

FUNDAÇÃO SÃO PAULO
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUCSP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO TRABALHO

Tássila Marina Altavista Yamada Carlos

**ESTABILIDADE GRAVÍDICA E LICENÇA MATERNIDADE BRASILEIRA
ESTUDO COMPARADO E PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO**

SÃO PAULO
2017

Tássila Marina Altavista Yamada Carlos

RA 00046640

**ESTABILIDADE GRAVÍDICA E LICENÇA MATERNIDADE BRASILEIRA
ESTUDO COMPARADO E PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO**

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

Área de concentração: Ciências Jurídico-filosóficas.

Orientador: Professor Mestre Werner Keller.

SÃO PAULO

2017

TERMO DE RESPONSABILIDADE AUTORAL

Declaro, neste ato, minha responsabilidade civil e criminal sobre o conteúdo da presente monografia, bem como, autorizo sua divulgação e reprodução total ou parcial para fins de estudo e pesquisa acadêmica, contanto que transcrita a fonte, respeitando, assim, sua reserva e domínio autoral.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Autora: Tássila Marina Altavista Yamada Carlos (RA 00046640)

Título: Estabilidade gravídica e licença maternidade brasileira - estudo comparado e proposta de adequação

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Especialização em Direito do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

Área de concentração: Ciências Jurídico-filosóficas.

Orientador: Professor Mestre Werner Keller.

A candidata foi considerada pela banca examinadora em / / com média final igual a (.....)

Professor Mestre Werner Keller

Orientador

Professor

Membro

Professor

Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à minha mãe, pois sem seu apoio e luta, eu jamais teria chegado até aqui. Sou imensamente grata também ao meu pai, meus avós, tio, irmã e marido, pelo apoio, amor e compreensão.

Agradeço, especialmente, à Dra. Brunna Loduca Scalamandr  Baialuna e ao Dr. Marco Antonio Loduca Scalamandr  por me doutrinarem à prática da advocacia trabalhista.

Aos mestres, Werner Keller e Cristina Olmos, gratulo pelas brilhantes aulas, cujos ensinamentos, muito além do  mbito jurídico, ser o levados por toda a minha jornada.

DEDICATÓRIA

Dedico esta, bem como todas as minhas conquistas acadêmicas, profissionais e pessoais ao meu filho, Victor Hugo, a razão de tudo.

“En thèse générale, les progrès sociaux s'opèrent en raison du progrès des femmes vers la liberté; et les décadences d'ordre social s'opèrent en raison du décroissement de la liberté des femmes. L'extension des privilèges des femmes est le principe général de tout progrès social.”

- François Marie Charles Fourier

RESUMO

A presente monografia persegue verificar, através de estudo comparado com a estrutura canadense (estado de Ontario), as precariedades do atual sistema brasileiro de garantia no emprego da gestante e licença maternidade, sob o enfoque da Constituição da República, Consolidação das Leis do Trabalho e legislação previdenciária, na medida em que o sistema adotado pelo Brasil não é mais compatível com os ensejos do mercado, tampouco com as necessidades das mães e dos bebês, recomendadas pela Organização Mundial de Saúde (“OMS”). Inobstante, o atual cenário gera preconceito em relação às mulheres em idade fértil, diante do receio dos empregadores em contratá-las por temerem que engravidem e, conseqüentemente, gozem de estabilidade gravídica e gerem altos custos para manutenção de seu contrato de trabalho.

Palavras Chave: Licença Maternidade. Estabilidade da Gestante. Projeto Empresa Cidadã. Licença Maternidade Canadense.

ABSTRACT

This work aims to verify, through a comparative study between Brazilian and Canadian (province of Ontario) procedures, the precariousness of the current Brazilian system of guarantee in the employment of pregnant women and maternity leave, based on Brazilian Constitution approach, Brazilian Labour Code, and social security laws, inasmuch as Brazilian procedure is no longer compatible with labour market, as well as needs of mothers and babies, as recommended by the World Health Organization (“WHO”). Notwithstanding, the current scenario harms women of childbearing age, in the face of employers' fear of hiring them due to the possibility of they getting pregnant and consequently enjoying pregnancy stability and generating high costs for maintaining the employment bond.

Key words: Maternity leave. Stability of the Pregnant Woman. Brazilian Citizen Company Project. Canadian Maternity Leave.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	12
2. A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO	14
2.1 Evolução histórica.....	14
2.2 Proteção à maternidade.....	15
3. AMAMENTAÇÃO SEGUNDO À ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE	20
4. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	23
5. DIREITO DO TRABALHO	26
5.1 Estabilidade gravídica	26
5.2 Licença maternidade	30
5.3 Licença paternidade	32
5.4 Projeto Empresa Cidadã	32
5.5 Reforma Trabalhista	33
6. DIREITO PREVIDENCIÁRIO	35
6.1 Salário maternidade	35
6.1.1 Carência e manutenção	37
7. INADEQUAÇÃO DO ATUAL SISTEMA AO MERCADO DE TRABALHO - DISCRIMINAÇÃO DA MULHER	39
8. DIREITO COMPARADO	45

9. O SISTEMA CANADENSE	47
9.1 Estabilidade no emprego.....	48
9.2 Licença maternidade e parental	49
9.3 Benefícios de maternidade e parentais	52
10. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO	57
10.1. Modelo proposto	57
10.2 Constitucionalidade da proposta	58
11. CONCLUSÃO	61
12. BIBLIOGRAFIA	63

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é verificar, através de um estudo comparado com a estrutura canadense, as precariedades do atual sistema brasileiro de garantia no emprego da gestante e licença maternidade, sob o enfoque da Constituição da República, Consolidação das Leis do Trabalho e legislação previdenciária.

Diante disso, examinaremos a legislação pertinente ao tema, tanto na seara trabalhista quanto previdenciária a fim de verificar os aspectos do instituto da proteção à maternidade e ao nascituro e, conseqüente, proteção à empregada gestante.

Isso porque, o sistema de garantia no emprego à gestante e o período de licença maternidade mantidos atualmente pelo Brasil não são mais compatíveis com os ensejos do mercado, tampouco com as necessidades das mães e dos bebês, tendo em vista que o período recomendado pela Organização Mundial de Saúde (“OMS”) para amamentação exclusiva é de seis meses, sendo que, após tal termo, a organização orienta que o bebê continue sendo amamentado, em conjunto com a alimentação, até os dois anos de idade.

Não fosse o bastante, muitas vezes, os empregadores ficam receosos em contratar uma empregada do sexo feminino justamente por temerem que a obreira engravide e, conseqüentemente, goze de estabilidade gravídica e gere altos custos para manutenção de seu contrato de trabalho.

Diante disso, claro está que o cenário atual de apenas 120 (cento e vinte dias) de licença e estabilidade provisória desde a concepção até cinco meses após o parto, não pode ser mantido, haja vista que, além de prejudicar o desenvolvimento saudável dos bebês, dá viés para o preconceito do empregador na contratação de mulheres em idade fértil.

Assim, nas linhas que seguem, através de estudo comparado com o sistema do Canadá, especificamente com a província de Ontario, o qual é país desenvolvido e com altíssimo Índice de Desenvolvimento Humano (“IDH”), verificaremos que possível alternativa para a problemática seria a adoção o padrão canadense.

Ressalta-se que a proposta é constitucional e encontra alicerce nos princípios da dignidade da pessoa humana e no direito à igualdade e ao trabalho, conforme restará amplamente abordado nos capítulos que seguem.

2. A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, no início edificação social, a mulher detinha competência, tão somente, para realização de atividades domésticas, isto é, absolutamente assessorias e relacionadas ao cuidado do homem, da prole e da casa, o que é evidenciado pela simples leitura da Bíblia, cujo teor aponta, logo livro Gênesis, a mulher tendo sido criada por Deus para “ajudar” o homem.¹

Na antiguidade clássica, vemos que a mulher recebia educação apenas para criação de seus filhos, executando apenas trabalhos domésticos, sendo que as poucas que se arriscavam ao trabalho no comércio eram desprezadas.

Foi na idade medieval que a mulher finalmente pôde começar a exercer determinados ofícios, sendo que há registros franceses datados do século XIII que as retratam exercendo diversas profissões, tais quais, professoras, boticárias, arquitetas, encadernadoras.

Todavia, posteriormente, no final do século XVI, com o regresso do Direito Romano e aplicação do Código Justiniano, a liberdade feminina foi minada, retornando a mulher aos seus afazeres domésticos, e sendo totalmente afastada de suas funções públicas.

Paralelamente, no Brasil do período colonial, como não havia economia propriamente dita, haja vista que tudo que era produzido deveria servir exclusivamente Portugal e aos habitantes da colônia, bem como, era vetada qualquer relação comercial exterior que não lusa, a maior parte do trabalho feminino era realizado pelas escravas negras, sendo que as poucas mulheres livres e brancas, possuíam papel quase que exclusivamente doméstico.

¹ Gn 2,18

Com o início da industrialização na terra dos papagaios, para suprir as necessidades dos moradores dos estabelecimentos agrícolas ou de mineração, foi que a mulher passou a ocupar, de forma muito discreta, certos ofícios, como o de tecelã, doceira e costureira, conforme aponta em sua obra Caio Prado Júnior:

*“Esta pequena indústria doméstica, entregue a escravos mais hábeis ou às mulhres da casa – como fiação, tecelagem e costura -, embora obscura e passando à primeira vista despercebida, tem seu papel na vida da colônia, pois completa essa autonomia dos grandes domínios rurais (...)”.*²

Após, durante o Brasil império, quase nada mudou em relação ao trabalho da mulher, sendo que as mulheres pobres, sem qualquer outra garantia de produzir seu sustento, eram obrigadas a trabalhar.

Ressalta-se, como bem observa Léa Elisa Silingowschi Calil, que em tal época não se vislumbrava falar de Direito do Trabalho, muito menos de Direito do Trabalho da Mulher:

*“(...) muito embora se possa falar em trabalho da mulher, não é possível se falar em um direito do trabalho, muito menos em direito do trabalho da mulher, pois a necessidade de regulamentação legislativa do trabalho apenas surgiu, ao longo da história em praticamente todos os países ocidentais, quando se tornou expressivo o emprego de mão de obra assalariada na indústria. E desde então se nota a divisão imposta pelo gênero ao trabalho”.*³

Atravessando o atlântico, vemos que na Inglaterra, Alemanha e França, objetivando minimizar os danos causados pela Revolução Industrial, surgiram as primeiras legislações que protegiam o trabalho feminino. Cite-se, como exemplo, o *Factory and Workshop Act* (Inglaterra, 1876).

No Brasil, a primeira significativa modificação constitucional no tocante à mulher trabalhadora ocorreu somente com o texto de 1988, sendo que, conforme

² PRADO JR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. Companhia das Letras. 2011. P. 228

³ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do Trabalho da Mulher. LTr. 2001. P. 11

destaca o Ministro Maurício Godinho Delgado⁴, *“Não obstante os textos constitucionais anteriores vedassem discriminação em função de sexo, o fato é que a cultura jurídica prevalecente jamais considerou que semelhante dispositivo tivesse o condão de suprimir condutas tutelares discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego”*.

Ressalta, ainda, Maurício Godinho, que *“a Constituição de 1988, entretanto, finalmente, eliminou do Direito brasileiro qualquer prática discriminatória contra a mulher no contexto empregatício – ou que lhe pudesse restringir o mercado de trabalho –, ainda que justificada a prática jurídica pelo fundamento da proteção e tutela. Nesse quadro, revogou inclusive alguns dispositivos da CLT que, sob o aparentemente generoso manto tutelar, produziam efeito claramente discriminatório em relação à mulher obreira”*.

2.2 PROTEÇÃO À MATERNIDADE

A proteção à maternidade decorre da própria proteção ao trabalho da mulher, que, em tese, não deve ser discriminada. Diante disso, entendemos por proteção à maternidade o conjunto de normas que amparam a empregada desde a concepção de sua gravidez até depois do parto.

A proteção à maternidade no âmbito laboral surgiu na Itália, quando foi estipulado o pagamento de uma contraprestação econômica. Na França, em 1911 foi instituído o seguro-maternidade⁵, sendo que o tema estava presente desde primeira reunião anual da Organização Internacional do Trabalho (“OIT”) em 1919.

O Brasil, assim, retificou a aludida Convenção n° 3, de 1919 da OIT⁶, a qual regulamentava o trabalho e sustento da mulher nos lapsos imediatamente anteriores e posteriores ao parto. Sinteticamente, a trabalhadora usufruiria de licença de seis

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15 edição. São Paulo: Ltr, 2016. Pag. 891.

⁵ Miguel Horvath Júnior. Salário Maternidade. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 56.

⁶ http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm

semanas após o nascimento do bebê e era garantido o retorno da empregada ao seu posto de trabalho após o término da licença, bem como, eram permitidos dois intervalos de 30 (trinta) minutos para amamentar o recém-nascido.

Referida convenção dispunha em seu artigo terceiro, que a mulher receberia durante o afastamento uma indenização suficiente para seu custeio e da criança, cujo montante seria fixado pela autoridade competente no país e satisfeito pela previdência social.

Ocorre que, diante de conflitos de normas internas, o Brasil denunciou a Convenção n° 3 por meio do Decreto 51.627/62⁷, na medida em que a Constituição Federal assegurava o direito da gestante ao descanso após o parto, sem prejuízo do emprego e salário e a Consolidação das Leis do Trabalho asseguravam o pagamento do salário integral, sob responsabilidade do empregador.

Em 1952, a Convenção n. 3 foi substituída pela Convenção n. 103⁸ da OIT (revisada pela convenção 183), ainda em vigor, cujos termos foram revistos e ratificados pelo Brasil.

Notamos que a referida Convenção ampliou o alcance do amparo à empregada gestante, protegendo não apenas àquelas que laboravam no âmbito industrial e comercial, mas também rural e doméstico, aumentando o período da licença e determinado o pagamento de valor não inferior a 2/3 do salário da obreira pelo sistema social.

Destacamos que o artigo quarto do documento assim dispõe:

“Art. IV — 1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3 acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

(...)

⁷ <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-51627-18-dezembro-1962-345297-publicacaooriginal-1-pe.html>

⁸ http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega”.

O objetivo da prestação ser paga pelo sistema social e não pelo empregador era justamente o de evitar que a empregada pudesse sofrer qualquer forma de discriminação.

Todavia, apenas com a publicação a Lei 6.136/74⁹ foi que o pagamento do benefício no Brasil se tornou responsabilidade da previdência social (cabe atualmente ao empregador a manutenção mensal dos pagamentos equivalentes a totalidade dos vencimentos percebidos pela obreira, porém, o empregador pode solicitar ao Instituto Nacional do Seguro Social (“INSS”) a sua compensação).

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, a qual primou pelos direitos e garantias fundamentais, foi estipulado o vigente prazo de cento e vinte dias de licença maternidade sem prejuízo do salário ou do emprego, bem como, garantida a estabilidade da empregada gestante desde a concepção até cinco meses após o parto. Além disso, a Constituição da República tratou também da licença paternidade de cinco dias.

A legislação brasileira sofreu, no âmbito do Direito do Trabalho, forte influência dos termos das Convenções da OIT, até mesmo para a elaboração do artigo sétimo da Constituição da República e do próprio texto na Norma Consolidada.

Importante ressaltar que no sistema brasileiro a proteção conferida pela legislação não é destinada, tão somente, à mulher, mas sim ao nascituro, motivo pelo qual se assegura à gestante a estabilidade no emprego desde o momento da concepção da gravidez, o que é motivo de muita controvérsia, principalmente nos casos em que a gravidez ocorre durante o contrato de experiência ou no curso do aviso prévio, na medida em que, ao empregador, é vedada a imposição de realização de teste de gravidez à empregada no ato da dispensa sem justo motivo.

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6136.htm

Diante disso, como veremos nos próximos capítulos, ainda que a atual proteção conferida seja muito pouco perto do que necessita a empregada e o bebê, a exemplo da necessidade de amamentação exclusiva por no mínimo seis meses, ela é motivo de discriminação à mulher e por isso deve ser revista.

3. AMAMENTAÇÃO SEGUNDO À ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE

A Organização Mundial de Saúde (“OMS”) – World Health Organization (“WHO”), trata de uma entidade especializada em saúde, subordinada à Organização das Nações Unidas (“ONU”), com sede em Genebra na Suíça, detendo como objetivo principal o desenvolvimento máximo do nível de saúde ao redor do planeta.

A OMS define a saúde como estado pleno de bem-estar físico, mental e social, isto é, não consiste apenas na ausência de doenças, mas na plenitude do ser humano em si.

Referida organização, ao tratar do tema da amamentação, orienta que os bebês sejam amamentados pelas mães, exclusivamente, até os seis meses de idade, ou seja, até completar seis meses, o recém-nascido não deve sequer ingerir água ou qualquer tipo de alimentação líquida ou sólida, mas apenas ser suprido pelo leite materno.

Inobstante, após referido período, a OMS sugere que os bebês, além da alimentação regular, continuem recebendo o leite materno até completarem no mínimo dois anos de idade, podendo ser continuada a critério da mãe, na medida em que o leite materno é crucial para o desenvolvimento regular da saúde do bebê¹⁰.

Nesse sentido, a Organização defende que a amamentação exclusiva materna até os seis meses de idade, e posteriormente continuada até os dois anos, evita o adoecimento dos bebês e o desenvolvimento de doenças e alergias, bem como, a longo prazo, quando se tornam crianças, adolescentes e adultos, os bebês que foram amamentados têm menos chances de sofrer de obesidade ou diabetes, e detêm melhores performances em testes de inteligência.

No tema da amamentação e do trabalho, a OMS ressalta em seu sítio:

¹⁰ <http://www.who.int/features/factfiles/breastfeeding/en/>

“Muitas mães que retornam ao trabalho abandonam a amamentação parcial ou completamente, porque não têm tempo suficiente, nem um lugar no local de trabalho ou para continuar a amamentar.”

Destaca-se que a substituição do leite materno pela fórmula láctea industrializada é altamente desaconselhada nos seis primeiros meses de vida do bebê, na medida em que, além de não fornecer à criança os nutrientes e anticorpos necessários ao regular desenvolvimento da saúde, causa risco de constipação, obesidade e infecção por manipulação irregular da mamadeira ou contaminação da água utilizada.

Atualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho¹¹ assim prevê quanto ao tema:

“Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um.

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

Ora, tal dispositivo é incompatível com a realidade das grandes metrópoles. Vejamos, por exemplo, a cidade de São Paulo: com o trânsito caótico e transporte público ineficazes, é praticamente impossível que a gestante consiga chegar em sua residência e retornar ao trabalho em 30 (trinta) minutos ... nem se cogite neste tempo o período da amamentação. Irreal!

Sabe-se que algumas empresas dispõem de sala de amamentação. Para que a lactante faça seu uso, é necessário que haja uma pessoa à sua disposição para trazer o bebê à empresa, aguardar a amamentação e posteriormente levar o bebê embora para que a empregada prossiga normalmente com o seu labor.

Em alguns casos, durante dois os períodos de meia hora, a mulher faz uso de equipamentos para ordenha de leite, comumente chamados de “bombinhas”, as quais

¹¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

são utilizadas para retirar o leite materno, posteriormente armazenado para que o bebê possa consumi-lo enquanto sua mãe estiver trabalhando. Todavia, tal método é ineficaz, eis que, caso o bebê sofra de refluxo, expelirá o leite e, se não houver estoque – geralmente não há, diante da alta perecibilidade e dificuldade de obtenção – o bebê será obrigado a tomar fórmula láctea industrializada.

Portanto, o atual período de licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias é absolutamente incompatível com as orientações da Organização Mundial de Saúde, ainda mais, em caso de bebês prematuros, sendo que muitas vezes, os que nascem entre o quinto e sexto mês de gestação, permanecem na UTI neonatal por mais de cento e vinte dias e são obstados do cuidado de sua mãe que se vê obrigada a retornar ao trabalho.

Assim, resta clara a necessidade de revisão, pois atualmente a saúde dos bebês e da própria mãe está sendo prejudicada pela restrição do lapso de amamentação, o que fere a própria dignidade da pessoa humana da mãe do bebê, diante da privação de direito essencial, fundamental.

4. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são essencialmente direitos humanos, estabelecidos pela ordem jurídica como essenciais para o bem-estar individual e desenvolvimento da sociedade em si.

Os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana estão inseridos no rol do artigo primeiro da Constituição da República, constituindo fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, senão vejamos:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...)”

Todavia, conforme ensina Werner Keller¹² com maestria, o direito ao trabalho está conjugado ao dever de trabalhar e à liberdade de trabalhar, porém consistem em institutos distintos, na medida em que a liberdade tem caráter restritivo e o dever de trabalhar, por sua vez, é um dever moral, senão vejamos:

“(...) o direito ao trabalho está conjugado ao dever de trabalhar e à liberdade de trabalhar, todavia são institutos que não se devem confundir.

A liberdade está relacionada ao direito fundamental da liberdade de trabalho instituído tanto em ordenamentos jurídicos internacionais como nacionais de determinados países, contudo esta liberdade tem caráter restritivo, conforme assevera Iruny Ferrari (79): “Ser livre, para cada cidadão, pressupõe assim, a Liberdade de Trabalho. Contudo, a necessidade de trabalhar existe para todos os cidadãos. E, bastaria essa primeira dificuldade, para se entender que a Liberdade de Trabalho não é, nem pode ser Absoluta”.

O dever de trabalhar, como já se viu, é um dever moral, caso contrário estaria violando a dignidade e liberdade do homem. Assim, quando este dever é

¹² KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumentos de efetividade. 2 Edição. São Paulo: LTr. 2016. p. 43 e 44.

inserido nas constituições, tem como único propósito servir como base moral à proteção social aos desempregados, à qualificação profissional, como também à busca do pleno emprego por meio das políticas públicas a serem adotadas pelo Estado (passivas).

Essa associação é rompida com o atual entendimento constitucionalista, uma vez que a liberdade ao trabalho é somente uma liberdade, o dever de trabalhar é apenas um dever moral e o direito ao trabalho passa a ser considerado um direito social.”

Diante disso, evidente que a mulher não pode ter privado o seu Direito ao Trabalho, que constitui direito social, mas ao mesmo tempo, seu filho não pode ter privado o seu direito à amamentação até, no mínimo, os seis meses de idade, pois é fundamental para o desenvolvimento físico do ser humano em si, conforme vimos no capítulo anterior.

No que tange à dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet, citado na obra de Werner Keller¹³, a define como “*a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e considerado por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*”.

Assim, o atual sistema adotado pelo Brasil fere a própria dignidade da pessoa humana da mulher e do bebê e é também incompatível com os ensejos do empregador, na medida em que não há qualquer tipo de carência para que a empregada gestante usufrua do direito à estabilidade gravídica e consequente licença maternidade, isto é, se a empregada for contratada hoje e engravidar amanhã, mesmo que durante o período probatório, fará jus à estabilidade provisória e ao período de afastamento.

¹³ KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumentos de efetividade. 2 Edição. São Paulo: LTr. 2016. p. 76.

Ora, se o atual cenário é prejudicial a ambas as partes – empregada e empregador, qual o motivo de ser mantido?

Nos próximos capítulos, adentraremos a fundo no tema dos direitos da mulher gestante, mãe e lactante, bem como nos deveres do Estado e do empregador, a fim de delinear, sistematicamente, os impasses do instituto e verificar possível alternativa para tanto.

5. DO DIREITO DO TRABALHO

5.1 ESTABILIDADE GRAVÍDICA

A Constituição da República “blinda” o emprego da gestante por meio da concessão de estabilidade provisória no trabalho, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, em seu artigo décimo, inciso II do Ato das Disposições Transitórias, a seguir compilado para melhor ilustrar o entendimento:

“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”.

Destaca-se que com a edição da Lei Complementar 146 de 2014, a estabilidade foi estendida ao pai do bebê, ou a qualquer outra pessoa que o mantenha sob sua guarda, no caso de falecimento da mãe, conforme transcrição a seguir:

“Art. 1º O direito prescrito na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho”

Concordamos integralmente com o dispositivo, na medida em que ao assegurar a estabilidade àquele que detém a guarda do filho da trabalhadora falecida, estar-se-á protegendo o nascituro, principal destinatário de toda a tutela legal, bem como, mantendo o direito já adquirido pela empregada..

Ressalva-se, todavia, que entendemos que a estabilidade ocorre, na verdade, desde a concepção da gravidez e não de sua confirmação ao contrário do que estipula a Lei, na medida em que, caso a gestante “descubra” que está grávida mesmo após sua dispensa, no curso do aviso prévio ou na projeção deste quanto indenizado, fará

jus a obreira a estabilidade provisória e, conseqüentemente, deverá ser reintegrada ao emprego, conforme entendimento do artigo 391-A da Norma Consolidada:

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

No mesmo sentido, defendemos que a estabilidade ocorre desde a concepção porque o Colendo Tribunal Superior do Trabalho (“TST”), por meio da Súmula 244 dispõe que o conhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito à estabilidade, senão vejamos:

“Súmula 244 do TST

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

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

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

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

Nos casos em que se confirme a dispensa arbitrária, isto é, sem justo motivo, no período da estabilidade gravídica (até cinco meses após o parto), fará jus a empregada à reintegração no emprego. Nos casos em que a dispensa for confirmada apenas após este período, a empregada fará jus apenas aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade, conforme item II acima.

Nota-se, ainda, que a Súmula 244 garante à grávida o direito à estabilidade mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado e desconhecimento do empregador acerca de sua condição.

Data máxima vênia ao entendimento da Colenda Corte Superior Trabalhista nos incisos I e III *supra*, discordamos integralmente do sustentado, na medida em que, por mais que se pretenda “proteger” a empregada gestante, tal proteção exacerbada só ocasiona estigma e preconceito à mulher, na medida em que absolutamente injusta.

Ora, como pode o empregador ser obrigado ao pagamento de indenização decorrente de estabilidade gravídica se ele sequer fora comunicado da gravidez e a gestante a omitiu no ato da dispensa?

Salvo quando a ciência da gestante ocorra após a dispensa, não parece justo que o empregador arque com indenização. Ainda mais porque há forte corrente doutrinária e jurisprudencial que entende que a solicitação de exame de gravidez pelo empregador no ASO demissional é discriminatória – o que, novamente, não parece fazer o menor sentido, eis que o empregador só quer se certificar de que não está dispensando uma empregada estável.

Da mesma forma, conforme veremos em tópico próprio, o fato da gestante gozar de estabilidade mesmo em caso de contrato por prazo determinado gera enorme preconceito em relação à mulher, pois muitas vezes a gravidez ocorre durante o contrato de experiência, ou seja, sequer havia passado o período probatório e a empregada já é estável.

Inobstante, em relação aos contratos por prazo determinado, sabe-se que os mesmos só podem ser celebrados em estritas hipóteses legalmente previstas e, conforme ensina o Ministro Maurício Godinho Delgado¹⁴, *“formam clara especificidade também no tocante a suas características, regras e efeitos jurídicos. Nesse quadro, eles distinguem-se por estarem submetidos a lapsos temporais geralmente estreitos*

¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15 edição. São Paulo: Ltr, 2016. Pag. 596 e 597.

e rígidos; por se pautarem segundo normas rigorosas, quer no tocante à sua sucessividade por outro contrato da mesma natureza, quer quanto à prorrogação contratual (...) por produzirem repercussões rescisórias mais restritas do que as típicas aos contratos sem prazo prefixado; finalmente, distinguem-se por não se subordinarem à mesma amplitude de efeitos própria à interrupção e à suspensão contratuais e às garantias jurídicas de emprego, em contraponto aos contratos de duração indeterminada”.

Portanto, mais uma vez, absolutamente descabida à extensão da estabilidade provisória à empregada contratada por prazo determinado, ou no curso do contrato de experiência.

Não fosse o bastante, há diversas decisões jurisprudências até mesmo da Corte Superior, absurdas ao nosso ver, que reconheceram a estabilidade gravídica às empregadas temporárias, conforme a seguir compilado:

“RECURSO DE REVISTA 1. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO TEMPORÁRIO. A garantia prevista no artigo 10, II, “b”, do ADCT tem como escopo a proteção da maternidade e do nascituro. Dessa forma, constatada a gravidez da empregada quando da ruptura contratual, deve ser reconhecida a estabilidade da gestante ao emprego, ainda que se trate de contrato temporário (Súmula nº 244, III). Precedentes.”
(PROCESSO Nº TST-RR-1229-67.2013.5.07.0018)¹⁵

“RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO TEMPORÁRIO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória, prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato temporário ou por tempo determinado. A matéria já se encontra pacificada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual tem se posicionado no sentido de terem as empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho, direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória,

15

<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1229&digitoTst=67&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=07&varaTst=0018&submit=Consultar>

desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme o artigo 7º, XVIII, da Constituição Federal e o artigo 10, II, b, do ADCT. Inteligência da Súmula 244, III, do TST, em sua nova redação. Há precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.”
(PROCESSO Nº TST-RR-1972-39.2012.5.02.0087)¹⁶

Ora, como veremos nos capítulos adiante, o protecionismo, quando exagerado, é prejudicial à mulher.

5.2 LICENÇA MATERNIDADE

Conforme já abordado no presente trabalho, as destinatárias da tutela legal e beneficiárias da licença maternidade são as empregadas do sexo feminino, incluindo-se as trabalhadoras rurais e empregadas domésticas.

Na seara trabalhista, as medidas de tutela à maternidade estão dispostas na seção V da Norma Consolidada, denominada “Da Proteção à Maternidade”, nos artigos 391 a 400 do diploma.

A Constituição Federal, por sua vez, assegura à empregada a licença materna de cento e vinte dias, sendo que pode ser iniciada entre o vigésimo oitavo dia que antecede a data do parto ou imediatamente após este, devendo a trabalhadora entregar ao seu empregador atestado médico contendo o momento do afastamento, consoante determina o artigo 392 Consolidado, reproduzido a seguir:

“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.

16

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

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

Nota-se que, mediante atestado médico, poder-se-á aumentar os períodos de repouso antes e depois do parto em duas semanas cada um, bem como, que caso o bebê nasça prematuro, a mulher continuará fazendo jus apenas a cento e vinte dias de licença, o que é, mais uma vez, absolutamente injusto, eis que, mães de bebês que nascem entre os 5 (cinco) e (seis) meses de gestação, muitas vezes voltam ao trabalho antes mesmo que seu filho deixe a UTI neonatal, como já tratamos anteriormente.

Nos casos de adoção de criança, tanto a trabalhadora mulher quanto o trabalhador homem, possuem direito à licença de cento e vinte dias, porém, havendo um casal que adota uma criança, apenas um deles poderá se beneficiar da licença.

Quando eventualmente a criança nascer sem vida, ou em caso de aborto não criminoso, a empregada faz jus a licença remunerada de duas semanas, conforme assegurado pelo artigo 395 da Norma Consolidada.

Por fim, apesar de não ser entendimento pacificado, conforme ensina Alice Monteiro de Barros, a licença maternidade configura hipótese de suspensão do contrato de trabalho, na medida em que, teoricamente, em tal período não há o pagamento de salário, uma vez que o salário maternidade é compensado pela Previdência Social e, assim, não constitui encargo do empregador¹⁷.

Parte da doutrina discorda deste posicionamento diante da obrigatoriedade de manutenção de depósitos de FGTS e contagem de tempo de trabalho para fins de férias e aposentadoria, e defende que se trata de cenário de interrupção do contrato de trabalho, pois há manutenção parcial dos seus efeitos.

¹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. A mulher e o direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995

Particularmente, concordamos com Alice Monteiro de Barros, no sentido de que se trata de hipótese de mera suspensão do contrato de trabalho.

5.3 LICENÇA PATERNIDADE

A licença paternidade atualmente é de (irrisórios) cinco dias e está disposta na Constituição Da República, especificamente, artigo 7º, inciso XIX e artigo 10, parágrafo 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

5.4 PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ - LEI 11.770/2008

O programa empresa cidadã foi criado com o objetivo de prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença maternidade e por 15 (quinze) dias a duração da licença paternidade. A prorrogação ocorre mesmo em casos de adoção.

Assim, a totalidade da licença maternidade seria de 180 (cento e oitenta) dias para a empregada gestante, o que, ao nosso ver, é ótimo, pois asseguraria ao bebê a amamentação exclusiva pelo período mínimo recomendado pela OMS, qual seja, seis meses.

Todavia, apesar de louvável, o programa não é de adesão obrigatória pelos empregadores.

Assim, a prorrogação será garantida apenas à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a obreira a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade regular de cento e vinte dias.

No caso do empregado do sexo masculino, deverá ser requerida no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto, bem como, comprovada a participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável.

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social e, por sua vez, o empregado do sexo masculino terá direito à remuneração integral da mesma maneira.

Destaca-se que a prorrogação do benefício da licença maternidade será paga pela empresa, a qual poderá deduzir o seu valor do imposto de renda. Todavia, semente haverá a dedução das empresas que forem tributadas com base em lucro real, sendo vedada a adesão ao programa das empresas que fazem declaração com lucro presumido, bem como, das optantes pelo SIMPLES nacional.

A nosso sentir, assim, o benefício viola o princípio da isonomia, na medida em que não abrange todas as gestantes e é possibilitado somente às empregadas de certas empresas, deixando de fora substancial parcela de obreiras que laboram em empresas tributadas pelo SIMPLES e por lucro presumido. Assim, empregadas que disfrutam da mesma situação pessoal possuem distinção de direitos apenas em virtude da forma de tributação de seu empregador, o que não deveria ser admitido.

Durante a prorrogação da licença devido à adesão ao programa empresa cidadã, o salário maternidade não possuirá natureza previdenciária, será pago pela empresa e poderá ser deduzido do imposto de renda, conforme exposto acima, sendo necessário que a empregada não exerça em tal lapso qualquer outro tipo de atividade remunerada, tampouco poderá a criança ser mantida em berçário.

5.5 REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) nada inovou sobre o tema trada no presente estudo, todavia, possibilitou que a gestante possa continuar exercendo atividades insalubres em grau médio e máximo, bem como, estabeleceu que a empregada lactante somente será afastada de suas atividades durante a lactação quando recomendado por médico, o que, a nosso ver, é péssimo e prejudicial, principalmente à saúde do bebê.

Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, conforme trataremos adiante.

6. DIREITO PREVIDENCIÁRIO

6.1 SALÁRIO MATERNIDADE

Conforme amplamente abordado neste estudo, a previsão constitucional do salário maternidade se encontra no artigo sétimo da Constituição da República, inserido no rol dos “Direitos Sociais” o qual garante às trabalhadoras a percepção de licença maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

A Carta Magna, ainda, dispõe em seu artigo 201 que a previdência social atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante, senão vejamos:

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

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;”

O salário maternidade é regulado pela Lei 8.213/91, especificamente artigo 72, a seguir transcrito, o qual dispõe, sinteticamente, que a empregada faz jus ao pagamento correspondente à sua renda média mensal integral, a qual deverá ser paga pelo empregador, o qual efetuará a compensação de seu montante junto à Previdência Social, *in verbis*:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual a sua remuneração integral.

§ 1o Cabe à empresa pagar o salário-maternidade devido à respectiva empregada gestante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

§ 2o A empresa deverá conservar durante 10 (dez) anos os comprovantes dos pagamentos e os atestados correspondentes para exame pela fiscalização da Previdência Social.

§ 3o O salário-maternidade devido à trabalhadora avulsa e à empregada do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, será pago diretamente pela Previdência Social.

No caso de remuneração variável, o valor do salário maternidade consistirá na média dos seis últimos meses de trabalho.

São beneficiárias do salário maternidade as empregadas no geral, seja por parto ou por adoção, incluindo-se as empregadas domésticas, trabalhadoras rurais e avulsas, seguradas especiais e contribuintes individuais.

No caso de trabalhadoras domésticas, cabe ao INSS o pagamento do salário maternidade, sendo que no período, o empregador deverá continuar arcando com o INSS patronal, FGTS, seguro contra acidentes de trabalho e antecipação da multa de FGTS para demissões sem justa causa.

Para fazer jus ao benefício, é necessário que, na data do parto, a empregada, se contribuinte individual, facultativa ou segurada especial tenha contribuído com dez meses.

Para as desempregadas, é necessário comprovar a qualidade de segurada do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de dez meses trabalhados. Caso a empregada tenha perdido a qualidade de segurada, deverá cumprir metade da carência de dez meses antes do parto, nos exatos termos da Lei nº 13.457/2017.

Ademais, frisa-se que o artigo 103 da Lei 8.213/91 estabelece o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para requerimento do salário maternidade, conforme excerto a seguir compilado:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.”

No tocante ao pagamento do benefício, conforme exhaustivamente tratado nesta monografia, será de responsabilidade do empregador que, posteriormente, fará compensação tributária, sendo que, somente será possível a sua cumulação com outro benefício previdenciário caso a empregada gestante possua mais de um emprego concomitantemente.

Nos casos em que a segurada se encontrar recebendo benefício previdenciário por incapacidade, consoante artigo 102 do Decreto-Lei 3.048/99, deverá haver a suspensão do benefício até o término do pagamento do salário maternidade, sendo que ao final deste, voltará a ser pago se seu fato gerador ainda existir, senão vejamos:

“Art. 102. O salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade.

Parágrafo único. Quando ocorrer incapacidade em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso enquanto perdurar o referido pagamento, ou terá sua data de início adiada para o primeiro dia seguinte ao término do período de cento e vinte dias.”

Nos casos em que a segurada for aposentada e retornar ao trabalho, a mesma fará jus ao recebimento de salário maternidade, nos termos do artigo 103 do referido Decreto:

“Art. 103. A segurada aposentada que retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade, de acordo com o disposto no art. 93”.

6.1.1 Carência

No tocante à carência para o recebimento do salário maternidade, sabe-se que esta consiste no período mínimo de contribuição para que a empregada faça jus

ao benefício, ou seja, se trata do período prévio de contribuição para a concessão do pagamento do salário maternidade.

Atualmente, salvo nos casos de contribuinte individual ou facultativa, conforme exposto acima, não há previsão de carência para a concessão do benefício – o que ao nosso ver é um dos principais motivos de discriminação à empregada e inadequação ao atual mercado de trabalho.

Assim, basta que a empregada engravide, independentemente do tempo de contribuição ou permanência no emprego, para que tenha direito ao salário maternidade.

7. INADEQUAÇÃO DO ATUAL SISTEMA AO MERCADO DE TRABALHO - DISCRIMINAÇÃO DA MULHER

Pelo abordado até agora foi possível perceber, seja pela inadequação aos ensejos do empregador, seja pela insatisfação das necessidades tanto da mãe quanto do bebê, que o atual modelo de proteção à maternidade mantido pelo Brasil – leia-se padrões de estabilidade gravídica e licença maternidade – são insustentáveis.

Isso porque, apenas cento e vinte dias de licença maternidade não são minimamente suficientes para satisfazer o período necessário de amamentação exclusiva dos recém-nascidos, conforme sugere a Organização Mundial de Saúde (destaca-se que apenas pequena parcela das empregadas possuem a extensão de mais sessenta dias de licença da empresa cidadã).

Não bastasse, em regra, não há período mínimo de carência para concessão do benefício, bem como, absurdamente, empregadas contratadas em caráter temporário e por prazo determinado, fazem jus ao salário maternidade, licença e estabilidade gravídica.

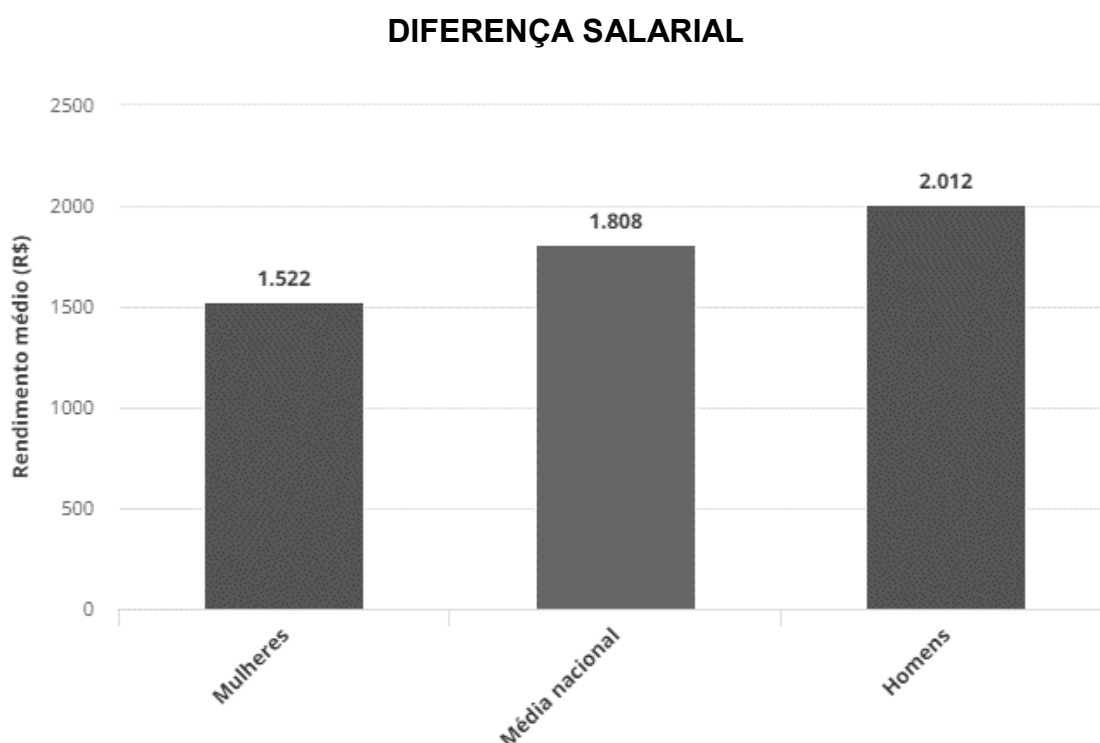
Dessa forma, muitas vezes os empregadores optam por contratar empregados do sexo masculino, pois se sentem ameaçados pela possibilidade de aquisição de estabilidade gravídica pelas mulheres, bem como, os custos decorrentes da contratação de outro empregado para substituição da trabalhadora em sua licença maternidade.

Tal cenário não pode ser admitido, eis que, atualmente, a mulher se impõe no mercado de trabalho para competir em igualdade de condições tecnológicas, físicas e culturais com os homens, lutando por igualdade de oportunidades, cargos e salários.

Sabe-se que ainda não é totalmente igualitário o sistema, bem como, que as mulheres ganham menos do que os homens e, além das tarefas profissionais, desempenham quase que a totalidade das tarefas domésticas.

Nesse sentido, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹⁸ (“IBGE”), por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (“PNAD”)¹⁹, constatou que o rendimento médio mensal dos brasileiros é de R\$ 1.808,00 (um mil, oitocentos e oito reais), sendo que a média masculina é de R\$ 2.012,00 (dois mil e doze reais) mensais e a feminina mensal de apenas R\$ 1.522,00 (um mil quinhentos e vinte e dois reais) por mês.

Não bastasse, nota-se que dependendo da região ou estado o valor da diferença aumenta ainda mais. No Distrito Federal, por exemplo, os homens ganham, em média, R\$ 3.965,00 (três mil, novecentos e sessenta e cinco reais) por mês em face de R\$ 2.968,00 (dois mil, novecentos e sessenta e oito reais) recebidos pelas mulheres. Vejamos:



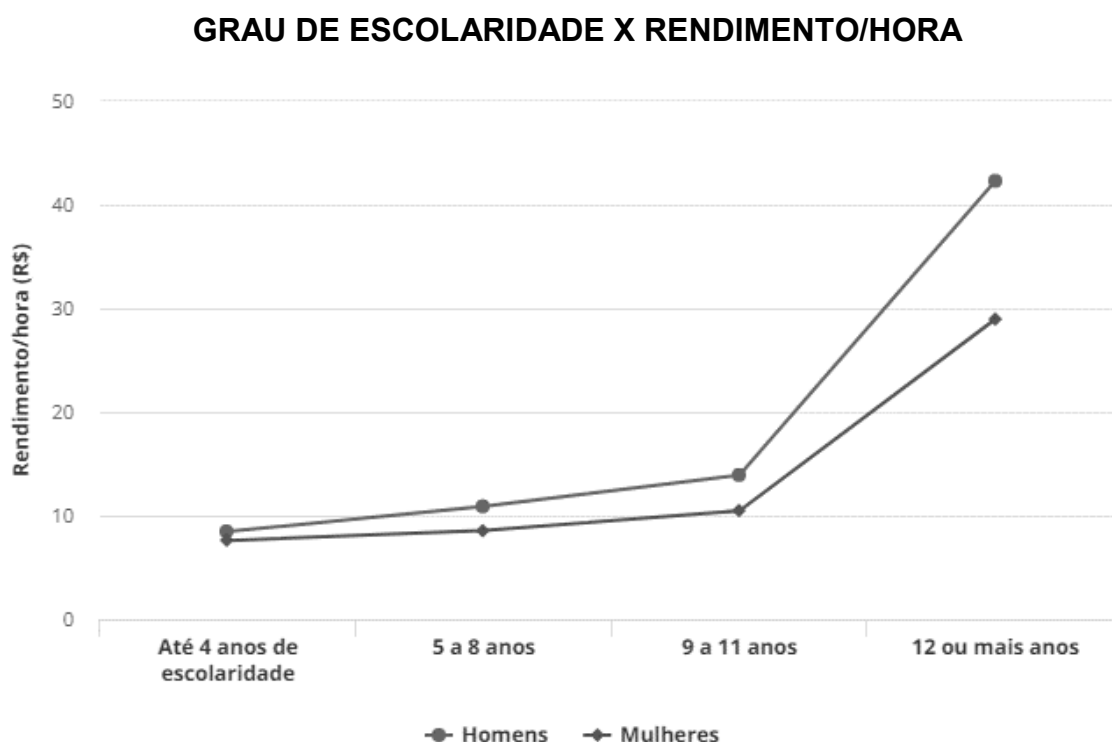
Fonte: IBGE

Inobstante, verifica-se que quanto mais altos os níveis de escolaridade, maior é a desigualdade dos proventos, sendo que, independentemente do grau de

¹⁸ <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho.html>

¹⁹ <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>

escolaridade, empregados do sexo masculino ganham mais, ainda que o nível de escolaridade das mulheres seja superior (8,1 anos de estudo contra 7,7 dos homens, bem como, 15% (quinze por cento) das mulheres possuem grau superior completo em face de apenas 11,9% (onze inteiros e nove décimos dos homens)), conforme ilustrado pelo gráfico a seguir:



Fonte: IBGE

Destaca-se que, ainda que constatado que os empregados do sexo masculino dedicam mais horas de trabalho em seu principal emprego do que as empregadas do sexo feminino, estas dispensam em média dez horas e meia a mais do que os homens em tarefas domésticas, resultando jornada semanal total mais elevada do que a masculina.

Diante disso, a discriminação da mulher no mercado de trabalho é inegável, sendo que já foi muito pior, pois, conforme tratamos em tópico próprio na presente, a primeira significativa modificação constitucional no tocante à discriminação da mulher trabalhadora só ocorreu na Constituição Cidadã de 1988, sendo que, ainda que de alguma forma os textos constitucionais anteriores vedassem discriminação em função

do sexo, não havia previsão jurídica contra condutas discriminatórias com a mulher no contexto da relação de emprego.

Assim, apenas no final da década de oitenta e início da década de noventa, foi que o Brasil “eliminou” – em tese – a ocorrência de prática discriminatória contra as empregadas do sexo feminino na seara empregatícia.

Neste mister, pontua o Ministro Maurício Godinho Delgado²⁰:

“Nessa linha, dispôs a Constituição de 1988 (art. 5º, caput e inciso I) que: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Enfatizando ainda sua intenção antidiscriminatória no que tange ao sexo, incorporou esse referencial ao conjunto de parâmetros antidiscriminatórios especificados por seu art. 7º, XXX.

Ao lado desse firme comando antidiscriminatório, estipulo a Constituição, em seu art. 7º, XX, a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (grifos acrescidos). Observe-se que aqui a Constituição permite uma prática diferenciada desde que efetivamente dirigida a proteger (ou ampliar) o mercado de trabalho da mulher. Nesse quadro, em vista de mais de um fundamento constitucional, tornam-se inválidas normas jurídicas (ou medidas administrativas ou particulares) que importem em direto ou indireto desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher.

A Lei n. 7.855/89, editada meses após a nova Constituição, procurou adequar a CLT ao comando antidiscriminatório constitucional. Assim, revogou preceitos que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato empregatício da mulher adulta (antigo art. 446, CLT), revogando, ainda, parte expressiva do capítulo celetista que tratava da “proteção ao trabalho da mulher” (como dispositivos que exigiam atestados médicos especiais da mulher e lhe restringiam a prestação de certos tipos de trabalho: antigos artigos 374/375, 378 a380 e 387 da CLT, por exemplo).”

Dessa forma, por mais que a Constituição tenha buscado tratamento paritário entre homens e mulheres, é evidente que viabiliza tratamento diferencial à mulher na

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15 edição. São Paulo: Ltr, 2016. Pag. 891 e 892.

figura de mãe, independentemente de gestação e parto (por exemplo, nos casos de adoção). Nesta esteira, elucida Arion Sayão Romita²¹, *“proíbe-se a distinção que não assente num fundamento razoável. A distinção é lícita, desde que razoável, não arbitrária. A distinção é aceitável, é plenamente justificável quando não for discriminatória (...)”*.

Portanto, ainda que destinatária de tutela especial enquanto mãe, referida tutela destinada à mulher deve ser razoável e proporcional, sob pena de provocar efeitos contrários aos desejados, como ocorre atualmente diante da “superproteção” e “superdireitos” das gestantes, os quais intimidam os empregadores a contratar mulheres.

A atual inexistência de carência para aquisição do direito à estabilidade provisória é um dos principais problemas, pois nota-se que há pequena parcela de mulheres trabalhadoras que, evadidas de má-fé, engravidam, visando, tão somente, a manutenção de seu emprego por curto período ou a prorrogação de seu contrato de trabalho a termo.

Nem se alegue que a proteção é destinada ao nascituro e não à mãe, pois quem deveria pensar no futuro do filho, em primeiro lugar, é a mulher e não o empregador. Dessa forma, defendemos que deve sim haver estabilidade da gestante no emprego, mas primeiro, este direito deve ser conquistado pela trabalhadora que, após a aquisição da proteção, poderá programar a gravidez e usufruir tranquilamente de seus direitos.

Além disso, repete-se, o atual período destinado à licença maternidade é insuficiente para as necessidades físicas básicas do bebê, logo, onde está a proteção ao nascituro?

Onde está a proteção ao nascituro permitindo que grávidas e lactantes atuem em ambientes insalubres em grau médio e mínimo apenas diante da apresentação de “um” atestado médico?

²¹ ROMITA, Arion Sayão. O Acesso ao Trabalho das Pessoas Deficientes Perante o Princípio da Igualdade. Curitiba: Genesis. 2000, p. 186.

Dessa forma, ao passo que o Brasil busca atualmente “modernizar” suas relações de trabalho, está mais do que na hora de voltar os olhos para a questão da empregada gestante, estabilidade gravídica e licença maternidade.

Conforme abordaremos nos próximos três capítulos, mediante a técnica de estudo comparado, medida cabível seria a adoção do sistema canadense.

8. DIREITO COMPARADO

O direito comparado consiste, em apertada síntese, em disciplina jurídica que tem por objeto o estudo de métodos, elementos, semelhanças e diferenças de jurisdições distintas.

Historicamente, atribui-se o surgimento da técnica à Grécia antiga, destacando-se como precursores, Licurgo, em Esparta e Sólon em Atenas. Consta também que Platão e Aristóteles se utilizaram do método comparativo, sendo, no entanto, o moderno Montesquieu considerado o “pai” da técnica em sua obra "*L'esprit des Lois*", onde comparou instituições políticas de diferentes povos, refletindo sobre as leis e sua relação com os diversos seres, bem como, as normas que derivam diretamente da natureza do governo.²²

Conforme ensina Francisco Olivério²³, a utilização do método possibilita a abertura de novos caminhos ao Direito, pois, com base nos estudos de outros sistemas jurídicos, será possível não só encontrar os seus pontos comuns com o sistema brasileiro, mas também evidenciar as suas particularidades, bem como, como, avaliar progressos para melhoria do sistema.

Destaca Olivério em seu artigo que:

"A importância do Direito Comparado tem sido destacada não só pelos juscomparativistas como, também, pelos estudiosos do Direito e m geral. Constitui o seu estudo um dos planos mais significativos da Ciência Jurídica na atualidade. A pesquisa jurídica comparativista contribui de forma marcante para a evolução e o alargamento das fronteiras do conhecimento jurídico.

(...)

A pesquisa juscomparativista, conforme acentuam os mais abalizados especialistas no assunto, possibilita a abertura de novos caminhos à Ciência do Direito que, com base nos progressos alcançados pela contínua atividade científica dos seus cultores, poderá atender melhor as necessidades criadas

²² Adalberto Simão Filho Elias Marques de Medeiros Neto. Direito dos Negócios Aplicado Volume I: do Direito Empresarial. Ed. Almedina São Paulo. 2015.

²³ OLVÉRIO, Francisco. <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67009/69619> p. 163/179.

pelo vertiginoso ritmo de mudança do mundo contemporâneo e à problemática e complexa comunidade mundial inexoravelmente inter-relacionada nos diversos planos da existência humana. O amadurecimento científico registrado no século em curso coloca o Direito Comparado como um valioso instrumento para se obter um melhor entendimento no plano das relações internacionais. Através da análise e comparação de ordenamentos jurídicos distintos, será possível não só encontrar os seus pontos comuns e evidenciar as suas particularidades como, também, captar as características básicas dos diversos países, o espírito do seu povo, as suas instituições, o seu projeto histórico, etc. O conhecimento recíproco favorecerá a criação de canais de comunicações e bases mais sólidas, amplas e autênticas, que poderão eliminar as atuais controvérsias e disputas existentes no campo das relações internacionais, cujas dimensões ainda não foram suficientemente avaliadas pelos homens. O cultivo do Direito Comparado representa, assim, um esforço em direção à paz mundial.”

Diante disso, buscamos através da aplicação do método comparativo, verificar as semelhanças e diferenças dos atuais padrões brasileiros e canadenses de proteção à maternidade do âmbito juslaboral.

9. O SISTEMA CANADENSE

Introdutoriamente, esclarece-se que a presente monografia, não abordará particularmente o estudo dos benefícios concedidos aos trabalhadores segurados da província de Quebec, a qual possui sistema distinto do restante do país e é responsável por oferecer os benefícios de maternidade, parentais e de adoção aos seus residentes através de um programa intitulado “*Quebec Parental Insurance Program*”²⁴ (Programa de Seguro Parental do Estado de Quebec).

Nesta esteira, as províncias canadenses, com exceção de Quebec, possuem sistemas muito parecidos, quase uníssonos, apesar de algumas particulares distintas. Assim, por ser Ontario o estado mais populoso do país, contando com aproximadamente 13,6 milhões de habitantes, estudaremos detalhadamente o seu sistema.

Dito isto, em linhas gerais, há dois tipos de benefícios pecuniários concedidos pelo Canadá (Ontario) aos seus trabalhadores segurados: (i) os benefícios da mãe, oferecidos às mães biológicas, incluindo as mães de aluguel (prática permitida no país), que não podem trabalhar porque estão grávidas ou tiveram seus filhos recentemente e (ii) os benefícios parentais, os quais são oferecidos a ambos os pais, sejam homens ou mulheres, que cuidam de uma criança ou bebê recém-nascido ou recém-adotado.

Os benefícios de maternidade são, portanto, pagos à mãe, seja ou não de aluguel, para compensar um período de incapacidade física ao trabalho associado à gravidez e ao parto. Eles são distintos dos benefícios parentais, que são pagos aos pais para fornecer cuidados reais para uma criança, seja ela adotada ou não.

Note-se que, no país, há a concessão de “licença maternidade”, há também a “licença parental” – “*parental leave*”, a qual pode ser dividida entre os pais do bebê, conforme será detalhadamente abordado nos tópicos a seguir.

24

http://www4.gouv.qc.ca/EN/Portail/Citoyens/Evenements/DevenirParent/Pages/regm_quebc_assur_p_arnt.aspx

9.1 ESTABILIDADE NO EMPREGO

Não há estabilidade no emprego da mulher gestante da mesma forma que no Brasil, onde a obreira só pode ser dispensada em uma das hipóteses previstas pelo artigo 482 da Norma Consolidada, todavia, a gravidez não pode ser a causa da demissão, conforme prevê o Código dos Direitos Humanos de Ontário²⁵ na seção 10, protegendo o direito à igualdade de tratamento na relação empregatícia sem discriminação por causa do sexo ou em virtude de gravidez.

Dessa forma, caso a empregada engravide, o empregador não pode simplesmente demiti-la por conta da gravidez, ou seja, seu estado gravídico não pode ser o fato gerador da rescisão contratual.

Neste mesmo sentido, durante a fruição da licença maternidade ou parental e após o retorno ao trabalho, seja para a mãe ou para o pai do bebê (nascido ou adotado), o empregador não pode rescindir o pacto laboral sob a justificativa da licença maternidade, sendo que, caso o faça, o empregado (a) será reintegrado ao emprego com o pagamento dos salários vencidos.

Destaca-se que, em ambos os casos, é ônus do empregador provar que a dispensa não ocorreu em virtude da gravidez ou do gozo da licença maternidade ou parental, conforme estipula a seção 74 (2) do Ato dos Padrões Empregatícios de Ontário²⁶, *ipsis litteris*:

“Onus of proof

(2) Subject to subsection 122 (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof that an employer did not contravene a provision set out in this section lies upon the employer. 2000, c. 41, s. 74 (2).”

Portanto, apenas sob o viés da ausência de “blindagem” do emprego da mulher grávida, pela simples aquisição do estado gravídico, notamos que o sistema, apesar de proteger a empregada contra a discriminação do empregador, na medida em que

²⁵ <https://www.ontario.ca/laws/statute/90h19#BK8>

²⁶ <https://www.ontario.ca/laws/statute/00e41>

a gravidez não pode ser causa para ruptura da relação, torna mais justo e igualitário o cenário, impedindo qualquer tipo de preconceito do empregador neste aspecto.

No mesmo sentido, a jurisprudência canadense é pacífica no sentido da impossibilidade de demissão da empregada durante a licença maternidade, sendo que, da mesma forma, quando retornar ao emprego, caso seja demitida, a causa da demissão não poderá ser a licença.

Terminada a licença, se a mulher desejar retornar ao trabalho, ela terá o direito legal para retomar sua antiga função. Caso a função não exista mais, o empregador deverá reintegrá-la em posição compatível com salário equiparado.

Destaca-se, ainda, que o tempo da licença maternidade/parental é computado para fins de consideração de anos de serviço, nos termos da seção 53 do referido Ato dos Padrões Empregatícios de Ontario.

9.2 LICENÇA MATERNIDADE E PARENTAL

O Ato dos Padrões Empregatícios de Ontario (*Employment Standards Act, 2000* – “ESA”) – concede às novas mães ou novos pais o direito de licença parental (*parental leave*) não remunerada para cuidar das crianças, sendo que as empregadas gestantes possuem ainda o direito a licença maternidade (*pregnancy leave*) não remunerada de até 17 (dezessete) semanas, e, em certas circunstâncias, o período poderá ser estendido. Os empregadores não são responsáveis pelo pagamento dos salários neste lapso, quem o fará será o Seguro Social, por meio de benefícios pecuniários.

Quanto à licença parental, ambos os pais do bebê, independentemente do sexo, têm o direito de usufruir da licença, sendo que as mães que já gozaram de licença maternidade, poderão ter até 35 (trinta e cinco) semanas de licença parental e os pais e mães adotivas, até 37 (trinta e sete) semanas.

Recentemente, os liberais aprovaram o aumento da licença parental para 18 (dezoito) meses, quando combinada com a licença maternidade, mediante recebimento de benefícios “em bloco” durante este período e redução do benefício pecuniário. Todavia, a norma ainda está pendente de regulamentação nas províncias e, por enquanto, não está em vigor.²⁷

Frisa-se que a licença parental não faz parte da licença maternidade e, portanto, a mãe biológica pode gozar de ambas. Além disso, o direito à licença parental não está vinculado à licença maternidade, isto é, um pai biológico, por exemplo, pode usufruir da licença parental ao mesmo tempo que a mãe biológica usufrui da licença maternidade ou licença parental.

Os empregados em exercício de licença maternidade ou parental têm o direito de continuar a participação em determinados planos de benefícios do empregador, como por exemplo, plano de saúde, seguro de vida, etc, bem como, obter ganhar crédito pelo tempo de trabalho, duração do serviço e antiguidade, como já exposto.²⁸

Todavia, é de suma importância destacar que, diferentemente do sistema brasileiro, há carência para qualificação da empregada na licença maternidade. Sendo que, para tanto, a obreira deverá preencher os seguintes requisitos cumulativos: (i) estar trabalhando para um empregador coberto pelo “ESA”, bem como ter começado a trabalhar, no mínimo, 13 (treze) semanas antes do bebê nascer. Exemplo: Se a empregada começar a trabalhar 15 (quinze) semanas antes da data esperada parto, ela poderá usufruir de licença maternidade.

Caso o bebê nasça prematuro, a data efetiva do nascimento será irrelevante para cômputo da carência para concessão da licença maternidade, pois o que importa é a data esperada do parto e não da data do nascimento em si. Por exemplo, a empregada foi contratada 15 (quinze) semanas antes da data prevista do parto, porém 11 (onze) semanas depois de iniciar seu novo emprego, seu bebê nasceu. Ela é elegível para a licença maternidade desde a data em que o bebê nasceu, porque havia

²⁷ <https://www.liberal.ca/realchange/more-flexibility-for-parents/>

²⁸ <https://www.ontario.ca/document/your-guide-employment-standards-act/pregnancy-and-parental-leave>

pelo menos 13 (treze) semanas entre a data da contratação e a data esperada do parto. O fato de seu bebê nascer menos de 13 (treze) semanas depois do início do emprego é irrelevante.

Usualmente, a licença maternidade pode ter início até 17 (dezesete) semanas antes da data prevista do parto. No entanto, caso a empregada queira, pode iniciar a licença após o nascimento do bebê. Nesse sentido, a empregada pode iniciar sua gravidez sair de licença a qualquer momento dentro das 17 (dezesete) semanas que antecedem o parto, ou na data deste, inclusive. Caso inicie 17 (dezesete) semanas antes do parto, após a ocorrência deste, poderá começar a usufruir de sua licença parental.

Ressalta-se que o empregador não pode decidir quando iniciará a licença da obreira, ficando exclusivamente a cargo desta.

Pende esclarecer que a empregada não pode usar uma parte das 17 (dezesete) semanas, voltar ao trabalho e depois retomar a parcela não utilizada de licença maternidade. Se ela voltar ao trabalho antes do término do período de 17 (dezesete) semanas, desiste do direito usufruir do resto da licença maternidade.

Caso a empregada sofra um aborto espontâneo ou uma morte fetal mais de 17 (dezesete) semanas antes da data prevista do parto, não terá direito à licença maternidade. No entanto, se a obreira tiver um aborto espontâneo ou morte fetal dentro do período de 17 (dezesete) semanas que antecedem a data do parto vencimento, ela é elegível para a licença maternidade.

A empregada pode comunicar ao empregador sobre a data de retorno ao trabalho após a licença maternidade, mas não é obrigada a fazê-lo. Se a empregada não especificar uma data de retorno, o empregador deve assumir que ela terá as 17 (dezesete) semanas completas de licença (ou qualquer período mais longo para o qual ela possa ter direito).

O empregador não pode exigir que a empregada volte de sua licença maternidade cedo, bem como, não tem direito solicitar que a obreira prove, por meio

de documentação médica, que está apta a retornar ao trabalho. A decisão de voltar ao trabalho é exclusivamente da empregada.

No que tange especificamente à licença parental, os novos pais devem cumprir uma carência prévia de 13 (treze) semanas antes da data prevista do início da licença parental. Todavia, o empregado (a) não precisa trabalhar ativamente no período das 13 (treze) semanas que antecedem o início da licença parental. Por exemplo, o empregado pode estar de férias, licença por doença ou licença maternidade durante todo ou parte deste período, sendo apenas exigido que a sua contratação tenha ocorrido mais de 13 (treze) semanas antes do início da licença.

A mãe biológica que tirou licença maternidade, deve normalmente começar a licença parental assim que aquela terminar.

No entanto, caso o bebê tenha sido hospitalizado desde o nascimento e ainda esteja sob cuidados médicos após o término da licença maternidade, a empregada poderá postergar o início de sua licença parental. Assim, caso queira, poderá retornar ao trabalho e começar sua licença parental a qualquer momento dentro de 52 (cinquenta e duas) semanas após o bebê deixar o hospital.

Todos os outros pais (incluindo adotivos e pai biológico) devem começar a licença parental o mais tardar 52 semanas depois da data em que o bebê nasceu ou da data do início dos cuidados, custódia ou controle da criança.

Destaca-se que, caso um empregado esteja dentro do período do seu contrato de experiência quando sair de licença, ao retornar ao trabalho, deverá completar o período faltante do contrato de experiência.

9.3 BENEFÍCIOS DE MATERNIDADE E PARENTAIS

Como já brevemente tratado, em suma, não há pagamento de salário no período das licenças parental e de maternidade, sendo que durante o período de afastamento, haverá a concessão de benefícios pecuniários pelo Seguro de Emprego

do Canadá (Ontario). Tais benefícios são os benefícios da mãe (biológicas, incluindo as mães de aluguel) e os benefícios parentais (concedidos a ambos os pais, sejam homens ou mulheres, biológicos ou adotivos), os quais serão recebidos até 52 (cinquenta e duas semanas) após o parto ou adoção.

Os benefícios da mãe são pagos apenas à mãe biológica que é incapaz de trabalhar porque está grávida ou deu à luz recentemente. Para recebe-los, é necessário comprovar a gravidez, por meio da assinatura de comunicado declarando a data de vencimento prevista ou a data de nascimento real.

Os benefícios parentais são pagáveis aos pais biológicos, adotivos ou legalmente reconhecidos enquanto cuidam de seu filho recém-nascido ou recém-adotado. Para receber benefícios parentais, é necessário assinar uma declaração contendo a data de nascimento do recém-nascido ou, no caso de adoção, a data da desta e nome e endereço da autoridade de adoção.

Nos casos em que a criança não é adotada legalmente, os benefícios parentais serão pagos a partir da data em que a pessoa atestar que a criança passou a receber os cuidados por ela, bem como, que possui intenção de adotá-la na primeira oportunidade possível. Nestas circunstâncias, o governo poderá, em qualquer momento, solicitar uma prova certificando que a criança foi colocada junto a pessoa por uma autoridade reconhecida, bem como que os cuidados não são meramente temporários.

Para pais biológicos ou reconhecidos legalmente, os benefícios parentais podem ser pagos a partir da data de nascimento da criança. Para os pais adotivos, os benefícios parentais podem ser pagos a partir da data em que a criança foi adotada ou, nos casos em que a criança não é adotada legalmente, da data atestada.

Para ser elegíveis para receber os benefícios, os empregados precisarão comprovar que seus ganhos semanais normais foram reduzidos em mais de 40% (quarenta por cento), bem como que contribuíram com a seguridade social com no mínimo 600 (seiscentas) horas trabalhadas nas últimas 52 semanas.

Caso a pessoa seja um pescador (a) autônomo, é necessário que tenha recebido pelo menos CAD\$ 3.760,00 (três mil, setecentos e sessenta dólares canadenses) durante o período de 31 (trinta e uma) semanas antes do início do período de benefício.

Ambos os pais podem receber os benefícios, porém, eles serão compartilhados, assim, ficará à critério dos pais a divisão dos benefícios. Por exemplo, um dos pais pode receber todas as 35 (trinta e cinco) semanas de benefícios, ou ambos os pais podem compartilhá-los. Assim, caso a mãe biológica queira voltar ao trabalho após a licença de maternidade, o pai da criança pode receber as 35 (trinta e cinco) semanas de benefício parental.

Além disso, caso um cônjuge decida usufruir de apenas 10 (dez) semanas de licença parental antes de voltar ao trabalho, o outro cônjuge pode usar as 25 (vinte e cinco) semanas restantes de benefícios. Não obstante, se um dos cônjuges decidir voltar ao trabalho depois de algumas semanas de licença parental, e depois queira voltar a ficar em casa cuidando do bebê, terá direito às semanas não utilizadas de benefícios parentais, desde que o período de 52 (cinquenta e duas) semanas após o parto de nascimento ou adoção não tenha expirado.

Quanto ao valor dos benefícios, ele é variável e, para a maioria das pessoas, varia entre 55% (cinquenta e cinco por cento) do salário semanal médio, até o teto máximo anual de CAD\$ 51.300,00 (cinquenta e um mil e trezentos dólares canadenses), isto é, a pessoa poderá receber até CAD\$ 543,00 (quinhentos e quarenta e três dólares canadenses por semana²⁹).

Os benefícios serão calculados da seguinte forma: (i) total de ganhos semanais, baseado nas informações fornecidas pelo empregador (quando o empregado receber comissões ou gorjetas, o cálculo será feito com base nas melhores semanas, ou seja, semanas em que mais recebeu dinheiro); 2) Determinação de divisor de número de semanas, baseado na taxa regional de desemprego; 3) Divisão dos ganhos pelos

²⁹ <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/ei-maternity-parental/benefit-amount.html>

números de semanas; 4) Multiplicação do resultado por 55% (cinquenta e cinco por cento).

Nas regiões de Canadá com as maiores taxas de desemprego, o montante será calculado com base nas melhores 14 semanas; Nas regiões do Canadá com as menores taxas de desemprego, com base nas 22 melhores semanas. Em outras regiões, o número de semanas utilizado para calcular os benefícios será entre 14 e 22, dependendo da taxa de desemprego nessas regiões. Vejamos:

Number of Variable Best Weeks calculation rates	
Regional rate of unemployment	Required weeks
6% or less	22
6.1% to 7%	21
7.1% to 8%	20
8.1% to 9%	19
9.1% to 10%	18
10.1% to 11%	17
11.1% to 12%	16
12.1% to 13%	15
13.1% or more	14

Fonte: Governo do Canadá³⁰

Se a renda líquida familiar perfizer o total de CAD\$ 25.921,00 (vinte e cinco mil, novecentos e vinte um dólares canadenses) ou menos por ano, o empregado tiver outros filhos ou receba o benefício canadense para criança (*Canada Child Benefit*), o empregado pode ser elegível ao recebimento cumulativo do benefício de suplemento de renda.

Os benefícios parentais e de maternidade serão pagos após o segurado receber todas as semanas de benefícios a que tinha direito ou o período de benefício

³⁰ <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/ei-maternity-parental/benefit-amount.html>

máximo de 52 semanas foi alcançado, o que ocorrer primeiro, sendo que os benefícios de maternidade podem ser pagos por um período máximo de 15 (quinze) semanas e devem terminar 17 (dezesete) semanas após a data prevista do parto e os benefícios parentais podem ser pagos por um período máximo de 35 (trinta e cinco) semanas e devem terminar até 52 (cinquenta e duas) semanas após a semana em a criança nasceu ou foi adotada.

10. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO

10.1 MODELO PROPOSTO

Conforme abordado acima, as mulheres buscam ao longo da história igualdades de oportunidades de trabalho com os homens, lutam por tratamento isonômico e salários iguais. Todavia, com o atual modelo utilizado pelo Brasil (até mesmo de superproteção à gestante, estabilidade no emprego e 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade e 5 (cinco) dias de licença paternidade) tal igualdade parece bem distante, bem como, não é suficiente para satisfazer as necessidades básicas de um recém-nascido.

Partindo dessa premissa, por meio da utilização do método comparativo com a realidade adotada no Canadá, verifica-se que a adoção no Brasil estaria apta a reduzir significativamente a diferenciação, pois não haveria “blindagem” ao emprego da gestante e haveria a possibilidade de compartilhar a licença parental, ou seja, os homens também poderiam ficar em casa cuidando dos bebês.

Assim, o modelo proposto é o seguinte: A empregada gestante não gozará de estabilidade gravídica, mas o empregador, por sua vez, não poderá demiti-la em decorrência da gravidez.

Dessa forma, como a regra adotada pelo direito brasileiro é que a dispensa sem justa causa seja imotivada, no caso de empregada gestante, será necessária a sua motivação, tal qual ocorre com servidores públicos e empregados de empresas de economia mista.

Caso haja controvérsia acerca da motivação da dispensa, será ônus do empregador comprovar os seus motivos.

Para fazer jus à licença maternidade e depois retornar ao mesmo cargo, é necessário que a empregada cumpra um período mínimo de carência de 13 (treze) semanas. Lapso suficiente para o término do período probatório. Caso o bebê nasça prematuro, a data a ser considerada para efeitos de carência, será a data inicialmente

prevista para o parto, sendo que, caso o afastamento ocorra durante o período probatório, ao retornar ao emprego, a gestante terá que cumprir a parcela faltante antes de seu contrato se tornar por prazo indeterminado.

O período da licença maternidade será de 17 (dezesete) semanas, sendo que após este interregno de tempo, a empregada poderá usufruir de licença parental de até 35 (trinta e cinco semanas). Da mesma forma, poderão usufruir da licença parental o pai da criança ou pais adotivos e após o seu término retornar à sua antiga função.

A licença parental, deverá ser dividida entre os cônjuges, a critério destes.

Durante a fruição de licença maternidade ou licença parental, a obrigação do pagamento dos salários pelo empregador será suspensa. Os pais da criança receberão benefício pago pelo INSS em tal período e, para tanto, deverão comprovar contribuição mínima.

Os critérios de contribuição mínima, bem como o percentual de pagamento dos benefícios deverão ser definidos por Lei Federal, de acordo com os proventos dos pais e possibilidades da previdência social brasileira, as quais são distintas da canadense e, por este motivo, não cabe a simples adoção dos percentuais utilizados pelo Canadá.

10.2 CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA

A proposta ora apresentada não fere o texto da Carta Magna, eis que se encontra albergada nos títulos “DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS”, “DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS”, “DA ORDEM SOCIAL” e “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”.

Isso porque, conforme vimos, o valor social do trabalho e o princípio da dignidade da pessoa humana da mulher e do próprio bebê estão sendo violados no atual padrão mantido pelo Brasil, bem como, apesar de “em tese” não haver discriminação entre homens e mulheres, na prática há, na medida em que os

empregadores muitas vezes se sentem ameaçados em contratar empregadas do sexo feminino e acabam contratando homens.

Além disso, o próprio pai tem seu direito ao tratamento isonômico violado, pois não pode cuidar da criança, possuindo apenas 5 (cinco) dias de licença maternidade (ou vinte, se for empregado de empresa cidadã).

Portanto, em relação à ausência de estabilidade da gestante, estaremos diante da previsão constitucional do artigo 170, caput, da Constituição da República, a seguir compilado:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

Isso porque, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, ou seja, caso seja necessário que o empregador demita a empregada gestante, por fatores completamente alheios à gestação e devidamente especificados, poderá fazê-lo.

No tocante ao benefício da licença parental, há previsão constitucional de pagamento de licença maternidade, no artigo 201, inciso II da Carta Maior, senão vejamos:

*“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
(...)
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;”*

Assim, a proteção à maternidade não deve interpretada de forma restritiva à gestante, mas sim à mãe adotiva, ao pai biológico e adotivo, necessitando, dessa forma a flexibilização da legislação para inclusão do benefício da licença parental.

Isso porque a própria proteção à família é esteada no princípio da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável.

Diante disso, como desdobramento lógico, está o próprio planejamento familiar, sendo, portanto, de livre decisão dos pais da criança a divisão do gozo da licença parental e respectivo benefício. Ora, não cabe ao Estado decidir.

Quanto à proteção à gestante, ela será mantida, haja vista que a licença maternidade de 17 (dezessete) semanas será usufruída tão somente pela mãe biológica e não entrará no cômputo da licença parental.

Nesse sentido, quanto à carência para utilização do benefício, da mesma forma, se fará necessário o planejamento para gravidez e nascimento do bebê, não havendo que se falar na precarização de direitos da empregada.

Do ponto de vista da criança, ao nosso ver, principal destinatário da tutela estatal, este teria mais tempo com a sua mãe e, posteriormente, com seu pai, sendo que receberia maior carga afetiva, bem como, conseguiria ser amamentados pelos seis meses recomendados pela Organização Mundial de Saúde.

Assim, flagrante que o modelo é compatível com o texto constitucional, o qual precisa, apenas, ser flexibilizado para conceder: à mãe, mais tempo com seu filho; à criança, mais tempo com a família e melhor nutrição; ao pai, a possibilidade de cuidar de seu filho e, finalmente, à mulher, o alcance substancial de igualdade de direitos com o homem na relação de emprego.

11. CONCLUSÃO

Propôs-se no presente trabalho análise comparativa do tema da proteção à maternidade na realidade nacional, sob o foco tanto trabalhista quanto previdenciário e no panorama do Canadá, de acordo com as normas da província de Ontário.

Diante disso, após análise histórica da introdução da mulher ao mercado de trabalho e evolução da proteção à empregada gestante ao longo dos tempos, verificamos os aspectos do instituto tanto do ponto de vista da mulher como obreira e gestante, quanto das necessidades do bebê recém-nascido.

Concluimos, assim que o sistema de garantia no emprego à gestante (estabilidade provisória) e o período de licença maternidade mantidos atualmente pelo Brasil não são compatíveis nem os ensejos do mercado, tampouco com a vontade da mãe e as necessidades nutricionais dos bebês, sendo que, conforme estudado, o período recomendado pela OMS para amamentação exclusiva é de seis meses.

Verificamos que a superproteção à gestante muitas vezes é prejudicial, pois gera estigma e preconceito na contratação de mulheres, bem como que, o fato dos homens gozarem apenas de 5 (cinco) dias de licença paternidade e não gozarem de estabilidade provisória, além de ser demasiadamente discriminatório, também faz com que os empregadores optem pela contratação de empregados do sexo masculino.

Diante disso, claro está que o cenário atual não pode ser mantido, sendo, portanto, plausível a adoção do sistema canadense, uma vez que compatível com os princípios da Constituição Federal brasileira.

Isso porque, geraria iguais oportunidades de trabalho com os homens, pois haveria a possibilidade de partilha da licença parental, ou seja, os homens também poderiam ficar em casa cuidando dos bebês e, durante a fruição de licença maternidade ou licença parental, a obrigação do pagamento dos salários pelo empregador será suspensa. Os pais da criança receberão benefício pago pelo INSS em tal período e, para tanto, deverão comprovar contribuição mínima, a ser definida por Lei Federal, diante das particularidades da previdência social brasileira.

Dessa forma, o sistema ficará mais igualitário e a empregada terá mais (ou alguma) liberdade para decidir o que fará – quando tirará sua licença, quando retornará ao trabalho -, bem como, o casal poderá livremente efetuar o seu planejamento familiar, da forma que for mais conveniente à família, pois, afinal, não deve o Estado interferir em quem cuidará da criança recém-chegada, tampouco, por quanto tempo.

Toda a monografia foi pautada nos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, a fim de apresentar solução à problemática do cenário atual por meio de alternativa à proteção da maternidade, de forma que não reflita negativamente na empregada trabalhadora, pois, conforme ensina o filósofo Fourier, a civilização de uma sociedade será medida pelo nível de liberdade da mulher...

12. BIBLIOGRAFIA

A BÍBLIA. Gênesis 2,18. Tradução livre. Velho Testamento.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei 5.452/43. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm

_____. Leis de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estatísticas sociais de trabalho. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho.html>

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>

_____. Decreto 51627/62. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-51627-18-dezembro-1962-345297-publicacaooriginal-1-pe.html>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1229&digitoTst=67&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=07&varaTst=0018&submit=Consultar>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1972&digitoTst=39&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0087&submit=Consultar>

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas de Jurisprudência Uniforme. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>

CANADÁ. Província de Quebec. Licença Maternidade e Parental. Disponível em: http://www4.gouv.qc.ca/EN/Portail/Citoyens/Evenements/DevenirParent/Pages/regm_quebc_assur_arnt.aspx

_____. Província de Ontario. Código de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/90h19#BK8>

_____. Província de Ontario. Licença Maternidade e Parental. Disponível em: <https://www.ontario.ca/document/your-guide-employment-standards-act/pregnancy-and-parental-leave>

_____. Província de Ontario. Ato dos Padrões Empregatícios, 2000. Disponível em: <https://www.ontario.ca/laws/statute/00e41>

_____. Benefícios parentais e de maternidade. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/ei-maternity-parental/benefit-amount.html>

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do Trabalho da Mulher. São Paulo: LTr. 2001.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15 edição. São Paulo: Ltr, 2016.

HORVATH JR, Miguel. Salário Maternidade. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

KELLER, Werner. O Direito ao Trabalho como Direito Fundamental. Instrumentos de efetividade. 2 Edição. São Paulo: LTr. 2016

LIBERAL PLATFORM. Mais flexibilidade para os pais. Disponível em: <https://www.liberal.ca/realchange/more-flexibility-for-parents/>

MEDEIROS NETO, Elias Marques de e Adalberto Simão Filho. Direito dos Negócios Aplicado Volume I: do Direito Empresarial. Ed. Almedina São Paulo. 2015.

OLVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. Ribeirão Preto - Revista da Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67009/69619>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO. Convenção 03. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_234869/lang--pt/index.htm

_____. Convenção 103. Disponível em: http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235193/lang--pt/index.htm

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. Amamentação. Disponível em: <http://www.who.int/features/factfiles/breastfeeding/en/>

PRADO JR, Caio. Formação do Brasil Contemporâneo. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROMITA, Arion Sayão. O Acesso ao Trabalho das Pessoas Deficientes Perante o Princípio da Igualdade. Revista de Direito de Trabalho. Curitiba: Genesis, 2000.

SANTOS, Daniela Ribeiro. Da proteção à maternidade à licença compartilhada: um panorama histórico no Brasil e no direito comparado. Brasília: UNB, 2011.