00 h de um dia até às 5

73 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática. Editora Lemos e Cruz, [S.l.] 2011., p.26.

74 Idem, p.32.

horas do dia subsequente nas indústrias públicas ou privadas, podendo apenas trabalhar nos afazeres domésticos e familiares.

Em 1932, tivemos o Decreto nº 21.417-A, que veio proporcionar à mulher um repouso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, trabalhando em estabelecimento público ou particular.

Constava ainda no referido decreto, que era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, a garantia de retorno ao trabalho, não podendo ser dispensada sem justa causa, o direito de amamentação duas vezes ao dia com intervalo de meia hora cada, até os 6 meses de vida da criança.

As mulheres em período gestacional eram proibidas de trabalhar em serviços perigosos ou insalubres. Em caso de aborto não criminoso, era assegurado descanso remunerado de duas semanas. Por fim, o decreto também estabeleceu a igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

Com a Constituição Federal de 1934, tivemos um significativo avanço no que tange em melhorias à proteção do trabalho da mulher, onde restou assegurado às mulheres gestantes, o direito a assistência médica e sanitária, salário maternidade e licença maternidade.

Entretanto, com a Constituição de 1937, tivemos um retrocesso, pois foi suprimida a igualdade de salários entre homens e mulheres, sendo o salário da mulher inferior; a mulher gestante não possuía mais garantia de emprego, porém tinha direito à licença a maternidade antes e depois do parto.

Em 1943, entrou em vigor a atual Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), prevendo a proteção à maternidade, em seus arts. 391 e 392. Vejamos:

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 4 semanas antes e 8 semanas depois do parto.

Ao longo dos anos, a CLT sofreu diversas modificações, como o direito de consultas, direito de amamentação, salário-maternidade correspondente a duas semanas em caso de aborto não criminoso, entre outros.

Em 1952 tivemos a Convenção nº 103 da OIT, promulgada pelo Decreto 58.820/66, onde estabeleceu-se um descanso de 12 semanas, sendo 6 semanas obrigatoriamente após o parto. Se ocorrer alguma enfermidade causada durante a gravidez ou durante o parto, o descanso será prolongado. O período de licença à maternidade, e o período de amamentação é contado como tempo de serviço.

Com a Constituição Federal de 1967, a mulher gestante passou a ter direito a descanso remunerado, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário.

A lei 6136/74 estabeleceu que a licença-maternidade não mais seria a cargo do empregador, e sim da Previdência Social. Essa medida foi de fundamental importância para o aumento da mulher no mercado de trabalho, pois reduziu os custos do empregador.

Com a Convenção nº 183 da OIT, a licença-maternidade foi ampliada para 14 semanas, e após esse período é garantido o direito de retorno do emprego, sem prejuízo da função e remuneração.

O Decreto nº 51.627, de 18/12/62, promulgou a Convenção nº 3 da OIT, de 1919, que prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro. O Brasil ratificou também a Convenção nº 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto nº 58.020, de 14-6-66, que reviu a Convenção nº 3, dispondo que “em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega” (art. IV, 8). As prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher⁷⁵.

75 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007, p.590.

Entretanto, foi com a Constituição Federal de 1988 que a licença-maternidade passou a ser de 120 dias, sem prejuízo do seu emprego e do seu salário, disposto em seu art. 7, inciso XVIII:

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

Tivemos ainda, como novidade nessa Constituição, o fim da dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, bem como a garantia de emprego por 5 meses após o nascimento da criança.

4.2 A EVOLUÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E A DISCIPLINA LEGISLATIVA SOBRE O TRABALHO DA MULHER

Como dito alhures, mesmo nas sociedades primitivas, a primeira forma de divisão do trabalho ocorreu entre os dois sexos, onde ao homem cabia a caça e pesca, enquanto que a mulher era responsável pela colheita dos frutos, iniciando dessa forma, a cultura da terra e as atuais formas de organização do trabalho. Inicialmente, se faz necessário uma análise histórica sobre as relações de trabalho e o seu desenvolvimento ao longo dos anos, para então entendermos as mudanças e evoluções até os dias atuais. O desenvolvimento do trabalho está diretamente ligado à evolução da sociedade e do homem, eis que o conceito de trabalho surgiu com a necessidade de sobrevivência do homem, sendo cada atividade se especializando com o passar do tempo.

As antigas técnicas de produção surgiram nos primórdios, passando por um processo evolutivo, de um estágio artesanal e precário, até os dias atuais, onde observamos largas produções (muitas vezes em excesso).

Dessa forma, passamos por um processo de transformação e desenvolvimento, surgindo a ideologia da produção de consumo, ou seja, a produção em altas quantidades e a sua disponibilização para o mercado consumidor.

Em outras palavras, a produção não mais se limitava ao consumo próprio ou da família, mas sim à demanda de toda a sociedade, forçando o consumo de bens a todos que pudessem pagar, surgindo a ideia de lucro através da produtividade em larga escala com o intuito de acumular riquezas. A busca e a conquista de mercados fizeram com que surgissem os primeiros traços do capitalismo, se tornando o pilar para o surgimento da Revolução Industrial. As produções em larga escala foram aumentadas de forma expressiva, em especial entre o final do século XVIII e início do século XIX (período da Revolução Industrial).

Em sentido oposto, da mesma forma que a produtividade aumentava a classe trabalhadora não era beneficiada na mesma proporção, ou seja, os frutos do capitalismo foram colhidos apenas por aqueles que detinham o capital, sendo que os trabalhadores sofriam cada vez mais um processo de exploração.

Com o objetivo de se aumentar a produção, aumentava-se também a precariedade das condições de trabalho, onde trabalhadores chegavam a se ativar por até 18 horas diárias, em ambientes muitas vezes insalubres, sem condições básicas, gerando o surgimento de doenças e acidentes, o que resultou no aumento da população miserável.

A classe trabalhadora não tinha opção, pois se tratava da única alternativa de sobrevivência. Criou-se na Europa um cenário cruel, pois o empregador estabelecia conforme a sua conveniência, a duração da jornada e a remuneração, e o trabalhador não tinha qualquer possibilidade de questionamento, sob pena de perder seu único meio de subsistência.

Diante desta realidade, o Estado se mostrou omissivo durante muitos anos, pois se entendia que não cabia ao Estado intervir nas relações particulares e, portanto, nas relações de trabalho, o que permitia ao empregador ditar livremente as normas de trabalho, sempre em desfavor do hipossuficiente – o trabalhador. No entanto, com o aumento desenfreado da miséria no seio da classe operária, surgiram as primeiras indignações, demonstrando a urgência da implantação de leis protetivas que começavam a aparecer para coibir ou diminuir os abusos. A

organização sindical, as ideias Marxistas e o desenvolvimento de uma ideologia social cada vez mais crescente influenciaram positivamente os legisladores do início do século XX para que nascesse o Direito do Trabalho.

No Brasil, o Direito do Trabalho desenvolveu-se no final do século XIX com a contribuição dos trabalhadores imigrantes, e teve como marco inicial a edição de leis esparsas que instituíam proteção aos trabalhadores, como o Decreto n.º 1.313/1891 que protegia os menores trabalhadores e a Lei n.º 4.982/1925 que garantia aos trabalhadores de algumas categorias férias de 15 dias por ano.

No governo Vargas surge a CLT- Consolidação das Leis do Trabalho, até hoje vigente, sendo sem dúvida o grande marco nacional na proteção do trabalhador. Pode-se dizer que a CLT foi e é um grande instrumento posto à disposição do trabalhador hipossuficiente, que juntamente com a Constituição Federal de 1988, representa um marco na afirmação social.

Não se pode olvidar que estabelecer as garantias sociais ao trabalhador consiste na função precípua do Direito do Trabalho. Na verdade, o ramo juslaboral destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. De fato, o ramo justralhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe.

Esse valor – e a conseqüente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.⁷⁶

Impende registrar que o direito do trabalho surgiu como instrumento para possibilitar um equilíbrio entre os sujeitos contratantes na relação entre o capital e o trabalho. A concepção do direito trabalhista adveio da necessidade de se ter um ramo jurídico apto a proporcionar aos trabalhadores uma maior proteção, haja vista a natural e histórica desproporção de forças na relação contratual de trabalho.

76 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2002, p.46.

Historicamente, o Direito do trabalho teve seu surgimento no século XIX, em plena revolução industrial, marcada pela concentração, desorganização e exploração dos trabalhadores, com o único intuito de aumento da produtividade.

Nesse contexto, o ramo juslaboral, foi concebido para diminuir as adversidades nas relações de trabalho, contribuindo para a organização industrial.

Embora o direito ao trabalho redobre-se na preocupação com o trabalhador e, embora se saiba que a divisão do trabalho já albergava a mulher desde as primeiras formas de divisão do trabalho, as primeiras manifestações legislativas acerca do trabalho da mulher somente surgem em 1842 na Inglaterra, tendo como seus percusores os liberais Robert Owen (1771-1858) e Daniel Lê Grand (1783-1859).

No ano de 1919, em 25 de janeiro, instalou-se a Conferência da Paz, que deu origem ao Tratado de Versailles. Neste, em sua Parte XIII, criou-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo o trabalho da mulher uma das primeiras matérias a constituir objeto de regulamentação específica por esse organismo internacional.

Universalizado o direito do trabalho, principalmente no que se refere à tutela do trabalho feminino, foi inserida uma certa flexibilidade nos métodos de aplicação de suas normas no que se refere ao trabalho da mulher. Inclui-se algumas categorias do campo de incidência da convenção, como a possibilidade de aplicação gradual de suas cláusulas ou a não-aplicação de algum dispositivo. Essas medidas legislativas de proteção às mulheres foram incorporadas à legislação interna da maioria dos países, como parte integrante do direito do trabalho, sendo, posteriormente, criticadas, com o fundamento de que desrespeitavam o princípio da igualdade, não obstante os mecanismos de flexibilidade adotados pela OIT ⁷⁷.

O desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira se deu principalmente pela OIT (Organização Internacional do Trabalho). A convenção nº 3 da OIT foi uma das primeiras Convenções que protegeu a mulher quando ela se encontrava no

77 BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

estado puerperal, passando esta, a ter direito a licença a maternidade antes e depois do parto, garantia de emprego, e ajuda econômica paga pelo Poder Público, dentre outros direitos.

No entanto, a partir desse momento houve um grande avanço nos direitos concedidos às empregadas gestantes, tais como a Convenção de n. 183, de 1999, que estendeu para 14 semanas o descanso para a empregada gestante, podendo ser prorrogado no caso de complicações no parto.

Contudo, foi com a Constituição de 1988, que a empregada gestante teve direito à licença maternidade de 120 dias, sem prejuízo de seu emprego e de seu salário.

Dentre outros direitos foi garantido à mulher gestante o direito de fazer consultas médicas e exames, estando dispensada do trabalho nesses dias. Caso a empregada gestante trabalhe em lugar prejudicial a sua saúde, ela deverá ser transferida de função, fato este que não poderá interferir em seu salário.

Várias foram as normas aprovadas pela OIT, como se pode citar: a Recomendação n. 123, de 1965, ampliada pela Convenção n.156, complementada pela Recomendação nº 165, para as mulheres com responsabilidades familiares; o trabalho noturno da mulher dando origem à Convenção n. 4, de 1919, ratificada pelo Brasil em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo já citado Decreto n. 423, de novembro de 1935. Mais recentemente, o Protocolo de 1990, da OIT, reviu a Convenção n. 89. Esse protocolo veda o trabalho noturno às mulheres que se encontrarem no período de licença-maternidade de pelo menos dezesseis semanas, sendo oito antes da data presumida do parto, salvo se a empregada solicitar expressamente que seja afastada a vedação e desde que não seja prejudicial à sua saúde e à de seu filho.

A Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, estabelece a finalidade e os princípios norteadores da Previdência Social.

O presente tema tem como objetivo demonstrar a importância da proteção à maternidade destacando seus problemas principais.

A empregada gestante necessita de cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu estado gravídico, levando em consideração a dificuldade que enfrentará ao tentar conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho. Sendo assim, a gestante fará jus à garantia de emprego para que não corra o risco de ser dispensada no período de gravidez, o que resultará em uma diminuição do índice de discriminação contra a gestante no mercado de trabalho.

4.3 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

A proteção à maternidade teve uma evolução muito grande, e trouxe muitas vantagens no que diz respeito à empregada gestante. No começo, a empregada gestante não possuía nenhum direito, mas com a evolução, passou a ter direito a um descanso de 28 dias antes e 56 dias após o parto, totalizando 12 semanas. Agora, com a Constituição de 1988, o período para descanso é de 120 dias. A empregada gestante possui a garantia de emprego após a licença e recebe também o salário-maternidade, referente ao seu salário integral durante o período de afastamento, além de outros direitos que serão discorridos abaixo.

4.3.1 Âmbito de Aplicação da Proteção À Maternidade

A convenção sobre seguridade social (norma mínima), 1952 (nº 102) 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. Desde que a primeira convenção no tema foi adotada, seu âmbito de aplicação foi ampliado para abranger todas as mulheres empregadas. Assim, a convenção nº 183 e sua recomendação (nº 191) estendem a cobertura a todas as

mulheres empregadas, independentemente da sua ocupação ou do tipo de estabelecimento, inclusive às que desempenham formas atípicas de trabalho e frequentemente não gozam de nenhuma proteção. Em setembro de 2009, 71 países haviam ratificado pelo menos uma convenção sobre a proteção da maternidade ou a Parte VIII da convenção nº 102, incluindo 17 países da América Latina e Caribe. Tanto Brasil como Portugal são signatários das convenções nº 102 e nº103. O consenso mundial em torno da importância da proteção da maternidade vai além das ratificações e se reflete na existência de disposições sobre o tema nas legislações de praticamente todos os países.

A proteção da maternidade sempre foi uma preocupação da OIT, desde o primeiro ano de sua existência, em 1919, quando foi adotada a Convenção sobre a Proteção à Maternidade (nº 3). A intenção, desde então, foi garantir que as mulheres pudessem combinar seus papéis de trabalhadoras e de mães e prevenir um tratamento desigual por parte do empregador em razão desse papel. As convenções de proteção à maternidade foram atualizadas, e estão hoje em vigor a Convenção nº 183 e a Recomendação nº 191.

O objetivo dessa proteção é resguardar a saúde da mãe e de seu filho ou filha, bem como proteger a trabalhadora de qualquer discriminação baseada na sua condição de mãe. A proteção à maternidade contribui para a consecução de três Objetivos de desenvolvimento do Milênio (ODM), adotados pelos países-membros das nações unidas: ODM 3, sobre a promoção da igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; ODM 4, relativo à redução da mortalidade infantil; e ODM 5, relativo a melhorias na saúde materna.

A Convenção nº 183 refere-se a todas as mulheres trabalhadoras e, por isso, deve também ser aplicada às trabalhadoras domésticas. A Convenção estabelece:

- Medidas de proteção para as mulheres grávidas e mulheres que deram à luz recentemente, incluindo medidas de prevenção à exposição a riscos durante e após a gravidez;
- Direito à licença maternidade remunerada;

- Direito a intervalos para amamentação;
- Proteção contra a discriminação e demissões arbitrárias;
- Garantia de retorno a seu posto de trabalho ao final da licença maternidade.

Estas são as bases para as diretrizes contidas na Convenção nº 189 e Recomendação nº 201 sobre as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos. Segundo a Convenção nº 189, os países devem adotar medidas para "assegurar que os trabalhadores domésticos se beneficiem de condições não menos favoráveis do que aquelas aplicadas aos trabalhadores em geral com relação à proteção da seguridade social, inclusive no que diz respeito à maternidade" (Artigo 14).

Na Recomendação nº 201, há outras duas orientações importantes: que não se permita "que os trabalhadores domésticos se submetam a exames de diagnóstico de HIV ou gravidez, ou que revelem seu estado quanto ao HIV ou gravidez" (parágrafo 3) e que os países desenvolvam "meios para facilitar o pagamento das contribuições à previdência social, inclusive com respeito aos trabalhadores domésticos que prestam serviços para múltiplos empregadores, por exemplo, mediante um sistema de pagamento simplificado" (parágrafo 20).

A Constituição Federal garante à empregada gestante estabilidade no emprego desde o momento da confirmação da gravidez. Neste sentido, o Atos das Disposições Constitucionais Transitórias artigo 10, II, b estabelece que: "Fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

4.3.2 DIREITO DE FAZER CONSULTA MÉDICA

A empregada gestante tem o direito de fazer consultas médicas, sendo dispensada do trabalho, para realizações mínimas de 6 consultas médicas e os exames necessários.

A mulher tem o direito de acompanhar sua gravidez, ausentando de seu serviço para fazer o pré-natal.

Quando se tratar de gravidez de alto risco, e o médico ampliar o número de consultas e exames, poderá ser feito uma licença médica. Dessa forma, os primeiros 15 dias de afastamento, serão por conta do empregador, depois desse período, as despesas ficam por conta do INSS, fazendo jus ainda ao auxílio-doença.

4.3.3 TRANSFERÊNCIA DE FUNÇÃO

Deverá ocorrer a transferência de função quando a empregada gestante estiver em função prejudicial à saúde, sendo que essa transferência não interfere em seu salário, por causa do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que proíbe a redução de direitos dos trabalhadores. Se a mulher grávida estiver em função prejudicial a sua saúde, deverá ser transferida para outra função, sem prejuízo do salário. Sempre que o trabalho estiver causando algum prejuízo à gravidez da empregada, ela terá direito de ser transferida para outro posto de trabalho, observando a orientação médica. Quando a empresa em que a gestante trabalha, possuir apenas função prejudicial a sua gestação e sua saúde em geral, a providência a ser tomada neste caso, é o seu afastamento temporário do trabalho durante os primeiros 15 (quinze) dias com recebimento dos salários e depois requerer o auxílio-doença. Outra solução é a concessão de licença remunerada, porque o risco de atividade cabe à empresa e o salário tem natureza alimentícia. Assim, de durante o trabalho a mulher sentir que está causando prejuízo ao nascimento do filho durante a gestação, tem direito de transferir para outro posto de trabalho, seguindo a orientação médica.⁷⁸

Cabe ainda ressaltar, que a Lei 13.287 de 2016 incluiu o artigo 394-A da CLT, para proibir o trabalho da gestante em locais insalubres. Vejamos:

78 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática. Editora Lemos e Cruz, [S. L.]2011, p.1.101).

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Dessa forma, constatada a insalubridade no ambiente de trabalho, se faz necessária a sua transferência para um local salubre, durante toda a gestação.

4.3.4 NASCIMENTO SEM VIDA DA CRIANÇA

O Direito a licença-maternidade não está ligado ao estado civil da mulher, nem mesmo ao nascimento com vida da criança, conforme disposto no art. 3 da Convenção nº 103 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil. Antes dessa ratificação, admitiam o retorno da empregada no trabalho, caso a criança nascesse sem vida, antes do fim da licença.

Hoje em dia, isso não acontece mais, uma vez que o afastamento após o parto, independentemente de nascer com vida ou não, é obrigatório. Não se deve apenas pensar na criança, pois a mulher, na gestação sofre transtornos físicos, e psíquicos. O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. Não é necessário que a criança nasça com vida para que a mãe faça jus à licença à maternidade e à garantia de emprego.⁷⁹

4.3.5 ABORTO

O aborto era conceituado como a interrupção da gravidez, que ocorria do 7º mês em diante, antes que o feto pudesse viver fora do útero materno. No caso do aborto, deve-se ocorrer a morte do feto, para que este se materialize. Na atualidade, após os avanços científicos e tecnológicos, o conceito de aborto, é a “interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal”⁸⁰

79 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo, LTr, 2009, p.1100.

80 Idem, p.1101.

Existem dois tipos de aborto: o aborto espontâneo e o aborto provocado. A diferença entre eles é que no espontâneo, o aborto se dá pela consequência de estados patológicos da mãe ou do feto, impedindo dessa forma, a continuidade da gravidez. Já o aborto provocado, pode se dar de forma legal, que é nos casos previstos em lei, ou por decisão da mãe, não possuindo na legislação brasileira previsão legal. Será concedida a empregada um repouso de duas semanas, quando ocorrer um aborto espontâneo, tendo seu emprego garantido e voltando na mesma função de antes, devendo ser comprovado mediante atestado médico do SUS (art. 395 da CLT), ficando dessa forma, o pagamento correspondente, a cargo da Previdência Social, desde que mantida a relação de emprego (Decreto nº 3.048/99, art. 97). Esse período de afastamento tem efeito de interrupção de trabalho. A licença nos casos de aborto, só é permitida pela legislação brasileira, quando se tratar de aborto não provocado.

Entretanto, verifica-se que o art. 131, II, do texto consolidado, em face da nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.921, de 25 de julho de 1994, ao considerar o aborto ausência legal computada para fins de férias, já deixa de mencionar o fato de não ser ele criminoso, preocupando-se apenas com a saúde da empregada. Logo, a par dos problemas éticos que envolvem a questão inexistente justificativa para se condicionar a licença a que alude o art. 393 ao aborto não criminoso, mormente se considerarmos que 50% da mortalidade materna na América Latina é proveniente de aborto clandestino e o Brasil possui aproximadamente a cifra de 5.000 mortes por ano, de mulheres no ciclo gravídico puerperal.⁸¹

Dessa forma, a empregada que sofrer aborto deve comunicar o fato ao empregador ou ao juízo, uma vez que já tenha ajuizado a ação, sob pena de incidir na prática de omissão dolosa, no caso de induzir o julgador a emitir pronunciamento que não condiz com a verdade.

4.3.6 Alteração na Súmula 244 do TST garante proteção à trabalhadora gestante

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) fez alterações em diversas súmulas durante o ano de 2012, entre elas, a Súmula 244 que trata do direito à Licença-Maternidade garantida em Lei para as trabalhadoras. Com essa mudança, as

81 Idem, p.1102.

empregadas gestantes passam a ter assegurado o direito à licença remunerada, mesmo em caso de contratação com contrato por tempo determinado.

No Brasil, até 1879, as mulheres eram proibidas de frequentar cursos de nível superior e, durante boa parte do século IX, só tiveram acesso à educação fundamental. Hoje, elas já são a maioria nas faculdades e disputam igualmente um merecido lugar no mercado de trabalho. Profissões até pouco tempo exclusivas para os homens, atualmente são merecidamente ocupadas pelas mulheres.

Da década de 70 até os dias atuais, vem crescendo o número de mulheres que trocam o trabalho doméstico pelo exercício de uma profissão remunerada. Há também aquelas trabalhadoras que almejam a independência e a realização profissional. Dessa forma, tem-se uma gama de mulheres que dependem de amparo legal nas diversas situações que poderão envolvê-las, como a jornada de trabalho, a aposentadoria, o repouso obrigatório e a maternidade.

No que refere à proteção à maternidade (licença de 120 180 dias, garantida em Lei), as medidas legais têm um objetivo de caráter social porque, ao protegerem a maternidade, está-se preservando a mãe e a trabalhadora, estimulando e mantendo-a empregada. O legislador procurou atingir duas finalidades: proteger o trabalho da mulher e a defesa da família e da maternidade.

A legislação trabalhista, em virtude do duplo fator de proteção (mulher e gestação), dentro da proteção especial do trabalho da mulher (em razão de suas diferenças somáticas), oferece uma proteção especialíssima à empregada gestante e à criança no artigo 391, pois: “Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de a haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”.

Uma vez que a Constituição Federal garante a conservação do emprego durante o repouso da gestante e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) assegura o direito à licença remunerada, sem distinção entre os diversos tipos de contrato de trabalho (art. 392), tanto em se tratando de contrato por prazo determinado como de contrato de experiência, continua o empregador obrigado a conceder a licença remunerada à empregada gestante.

Até setembro de 2012, a norma somente era interpretada para os casos de contrato por prazo determinado ou período de experiência, quando o termo estipulado para a extinção do contrato, findava-se antes de iniciado o período de afastamento compulsório da gestante. Com a recente alteração na Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), será devida a licença remunerada, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A preocupação com a empregada gestante e a vida do nascituro tem sido tema nos nossos tribunais desde muito tempo, sendo que, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal o Tribunal Superior do Trabalho já previa através da súmula 244 que:

Nº 244 Gestante - Garantia de emprego: Redação original - Res. 15/1985, DJ 05, 06 e 09.12.1985

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.

Nota-se que a priorização da garantia da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, incisos I e III da Constituição Federal, pelos Tribunais do Trabalho refletiu diretamente ao longo dos anos nas alterações da súmula 244, a qual em 2012 recebeu a seguinte redação:

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 ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.04)

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.

Dessa forma, resta clara a preocupação de nossos Tribunais em resguardar os direitos do nascituro, e obrigando as empresas a assumirem uma função social.

4.3.7 O Desconhecimento Do Estado Gravídico Pelo Empregador Não Afasta O Direito Ao Pagamento Da Indenização Decorrente Da Estabilidade:

Quanto ao momento do conhecimento do estado gravídico e início da estabilidade, o acórdão da lavra do ministro Francisco Fausto de Medeiros no processo 400356-75.1997.5.02.5555, publicado no DJ em 12.05.2000/J-11.04.2000, de forma clara enfatiza que:

O artigo 10, inciso II, do ADCT não impôs qualquer condição à proteção da empregada gestante. Assim, o desconhecimento da gravidez, pelo empregador, no momento da despedida imotivada não constitui obstáculo para o reconhecimento da estabilidade constitucional. Dessa forma, viola o texto constitucional a decisão que não reconhece a estabilidade da empregada gestante em virtude do desconhecimento da gravidez pelo empregador no ato da sua demissão. 2. Recurso ordinário em ação rescisória provido.

Além disso, grande parte das mulheres só tem condições de ter ciência do estado gravídico que se encontram após algumas semanas de gestação não sendo válido puni-las por não cientificar o empregador no ato da despedida.

Por fim, quanto a este ponto, a SDC - Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho firmou entendimento de que a estabilidade para gestante é direito indisponível não comportando transação para reduzi-lo, sendo nula qualquer cláusula de convenção ou acordo coletivo que estabeleça requisitos para obtenção da estabilidade, nesse sentido é a Orientação Jurisprudencial nº 30 da SDC do C. TST:

Nos termos do art. 10, II, "a" do ADCT a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

Portanto, fica claro que independentemente de qualquer notificação, constatada a gravidez da empregada durante o contrato de trabalho, inclusive no período do aviso prévio indenizado, faz jus à garantia provisória de emprego nos

termos do artigo 10, II, "b" do ADCT, podendo ser despedida apenas se cometer falta grave prevista no artigo 482 da CLT.

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.

Conforme já exposto inicialmente, a súmula 244 previa o pagamento dos salários e vantagens correspondentes ao período de estabilidade, não autorizando a reintegração.

Convêm colacionar posicionamento jurisprudencial desse período:

GESTANTE - GARANTIA NO EMPREGO - INDENIZAÇÃO SALARIAL - Independente da ciência do empregador, a gravidez da empregada, para a percepção de seus direitos. O que é de essência é a objetividade do fato e, não o conhecimento do empregador. O art. 10, II, b, ADCT, visou impedir a despedida arbitrária da empregada gestante, que, por recepção do art. 165, consolidado, ajustasse o que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro. Ainda, não conferiu o legislador estabilidade no emprego, mas sim garantia de emprego. Dai ser a razão da indenização salarial e, jamais ao direito de reintegração, como expresso no Enunciado da súmula 244, do C - TST. (TRT-09ª R. - RO 9.307/92 - 2ª T. - Ac. 11.856/93 - Rel. Juiz Lauro Stellfeld Filho - DJPR 08.10.1993)

A alteração ocorrida em 2003, a qual inseriu a redação do inciso II da súmula 244, Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003, corrobora a garantia de emprego ao determinar a reintegração e não indenização enquanto estiver no período estável, impedindo também a discriminação da mulher gestante, a qual deve ser integrada ao ambiente de trabalho.

A mudança radical ocorrida na súmula 244, a qual não autorizava a reintegração, em 1985, para determinar a reintegração ao menos enquanto a trabalhadora estiver no período estável é bem analisada por Victor Hugo Cabral, no artigo "A reintegração da empregada gestante face ao novo entendimento sumulado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho":

(...) quando do advento da redação original dada ao Enunciado nº 244, ainda não se vislumbrava, por exemplo, a possibilidade de deferimento liminar de pedido de reintegração aduzido em reclamatória trabalhista, da

empregada gestante injustamente demitida, no curso da garantia estabilitária. Isto porque em meados da década de 80 ainda não existia em nosso ordenamento jurídico mormente no campo do direito processual pátrio, qualquer espécie de tutela júris satisfativa de urgência, a qual lograsse afastar a morosidade do provimento judicial definitivo que viesse a conceder a pretendida reintegração da gestante estabilitária ao emprego.(...) Ora, o silogismo da matéria salta-nos aos olhos: se a reintegração ao emprego dependia, até então, de um pronunciamento final de mérito (sentença transitada em julgado); se este pronunciamento levava, em geral, mais de dois anos; se ao tempo deste pronunciamento o período legal de estabilidade já havia findado; era de se concluir pela inadmissibilidade do pedido de reintegração aduzido pela obreira, posto que, nestes termos, já havia sido ultrapassado o lapso temporal referente à garantia estabilitária. Ocorre que, com a redação dada ao artigo 273 do CPC pela Lei nº 8.952/94 (aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do disposto no artigo 769 da CLT), fazendo nascer no mundo jurídico o instituto da tutela antecipada de mérito, na esteira da moderna tendência da instrumentalização do processo (Cândido Rangel Dinamarco) e da efetividade e celeridade da jurisdição, o quadro em espécie alterou-se sobremaneira. Pois, a partir de então, a jurisprudência passou a se deparar com a real possibilidade de a empregada injustamente demitida no início de sua gestação vir a juízo pleiteando, de pronto, a sua reintegração ao emprego, com pedido de liminar em antecipação de tutela, levando sua pretensão à imediata análise do órgão julgador(...)

Dessa, forma após a real possibilidade jurídica de reintegração da trabalhadora durante o período estabilitário por meio da tutela antecipada, a jurisprudência dos Tribunais foi se adequando e garantindo enfim o emprego e não mais apenas a indenização dos direitos trabalhista o que foi posteriormente confirmado através da alteração da súmula 244 do C. TST.

A mudança demonstra a real preocupação do judiciário com o nascituro e a garantia do emprego para as mulheres gestantes admitidas através de contrato por tempo determinado.

Antes da alteração, a súmula 244 previa no inciso III que: "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", o que permitia o empregador contratar a título de experiência, por exemplo, e ao final do contrato, dispensar arbitrariamente ou sem justa causa a trabalhadora grávida.

Com o tempo e a priorização do Principio da Dignidade da Pessoa Humana pelos Tribunais, foram surgindo julgados com decisões contrárias à antiga redação

do inciso III da súmula 244 visando a proteger também as gestantes em contrato por prazo determinado, o que passou a ser confirmado inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

Os precedentes normativos que embasaram a alteração do inciso III da súmula 244 são unânimes em apontar que o artigo 10, II “b” do ADCT/88 não limita a estabilidade da gestante pela modalidade de contratação de trabalho, visando sim a tutela do nascituro:

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 nº 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. RR 1601-11-2010.5.09.0068, 1ªT - Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho DJE 09.03.2012/J-29.02.2012 - Decisão unânime.

Em outras palavras, a estabilidade provisória passou a ser aplicável também para às gestantes que se encontram em contratos de experiência e outras modalidade de contrato a termo, abrangendo todas as garantias, por muitas vezes, o convênio médico além da vinculação por um maior período com o INSS.

De todo o exposto, verifica-se que ao longo do tempo as mudanças ocorridas na súmula 244 do TST confirmam uma visão humanitária que privilegia os direitos sociais assegurando a efetividade do art. 1º, III da CF.

4.4 LICENÇA-MATERNIDADE

O direito do trabalho apresenta como uma de suas principais funções a promoção de medidas que garantam a proteção contínua dos trabalhadores. Para

que tal finalidade seja plenamente alcançada não basta a promoção de direitos e a criação de um patamar civilizatório mínimo para os trabalhadores de forma homogênea, é preciso que se reconheça a existência de uma pluralidade de grupos de trabalhadores com características muito distintas e que, por isso, merecem tratamento diferenciado.

Faz-se necessária a identificação das diferenças entre determinados grupos de trabalhadores, para que seja promovida uma proteção diferenciada. O patamar civilizatório mínimo, portanto, varia de acordo com as peculiaridades de cada grupo.

Um grupo que exige tutela diferenciada pelo ordenamento jurídico é o composto pelas mulheres. Em todos os sistemas jurídicos, a mulher merece tratamento particular, asseguradas condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas do que aquelas estabelecidas em relação aos homens. A diferenciação no tratamento da mulher concretiza a máxima de que a isonomia consiste em um tratamento igualitário desde que respeitadas as diferenças. A discriminação dos direitos é uma exigência da realidade fática de sujeitos materialmente desiguais. A intervenção do Estado em defesa da mulher apresenta tanto fundamentos fisiológicos, dada a constituição física diferenciada da mulher, quanto por fundamentos sociais, que exigem a proteção da família, em especial, da maternidade. A licença-maternidade é um meio de proteção à mulher trabalhadora que, por motivo biológico, necessita de descanso, com o objetivo de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto. O direito de todas as mães a ter um período de descanso após o nascimento de um filho ou filha é muito importante para a proteção da saúde de ambos. Desta forma, cabe à empregada grávida o direito, desde o momento da confirmação da gravidez até 5 meses depois do parto, à estabilidade no emprego, protegendo-a de demissões sem justa causa, inclusive a contratada a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho. Ao mesmo tempo, a empregada grávida terá também direito à licença maternidade, que consiste no afastamento temporário e remunerado do trabalho para dar assistência ao filho recém nascido.⁸²

82 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2004, fl. 939

As primeiras tentativas de concessão da licença-maternidade à operária grávida remontam do congresso de Berlim, de 1890. Posteriormente, o Projeto do Código do Trabalho, elaborado em 1917, previa a concessão de licença-maternidade, com duração de quinze a vinte e cinco dias antes do parto até vinte e cinco dias depois, garantindo retorno ao trabalho e remuneração de um terço do salário no 1º período e metade no 2º período.

Mas, somente com a Revolução de 1930 é que surgiram medidas concretas de proteção à maternidade. Em 1934, foi instituído o direito ao auxílio-maternidade destinado á empregadas do comércio.

Com relação ao prazo de duração da licença-maternidade, há a previsão normativa no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal que prega:

Art. 7º 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;**

O art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que "a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário" possibilitando a contagem do prazo da seguinte forma:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

O período destinado à licença maternidade passou por uma série de mudanças ao longo dos anos. A redação do art. 392 da CLT de 1943 previa a impossibilidade do trabalho da mulher grávida durante as seis semanas que antecederem o parto e as seis semanas que lhe sobreviessem.

Em 1967, com o Decreto-Lei 229, o artigo recebe nova redação em que fica proibido o trabalho da mulher gestante no período compreendido entre as quatro semanas anteriores ao parto e as oito semanas posteriores. As alterações propostas

pela Lei nº 10.421 de 2002 adequaram o texto celetista à previsão constitucional, estendendo o prazo de licença-maternidade de 12 semanas para 120 dias.

Outra mudança foi a supressão da proibição de trabalho antes do parto, subsistindo apenas a possibilidade de que o período da contagem dos 120 dias de licença anteceda o parto em até 28 dias.

Com a extinção da obrigatoriedade da licença anteceder o parto tornou-se praxe generalizada se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto. A possibilidade de gozo da licença antes do parto persiste, cabendo à mulher escolher. A escolha por deixar o prazo correr somente a partir do parto tem como objetivo prolongar ao máximo ao período com o filho depois do parto.

Caso o médico que acompanha a gestante entenda necessário, o prazo de 120 dias poderá ser estendido em até 2 semanas antes ou depois do parto, de acordo com o art. 392, §2º, da CLT.

A previsão normativa exposta trata de situações ordinárias de gravidez e parto. No entanto, como se sabe, não cabe ao Direito enfrentar apenas situações ordinárias, devendo amparar também as situações que fogem do esperado. Em se tratando de gravidez, não podem ser esquecidos os casos referentes ao parto antecipado ou nascimento prematuro, ao aborto espontâneo e aos natimortos.

A Lei 10.421 de 2002, incorporada na CLT, no artigo 392, esclareceu a questão quanto ao parto antecipado, trazendo expressamente que a empregada que tiver filho prematuramente terá o mesmo direito à licença maternidade de 120 dias.

Com relação ao aborto espontâneo, descrito pela Lei nº 10.421/2002 como "aborto não criminoso", a mulher perde o direito à licença-maternidade, no entanto, não fica totalmente desamparada em um momento tão delicado, sendo conferido a ela o direito a um afastamento remunerado de duas semanas.

Outro efeito do aborto espontâneo é a perda do direito à estabilidade provisória, entendida como uma garantia ao nascituro e, posteriormente, ao recém-nascido. O aborto espontâneo faz a mulher voltar à situação em que se encontrava

antes da gravidez, com exceção ao direito de afastamento de duas semanas. É preciso que se esclareça, no entanto, que entre a data da confirmação da gravidez até o momento em que ocorreu o aborto a estabilidade existe, não podendo a empregada ser despedida sem justa causa nesse período, ainda que posteriormente tenha abortado de forma não criminosa.

Situação diferente do aborto espontâneo é a do natimorto, em que a empregada grávida encontrava-se em plena condição de ter o filho, mas este nasce morto. A distinção entre um aborto e o nascimento sem vida é médica, e baseia-se no estágio da gestação e na possibilidade de nascimento com vida.

Nesse caso, a jurisprudência tem se mostrado divergente. Em inúmeros julgados dos Tribunais Regionais do Trabalho, prevaleceu o entendimento de que, apesar do nascimento sem vida, assiste à empregada o direito à licença maternidade e à estabilidade gestante.

A afirmação de que a estabilidade surge com a concepção é fruto de um amadurecimento doutrinário e jurisprudencial, que entendeu pela necessidade de ser resguardada a gestante da rescisão contratual ainda que desconheça sua condição gravídica. Inúmeras são as decisões marcando o início da estabilidade gestante para a concepção do feto, incluindo entre elas a da supracitada ementa.

O amparo à maternidade possui amplo caráter social. Como célula da sociedade, a família tem que ser preservada e, para isto, é necessário que a mãe esteja integralmente disponível para os cuidados indispensáveis ao filho, nos primeiros meses de vida, sobretudo para o aleitamento materno. As inúmeras substâncias existentes no leite materno protegem contra infecções comuns em crianças como diarreia e doenças respiratórias agudas, além de propiciar uma nutrição de alta qualidade para a criança, promovendo seu crescimento e desenvolvimento.

Sob o aspecto moral, cabe a mulher, ao ter ciência de sua gravidez, informar imediatamente à empresa onde trabalha, entregando uma cópia do exame ou atestado médico que comprove o estado de gravidez.

Não há dúvida que, assim procedendo, garante-se efetividade à estabilidade, não permitindo que a empregada grávida seja despedida sem justa causa apenas por desconhecer seu estado, o que prejudicaria por completo a finalidade da estabilidade que é preservar a gestante e o nascituro.

Outra situação que gera polêmica quanto à licença maternidade é quando a descoberta da gravidez se dá no curso do aviso prévio. Ou da empregada que descobre, posteriormente, que já estava grávida durante o aviso prévio. A jurisprudência dominante baseia-se no art. 487, §1º da CLT, onde o contrato individual de trabalho só acaba com o fim do prazo do aviso prévio, restando direito à licença e estabilidade. Nesta esteira o julgado:

RECURSO DE EMBARGOS. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONCEPÇÃO NO PERÍODO DO AVISO PRÉVIO. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E PROVIDO **Não há se falar em contrariedade à Súmula 244, III, do c. TST quando a decisão de Turma reconhece a estabilidade provisória à empregada gestante, quando há concepção no curso do aviso prévio indenizado.** Divergência jurisprudencial que não se presta à análise, pois oriunda de Tribunal Regional. Embargos não conhecidos.

(E-RR - 40900-39.2008.5.03.0033 , Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 17/10/2011, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 04/11/2011)

Além desses pontos, quando se trata de licença-maternidade e estabilidade à gestante, é preciso que seja feita menção a, pelo menos, duas mudanças legislativas significativas. A primeira diz respeito ao direito à licença-maternidade das empregadas que se tornaram mães em processos de adoção, introduzido pela Lei nº 10.421/2002. De início, existia uma ponderação do prazo de 120 dias a depender da idade da criança adotada. A Lei 12.010, de 2009, no entanto, retirou a proporção entre prazo e idade do adotado, concedendo 120 dias de licença a toda mãe adotante.

A segunda alteração legislativa significativa diz respeito à Lei nº 11.770/2008, que criou o Programa Empresa Cidadã, concedendo incentivos fiscais às empresas que ampliem a licença maternidade de 120 para 180 dias.

Por fim, cabe reconhecer que a proteção à mulher gestante não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Na Argentina, por exemplo, o período de licença maternidade, segundo artigo 177 da Lei do Contrato de Trabalho, se estende dos 45 dias anteriores e continua pelos 45 dias posteriores ao parto. Há a opção de diminuição dos dias que antecedem o nascimento do filho para 30 dias, para que o período posterior ao parto seja de 60 dias. Com relação à estabilidade, não se proíbe a demissão da trabalhadora parturiente, o que se tenta é desencorajá-lo, com a criação de uma indenização equivalente ao valor de 13 salários da trabalhadora caso ela seja demitida nos 7 meses e meio anteriores ou posteriores ao parto.

No Uruguai, o Decreto-Lei 15.084 de 1980 prevê uma licença que deve se estender pelas seis semanas antes e seis semanas depois do parto. Por outro lado, a estabilidade garantida à gestante é distinta da brasileira, segundo a Lei 11.577 o empregador não poderá demitir a empregada gestante ou que acabe de retornar do parto, e se o fizer pagará uma indenização no valor de seis meses de salário. No entanto não existe previsão legal quanto ao prazo para esta estabilidade, a jurisprudência dos tribunais de segunda instância uruguaios ("Tribunales de Apelaciones del Trabajo") tem sido de considerar o prazo previsto no Decreto-Lei 16.074, art. 69, que prevê o prazo de 180 dias para os acidentes de trabalho.

Pelo Código de Trabalho Paraguai, a licença-maternidade compreende o prazo de 6 semanas anteriores e 6 semanas posteriores ao parto.

Em Portugal, a matéria encontra-se disciplinada na Lei 99/2003, o Código do Trabalho, que prevê o direito a uma licença de 120 dias consecutivos, dos quais, necessariamente, 90 têm que ser pós-parto. O art. 51 da mencionada lei inclui ainda o direito da trabalhadora retornar às atividades depois da licença. A demissão da empregada grávida, em estado puerperal ou lactante tem que ser aprovada em parecer prévio pela entidade competente na área de igualdade de oportunidades entre homens e mulheres. Cabe ao empregador comprovar a justa causa, uma vez que se presume a ausência de justa causa a toda mulher nessas condições.

A convenção nº 183 estende o período da licença, estabelecido em 12 semanas nas convenções anteriores, para um período mínimo de 14 semanas (Art. 4).

A recomendação nº 191 sugere que esse período seja estendido a 18 semanas pelo menos. da mesma maneira, a convenção nº 183 incorpora o direito a uma licença adicional no caso de doença, complicações ou riscos relacionados à gravidez (Art. 5).

Prevê, ainda, uma licença pós-parto obrigatória de seis semanas. O propósito dessa disposição é proteger a mulher de possíveis pressões para retornar ao trabalho em um período no qual esse retorno pode ser nocivo para a sua saúde ou de seu filho.

O direito a prestações pecuniárias para compensar a perda de renda em decorrência da interrupção de atividades econômicas da mulher constitui uma parte substancial da proteção da maternidade. Sem esse benefício, a falta de renda durante a licença e o aumento de despesas ocasionado por um nascimento geram custos financeiros que podem obrigar mulheres a retornar ao trabalho antes que essa volta seja aconselhável, do ponto de vista médico.

A convenção nº 183 estabelece que as prestações pecuniárias deverão ser suficientes para garantir que a mulher possa manter a si e ao/à seu/sua filho/a em condições adequadas de saúde e com um nível de vida adequado.

O montante das prestações não deverá ser inferior a dois terços da renda prévia (ou da renda considerada para calcular as prestações da proteção social). O benefício deverá ser oferecido pela previdência social, por fundos públicos ou de maneira determinada pela lei e pela prática nacional. O fato de os custos da maternidade não recaírem sobre quem contrata mulheres é fundamental para protegê-las da discriminação no mercado de trabalho.

De acordo com a mesma convenção, os estados-membros devem garantir que as condições necessárias para receber os benefícios pecuniários sejam

razoáveis, para que a grande maioria das mulheres empregadas possa cumpri-las. Além disso, as trabalhadoras que não reúnam essas condições devem ter direito a prestações adequadas debitadas nos fundos de assistência social.

Da mesma maneira, a convenção prevê prestações médicas para a mãe e seu filho, que deverão compreender assistência pré-natal, durante o parto e no pós-parto, bem como sua hospitalização quando necessário (Art. 6).

No Brasil, o inciso XVIII do Artigo 7º da Constituição Federal define que a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, é um direito das trabalhadoras urbanas e rurais.

No capítulo constitucional que trata da seguridade social, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, deverá ser organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. A legislação laboral brasileira também estabelece que, durante o período de licença maternidade, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos.

O Ordenamento jurídico Brasileiro adota a licença-maternidade de 120 dias. Em 2008, a legislação nacional ampliou a licença para 180 dias para as servidoras públicas federais ou trabalhadoras de empresas, incluindo as mães adotantes.

O decreto 6.990/2008 institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, que beneficia as servidoras públicas federais lotadas ou em exercício nos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Por sua vez, o Programa empresa cidadã foi criado pela Lei 11.770, de 9 de setembro de 2008, que define que as empresas jurídicas que aderirem ao programa se comprometem a prorrogar a licença-maternidade por mais 60 dias, totalizando, portanto, 180 dias. Os 60 dias adicionais são pagos pelo empregador e os gastos podem ser deduzidos do imposto de renda.

A cobertura da ampliação da licença maternidade a todas as trabalhadoras está na pauta de discussão do congresso nacional.

A licença maternidade no Brasil também está garantida em caso de adoção.

Mais recentemente, a legislação brasileira estabeleceu a idade mínima de 18 anos para adotar, independentemente do estado civil. Contudo, no caso de adoção conjunta (por casal), é necessário que o homem e a mulher sejam casados ou mantenham união estável.

4.5 ALEITAMENTO MATERNO

O leite materno é considerado na vida do recém-nascido uma das experiências nutricionais mais precoces. A única composição do leite materno pode, portanto, estar envolvida no processo de “*imprinting*” metabólico (representa o estabelecimento, durante os períodos iniciais do desenvolvimento da criança, de padrões para respostas fisiológicas e metabólicas na vida adulta), alterando o número e/ou tamanho dos adipócitos, ou induzindo o fenômeno de diferenciação metabólica (alterações na expressão de determinados genes, acarretando variações na produção de enzimas, hormônios, receptores hormonais, transportadores transmembrana, etc).

Bebês que recebem aleitamento materno ganham menos peso que aqueles que recebem alimentação de outras fontes não-naturais, durante o primeiro ano de vida. Bebês alimentados de forma diferente do natural têm níveis circulantes de insulina mais elevados no sangue, como resultado do teor mais elevado de proteínas que estão presentes na fórmula infantil que, por sua vez, poderão estimular um depósito maior de gorduras. Portanto, a alimentação com a mamadeira, por exemplo, poderia favorecer o desenvolvimento do sobrepeso por promover uma ingestão excessiva de leite e/ou prejudicar o desenvolvimento dos mecanismos de autorregulação.⁸³

83 BALABAN, G.; SILVA, G. Efeito protetor do aleitamento materno contra a obesidade infantil. *Jornal de pediatria*, Campinas, v. 80, n. 1, p.7-16, 2004.

Durante o ato de amamentar, a criança desenvolveria um mecanismo de autorregulação da quantidade de leite ao ingerir pela mamadeira, pois o nível de gordura contido no final da mamadeira é maior que o do início, assim, sinalizando ao bebê o término da mamada. Por esse motivo, lactantes alimentados no seio materno desenvolvem mecanismos para regular a ingestão energética durante a alimentação com a mamadeira ⁸⁴

O leite materno é, inquestionavelmente, o melhor alimento para o recém-nascido, por sua composição nutricional equilibrada, temperatura adequada, por ser estéril, ter composição variável de acordo com a maturação das mamas e da capacidade gástrica da criança, possibilitar uma relação mãe/filho harmoniosa e praticamente não propiciar reações alérgicas.⁸⁵

Conforme a Sociedade Brasileira de pediatria (2006), a prática do aleitamento materno contribui na prevenção de mortes na infância de forma geral. Promove também o desenvolvimento da saúde física, mental e psíquica da mulher que amamenta.

Para as mães, importantes benefícios são proporcionados pela amamentação, como a contracepção natural e a redução da hemorragia pós-parto, do risco de câncer de mama e de ovário, além de propiciar a perda de peso mais rapidamente após a gestação. Ao amamentar, o instinto maternal é satisfeito e substitui a separação abrupta ocorrida no momento do parto, que pode causar até depressão. A redução de estresse e mau humor tem sido relatada por mães após as mamadas. Esse efeito é mediado pelo hormônio ocitocina, que é liberado na corrente sanguínea durante a amamentação em altos níveis. Além disso, a sensação de bem-estar referida pela lactante no final do tempo da mamada deve-se também à liberação endógena de beta-endorfina no organismo materno.⁸⁶

84 SIMON, V. et al. Aleitamento materno, alimentação complementar, sobrepeso e obesidade em pré-escolares. Revista de Saúde Pública, São Paulo. v. 43, n. 1, p. 126, 2009.

85 SPINELLI, M. G. N. et al. A situação de aleitamento materno de crianças atendidas em creches da Secretaria da Assistência Social do município de São Paulo - região Freguesia do Ó. Rev. Bras. Saúde Mater. Infant., v. 2, n. 1, p.23-28, 2002

86 BATISTA, M.C.R.; FRANCESCHINI, S.C.C. Impacto da atenção nutricional na redução dos níveis de colesterol sérico de pacientes atendidos em serviços públicos de saúde. Arq Bras Cardiol, v. 80, n. 2, p.162-166, 2003

Já está bem estabelecida a associação entre aleitamento materno e redução na prevalência do câncer de mama. Estima-se que o risco de contrair câncer de mama diminua 4,3% a cada 12 meses de amamentação. Essa proteção independe de idade, etnia, paridade e presença ou não de menopausa. Já para o câncer epitelial de ovário, estimou-se que para cada mês de amamentação haveria uma redução de 2% no risco de contrair a doença. A amamentação diminui o risco de osteoporose na vida madura; a incidência da doença nas mulheres não lactantes é quatro vezes maior. Sabendo que durante o período de amamentação a mulher produz por dia cerca de um litro de leite e perde em média 200 mg de cálcio, poderíamos supor que a perda desse mineral levaria a mulher a ter mais chances de osteoporose, mas, essa perda é recuperada no período de desmame e no retorno do ciclo menstrual da mulher. O fato é que as mães que amamentaram por um tempo de oito meses ou mais apresentaram uma massa óssea com maior densidade mineral. Também existem estudos comprovando que a amamentação reduz o risco de fratura no quadril e no braço por osteoporose ⁸⁷

O direito de amamentar filhos após o retorno ao trabalho é um elemento importante da proteção da maternidade. A amamentação oferece muitos benefícios tanto para a saúde da mãe como do seu filho, reduzindo a demanda por serviços de prevenção terciária e aumentando a produtividade, em decorrência da manutenção de uma força de trabalho saudável. A Organização Mundial da saúde define aleitamento materno aleitamento exclusivo como único alimento para a criança, permitindo-se a introdução apenas de gotas ou xaropes de vitaminas, suplementos minerais e outros medicamentos; aleitamento misto é o uso do leite materno com alimentos complementares, tais como a água, suco, papa de frutas, gema de ovo, sopa e até mesmo o leite de vaca; e aleitamento artificial que é o uso de outros leites, sendo o mais usado o de vaca, com restrição do uso do leite materno.

Quando a licença-maternidade dura menos de seis meses, as disposições são importantes para que as mulheres possam continuar amamentando seu/sua filho/a ou armazenar seu leite após seu retorno ao trabalho.

87 BLAAUW, R. et al. Risk factors for development of osteoporosis in a South African population. SAMJ. N.84, p. 328-32, 1994

De acordo com a convenção nº 183, a mulher tem direito a uma ou várias interrupções por dia ou a uma redução diária na sua jornada de trabalho para poder amamentar seu/sua filho/a.

Essas interrupções devem ser contabilizadas como parte da jornada de trabalho e, portanto, devem ser remuneradas. O número e a duração das interrupções serão fixados pela legislação e pelas práticas nacionais (Art. 10).

No Brasil, o Artigo 396 da consolidação das Leis do Trabalho (CLT) determina que, após o parto, a mulher terá dois períodos de descanso para amamentação durante a jornada de trabalho, cada um com 30 minutos de duração, até que a criança complete 6 meses. A lei também prevê que o período de seis meses poderá ser ampliado a critério da autoridade competente, quando exigir a saúde do filho.

Além disso, conforme parágrafo 1º do Artigo 389 da CLT, que trata das obrigações das empresas, “os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação”.

Em Portugal, após o período de licença parental e no momento de regresso à atividade profissional, a lactante tem direito à dispensa de trabalho para esse efeito durante o tempo que durar a amamentação.

Se ambos os progenitores exercerem uma atividade profissional, qualquer um deles ou ambos, mediante decisão conjunta, têm direito à dispensa para aleitamento até a criança completar um ano de idade. A dispensa diária para aleitamento é usufruída em dois períodos distintos, com a duração máxima de uma hora cada.

No caso de nascimentos múltiplos, esta dispensa é acrescida de mais 30 minutos por cada gêmeo.

4.6 EMPREGADA GESTANTE E O CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória, mesmo contratada por tempo determinado. Para os ministros do TST, as normas constitucionais que garantem proteção à maternidade e às crianças devem prevalecer sob os efeitos do contrato de trabalho. Com este entendimento, a Segunda Turma deu provimento ao agravo de instrumento e conheceu do recurso interposto por uma trabalhadora com contrato de trabalho por prazo determinado, que foi despedida, sem justa causa, durante o período gestacional.

Os contratos por prazo determinado são aqueles cuja vigência depende de termo pré-fixado ou da execução de serviços específicos, conforme determina o § 1º do artigo 443, da CLT.

O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º. Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

Observe-se ainda que se o empregador não tiver conhecimento do estado gravídico da empregada e a dispense e, posteriormente a empregada descubra que está grávida, tendo a concepção ocorrida durante o contrato de trabalho, tal desconhecimento pelo empregador não afasta o dever de pagamento de indenização decorrente da estabilidade ou de sua reintegração.

Verifica-se que a intenção do ordenamento jurídico pátrio é de propiciar a proteção não só da garantia de emprego da mulher, mas principalmente da criança

que virá a nascer, pois depende dos rendimentos da sua genitora para ter condições dignas de vida.

A proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros, advém do respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e à própria vida, direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

4.7 MATERNIDADE SUBSTITUTIVA OU BARRIGA DE ALUGUEL

A maternidade substitutiva, também conhecida como barriga de aluguel, ocorre quando a mulher empresta seu útero para carregar um embrião no período de gestação, embrião este que é de outra mulher que não possui capacidade de desenvolver o nascituro normalmente.

A mulher “mãe substituta” se dispõe a carregar o embrião dentro de seu útero durante o período de gestação, isto é, realiza-se uma espécie de “contrato” com uma mulher fértil para que, ao nascer a criança, ela seja entregue ao casal solicitante.⁸⁸

Será permitida a mãe substitutiva no Brasil, somente nos casos em que a doadora genética não puder desenvolver seu próprio embrião, possuindo um problema médico, por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

A mãe hospedeira e a mãe genética devem receber o salário-maternidade e a licença à maternidade de 120 dias, ainda que a legislação previdenciária e a trabalhista sejam omissa quanto à maternidade substitutiva. Deve-se observar o caso de adoção, em que tanto a mãe que adota, como a que coloca o filho para adoção podem fazer jus aos benefícios. A segurada que acolhe em seu útero o

88 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Salário-Maternidade. À Luz da Proteção Previdenciária. Juruá Editora. Curitiba, 2009, p.132.

embrião de algum casal e o gesta, durante a gravidez, tem direito ao salário-maternidade, ainda que não seja a mãe da criança⁸⁹.

4.8 ESTABILIDADE

O art. 10, II, b do ADCT, torna expressamente vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto.

Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, 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.

Dessa forma, a partir do início da gravidez, fica proibida a dispensa arbitrária ou sem justa causa, até os 5 meses após o parto. Se o empregador a dispensar, mesmo tendo ciência de sua gravidez, terá que arcar com indenização.

No que diz respeito à confirmação da gravidez, já está pacificado, pelo TST (súmula 244, I) , o entendimento de que a empregada gestante não precisa confirmar sua gravidez para o empregador, bastando apenas a concepção para que faça jus à licença-maternidade e a garantia de emprego, mas ainda é muito discutido pelos doutrinadores.

Vem se discutindo muito em relação ao início do período da estabilidade da gestante, uma vez que o legislador abordou que teria início a partir da confirmação da gravidez. Existem várias teorias quanto a essa questão, sendo destacadas as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva.

Neste sentido, observam-se duas teorias. Destaca-se a teoria da responsabilidade objetiva, que é a adotada pelo TST, a qual, não é necessária a

89 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática. Editora Lemos e Cruz, [S. L.]2011, p.167.

confirmação da gravidez, perante o empregador, bastando apenas a existência do estado gravídico. Sendo assim, a garantia de emprego não vai depender de sua confirmação para o empregador. Já a teoria da responsabilidade subjetiva, possui a necessidade do empregador ter ciência da confirmação da gravidez. Neste caso, a empregada deve comprovar ao empregador seu estado gestacional, através de atestado médico, ou exame laboratorial.

Quando a empregada comprovar que está grávida durante o aviso prévio, mesmo indenizado, segundo Sérgio Pinto Martins “fará jus à garantia de emprego, em razão de que o contrato de trabalho só termina no último dia do aviso prévio indenizado⁹⁰ .

A despedida concretiza-se quando do término do aviso prévio, quer seja indenizado. Não obstante o desligamento de fato do trabalhador na data do aviso, a relação jurídica se projeta até o seu término⁹¹ .

4.9 INCLUSÃO DA EMPREGADA DOMÉSTICA

O legislador não incluiu a doméstica nessa garantia de emprego. Entretanto, a Constituição da República do Brasil de 1.988, ampliou os institutos jurídicos assegurados ao empregado doméstico, conferindo-lhe a licença-maternidade de 120 dias, e seu salário e emprego de volta, dentre outros benefícios⁹².

O art. 7º da Constituição da República não elencou no rol de direitos da empregada doméstica, à garantia de emprego em caso de gravidez, o que gerou posicionamentos divergentes em relação à aplicação destes direitos a empregada doméstica.

Foi a Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006, que trouxe a estabilidade à empregada doméstica gestante, em seu art. 4º que dispõe:

90 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007, p.414.

91 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª Ed. Editora LTr São Paulo, 2009, p.1002.

92 Idem.

Art. 4º - 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.

Dessa forma, a empregada doméstica gestante passa a ter garantia de emprego, possuindo direito a reintegração na residência do empregador. Sobre isso, Alice Monteiro de Barros entende:

Esse direito tem efeito limitado, pois as relações laborais devem ser compatíveis com os compromissos ajustados. A execução do contrato permite ao empregador doméstico avaliar a capacidade profissional e a qualidade moral da empregada, a quem se concede, paralelamente, a convivência e inserção no ambiente de trabalho. Como as atividades das partes formam, em geral, um círculo pessoal no âmbito familiar, muitas vezes com desconfiança e afronta à natureza humana, entendemos ser permitido o pagamento correspondente ao período da garantia de emprego. (BARROS, 2009, p. 1109)

4.9.1 Reintegração da empregada

A garantia de emprego da empregada gestante foi ampliada pela Constituição da República de 1988, ficando vedada sua dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Alice Monteiro de Barros entende que, “considera-se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do art. 165 da CLT.”⁹³.

O motivo principal é proteger o emprego da gestante, para quando ela se recuperar do parto, voltar a atuar na mesma função de antes. Dessa forma, quando a gestante for despedida arbitrariamente ou sem justa causa, deve-se requerer em princípio, a reintegração no emprego. Serão pagos os salários e demais direitos correspondentes, nos casos em que a decisão for proferida quando não houver mais possibilidade de reintegrá-la, conforme Súmula nº 244, II e Súmula 396, I do TST. O pedido de indenização só é devido no caso de não mais ser possível a reintegração,

93 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5ª Ed. Editora LTr São Paulo, 2009,p.114.

pelo término da garantia de emprego, e desde que a empresa tivesse ciência da gravidez⁹⁴.

Conforme Barros (2009), quando a empregada, fazendo jus à reintegração no emprego se recusa a voltar ao seu trabalho, configurará renúncia à estabilidade provisória, salvo quando houver alguma incompatibilidade entre as partes ou algum outro motivo justificável.

4.10 AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DA ESTABILIDADE

Quando a empregada gestante ajuíza ação após transcorrido o período da estabilidade provisória, surge uma divergência, uma vez que parte da doutrina tem um entendimento contrário ao TST em sua súmula 244, II, como veremos.

A doutrina entende que quando a empregada deixa acabar o período de estabilidade para ingressar com a ação, ela não fará jus à reintegração nem a indenização. O que se prevê na Constituição é o direito ao emprego, e não a indenização.

A rigor, o que a empregada pretende, agindo dessa forma, não é o emprego, mas as vantagens pecuniárias advindas da estabilidade provisória, privando o empregador da prestação de serviços correspondentes⁹⁵.

Já a súmula 244, II do TST, possui entendimento contrário, pois diz:

(...) 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. (Súmula 244, II, TST).

94 MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007, p.414.

95 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 5 ed. São Paulo, LTr, 2009, p.1100.

95 Idem, p.1116.

Dessa forma, o TST entende que a empregada gestante não fará jus a reintegração, mas, somente aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Por esse motivo, a discussão ainda continua, uma vez que, até então, não se entrou num consenso a respeito da mencionada hipótese.

Neste contexto, deve-se observar o princípio da boa-fé, pois se a empregada gestante não ajuíza a ação dentro do período de estabilidade, e logo após o término desse período, o faz, visando à indenização e não a reintegração no emprego, isso vai afrontar o princípio da boa-fé, pois a empregada não estará agindo com lealdade, visando apenas as vantagens pecuniárias.

A boa-fé objetiva é a conduta verdadeira, leal, adequada e honesta que deve ser estabelecida por todas as pessoas dentre as relações sociais. Ela é sinônimo de confiança e lealdade, o que são requisitos imprescindíveis para a convivência social. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “Considera-se violado o princípio da boa-fé sempre que o titular de um direito, ao exercê-lo, não atua com a lealdade e a confiança esperáveis.”⁹⁶.

Não serão asseguradas as vantagens pecuniárias correspondentes à empregada gestante, quando esta deixar transcorrer o período de estabilidade, sem justificativa, ingressando em juízo apenas após esse período, mas não com a intenção de receber a reintegração e sim de receber apenas as vantagens. O direito da gestante existe, mas este deve sempre respeitar o princípio da boa-fé, não podendo ser exercido de forma desleal.

4.11 MÃE ADOTIVA E A LEI Nº 10.421/2002

A licença-maternidade e o salário maternidade foram estendidos também para a mãe adotiva ou a pessoa que obtém a guarda judicial de uma criança, pela Lei nº 10.421/2002.

96 FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2009. P.161.

Antes da lei nº 10.421/2002, a mãe adotiva não fazia jus à licença-maternidade nem ao salário maternidade, uma vez que na Constituição Federal da República, em seu art. 7º, XVIII, garante a licença e o salário-maternidade apenas à gestante, sendo considerada gestante aquela que desenvolve o feto em seu útero até o nascimento.

A licença-maternidade da mãe adotiva ou de guarda judicial só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã. Cumpre lembrarmos que a empregada urbana ou rural, a trabalhadora avulsa, a doméstica, a segurada especial, a autônoma e a facultativa que adotam ou obtêm a guarda farão jus a essa proteção previdenciária, de acordo com os arts. 100 e 101 da Lei. 8.213/91. A chegada da criança adotada em sua nova casa é equiparada ao parto, pela Lei nº 10.421 de 2002, pois a mulher também vai se ocupar cuidando da criança que chegou, dando-lhe atenção, neste período de adaptação. O fato gerador previsto pela Lei 10.421/2002 é a adoção ou guarda de uma criança, diferente daquela estipulada pelo salário maternidade que é a partir do parto. A lei é inconstitucional por estender à adoção ao rol de seguradas do salário maternidade.

Pelo fato de a própria Constituição Federal garantir a proteção à maternidade, há a necessidade de preservar o direito ao salário e à licença da adotante e da guardiã nos períodos determinados por lei, sem que seja concedido o salário-maternidade, mas sim um novo benefício que ampare a ocorrência do mencionado fato gerador.⁹⁷

A relevância quanto à idade da criança a ser adotada também é outro ponto importante destacado, uma vez que fere o princípio da isonomia, sendo todos iguais perante a lei, dessa forma o período de licença diferenciado para cada idade da criança, fere este princípio.

Isso ocorria antes da Lei 12.010/2009, que veio para acabar com essa diferença de período dado para cada idade. A nova lei revogou os parágrafos 1º, 2º, 3º do art. 392-A da CLT, que dizia respeito sobre essa distinção. Com a nova lei

97 RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. Salário-Maternidade. À Luz da Proteção Previdenciária. Juruá Editora. Curitiba, 2009, p.125.

12.010/2009, o período da licença à maternidade vai ser de 120 dias, independente da idade da criança, ou 180 dias nos casos do programa empresa cidadã, considerando como criança, pessoa com até 12 anos de idade incompletos, segundo o art. 2º da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A mãe terá direito de receber apenas uma única licença à maternidade e um único salário-maternidade, mesmo nos casos de adoção de gêmeos ou de mais de uma criança.

4.12 ADOÇÃO MONOPARENTAL

A família monoparental pode dar a base certa, a referência estável, que uma criança necessita, do mesmo jeito que uma família tradicional. A adoção monoparental é a mais comum, sendo realizada por pessoas solteiras, viúvas, separadas ou divorciadas.

O apoio dado pela família é fundamental tanto para a inserção da criança em sua nova família como para acolher o adotante e ajudá-lo a elaborar suas inseguranças⁹⁸.

No que diz respeito à mulher adotiva, não há problema algum na concessão de licença-maternidade e salário maternidade, mas no caso do homem, possuem obstáculos. A Lei nº 10.421/02, fala sempre no feminino, como seguradas e empregadas, o que traz um pouco de dúvida a esse respeito.

Deve-se levar em consideração o princípio da igualdade, onde todos são iguais perante a lei, não havendo distinção entre homens e mulheres. Se a mulher que adota uma criança, possui o direito de receber a licença à maternidade e salário maternidade, este direito também deve ser extensivo ao homem que adotar, uma vez que ele terá as mesmas dificuldades da mulher, para cuidar de uma criança. A

98 BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática. Editora Lemos e Cruz, [S.l.] 2011, p.161.

criança precisa de cuidados especiais, nos seus primeiros meses com a nova família, até mesmo para melhor adaptação.

O projeto de lei PLS 165/06 que foi aprovado em 09/12/2009, pela Comissão de Assuntos Sociais, previa a possibilidade da igualdade da licença-maternidade à licença-paternidade, nos casos de ausência da mãe, por falecimento, ou por grave enfermidade ou no caso da mãe abandonar o filho. Dessa forma, possuindo o pai a guarda exclusiva do filho, este terá direito a todo o período de licença-maternidade, ou o restante, se a mãe falecer após o parto. Nos casos de adoção, em que a licença à maternidade não tenha sido requerida, também será assegurada a extensão do benefício.

Desta forma, foi acrescentado a CLT os artigos 392-B e 392-C, que assim determinam:

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Em outras palavras, falecendo a mãe, o genitor adquire o direito de gozar da estabilidade conferida a mulher.

As empresas que possuírem mais de 50 empregados será assegurado o benefício ao empregado que for responsável por criança de até 3 anos, que seja deficiente física, sensorial ou mental, ou no caso da criança possuir doença que exija tratamento continuado.

O trabalhador poderia ausenta-se do trabalho por até 10 (dez) horas semanais, sem prejuízo da remuneração. As horas em que o funcionário estará fora da empresa seriam compensadas em acordo com o empregador. A compensação, pelo projeto, não poderia exceder 2 (duas) horas diárias à duração normal do trabalho. No caso de rescisão sem tal compensação, as horas não trabalhadas poderiam ser descontadas do acerto final.⁹⁹

99 Idem, p.163.

Atualmente, o homem possui o direito de se ausentar apenas 5 dias, no que diz respeito a licença à paternidade, conforme consta na Constituição Federal de 1988, em seu art. 7, XIX, e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10, § 1º. Este período será contado a partir da data do nascimento da criança, conforme art. 473, III da CLT.

O salário-maternidade e a licença à maternidade, concedidos aos segurados homens ainda estão em discussão, pois não ganhou força nos tribunais, uma vez que quase não possuem casos de adoção apenas por homens.

Enquanto o projeto de lei PLS 165/06 não é aprovado, a interpretação analógica da licença-maternidade e do salário-maternidade deve ser extensiva em favor do homem, conforme exposto pelo Desembargador Marcelo Tavares, eis que o escopo para a percepção dos referidos benefícios é a convivência e o estreitamento da relação dos laços entre adotante(s) e adotado(s).¹⁰⁰

Dessa forma, o salário-maternidade e a licença-maternidade devem ser extensivos aos homens, quando necessário, enquanto o projeto de lei PLS 165/06 não se consolidar.

100 Idem, p.164.

5 CONCLUSÃO

A mulher, assim como o homem, tem a sua história e, conseqüentemente, seu papel como agente histórico. Entretanto, a compreensão da mulher envolve o entendimento das representações sociais aos quais esteve historicamente relacionada. Nos primórdios, o trabalho era dividido de formas distintas aos homens e mulheres.

Os homens tinham a incumbência de realizar a caça e a pesca, ou seja, prover os meios de alimentação da família, enquanto que as mulheres ficavam responsáveis pela coleta dos frutos e pelo cultivo da terra, ou seja, já se observava a qualidade dos homens em realizar trabalhos mais perigosos e as mulheres os que exigiam maiores cuidados. Por muitos anos, a mulher teve uma educação diferenciada da educação dada ao homem. Era educada para servir, enquanto o homem era educado para assumir a posição de senhor todo poderoso.

A mulher, quando solteira, vivia sob a dominação do pai ou do irmão mais velho. Ao casar-se, o pai transmitia todos os seus direitos ao marido, submetendo a mulher à autoridade deste. Em algumas culturas o marido podia escolher o próximo marido de sua mulher em caso de morte; em outras, com a morte do marido, matavam-na e enterravam-na a fim de continuar servindo-o no outro mundo.

Na Idade Média, a mulher se torna responsável não só pela agricultura, mas recebe diversas outras atribuições, tais como a tapeçaria, ourivesaria, e fabricação de roupas. Entre os séculos X e XIV, passamos por um período de ascensão do trabalho da mulher, sendo que em diversas atividades se igualava ao trabalho masculino.

Com o Renascimento (período entre o fim do século XIV e o fim do século XVII), o trabalho da mulher atravessa um período de retrocesso, deixando de ocupar diversos cargos, tais como o trabalho com a seda, metais preciosos, cerveja e velas, passando a ocupar em especial, os serviços domésticos.

Como forma de protesto contra a história de opressão e dominação masculina sobre as mulheres surge o movimento feminista. Tal movimento surgiu no século XVII e inicialmente centrou suas reivindicações na conquista da igualdade social entre os gêneros masculino e feminino.

Tal movimento persiste até os dias atuais, de construção e desconstrução do que é ser mulher na sociedade, quais são os fatores que perpetuam a desigualdade entre os gêneros e como reverter tal quadro. No início do século XIX iniciou-se uma verdadeira revolução cultural, beneficiando a condição das mulheres, atuantes operárias, que progressivamente foram adquirindo direitos, como a participação de associações profissionais onde podiam fazer deliberações e votar.

A 1ª Grande Guerra Mundial marca, para os países diretamente envolvidos no conflito, a saída, em massa, da mulher para o mundo público. Durante a guerra as mulheres foram chefes de família, condutoras de bondes, operárias de fábricas de munição, auxiliares do exército.

Adquiriram mobilidade, mudaram os trajes para roupas mais confortáveis, adquiriram, principalmente, confiança em si próprias. Cessado o conflito, poucos vestígios restaram da presença da mulher no mundo público. É inegável que a guerra constituiu-se em experiências significativas, de liberdade e de responsabilidade, e mostrou que a mulher era capaz de manusear instrumentos e técnicas que desconhecia, destruindo as barreiras entre trabalhos masculinos e femininos. No pós-guerra, abrem-se empregos no setor terciário - comércio, bancos e serviços públicos e nas profissões liberais.

Em 1917 as brasileiras ganharam o direito de ingressar no serviço público. A lei estadual de São Paulo nº 1.596/1917, foi a primeira que destacou a proteção da mulher no mercado de trabalho, quando esta se encontrava no período de gravidez. A norma previa que a mulher não poderia trabalhar no último dia de gravidez e no primeiro dia após o parto.

A Convenção nº 3 da OIT, de 1919, trouxe várias vantagens no que diz respeito à proteção ao trabalho da mulher, passando a ter direito à licença antes e

depois do parto, desde que comprovada a gravidez mediante atestado médico; possuindo garantia de emprego, e a ineficácia de aviso prévio durante esse prazo; tendo a mulher gestante assistência relacionada a uma ajuda econômica, paga pelo Poder Público, possuía médico ou parteira gratuita; direito a dois repousos especiais diários, durante a amamentação, de meia hora cada.

A Convenção nº 4 da OIT tratou da proibição do trabalho noturno da mulher, não podendo mais a mulher trabalhar no período de 22:00 h de um dia até às 5 horas do dia subsequente nas indústrias públicas ou privadas, podendo apenas trabalhar nos afazeres domésticos e familiares.

Em 1919 a Conferência do Conselho Feminino da Organização Internacional do Trabalho – OIT aprovou a equiparação salarial para o trabalho igual. Em 1919, abrem-se cursos que permitem à mulher o acesso à universidade. A crescente urbanização e industrialização contribuíram para um ambiente propício à entrada de novos trabalhadores no mercado de trabalho, inclusive as mulheres. Assim, o trabalho deixou de ser um elemento sem sexo, para se transformar em uma categoria sexuada, ou de dois sexos distintos. Perante a violação de direitos básicos de proteção à saúde, percebeu-se a necessidade de criação de instrumentos legais e normas de proteção ao trabalho, em especial no que tange a proteção à maternidade.

Em 1920, as mulheres se integraram ao movimento sindical, outro marco importante na conquista de direitos profissionais.

A Revolução Industrial transformou o trabalho em emprego. Os trabalhadores passaram a exercer o seu labor por salários, e sendo assim, instala-se na Europa um novo conceito a ser adotado, e uma necessidade de deixar na história um modelo de trabalho que beirava a escravidão.

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos dos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em função

disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego. Além de tudo, a mulher deveria, ainda, cuidar dos afazeres domésticos e dos filhos. Não se observava uma proteção na fase de gestação da mulher, ou de amamentação.

Após a crise de 1929 e com o sucesso da revolução de 1930, as lutas feministas que aparecem nos anos 20, com a ascensão do comunismo na Rússia, as reivindicações da mulher operária, do sufrágio feminino vão, no Brasil, experimentar uma pausa ou até mesmo um retrocesso, uma vez que à política tradicionalista e à ditadura do Estado Novo interessava, sobremaneira, manter a mulher presa ao lar, a cuidar da prole sem visível interferência no caos político que se anunciava.

Em 1933, Carlota Pereira Queiroz tornou-se a primeira deputada brasileira. No Estado Novo o direito ao voto e à profissão de professora de primeiras letras – “as normalistas” – eram as únicas conquistas sociais permitidas, uma vez que preservavam a visão da mulher educadora “de crianças”; na época, as carreiras de professor de segundo e terceiro graus eram, predominantemente, exercidas por homens, a era Vargas preparou à mulher um projeto pedagógico, uma cartilha de retorno das mulheres ao lar, lugar de onde poderiam servir a pátria e a família ao mesmo tempo. Servindo a família, estariam, imediatamente, servindo a nação.

O século XIX se caracterizou por duas frentes de luta do operariado: a luta por melhores condições de trabalho (salário, redução da jornada, repouso semanal, condições de higiene), e a luta pelos direitos de cidadania. Neste primeiro momento, mesmo que houvesse a busca pelo sufrágio universal e a ampliação dos direitos da democracia, a mulher, entretanto, não estava incluída neste movimento. A conquista do direito ao voto feminino necessitou de lutas específicas, abrangendo mulheres de todas as classes sociais.

Em 1932, tivemos o Decreto nº 21.417-A, que veio proporcionar à mulher um repouso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, trabalhando em estabelecimento público ou particular.

Com a Constituição Federal de 1934, tivemos um significativo avanço no que tange em melhorias à proteção do trabalho da mulher, onde restou assegurado às mulheres gestantes, o direito a assistência médica e sanitária, salário maternidade e licença maternidade.

Entretanto, com a Constituição de 1937, tivemos um retrocesso nos direitos das mulheres, onde foi suprimida a igualdade de salários entre homens e mulheres, sendo o salário da mulher inferior; a mulher gestante não possuía mais garantia de emprego, porém tinha direito à licença a maternidade antes e depois do parto.

Constava ainda no referido decreto, que era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, a garantia de retorno ao trabalho, não podendo ser dispensada sem justa causa, o direito de amamentação duas vezes ao dia com intervalo de meia hora cada, até os 6 meses de vida da criança.

No final dos anos 40 e o pós-guerra, a mulher recomeça sua conquista do espaço público demarcando presença nas universidades e ocupando cargos no mercado de trabalho, antes destinados somente aos homens. Desse modo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, finalmente, as mulheres veem assegurada na Declaração universal dos direitos do “homem”, a consagração de seus direitos, sem distinção de sexo, igualando, para todos os efeitos, homens e mulheres. Após a Segunda Guerra Mundial, a mudança no papel da mulher e a crescente mobilidade na cultura ocidental, associadas com o surgimento dos contraceptivos e da possibilidade do aborto, levaram as alterações significativas na vida pública e privada.

No final dos anos cinquenta e durante a década de 1960 a sociedade brasileira também passava por inúmeras e significativas transformações políticas, culturais, sociais e econômicas. A participação feminina no trabalho, nas universidades e na vida social crescera consideravelmente.

Há poucas décadas, a identidade da mulher estava diretamente associada à maternidade, ou seja, ela nascia para o casamento e para a procriação. Hoje se

abrem novos horizontes para uma mulher mais consciente e livre para escolher, que vem conquistando novos espaços, assumindo uma multiplicidade de papéis, inimagináveis até pouco tempo atrás.

A maternidade, por exemplo, já não é mais um destino irrefutável e obrigatório para a mulher. Somente a partir da década de 1970, a mulher brasileira passou a exercer um papel mais significativo no cenário nacional com atuação em hospitais, escolas, creches, serviços domésticos, comércio e uma pequena parcela na indústria e na agricultura. A partir do final da década de 1980, a situação se modifica, em virtude do crescimento industrial, que contribuiu para um aumento significativo da participação feminina no mercado de trabalho.

A isto se aliou o processo de redemocratização do País que se instaurou nesse período. Somente a partir de 1988, as mulheres começaram a participar dos direitos promulgados pela Carta Magna, onde determinava amplos direitos de cidadania, podendo até ser beneficiada do direito ao título da terra.

Esses fatos contribuíram para ampliar a participação da mulher nas esferas de poder, encorajando-as, também, a organizarem-se politicamente, o que revela a importância dos movimentos de mulheres nesse processo. No Brasil, a participação feminina na atividade econômica nacional desencadeou mudanças significativas no processo de globalização com intenso crescimento da população ativa no mercado de trabalho atual.

A participação e a consolidação feminina ocorrem de forma lenta e gradual, dadas as dificuldades enfrentadas, dentre elas, a redefinição dos papéis masculinos e femininos nas esferas familiar e profissional. A empregada gestante necessita de cuidados especiais e de maior proteção devido ao seu estado gravídico, levando em consideração a dificuldade que enfrentará ao tentar conseguir uma nova colocação no mercado de trabalho.

Sendo assim, a gestante fará jus à garantia de emprego para que não corra o risco de ser dispensada no período de gravidez, o que resultará em uma diminuição do índice de discriminação contra a gestante no mercado de trabalho. No

começo, a empregada gestante não possuía nenhum direito, mas com a evolução, passou a ter direito a um descanso de 28 dias antes e 56 dias após o parto, totalizando 12 semanas. Agora, com a Constituição de 1988, o período para descanso é de 120 dias. A empregada gestante possui a garantia de emprego após a licença e recebe também o salário-maternidade, referente ao seu salário integral durante o período de afastamento, além de outros direitos. A mulher tem o direito de acompanhar sua gravidez, ausentando de seu serviço para fazer o pré-natal.

Quando se tratar de gravidez de alto risco, e o médico ampliar o número de consultas e exames, poderá ser feita uma licença médica. Dessa forma, os primeiros 15 dias de afastamento, serão por conta do empregador, depois desse período, as despesas ficam por conta do INSS, fazendo jus ainda ao auxílio-doença. Sempre que o trabalho estiver causando algum prejuízo à gravidez da empregada, ela terá direito de ser transferida para outro posto de trabalho, observando a orientação médica. Quando a empresa em que a gestante trabalha, possuir apenas função prejudicial a sua gestação e sua saúde em geral, a providência a ser tomada neste caso, ou seja, a melhor solução jurídica é seu afastamento temporário do trabalho durante os primeiros 15 (quinze) dias com recebimento dos salários e depois requerer o auxílio-doença. Outra solução é a concessão de licença remunerada, porque o risco de atividade cabe à empresa e o salário tem natureza alimentícia.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) fez alterações em diversas súmulas durante o ano de 2012, entre elas, a Súmula 244 que trata do direito à Licença-Maternidade garantida em Lei para as trabalhadoras. Com essa mudança, as empregadas gestantes passam a ter assegurado o direito à licença remunerada, mesmo em caso de contratação com contrato por tempo determinado. A legislação trabalhista, em virtude do duplo fator de proteção (mulher e gestação), dentro da proteção especial do trabalho da mulher (em razão de suas diferenças somáticas), oferece uma proteção especialíssima à empregada gestante e à criança no artigo 391, pois: “Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de a haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez”.

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. A discriminação dos direitos é uma exigência da realidade fática de sujeitos materialmente desiguais. A intervenção do Estado em defesa da mulher apresenta tanto fundamentos fisiológicos, dada a constituição física diferenciada da mulher, quanto por fundamentos sociais, que exigem a proteção da família, em especial, da maternidade. A licença-maternidade é um meio de proteção à mulher trabalhadora que, por motivo biológico, necessita de descanso, com o objetivo de se recuperar do desgaste físico e mental provocados pela gravidez e parto.

A proteção à mulher gestante não é uma exclusividade do ordenamento jurídico brasileiro. Na Argentina, por exemplo, o período de licença maternidade, segundo artigo 177 da Lei do Contrato de Trabalho, se estende dos 45 dias anteriores e continua pelos 45 dias posteriores ao parto. Há a opção de diminuição dos dias que antecedem o nascimento do filho para 30 dias, para que o período posterior ao parto seja de 60 dias.

Com relação à estabilidade, não se proíbe a demissão da trabalhadora parturiente, o que se tenta é desencorajá-lo, com a criação de uma indenização equivalente ao valor de 13 salários da trabalhadora caso ela seja demitida nos 7 meses e meio anteriores ou posteriores ao parto. No Brasil, o inciso XVIII do Artigo 7º da Constituição Federal define que a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias, é um direito das trabalhadoras urbanas e rurais.

No capítulo constitucional que trata da seguridade social, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, deverá ser organizada sob forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória. A legislação laboral brasileira também estabelece que, durante o período de licença maternidade, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos.

A proteção à maternidade é de extrema importância para as mulheres do mundo de hoje, em razão da dupla jornada que exercem e de suas necessidades biológicas. Sendo assim, essa proteção à maternidade tem dado muita oportunidade para que as mulheres possam conciliar sua vida profissional com sua vida particular, minimizando a discriminação que ainda existe contra a mulher no mercado de trabalho.

Os direitos inerentes à empregada gestante devem ser pautados pelo princípio da boa-fé, não podendo servir como meio de auferir lucro sem a contraprestação do trabalho.

Dentre tantos direitos conquistados pela mulher no mercado de trabalho, não se pode deixar de destacar que ainda existe discriminação contra a mulher, pois, mesmo não sendo o empregador quem paga o salário-maternidade, ele ficará sem um empregado por no mínimo 120 dias, o que gera dúvida para os empregadores na hora da contratação de mulheres que ainda estão no período de possível gravidez.

Embora haja certa discriminação, hoje em dia, a mulher vem conseguindo cada vez mais aumentar sua participação no mercado de trabalho e se igualando aos homens, seja no aspecto salarial, ou em atividades especializadas, que historicamente sempre foram ocupadas por homens.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 5. ed., Rio de Janeiro. Editora Forense. 1966.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed. Editora LTr São Paulo, 2009.
- BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença Maternidade e Salário Maternidade. Na Teoria e na Prática**. Editora Lemos e Cruz, [S.I.] 2011.
- BELTRAN, Ari Possidônio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo. LTr, 2001.
- BRAIANI, Kátia Liriam Pasquini, **A estabilidade da empregada gestante e o Abuso do Direito**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18685/A_Estabilidade_da_Empregada_Gest_ante.pdf?sequence=2>, Acesso em: 10/05/2011.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional I**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CORTEZ, Julpiano Chaves. **Direito do Trabalho Aplicado**. 2ª ed. Editora LTr. São Paulo, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª ed. Editora LTr São Paulo. 2009.
- FILHO, Rodolfo Pamplona; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico**. 3ª ed. Editora LTr. São Paulo, 2006.
- FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2009.
- MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2.ed. São Paulo: LTr, 1987.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2011.
- MARTINS, Adalberto. **Manual Didático do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23ª ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Marcaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed. Editora Saraiva, [S.I.] 2009.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. ver. e atual., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista de Direito Social. Porto Alegre, n. 14, p. 9-49, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005. vol. 1 e 2.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2012.

VELOSO, Zeno. **Código Civil comentado. Direito de família, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela**: arts. 1.694 a 1.783. São Paulo: Atlas, 2003, v. XVII.