

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP – COGEAE

Felipe Gentil Di Dario

PROTEÇÃO À EMPREGADA GESTANTE CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO
AMBIENTE DE TRABALHO

Curso de Pós – Graduação
Especialização em Direito do Trabalho

São Paulo
2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP – COGEAE

Felipe Gentil Di Dario

**PROTEÇÃO À EMPREGADA GESTANTE CONTRA A DISCRIMINAÇÃO NO
AMBIENTE DE TRABALHO**

Monografia apresentada ao COGEAE, como exigência para obtenção do título de Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Zélia Maria Cardoso Montal.

São Paulo

2019

Dedicatória

Esse trabalho é dedicado a uma imigrante italiana, mulher, a quem devo muitos ensinamentos , minha *nonna* Angela.

Você é forte

Dentes e músculos

Peitos e lábios

Você é forte

Letras e músicas

Todas as músicas

Que ainda hei de ouvir

No Abaeté

Areias e estrelas

Não são mais belas

Do que você

Mulher das estrelas

Mina de estrelas

Você é linda

Caetano Veloso

Agradecimentos

Agradeço a Deus por realizar mais uma etapa da minha vida.

Agradeço à atenção e dedicação da Professora Zélia Maria Cardoso Montal, orientadora desta monografia

Agradeço aos meus país, irmãos e minha amiga Natália Stroebel pelo apoio durante a realização desse trabalho.

RESUMO

O legislador, ao longo do desenvolvimento histórico do ordenamento jurídico brasileiro, criou medidas protetivas à mulher com a finalidade de promover a sua participação no mercado de trabalho.

A CF/88 e a Consolidação das Leis do Trabalho asseguram a diminuição dos riscos inerentes a atividade da trabalhadora, através de regras de saúde, higiene e segurança. Assim, diante da igualdade entre homens e mulheres, com fulcro na CF/88, permitiu-se a proteção contra qualquer forma de discriminação entre os empregados.

No presente estudo abordou-se algumas mudanças advindas da reforma trabalhista, flagrantemente inconstitucionais na opinião de vários doutrinadores, como a possibilidade de a gestante trabalhar em lugares insalubres de grau médio ou mínimo, em que se desobedece às normas constitucionais de proteção à maternidade. Além disso, tratou-se de todo o conjunto normativo que protege a atividade da mulher no âmbito das relações de trabalho.

ABSTRACT

Throughout the historical development of the Brazilian legal system, the legislator has created protective measures for women in order to promote their participation in the labor market.

The CF / 88 and the Consolidation of Labor Laws ensure the reduction of the risks inherent to the worker's activity, through health, hygiene and safety rules. Thus, in the face of equality between men and women, with a focus on CF / 88, protection against any form of discrimination between employees was allowed.

In the present study, some changes in the labor reform were flagrantly unconstitutional in the opinion of several professors, such as the possibility of the pregnant woman working in unhealthy places of medium or minimum degree, in which she disobeys the constitutional norms of maternity protection. In addition, it was the whole normative set that protects the activity of women within the scope of labor relations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO 1. TRABALHO DA MULHER

1.1 Aspectos históricos

1.2 Tratamento normativo dispensado aos homens e às mulheres

1.3 Disciplina legal do trabalho da mulher

1.3.1 Natureza jurídica das normas de proteção ao trabalho da mulher

1.3.2 Normas internacionais

1.3.3 Legislação interna

CAPÍTULO 2. REGRAMENTO PROTETIVO AO TRABALHO DA MULHER

2.1 Restrições ao trabalho da mulher

2.1.1 Duração do trabalho da mulher

2.1.1.1 Períodos de descanso

2.1.1.1 Intervalos para amamentação

2.1.2 Trabalho noturno

2.1.3 Limites ao carregamento de peso

2.1.4 Trabalho em condições insalubres, penosas e perigosas

2.2. Proteção contra a discriminação

2.2.1 Em razão de casamento ou da gravidez

2.2.2 Proteção à intimidade da trabalhadora

2.2.3 Igualdade de remuneração

2.3 O Ano Internacional da Mulher proclamado pelas Nações Unidas

CAPÍTULO 3. DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

3.1 Destinatárias da tutela legal

3.1.1 Mãe adotiva

3.1.2 Casais homoafetivos

3.2 Direitos assegurados durante a gravidez

3.2.1 Rompimento contratual por recomendação médica

3.2.2 Aborto

3.2.3 Parto antecipado

3.3 Licença maternidade. Conceito. Natureza jurídica

3.3.1 Retribuição da licença maternidade

3.4 Garantia de emprego à gestante

3.4.1 Dispensa sem justa causa antes da licença maternidade

3.4.2 Dispensa e não conhecimento da gravidez pela própria empregada

3.4.3 Contratos por prazo determinado da empregada gestante

3.4.4 Reintegração da empregada gestante

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A CF/88 dispõe no art. 6º, *caput*, o amparo à maternidade como uma garantia social. Assim, a fim de garantir esse direito e a promoção da mulher, existe abrigo previdenciário à maternidade, custeado pela Previdência Social.

Como uma garantia social, esse benefício à maternidade é um direito fundamental de 2ª geração, já que tem a finalidade de cultivar o princípio da igualdade.

A trabalhadora gestante possui papel principal na proteção social visto que é por meio dela, que se concederá amparo ao nascituro. Além disso, a lactante também detém essa proteção, já que no decorrer da amamentação transmite-se todos os nutrientes indispensáveis à criança para a sua adequada formação.

O primeiro capítulo desse trabalho trata dos aspectos históricos e da evolução das normas de proteção do trabalho da mulher, tanto no ordenamento jurídico interno quanto no internacional.

No segundo capítulo aborda-se todo o regramento que envolve a mulher no ambiente laboral, duração do trabalho, períodos de descanso, intervalos para amamentação, as atividades em condições insalubres ou perigosas (com as respectivas mudanças promovida pela reforma trabalhista), e por fim todas as questões de discriminação pelas quais a mulher passa no ambiente de trabalho.

Finalmente, a terceira parte dessa monografia versa, de maneira mais específica, sobre as normas de proteção à gestante, como os direitos assegurados na gravidez, quem são os destinatários da tutela legal, o novo posicionamento em defesa dos casais homoafetivos, a licença e a garantia da maternidade nos contratos de trabalho.

1 - TRABALHO DA MULHER

1.1 Aspectos históricos

No transcorrer da Revolução Industrial, século XIX, a mulher trabalhou principalmente com a operação de máquinas. Os grandes empresários da época preferiam as mulheres laborando nas indústrias, visto que elas aceitavam salários mais baixos em comparação aos dos homens¹.

Em virtude disso, elas sujeitavam-se a jornadas exaustivas que chegavam a 14 – 16 horas por dia, com salários inferiores e trabalhando em condições precárias. Se não bastasse isso, a mulher também detinha obrigações domésticas, as quais eram cuidar da casa e dos filhos. Portanto, não havia nenhuma regra de proteção em relação à mulher.

Além disso, nesse tempo não se vislumbrava qualquer proteção quanto à fase de gestação ou amamentação da mulher. Em razão das terríveis consequências à saúde, surgiram normas de regulamentação com caráter protetivo, primeiramente na Inglaterra e posteriormente em outros países da Europa como França e Alemanha².

Neste contexto, algumas normas surgiram inicialmente na Inglaterra como o “*Coal Mining Act*” (1842) proibindo as mulheres de trabalharem em subterrâneos; “*Factory Act*” (1844) que limitava a jornada de trabalho em 12 horas, proibindo-a no período noturno e o “*Factory and Workshop*” (1878) que vedava o trabalho da mulher em ambiente insalubre e perigoso. Por derradeiro, o Tratado de Versalhes estabeleceu o princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres, acolhido pelo Brasil ³.

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág.615.

² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 957.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág.615.

No desenvolvimento legislativo brasileiro sobre o tema, o Decreto 21.417 – A, de 17 de maio de 1932 foi a primeira norma a abordar sobre o trabalho da mulher ⁴.

Nesse sentido, esse decreto regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, garantindo um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, seja público ou particular o local ⁵.

Assim, esses períodos poderiam ser aumentados em até duas semanas cada um, excepcionalmente, comprovados por atestado médico. Além disso, durante o afastamento era assegurado um auxílio correspondente à metade do salário da gestante, de acordo com a média dos últimos seis meses, pagos pelo Instituto de Seguridade Social ou na falta pelo empregador⁶.

Ademais, o retorno a função estava garantido à empregada. Caso a mulher comprovasse por atestado médico que o trabalho era prejudicial, ela poderia romper o contrato laboral. De tal modo, a gestante deveria notificar o empregador, à época do início do afastamento, sob pena de perder o auxílio mensal e, caso o empregador impugnasse a notificação, precisaria comprovar a gestação mediante atestado médico⁷.

Por conseguinte, é evidente a influência desse decreto no texto do Capítulo III da CLT, principalmente no que se refere aos artigos 391, 392 §§ 1º e 2º, 393, 394, 395 e 396. Nosso ordenamento, influenciado pelos preceitos internacionais, possui um caráter tutelar em relação às mulheres, em regra estabelecendo restrições que não se enquadram mais na sociedade contemporânea⁸.

⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 1085.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1085.

⁶ Idem.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1086.

⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1086.

1.2 Tratamento normativo dispensado aos homens e às mulheres

De acordo com o artigo 372, caput da CLT: “os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”.

Dessa maneira, não há norma que regula o trabalho masculino, porém existem preceitos que regulam o trabalho humano, especialmente o trabalho humano subordinado. Excepcionalmente, existem normas dedicadas às mulheres, no alcance de suas peculiaridades orgânicas⁹.

O disposto no parágrafo único do artigo 372 da CLT foi expressamente revogado pelo artigo 5º, I, "h", da Lei 13.467/2017, chamada Reforma trabalhista.

O referido parágrafo único do artigo 372 dispunha que “não é regido pelos dispositivos a que se refere este artigo o trabalho nas oficinas em que sirvam exclusivamente pessoas da família da mulher e esteja esta sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho”.

Conforme Ricardo Resende¹⁰, essa restrição era inadmissível da maneira como foi redigida, visto que em seu entendimento a única interpretação possível era de ausência de subordinação, em que não há relação de emprego.

Ademais, nos dias de hoje, e sobretudo na ordem constitucional vigente, não há a ideia da mulher sob a direção de quem quer que seja na esfera familiar. Assim, se há direção no sentido de subordinação, existe relação de emprego, e aplica-se a proteção celetista¹¹.

⁹ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1065.

¹⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1065.

¹¹ Idem.

Além disso, a norma revogada já não vigorava na ordem jurídica desde o início da Constituição Federal de 1988, em virtude de distintos preceitos constitucionais invariavelmente cogentes¹².

Nesse contexto, tanto o artigo 5º, caput, da CF/88, quanto o inciso I do artigo 5º da Constituição, realçam o princípio da igualdade na ordem jurídica brasileira. Ainda, o inciso I do artigo 5º acentua de maneira explícita a isonomia de direitos e obrigações entre homens e mulheres¹³.

A regra contida no parágrafo único do artigo 372 da CLT é incompatível com as duas normas da Constituição, seja em uma análise conjugada como em separado. Desse modo, pelo fenômeno constitucional da não recepção, desde o começo da Constituição de 1988, a referida norma não mais vigora no ordenamento jurídico do país¹⁴.

Ademais, o artigo 7º, XX da CF/88 preceitua uma outra norma de garantia à mulher e de seu favorecimento no mercado de trabalho. Dispõe o inciso XX: "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei".

O parágrafo único do artigo 372 da CLT encontrava-se em oposição ao artigo 7º, XX, da Constituição Federal. Assim, ao invés de proteger e fixar incentivos específicos ao mercado de trabalho da mulher, a referida norma colaborava com a desproteção e até mesmo discriminação às mulheres¹⁵.

Segundo Luciano Martinez¹⁶, não obstante homens e mulheres sejam juridicamente iguais, são fisiológica e psicologicamente diferentes, sendo isso uma constatação inelutável.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.148

¹³ Idem.

¹⁴ Idem.

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.148

¹⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. Editora Saraiva, 2016. Pág.929

Nas palavras do autor, homens e mulheres são semelhantes apenas formalmente, nos exatos termos da Constituição, no entanto podem ser tratados de maneira desigual, sem que isso implique em uma agressão ao princípio da igualdade, como forma de corrigir a da desigualdade entre os dois.

Por conseguinte, aduz que essas desigualdades entre os sexos garantem às mulheres algumas proteções, que, todavia, podem ensejar discriminação de gênero. Os legisladores, cientes disso, atuam não apenas nas esferas protetivas com relação ao curso laboral, mas também no instante pré-contratual.

1.3 Disciplina legal do trabalho da mulher

1.3.1 Natureza jurídica das normas de proteção ao trabalho da mulher

O artigo 377 da CLT dispõe que “ a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salário”.

Ricardo Resende¹⁷ confirma o que está estabelecido no artigo 377 da CLT ao mencionar que a natureza jurídica das normas de proteção ao trabalho da mulher é de ordem pública, em virtude disso não é permitida a flexibilização por instrumento coletivo.

Ademais, menciona que a redução de salário vedada por este dispositivo é aquela que compensaria eventuais vantagens conferidas pela lei às mulheres, como “a mulher pode carregar menos peso; portanto, ganha 30% menos que o homem”.

Nesse sentido, não se deve confundir esta hipótese de redução salarial, vedada pela CLT, com aquela outra, decorrente de negociação coletiva, que é

¹⁷ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1070.

admitida expressamente pela Constituição Federal no artigo 7º, VI. Desse modo, a redução salarial definida em norma coletiva alcança também as mulheres¹⁸.

1.3.2 Normas internacionais

O desenvolvimento histórico no âmbito do direito internacional , quanto às normas de proteção da mulher, *a priori* foram protecionistas como: a Convenção 3 da OIT (de 1919) – sobre o trabalho antes e depois do parto; Convenção 4 (de 1919) – proibindo o trabalho da mulher em indústria; Convenção 41, de 1934 – estabelecendo restrições ao trabalho da mulher em subterrâneos e minas e a Convenção 89, de 1948 – com novas restrições ao trabalho noturno da mulher em indústrias¹⁹.

Posteriormente, verificou-se que essas normas acabaram gerando um efeito discriminatório contra a mulher, desse modo em 1951 a Convenção 100 da OIT aprovou a igualdade de remuneração entre a mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor²⁰.

Outras Convenções importantes foram a 103 da OIT, de 1952, que estabeleceu regras de proteção à maternidade; Convenção 111, de 1958 - que proibiu a discriminação em matéria de emprego e profissão; Convenção 167 (de 1967) – estabeleceu limites máximos para levantamentos de peso; Convenção 156 (de 1981) – constituiu a igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos; e a Convenção 171 (de 1990) – previu a proteção especial ao trabalho das mulheres em razão da maternidade²¹.

Além disso, outras normas de proteção como a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, que estabeleceu regras de não discriminação por

¹⁸ Idem.

¹⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 958.

²⁰ Idem.

²¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 958.

motivo de sexo e a convenção da ONU, de 1979, que proibiu a discriminação no emprego e profissão, estabelecendo igualdade de remuneração entre homens e mulheres para o trabalho de igual valor²².

De acordo com Flavia Piovesan²³, até dezembro de 2012, a Convenção de 1979 das Nações Unidas contava com 187 Estados - partes. Não obstante essa informação reflita a ampla adesão dos países a esta Convenção, a norma sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher enfrenta a contradição de ser o instrumento que recebeu o maior número de reservas formuladas, dentre os tratados internacionais de direitos humanos.

Segundo a autora, a justificativa para as reversas foi com base em argumentos de ordem religiosa, cultural ou mesmo legal, existindo países como Egito e Bangladesh que apontaram o Comitê sobre Eliminação da Discriminação contra a mulher de praticar “imperialismo cultural e intolerância religiosa”, ao atribuir-lhes a visão de igualdade entre homens e mulheres, inclusive na família.

Ademais, ressalta que em muitas sociedades a mulher fica reduzida a um espaço exclusivamente doméstico. Conforme ela, com a crescente participação da mulher nas áreas sociais, resta o desafio de democratizar o espaço privado.

Além disso, o Comitê sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a mulher, em sua Recomendação Geral número 21, apontou ser dever dos Estados não encorajar toda a disparidade existente entre homens e mulheres, de maneira a extinguir as reservas que ainda perduravam nos artigos da Convenção.

Por conseguinte, a Convenção de 1979 teve por finalidade não somente erradicar a discriminação contra as mulheres, como também estimular políticas compensatórias que acelerassem a igualdade enquanto processo. Desse modo, ao ratificar a Convenção, os países assumem o dever de acabar com todas as formas de discriminação de gênero.

²² Idem.

²³ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Pág. 268.

1.3.3 Legislação interna

No Brasil, o Decreto número 21.417- A de 1932 regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais²⁴.

Algumas normas eram garantidas pelo decreto como o artigo 7º que assegurava um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto, independente de trabalhar em estabelecimento particular ou público. Além disso, excepcionalmente esses períodos poderiam ser aumentados em duas semanas cada um, comprovados por atestado médico²⁵.

Ademais, os artigos 9º e 14º aduziam que durante o afastamento era assegurado um auxílio correspondente à metade dos seus salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, pagos pelas caixas criadas pelo Instituto de Seguridade Social e, na falta destas, pelo empregador.

Assim, é evidente a influência desse Decreto no texto do Capítulo III da CLT, principalmente no que se refere os artigos 391, 392, §§ 1º e 2º, 393, 394, 395 e 396²⁶.

Por derradeiro, nossa legislação, influenciada pelas normas internacionais, possui um caráter tutelar em relação às mulheres, em regra, estabelecendo restrições que não mais se justificam nos dias atuais²⁷.

Em síntese, as normas tentaram amenizar as disparidades entre homens e mulheres ao longo do tempo. Nesse sentido, o ordenamento jurídico interno sofreu forte influência estrangeira, por existir um senso comum de se garantir às mulheres maior guarda laboral. No próximo capítulo analisar-se-á todo o arcabouço jurídico- normativo de proteção à mulher.

²⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1085.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

2 - REGRAMENTO PROTETIVO AO TRABALHO DA MULHER

2.1 Restrições ao trabalho da mulher

2.1.1 Duração do trabalho da mulher

O artigo 373 da CLT assenta que “a duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior”.

Nesse sentido, esse dispositivo é desnecessário, em virtude de ser um padrão para os empregados em geral, conforme preceitua os artigos 7º, XIII, CF/88, c/c art. 58, CLT²⁸.

Ademais, não existe qualquer distinção entre homens e mulheres em relação à jornada de trabalho, e sim, em matéria de duração do trabalho, apenas no tocante aos descansos²⁹.

A Lei nº 7.855/89 revogou os artigos 374 e 375 da CLT, que tratavam da prorrogação e compensação da jornada da mulher. Nesse contexto, a compensação somente pode ser feita mediante acordo ou convenção coletiva, assim como já era previsto no artigo 374 da CLT e na Súmula 108 do TST³⁰.

Além disso, a mulher pode prorrogar sua jornada de trabalho, fazendo jus às horas extras, nas mesmas condições que o homem. Portanto, a mulher pode prorrogar a jornada em qualquer caso e não apenas em casos excepcionais ou de força maior³¹.

²⁸ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1066.

²⁹ Idem.

³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 619

³¹ Idem.

2.1.1.1 Períodos de descanso

Em relação aos períodos de descanso, o artigo 382 da CLT articula : “Entre 2 (duas) jornadas de trabalho, haverá um intervalo de 11 (onze) horas consecutivas, no mínimo, destinado ao repouso”.

Em seguida, o artigo 383 da CLT dispõe: “Durante a jornada de trabalho, será concedido à empregada um período para refeição e repouso não inferior a 1 (uma) hora nem superior a 2 (duas) horas salvo a hipótese prevista no art. 71, § 3.º”.

Assim, o artigo 71, § 3º, CLT preceitua :

O limite mínimo de uma hora para repouso ou refeição poderá ser reduzido por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quando ouvido o Serviço de Alimentação de Previdência Social, se verificar que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos refeitórios, e quando os respectivos empregados não estiverem sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares.

A Lei 13.467/2017 (artigo 5º, I, alínea i) revogou o artigo 384 da CLT, que dispunha o seguinte: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de quinze 15 minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.

Ademais, as vantagens jurídicas atribuídas à mulher estão amparadas pela CF/88. Além disso, essas normas se voltaram para a eliminação da discriminação contra o sexo feminino na sociedade histórica, vantagens específicas fundadas em razões biológicas ou sociológicas da mulher³².

³² DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.148

Por sua vez, a retirada desse direito da mulher é conduta contrária ao espírito constitucional da CF/88, uma incompreensão a respeito da sociedade livre, justa e solidária empregada pela própria constituição³³.

Além disso, o argumento com relação à dificuldade prática no cumprimento do intervalo do artigo 384 da CLT, foi solucionado pela mesma, que em seu artigo 71, § 4º, determinou o pagamento do respectivo período do intervalo que não fosse observado³⁴.

Luciano Martinez menciona que a jurisprudência não era pacífica sobre o tema, alguns aplicadores da lei defendiam que a regra não foi recepcionada sob o fundamento de ser produtora de um injustificado tratamento diferenciado em favor unicamente das mulheres³⁵.

Porém, aduz que o Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2014, por maioria de votos, negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 658.312, com repercussão geral reconhecida, e firmou a tese de que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela CF/88 e que deveria ser aplicado unicamente para as mulheres.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia cita o voto do Relator, Ministro Dias Toffoli³⁶:

É fato que houve, com o tempo, a supressão de alguns dispositivos protetores da mulher que cuidavam do trabalho noturno e da jornada de trabalho da empregada, previstos nos arts. 374 a 376, 378 a 380 e 387 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ocorre que, quando da revogação desses dispositivos pela Lei 7.855, de 24.10.1989, o legislador entendeu que deveria manter a regra do art. 384 da CLT, a fim de lhe garantir uma diferenciada proteção, dada a identidade bio-social peculiar da mulher e da sua potencial condição de mãe, gestante ou administradora do lar.

³³ Idem.

³⁴ DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.148

³⁵ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. Editora Saraiva, 2016. Pág.933

³⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 608

Ademais, o artigo 385 da CLT prevê que: “O descanso semanal será de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas e coincidirá no todo ou em parte com o domingo, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa de serviço, a juízo da autoridade competente, na forma das disposições gerais, caso em que recairá em outro dia”.

Por conseguinte, o artigo 386 da CLT dispõe que: “Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical”.

Segundo Sergio Pinto Martins³⁷:

É discriminatório o preceito em comentário em relação ao homem, pois não há o mesmo tratamento para aquele na legislação. Deveria, portanto, ser estendido também ao homem, pois é bastante razoável a sua determinação, visando que de 15 em 15 dias o homem tivesse o repouso aos domingos. De 15 em 15 dias, portanto, o repouso semanal da mulher deverá coincidir com o domingo.

Ademais, há duas interpretações para o artigo 386 da CLT, a primeira é que foi revogado pela Lei 605/1949, assim como o artigo 385; e a segunda interpretação que entende constituir tratamento diferenciado inaceitável entre homens e mulheres, devendo, portanto, ser estendido aos homens, já que mais benéfico³⁸.

Além disso, o que acontece na prática é a aplicação da Portaria nº 509/1967 do MTPS, que determina a coincidência do descanso semanal remunerado com o domingo já que a cada sete semanas, salvo comércio em geral, quando o descanso deverá coincidir com o domingo pelo menos uma vez a cada três semanas³⁹.

³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 620

³⁸ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1076.

³⁹ Idem.

2.1.1.1 Intervalos para amamentação

O artigo 396 da CLT dispõe: “Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, 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”.

De acordo com Ricardo Resende⁴⁰, esse regramento deve ser lido em conjunto com o artigo 389, §§ 1º e 2º, assim como com o artigo 400 da CLT.

Art. 389, § 1º, CLT - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

§ 2º - A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, da LBA ou de entidades sindicais

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

Segundo Luciano Martinez⁴¹, o Ministro do Trabalho e Emprego aferirá diploma de benemerência aos empregadores que se diferenciarem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que esses serviços tenham eficiência nas respectivas instalações.

⁴⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1088.

⁴¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. Editora Saraiva, 2016. Pág.954.

Existem divergências na doutrina sobre a natureza desse descanso, se compatível ou não na jornada de trabalho. Sergio Pinto Martins assenta que não por ausência de previsão legal⁴².

Em suas palavras:

A lei não dispõe que o intervalo seja remunerado. Isso quer dizer que a empresa não é obrigada a pagar por esse intervalo, ao contrário do intervalo previsto no artigo. 72 da CLT, que é remunerado e não deduzido da jornada de trabalho⁴³.

De forma contrária, Vólia Bomfim Cassar⁴⁴, Valentim Carrion⁴⁵, Alice Monteiro de Barros⁴⁶ e Homero Batista Mateus da Silva⁴⁷ entendem pela remuneração do intervalo para amamentação.

Conforme Vólia Bomfim Cassar:

O intervalo de 30 minutos previsto na norma é computado na jornada, o que significa dizer que a mulher recebe por esse período como se trabalhando estivesse. O benefício perdura até a criança completar seis meses de idade, podendo, quando exigir a saúde do filho, mediante atestado médico, ser prorrogado.

Antigamente, segundo a autora⁴⁸, fazia-se uma interpretação conforme, sendo possível estender tal benefício à mãe adotante, com o advindo da Lei nº 13.509 de 2017, ficou explícito no caput do artigo a possibilidade de se distender à adoção.

De acordo com Homero Batista Mateus da Silva⁴⁹:

⁴² MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT, p. 334.

⁴³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 634.

⁴⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 728.

⁴⁵ CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, p. 301.

⁴⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho, 6. ed., p. 1.103.

⁴⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor, p. 182.

⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 711

⁴⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor, p. 169.

Há muita curiosidade sobre a natureza jurídica dessa pausa, mas o legislador, sabendo de sua completa atipicidade, foi direto ao ponto para denominá-la pausa especial. Assim, não deve haver desconto na jornada da empregada, o que torna essa pausa remunerada a expensas do empregador e incompatível com a pausa de refeição do art. 71. Se dúvida houver, é bom frisar que o art. 5º da Convenção 103 da Organização Internacional do Trabalho menciona expressamente que as pausas para o aleitamento devem ser consideradas como tempo remunerado de trabalho, sendo certo que o Brasil é signatário.

A Lei 13.467/2017 acrescentou o § 2º ao art. 386, permitindo que o empregador e a trabalhadora ajustem por escrito a periodicidade do intervalo para amamentação. Segundo Vólia Bomfim Cassar:

Nos dias atuais, é muito comum que, após a licença-maternidade, a mulher não tenha como estar com o bebê para alimentá-lo diretamente, já que o intervalo é exíguo para percorrer distâncias maiores. Por esse motivo, entendemos que a mulher que recolher o leite materno no local de trabalho, por bombas mecânicas ou elétricas, para posterior alimentação do bebê, também tem direito ao intervalo, no prazo e na forma prevista pela lei (interpretação historicoevolutiva).

A Lei 13.467/2017 optou por especificar o que na prática ocorre durante a relação de emprego, ou seja, a definição consensual acerca do melhor horário para se cumprirem esses dois intervalos especiais intrajornadas de meia hora cada um⁵⁰.

Por conseguinte, se o empregador não conceder esse intervalo serão devidas horas extras, em consonância com o posicionamento do TST, a exemplo do que acontece na hipótese de não concessão do intervalo intrajornada para repouso ou alimentação⁵¹.

Ademais, o empregador não está autorizado a substituir os intervalos para amamentação pelo pagamento das horas extras, já que a finalidade de tais pausas não teria sido atingida⁵².

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.151.

⁵¹ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1088.

⁵² Idem.

2.1.2 Trabalho noturno

O Decreto nº 21.417 – A, de 1932 vedava o trabalho noturno às mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais, públicos ou particulares, salvo algumas exceções como consignações em que trabalhassem pessoas de sua família; para evitar a interrupção do funcionamento normal do estabelecimento; decorrente de força maior que não apresentasse caráter de periodicidade e para evitar a perda de matérias- primas ou substâncias perecíveis⁵³.

A Lei nº 7.189, de 1984, passou a permitir o trabalho noturno às mulheres com idade acima dos 18 anos, salvo em empresas ou atividades industriais. Ademais, a exceção não se dava à mulher ocupante de cargo de direção ou com responsabilidade proeminente, ou que trabalhasse em serviços de higiene, bem-estar e não exercesse tarefas manuais usualmente⁵⁴.

Ainda, a Lei 7.855, de 1985, revogou os artigos 379 e 380 da CLT, não mais existindo vedação ao trabalho noturno da mulher. Desse modo, representou uma melhoria graúda em nossa legislação, já que a restrição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer base científica⁵⁵.

Para Alice Monteiro de Barros⁵⁶, sob o aspecto fisiológico, o trabalho noturno é maléfico tanto para os homens quanto para as mulheres, e por isso recomenda-se o afastamento desse turno de trabalho.

Segundo Ricardo Resende⁵⁷ e Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁵⁸, o art. 381 da CLT que trata do trabalho noturno da mulher não traz qualquer inovação em

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1086.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem

⁵⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1087.

⁵⁷ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1071.

⁵⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 606.

relação ao tratamento dado aos demais trabalhadores na sua generalidade, conforme art. 73 da CLT.

O art. 381 aduz que:

O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno.

§ 1º - Para os fins desse artigo, os salários serão acrescidos duma percentagem adicional de 20% (vinte por cento) no mínimo.

§ 2º - Cada hora do período noturno de trabalho das mulheres terá 52 (cinquenta e dois) minutos e 30 (trinta) segundos.

Portanto, o trabalho noturno da mulher é permitido em qualquer estabelecimento, devendo-se respeitar as determinações do art. 73 da CLT quanto ao adicional noturno, de 20% sobre a hora diurna, e a redução da hora noturna para 52 minutos e 30 segundos, compreendidas entre as 22 horas e as 5 horas do dia seguinte⁵⁹.

Ademais, não existe nenhuma distinção entre o trabalho noturno da mulher e do homem, somente em relação ao trabalho do menor que é proibido⁶⁰.

⁵⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 620.

⁶⁰ Idem.

2.1.2 Limites ao carregamento de peso

O art. 390 da CLT dispõe ser vedado empregar mulher em trabalho que exija o emprego de força muscular superior a vinte quilos, para o serviço contínuo, ou vinte e cinco quilos para o serviço ocasional⁶¹.

Outrossim, não está compreendido nesta norma a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos. Nesse contexto, de acordo com o art. 198 da CLT, é de sessenta quilos o peso máximo que um trabalhador do sexo masculino pode deslocar individualmente⁶².

Nesse sentido, a transcrição literal do art. 390 da CLT:

Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional.

Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

O estabelecido neste artigo continua em vigor, conquanto parte da doutrina seja desfavorável a essa restrição, ao defender que ocasionaria tratamento discriminatório à mulher, especialmente em relação ao acesso ao trabalho⁶³.

Esse assunto deveria ser tratado caso a caso, conforme a constituição física da mulher, notando-se os limites de cada empregada, sob pena de rescisão indireta do contrato de trabalho por exigência de serviços superiores às suas forças, como dispõe o art. 483, alínea a, da CLT⁶⁴.

⁶¹ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. Editora Saraiva, 2016. Pág.934.

⁶² Idem.

⁶³ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1079.

⁶⁴ Idem.

2.1.4 Trabalho em condições insalubres, penosas e perigosas

Desde a Constituição de 1934 até a de 1967 vedava-se o trabalho da mulher em indústrias insalubres. Nesse sentido, o art. 387 da CLT proibia o trabalho da mulher em subterrâneo, minerações em subsolo, pedreiras e obras de construção, serviços que fossem perigosos ou insalubres para elas⁶⁵.

A CF/88 não restringiu a mulher ao trabalho insalubre, o que por consequência ocasionou a revogação do art. 387 da CLT, já que se tornou incompatível com o princípio da igualdade de direitos e deveres que a Constituição veio a consagrar entre homens e mulheres⁶⁶.

Por sua vez, é necessário eliminar os riscos ocupacionais do sistema de trabalho, de acordo com a característica de cada sexo. Além disso, são poucas as profissões nas quais o trabalho perigoso ou insalubre é mais danoso às mulheres⁶⁷.

O empregador deve proporcionar aos trabalhadores um ambiente de serviço saudável e higiênico. Mesmo assim, em algumas atividades o empregado é exposto a agentes nocivos ou perigosos que colocam sua integridade em risco⁶⁸.

Existem normas que miram suavizar essa situação, não apenas indenizando como também fixando regras que buscam neutralizar ou eliminar alguns desses agentes nocivos ou perigosos⁶⁹.

A Lei 13.467/17, “Reforma Trabalhista”, autorizou que a norma coletiva altera-se o enquadramento do grau de insalubridade e o art. 394-A da CLT aceitou o trabalho da grávida em locais insalubres em graus médio ou mínimo,

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1088.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem .

⁶⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 806.

⁶⁹ Idem.

ou à lactante em qualquer grau , desde que autorizada por médico. Assim, essas modificações implicam em um enorme retrocesso social e colocam em risco a saúde da mulher⁷⁰.

Eis o texto legal da nova redação do art. 394 - A da CLT promovida pela Reforma Trabalhista:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º (VETADO) (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo 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, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

⁷⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 806.

O novel artigo faz a escolha pelo afastamento automático da mulher do ambiente insalubre, somente nos casos de grau máximo, em consonância com o inciso I do art. 394-A da CLT⁷¹.

Outrossim, nos casos de insalubridade em grau médio ou mínimo, esse afastamento acontecerá por atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, que indique o afastamento no decorrer da gestação⁷².

O inciso III do art. 394-A da CLT adiciona ainda que o afastamento poderá ocorrer no decorrer da amamentação. Estabelece a norma que esse afastamento poderá se dar em qualquer grau de atividade insalubre, desde que a empregada apresente também o atestado de saúde por médico de sua confiança, que aconselhe o afastamento durante a lactação.

Além disso, em todas as circunstâncias de afastamentos por atividades insalubres (grau máximo, médio ou mínimo) a mulher terá garantida sua remuneração, incluindo o adicional de insalubridade, conforme o *caput* do art. 394 da CLT ⁷³.

O §4º do art. 394 da CLT elucida duas conjecturas: a primeira é no sentido de deslocar a mulher do ambiente insalubre para versar suas atividades em local salubre na empresa, mantendo-se de toda maneira o pagamento do respectivo adicional de insalubridade. E segundo, não existindo local salubre ou sendo a própria atividade enquadrada como insalubre, a empregada deverá ser afastada, configurando a hipótese como gravidez de risco, fazendo jus ao salário-maternidade⁷⁴.

Com relação às atividades penosas, não obstante previsto no art. 7º da Constituição Federal de 1988, não existe norma infraconstitucional que

⁷¹ DELGADO, Mauricio Godinho e Neves, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017. Pág.150.

⁷² Idem.

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

regulamente o adicional de penosidade. Em razão disso, a doutrina de forma ampla entende que a norma é de eficácia limitada, ou seja, não autoaplicável ⁷⁵.

Ainda, a regra infraconstitucional é imprescindível para conceituar o que é trabalho penoso, o seu valor e sobre qual parcela incide. Desse modo, não existe norma que regulamente o trabalho penoso, tanto para o trabalhador rural como para o urbano⁷⁶.

Em consonância, José Augusto Rodrigues Pinto⁷⁷ menciona:

Quando for definida, a penosidade deverá apanhar situações que, mesmo sem o risco preciso que pode ser visto na insalubridade e na periculosidade, expõem o empregado a um risco de saúde, integridade física ou vida acima dos padrões normais de risco de simplesmente viver.

Por derradeiro, alguns doutrinadores entendem que as telefonistas e professores são profissões consideradas como penosas, já que de acordo com a legislação previdenciária elas ensejam aposentadoria especial ⁷⁸ .

⁷⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 821.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000, p.386.

⁷⁸ Idem.

2.2 Proteção contra a discriminação

O vocábulo “discriminação”, de ascendência anglo-americana, pode ser conceituado como o caráter infundado de uma distinção⁷⁹. A Convenção nº 111 da OIT, em seu art. 1º define a palavra como:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Embora as constituições anteriores proibissem a discriminação em razão do sexo, não se considerava possível que uma semelhante norma pudesse acabar com condutas discriminatórias contra a mulher, seja no mercado de trabalho ou na relação de emprego⁸⁰.

No entanto, a Constituição Federal de 1988 extinguiu do direito práticas discriminatórias contra a mulher ou que pudesse reduzir o mercado de trabalho. Nesse contexto, revogou também alguns dispositivos da CLT que davam esse efeito discriminatório, sob a premente aparência de proteção⁸¹.

O art. 5º, caput e inciso I da CF/88 preceitua que “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e que “ homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” . Ressaltando ainda a intenção antidiscriminatória em

⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1128.

⁸⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 891.

⁸¹ Idem.

relação ao sexo, o legislador adicionou esse referencial protetivo ao art. 7º, incisos XX e XXX da CF/88 que dispõem:

“Art. 7º, XX da CF/88 - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 7º, XXX da CF/88 - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. “

Juliane Caravieri Gamba e Zélia Cardoso Montal afirmam⁸²:

A Carta Constitucional de 1988 reconheceu o trabalho como instrumento de afirmação da dignidade humana do trabalhador, tanto no âmbito de sua individualidade como pessoa, bem como em seu contexto familiar e social, incluindo as mulheres trabalhadoras e demonstrando a necessidade especial de proteção aos seus direitos.

Desse modo, esses fundamentos constitucionais legitimaram a vedação a normas que importem em desestímulo à garantia ou abertura do mercado de trabalho para a mulher⁸³.

Ainda assim, posteriormente a esses acréscimos da Constituição, a Lei 7.855/89 revogou algumas normas da CLT, no capítulo que referente a “proteção ao trabalho da mulher”, que autorizavam a interferência marital ou paterna no contrato de trabalho da mulher, extinguindo os artigos 374, 375, 378 a 380 e 387 da norma celetista⁸⁴.

Ademais, outras Leis como a 9.029/95 e a 9.799/99 vieram exacerbar a luta contra a discriminação da mulher no trabalho. Preceitua a Lei 9.029/95:

art. 1º - É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as

⁸² GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso. O trabalho da mulher e a Emenda Constitucional n. 72/2013 – Revista LTr

⁸³ Idem.

⁸⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 892.

hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Art. 2º Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

I - a reintegração com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros legais; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

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

Por sua vez, a Lei 9.799/99 torna expresso os parâmetros antidiscriminatórios, em relação a utilização de critérios fundados em sexo, situação familiar ou estado de gravidez para fins de anúncios de emprego, admissão, remuneração, promoção ou dispensa, oferta de vagas para formação ou aperfeiçoamento profissional e circunstâncias trabalhistas semelhantes⁸⁵.

Além disso, é primordial destacar a atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à discriminação da mulher, por meio dos Termos de Ajustes de Conduta, instaurações de Inquéritos e as Ações Civis Públicas. Essas

⁸⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 893.

ações visam coibir condutas discriminatórias contra a mulher referentes a: salário, publicações de anúncios com menção a sexo, igualdade de oportunidades⁸⁶.

O Núcleo de Combate à Discriminação, Assédios Moral e Sexual, Trabalhos Escravo e Degradante (núcleo da CODIN), no setor da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região – São Paulo é quem tem atuação destacada na promoção dessas medidas protetivas⁸⁷.

Parte do caminho para a igualdade de tratamento entre os sexos, se faz não somente com uma legislação eficiente, mas também com educação formal, para que desse modo haja respeito à diversidade. A tolerância a diferença é assimilada por meio de exemplos práticos, na qual a mulher demonstra, ainda que não tenha a mesma forma de agir, que suas diferenças agregam um todo maior, parte do tecido social⁸⁸.

A tutela jurídica do direito à igualdade advirá pela declaração de inconstitucionalidade de regras que a violem no âmbito privado, e conterà a obrigação de indenizar quem praticar atos discriminatórios⁸⁹.

Todavia, nem toda distinção deverá ser considerada como conduta discriminatória, por exemplo a diferença posta para determinados empregos que exijam elevado esforço físico, dada a qualificação demandada para a atividade. Segundo estudos fisiológicos, o sistema muscular da mulher é mais frágil, sendo que aos 20 anos sua força muscular corresponde a 65% da força masculina, e aos 55 anos decresce para 54%⁹⁰.

A discriminação pode ocorrer em diversas áreas que não somente o sexo, mas com relação a cor do indivíduo, sua religião etc. Nesse sentido, com o avanço da genética e da tecnologia, tem se facilitado a aquisição de informações

⁸⁶ GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso. O trabalho da mulher e a Emenda Constitucional n. 72/2013 – Revista LTr

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática. São Paulo: LTr.2007. pág.115.

⁸⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. Lições da Personalidade. 2ed. Coimbra, 1996, pág. 81.

⁹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1128.

sobre a condição genética. Tais descobertas terão implicações na relação trabalhista, já que o empregador poderá excluir pessoas cuja condição genética demonstre uma predisposição a enfermidades no futuro⁹¹.

Assim, a discriminação genética tem sido fonte de preocupação e ações trabalhistas mundialmente, com penas aplicadas sob a justificativa de violação aos direitos humanos⁹².

Ademais, não basta identificar as manifestações de discriminação, porém é necessário conhecer as suas razões, as quais poderão ser pautadas da seguinte maneira⁹³:

A origem histórica é responsável pelo enraizamento do “**ódio**” na sociedade, especialmente o racial, religioso e sexual. Neste contexto, a segregação nasce de um sentimento de superioridade de um indivíduo sobre o outro.

A discriminação surgirá também de um anseio de “**antipatia ou preconceito**”, ou seja, uma opinião preconcebida, sem perceber a realidade dos fatos, distanciando-se da racionalidade e conduzindo a práticas emocionais e injustas.

A “**ignorância**” produzirá semelhantes consequências da antipatia, ao contribuir para que existam lendas, mitos, boatos, crenças e falsos conceitos, sobre os quais se estabelecerão as relações.

O “**temor**” é outro motivo da discriminação, justificado pelo medo da contratação de pessoas, com certas características, aludirem a uma deterioração das condições de trabalho.

⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1129.

⁹² Idem.

⁹³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1130.

A “**intolerância**” é outro meio para a discriminação, principalmente naqueles locais em que não se aceita a diversidade, já que a outra parte exerce uma condição influente dentro da sociedade e não se aceita o diferente.

Além disso, a discriminação poderá acontecer da “**adoção de políticas estabelecidas**” com o desígnio de impor uma separação, por meio de proteger a outra raça, religião ou sexo. Neste sentido, leis de imigração, regulamentos empresariais, práticas laborais, convenções coletivas e regulamentos sindicais têm legitimado essa política.

Desse modo, conclui-se que a discriminação se fundamenta em fatores psicossociais, educacionais e econômicos, por isso a enorme dificuldade de extingui-la.

Por conseguinte, conforme Alice Monteiro de Barros⁹⁴, não basta promulgar leis contra condutas discriminatórias e não batalhar contra as suas causas. O processo de extinção dela exige educação, informação e sensibilidade.

Atualmente, têm sido sugerido pela ação internacional e comunitária ações afirmativas para pôr em prática as disposições dos instrumentos internacionais realizados pela OIT e ONU. E dessa maneira alcançar a eficaz isonomia de oportunidades⁹⁵.

Com essas medidas positivas especiais constitui-se uma discriminação reversa, em conformidade com o preceito de justiça distributiva que incide em abordar de maneira desigual ou desiguais. Assim, a desigualdade é compensada pelas normas internacionais.

Conforme Alice Monteiro de Barros⁹⁶, a doutrina lista algumas regras para impedir que essas ações afirmativas sofram de vício de inconstitucionalidade, por transgressão ao art. 5º da CF/88, são elas:

⁹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1132.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1134.

- a) A identificação do grupo e seu âmbito deverá ser conceituado de forma precisa e não com base em critérios políticos -eleitorais;
- b) A medida deverá ser proporcional à desigualdade a ser reparada, do contrário serão gerados novos privilégios (é a regra da proporcionalidade) ;
- c) As normas de avantajamento devem ser adequadas à correção da desigualdade (critério da razoabilidade)
- d) As medidas deverão ser temporárias, e, se com o passar do tempo não corrigirem a segregação é porque não foram adequadas;
- e) As medidas não poderão acarretar onerosidade excessiva para a sociedade, do contrário violarão os critérios da adequação e proporcionalidade do tratamento diferenciado.

A discriminação contra a mulher é fruto de uma inferioridade presumida, ocorrida por mitos ou crenças, como também outras considerações arbitrárias como por exemplo considerar que a sua contratação poderá elevar os gastos da empresa. Desse modo, o comportamento conservador em relação à mulher, no âmbito familiar e social, fortalece essa distinção⁹⁷.

Glaura Vasques de Miranda alude⁹⁸:

A educação, em sentido estrito, transmitida de uma geração para outra, desencoraja a mulher à aquisição de maior nível de escolaridade, passando-lhe uma falsa noção de feminilidade que a induz a relegar a um plano secundário a vida profissional a fim de que esteja mais disponível para as atividades domésticas e familiares.

Nesse sentido, a educação dirigida dessa maneira fundamenta-se em presumíveis características da mulher, sem qualquer embasamento científico, sendo responsável por uma discriminação calcada em estereótipos. Assim, o comportamento conservador é robustecido na educação, especialmente nos

⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1140.

⁹⁸ MIRANDA, Glaura Vasques de. A educação da mulher brasileira e sua participação nas atividades econômicas em 1970. Cadernos de Pesquisa. São Paulo, n. 15, de dezembro de 1975, p. 21 a 36.

primeiros anos, por personagens em manuais infantis, em que se confirmam esses estereótipos tradicionais⁹⁹.

As ilustrações e textos de manuais infanto-juvenis evidenciam a conduta da mulher romantizada e contemplativa, em contra ponto ao homem fisicamente ativo. Ademais, a personalidade masculina é tratada como de domínio e autoconfiança, já o comportamento feminino é mostrado como sendo de passividade e obediência. Por fim, essa visão estereotipada confirma o homem como sendo o principal meio de sustento familiar e a mulher como responsável pelos afazeres domésticos¹⁰⁰.

Uma pesquisa realizada em 1999, para aferir o tamanho da atração exercido por características pessoais, submeteu estudantes a um teste para avaliar as implicações das escolhas profissionais das pessoas. Dessa maneira, foram publicados anúncios em um jornal à procura de homens que estivessem dispostos a ingressar em um relacionamento, feito por mulheres fantasiosas com as mesmas características, a única diferença era a profissão, já que uma era enfermeira e a outra eletricista¹⁰¹.

O resultado da pesquisa foi que a enfermeira recebeu sessenta e sete respostas e a eletricista apenas trinta e nove. Assim o estudo comprovou que contrariar os estereótipos sexistas (mulheres que não se ajustam às funções tradicionais) pode criar obstáculos para as mulheres arranjam parceiros, tamanho o enraizamento sociocultural da premissa de que a mulher tem que realizar uma profissão “aparentemente” feminina¹⁰².

Em 1995, realizou-se na cidade de Pequim a IV Conferência Mundial da ONU sobre a mulher, a qual acarretou na Plataforma de Ação, um relatório que

⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1140.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1156.

¹⁰² Idem.

expunha as principais dificuldades enfrentadas por elas como a AIDS, assédio sexual, pobreza, analfabetismo, meio ambiente, guerra e o espancamento¹⁰³.

Segundo Alice Monteiro de Barros¹⁰⁴:

As mulheres da África são os seres mais excluídos do planeta: os dez países com pior IDG são os africanos. O diferencial de anos de vida entre homens e mulheres no Brasil é um dos maiores do mundo. Quando classificado pelo IPG (poder feminino), o Brasil é ultrapassado por outros latino-americanos, como Cuba. A Suécia é o país onde as mulheres têm maior participação na política, com 40,4 % das vagas no Parlamento . Esse país é classificado pela ONU como o mais igualitário do mundo nas questões de gênero, por apresentar uma distribuição particularmente igual entre homens e mulheres no trabalho. Entretanto, estatística realizada em 1997 pela EUROSTAT revela que a discriminação salarial persiste, com as mulheres ganhando 84% dos salários pagos aos homens. Constatou-se também que as mulheres estão concentradas em empregos considerados femininos, de menor qualificação, o que pode ser, segundo alguns, uma etapa de ingresso no mercado de trabalho, em uma sociedade marcada por uma concepção da igualdade entre os sexos. A mesma estatística revela, ainda, que só uma minoria de casais suecos, geralmente sem filhos, divide equitativamente as tarefas domésticas; entre a maioria dos casais, a mulher se encarrega dos trabalhos de casa.

Ademais, tudo o que contribui com o papel social, como educação, religião , fatores históricos e etc, afeta a estrutura ocupacional da mulher¹⁰⁵. Portanto, a partir do momento em que há uma evolução desses comportamentos conservadores, quebra-se com uma herança cultural que permitia discriminações sexuais, enfraquecendo esses estereótipos diante do empoderamento feminino e de políticas que combatam todas as formas de desigualdades entre os sexos.

¹⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1176.

¹⁰⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1177.

¹⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1141.

2.2.1 Em razão de casamento ou da gravidez

O art. 391 da CLT dispõe que: “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” .

Segundo Alice Monteiro de Barros¹⁰⁶, essa norma propõe-se a evitar discriminação contra a mulher casada ou em estado gravídico. No mesmo sentido, o parágrafo único do artigo preceitua que: “ 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 “.

Ademais, o art. 373- A da CLT robustece a concepção de não discriminação, dispondo o seguinte:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

¹⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1122.

IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez .

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999)

Além disso, alude que é corriqueiro o empregador pesquisar as circunstâncias pessoais, como a gravidez ou estado civil da mulher na hora de contratar ou no curso da relação de emprego.

Alice Monteiro de Barros¹⁰⁷ é veemente ao afirmar que o empregador agir dessa maneira, restringindo o trabalho da mulher, viola o princípio da não discriminação, ao prestar tratamento diferenciado na admissão por justificativa de sexo, e o direito à intimidade , garantido no art. 5º, X, da Constituição Federal, o que comprovado gera indenização por danos morais.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹⁰⁸ alude que salvo a natureza da atividade determine, de forma efetiva e razoável, certa especificidade, pode ser recomendado como condição na admissão. O autor exemplifica ao mencionar o caso de contratação de mulher para exercer a função de carcerária, em presídios femininos, ou seja, o estado de gravidez nesta função é notoriamente incompatível com o cargo.

¹⁰⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1122.

¹⁰⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 604

A Lei 9.029/95 dispõe regras quanto à vedação de se exigir atestados de gravidez e esterilização, e outros exercícios discriminatórios por parte do empregador na época de admissão ou com relação a permanência da relação jurídica de trabalho¹⁰⁹.

Nesse contexto, para se interpretar a referida lei é necessário respeitar a norma do art. 10, II, b, do ADCT que proíbe a dispensa da empregada desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, e a Convenção 103 da OIT, aprovada pelo Brasil, que determina ser ilegal a dispensa da empregada durante o estado gravídico¹¹⁰.

2.2.2 Proteção à intimidade da trabalhadora

O direito à intimidade pode ser definido como aquele que se propõe a proteger as pessoas dos sentidos alheios, especialmente da vista e dos ouvidos dos outros. Seu embasamento é o direito à liberdade de fazer ou não fazer, consubstanciado no art. 5º, X da CF/88¹¹¹.

Não obstante tenha havido diversas modificações na CLT, durante um longo período suas regras atentaram-se em tutelar a integridade física do trabalhador, conservando de maneira acessória o âmbito privado do empregado¹¹².

De acordo com a Lei 9.029/95 considera-se crime as conseqüentes práticas: exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo a esterilização ou a atestado de gravidez; a adoção de qualquer medida que configure indução ou instigação à esterilização genética, bem como promoção do controle de natalidade.

¹⁰⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pág. 626.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1122.

¹¹² Idem.

Ademais, quem violar a lei ficará sujeito à pena de detenção de um a dois anos, além de multa administrativa correspondente a dez vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, majorado em 50% na hipótese de reincidência e proibição de obter empréstimo ou financiamento de instituições financeiras oficiais.

Além disso, rescindido o contrato de trabalho em virtude de atos discriminatórios, a empregada tem a faculdade de escolher entre a reintegração, com o pagamento das remunerações do período de afastamento ou o recebimento em dobro dessas importâncias, acrescidas de correção monetária e juros¹¹³.

Alguns preceitos dessa lei foram introduzidos na CLT, como o art. 373-A, IV que veda o empregador de exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou continuidade no serviço. Esta norma conduz ao direito à intimidade e isonomia, evitando que a gravidez possa ser empregada como forma de discriminação¹¹⁴.

Ademais, o inciso VI do art. 373 -A da CLT vedou o empregador de efetuar revistas íntima, consagrando também a proteção à intimidade do trabalhador. A implicação para o empregador que efetuar revistas íntimas será o pagamento da compensação por dano moral, sem prejuízo da rescisão indireta, conforme art. 483 da CLT¹¹⁵.

As revistas íntimas são vedadas, pois atentam contra a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à intimidade. Embora, essa norma seja direcionada às mulheres, é majoritário na doutrina e jurisprudência que se deve ampliar essa proteção também aos homens, já que a dignidade de ambos deve ser isonomicamente conservada¹¹⁶.

¹¹³ TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à relação de emprego. São Paulo: Ltr, 1998, pág. 401.

¹¹⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1124.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1069.

Mauricio Godinho Delgado dispõe que são vedadas as revistas íntimas em mulheres realizadas por homens. Conforme o autor, a jurisprudência não entende que a revista íntima feita por empregado(a) do mesmo sexo, em regra, é lícita. Mesmo nesta hipótese, os acontecimentos no caso concreto é que dirão se haverá ou não a obrigação de reparação¹¹⁷.

No entanto, caso a revista não seja íntima é aceita, desde que a atividade do empregador assim a motive, e respeitados os cuidados primordiais para que não se viole o direito à intimidade¹¹⁸.

A respeito disso Mauricio Godinho Delgado¹¹⁹ aduz:

Tema ainda bastante controvertido na jurisprudência, as revistas em bolsas e sacolas, por exemplo, atraem debate sobre a incidência (ou não) dos princípios da dignidade da pessoa humana trabalhadora e do respeito à sua privacidade (além do respeito à sua intimidade, em certa medida). Por não serem consideradas revistas íntimas pela maioria da jurisprudência, tem contado com o seu beneplácito interpretativo. Entretanto, há corrente jurisprudencial que condiciona a validade de tais revistas em bolsas e sacolas a certas circunstâncias objetivas, a serem consideradas no caso concreto: efetiva necessidade da revista, segundo o segmento empresarial; inviabilidade de exercitar o poder fiscalizatório por outros meios menos invasivos.

Por fim, são permitidas medidas que estabeleçam, conforme Ricardo Resende, “discriminações positivas”, propondo-se a igualdade substancial entre homens e mulheres.

¹¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 715.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 715.

2.2.3 Igualdade de remuneração

A convenção nº 100 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1957, disciplina o princípio de igualdade de remuneração entre homens e mulheres, por um trabalho de igual valor¹²⁰.

Em regra, o trabalho dito como de igual valor favorece as características do homem, como a força física, porém está comprovado que os serviços de telefonia, mecanografia e outras tarefas monótonas exercidas por mulheres ocasionam mais neuroses do que os trabalhos físicos desempenhados pelo sexo oposto. Esses serviços realizados com teclados, de maneira repetitiva, provocam patologias como a síndrome dos esforços repetitivos, tendinite, síndrome do túnel do carpo e a epicondilite¹²¹.

A principal dificuldade enfrentada pelos países na aplicação da Convenção nº 100 é que em certos locais o governo não se intromete diretamente na fixação de salários do setor privado, em geral decorre de convenções coletivas. Além disso, o outro obstáculo é a falta de critérios objetivos para a avaliação das operações realizadas pelos empregados.

De acordo com Alice Monteiro de Barros¹²²:

Apesar de todas as tentativas no sentido de igualar salários por trabalhos de igual valor, as estatísticas demonstram que as mulheres continuam percebendo salários inferiores aos que são pagos aos homens, na maioria dos países, independentemente do nível de desenvolvimento econômico e social, principalmente no setor privado, pois no serviço público os salários, em geral, se equivalem.

Conquanto nos serviços públicos não haja essa diferenciação quanto à remuneração entre os sexos, quando chega a hora de realizar uma promoção,

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1142.

¹²¹ Idem.

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1145.

os homens têm preferência. Nesse sentido, isso demonstra não existir uma equivalência entre o avanço no campo das ideias e o seu reflexo na prática¹²³.

Em 1970 e 1980, foram realizadas estatísticas no Brasil que mostraram que as mulheres ganhavam, respectivamente, 46% e 33% do salários dos homens, não obstante tivessem nível de instrução superior. A pesquisa realizada nesses dois anos não se alterou na década de noventa, o que revela o quanto alarmante é esse tema¹²⁴.

Embasados na **teoria neoclássica**, alguns economistas mencionam que a reunião de mulheres em determinados ofícios e sua reduzida participação em outras diminui sua remuneração, sendo habitual que se baixem os salários ao se elevar a oferta de mão de obra em respectiva categoria¹²⁵.

Alice Monteiro de Barros menciona¹²⁶:

Outro aspecto da discriminação salarial e até profissional encontra-se na **teoria do capital humano**, ou seja, sustenta-se que, pensando na maternidade e na criação dos filhos, as mulheres investem menos na educação e escolhem profissões compatíveis com esses encargos, que não exigem delas horas extras, viagem, muito tempo para a formação ou serviços que não as penalizem pelas interrupções no emprego. Assim, os custos de oportunidade de tarefa caseiras tendem a limitar a participação das mulheres no mercado de trabalho. E os empregadores, por sua vez, cientes da instabilidade do emprego das mulheres, também as excluem dos programas de formação e aprendizagem que as capacitam para trabalhos qualificados, de maior responsabilidade.

Desse modo, essa circunstância poderia mudar se a mulher estivesse aparelhada para uma maternidade responsável, por meio de um planejamento familiar, infraestrutura social, com berçários e creches (gratuitas ou preços acessíveis) e próximas aos locais de trabalho, e pré-escolas de período integral que ofereçam refeição às crianças. Além disso, uma quantidade maior de cursos

¹²³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1146.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1147.

¹²⁶ Idem.

de reciclagem que admitiria as mulheres a recuperar a experiência e a eficiência ao retornarem ao trabalho¹²⁷.

Ademais, constata-se que a discriminação salarial suportada pelas mulheres é um fato mundial, tanto países desenvolvidos quanto aqueles que estão em desenvolvimento, como o Brasil, sofrem com esse problema.

Portanto, muitos são os fatores que colaboram com a discriminação salarial entre os sexos, como tradições culturais, relações econômicas, condições de participação na vida política e social, sistema normativo e característica das comunicações.

2.3 O Ano Internacional da Mulher proclamado pelas Nações Unidas

Em 1975, realizou-se a primeira Conferência Mundial sobre as mulheres e as Nações Unidas passaram a comemorar no dia oito de março como o Dia Internacional da Mulher¹²⁸.

Além disso, a OIT, no mesmo ano, adotou uma Declaração sobre a igualdade de oportunidade e de tratamentos para as empregadas, e duas resoluções, uma também sobre igualdade de tratamento e oportunidade e a outra sobre isonomia de condições para ambos os sexos.

Tais medidas visaram educar a opinião pública e estimular condutas sociais que garantissem a isonomia entre homens e mulheres na vida ativa, familiar e social.

Ademais, as resoluções mencionadas indicaram a extinção de tratamento discriminatório nas atividades educativas, de maneira que propiciasse uma

¹²⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1148.

¹²⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1161.

distribuição isonomia nos afazeres domésticos, nos regimes de seguridade social e a revisão do conceito de chefe de família¹²⁹.

Alice Monteiro de Barros aduz:

A superioridade conferida ao homem de família interfere negativamente nas relações de trabalho e caracteriza um aspecto particular da discriminação em razão do sexo. A subordinação na família acaba por corresponder à subordinação no trabalho.

As medidas objetivaram melhorar as normas sobre proteção da maternidade, aconselhando que os custos fossem mantidos pelos sistemas de seguridade social, fundos públicos ou sistemas coletivos, garantindo-se o emprego após o termino da licença gestante¹³⁰.

A isonomia somente será alcançada quando se transformar a mentalidade dos povos, porém é primordial antecipar esse processo pela educação, e incentivar que mulheres reivindiquem os seus direitos, para que se possa viver em uma sociedade mais justa¹³¹.

Portanto, o empregador deve fornecer aos empregados uma atmosfera de serviço saudável e higiênico, de maneira a extinguir os riscos ocupacionais segundo as características de cada sexo, sem promover a discriminação. As modificações advindas da Lei 13.467/2017 implicaram em um atraso social, e colocam em risco o bem-estar da mulher. No próximo capítulo avaliar-se-á quais são os benefícios garantidos em virtude da maternidade.

¹²⁹ ARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1163.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1163.

¹³¹ Idem.

3 - DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

3.1 Destinatárias da tutela legal

O art. 7º da CF/88 estabelece os direitos das trabalhadoras urbanas e rurais à licença à gestante, com duração de 120 dias. Apenas a partir de 24/07/1991 o TST passou a considerar devido o salário maternidade à empregada rural, conforme Lei 8.213/1991 que incluiu tal benefício entre as espécies de prestação previdenciária. Ademais, o parágrafo único do art. 7º da CF/88 estende o benefício do salário maternidade à empregada doméstica ¹³².

A CF/88 também estendeu o salário maternidade a empregada avulsa (art. 7º, XXXIV), e à trabalhadora autônoma foi estabelecida a licença à gestante, cuja remuneração compreenderá em 1/12 da soma dos 12 últimos salários de contribuição, determinados em um período não superior a 15 meses (art. 101,III do Decreto 3.048/99)¹³³.

3.1.1 Mãe adotiva

Era vedado o salário maternidade à mãe adotiva, por ausência de previsão legal. No ordenamento jurídico pátrio aplicava-se tratamento diferenciado à trabalhadora gestante, considerada apenas aquela que desenvolvia o embrião em seu útero¹³⁴.

Antes da extensão de tal benefício à mãe adotante, Alice Monteiro de Barros afirmava:

(...) deveria o legislador superar a concepção meramente biológica da maternidade e estender parte da licença pós-parto aos pais adotivos,

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1195-1196.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Idem.

concedendo-lhe o afastamento a partir do ingresso da criança no lar adotivo e desde que ela se encontrasse em idade que requeresse cuidados especiais, inclusive alusivos à adaptação¹³⁵.

A alínea “A” ao art. 392 da CLT, incorporada pela lei nº 10.421/2002, ampliou a licença maternidade à trabalhadora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança¹³⁶.

O art. 392 §§ 4º e 5º da CLT aludem:

§ 4º - A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

§ 5º - A adoção ou guarda judicial conjunta ensejará a concessão de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

Assim, apenas com a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ficará comprovada a adoção, o que torna obrigatório o empregador licenciar a empregada. E não será permitido que os dois adotantes gozem da licença ou do benefício previdenciário ao mesmo tempo ¹³⁷.

Ademais, como as empregadas rurais, domésticas, avulsas e autônomas são seguradas da Previdência Social, a licença maternidade atribuída à mãe adotiva é estabelecida a elas também, assim como à segurada especial¹³⁸.

Conforme Ricardo Resende¹³⁹:

Recentemente foi dirimida questão relativa à duração do salário-maternidade devido à empregada adotante, que é de 120 dias, independentemente da idade da criança adotada. Com efeito, a nova

¹³⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1196.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1085.

¹³⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1198.

¹³⁹ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1085.

redação do art. 71-A da Lei nº 8.213/1991, dada pela Lei nº 12.873/2013, não deixa margem a dúvidas.

A Lei 11.770/08, art. 1º §2º, garante a prorrogação da licença maternidade de maneira proporcional à trabalhadora que adotar ou obtiver guarda judicial a fim de adotar uma criança¹⁴⁰.

Gustavo Filipe Barbosa menciona¹⁴¹:

A Convenção 103 da OIT, sobre proteção à maternidade, além de assegurar período de licença de maternidade (art. 3), com direito a prestações em espécie e assistência médica (art. 4), é expressa ao dispor que “em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega” (art. 4, item 8). Isso significa que o pagamento no período da licença-maternidade deve sempre ficar a cargo do sistema previdenciário estatal, justamente para se evitar discriminação no mercado de trabalho da mulher, o qual deve ser protegido, “mediante incentivos específicos, nos termos da lei”, como prevê o art. 7.º, XX da Constituição da República.

Além disso, o art. 392- B c/c art.392-C da CLT dispõe que em caso de morte do adotante, é garantido ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo da licença maternidade ou pelo período restante, salvo no caso de falecimento da criança ou abandono¹⁴². Nesse sentido, A LC 146/14 ampliou a estabilidade da gestante a quem adquirir a guarda da criança, no caso de morte da mãe¹⁴³.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 615.

¹⁴² RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1085.

¹⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho.9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1165.

3.1.2 Casais homoafetivos

O sistema legislativo brasileiro ampliou o direito à licença gestante e ao benefício previdenciário a empregada adotante, até mesmo em relações homoafetivas¹⁴⁴.

No mesmo sentido, Vólia Bomfim Cassar¹⁴⁵ aduz:

Em face do princípio da não discriminação, defendemos a possibilidade de ser estendida ao casal homossexual que adotou regularmente uma criança, a licença maternidade ou licença paternidade. Caberá ao interprete verificar, no caso concreto, qual dos cônjuges assumirá o papel de cuidar da criança para se determinar para quem será destinada a licença maternidade.

3.2 Direitos assegurados durante a gravidez

Segundo o art. 392, §4º da CLT, para assegurar uma gestação saudável, a lei garante à gestante:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Assim, se uma gestante possui uma ocupação que exija força muscular, e a gravidez é considerada de risco por um médico, há necessidade de se transferir a função, sob pena de dano ao feto, devendo a trabalhadora ser

¹⁴⁴ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1084.

¹⁴⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 983.

deslocada para uma função não onerosa, garantido o direito de retornar a função anteriormente desempenhada quando retornar da licença maternidade¹⁴⁶.

3.2.1 Rompimento contratual por recomendação médica

O art. 394 da CLT garante à mulher grávida o direito de por fim ao contrato de trabalho, desde que sua atividade seja maléfica à gestação, o que deverá ser confirmado por atestado médico¹⁴⁷.

In verbis, art. 394 da CLT :

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

Dessa maneira, se o trabalho da mulher coloca em risco a sua vida ou saúde, e a de seu próprio bebê, poderá ela pôr fim ao contrato de trabalho. Neste contexto, não será devido o aviso prévio, e os demais efeitos são semelhantes ao pedido de demissão¹⁴⁸.

3.2.2 Aborto

O aborto pode ser conceituado como a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal. Segundo a Organização mundial da Saúde considera-se

¹⁴⁶ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1083.

¹⁴⁷ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1087.

¹⁴⁸ Idem.

inviável o feto com menos de vinte semanas (contada a partir do 1º dia da última menstruação) ou peso inferior a 500 gramas¹⁴⁹.

Ricardo Resende e Vólia Bomfim Cassar mencionam :

(...) se o evento ocorreu antes da 23ª semana, considera-se aborto, e não há direito à licença maternidade, e sim ao repouso remunerado (interrupção contratual, portanto) de duas semanas¹⁵⁰.

De acordo com a IN/10 do INSS, considera-se parto, para fins de aquisição ao direito ao salário maternidade todo evento ocorrido a partir da 23ª semana e será pago mesmo em situação desemprego, desde que em período de graça¹⁵¹.

O aborto pode ser provocado (legal ou criminoso) ou espontâneo (decorrência de estados patológicos da mãe ou do feto que evitam a continuação da gestação) . O aborto provocado legal é aquele em que a lei permite, já o criminoso é vedado pelo ordenamento¹⁵².

De acordo com o art. 395 da CLT:

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

Ademais, o art. 95 do Decreto 3.048/1999 preceitua que o encargo de pagar a empregada fica com a Previdência Social, desde que conservada a relação de emprego. Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva¹⁵³ afirma que o regulamento da Previdência Social garante essa interpretação, conforme o Decreto 3.048/1999:

¹⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1102.

¹⁵⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1087.

¹⁵¹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho.9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 980.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor, p. 169.

Art. 93, §5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

Em pesquisa realizada, verificou-se que 50% das mortes maternas na América Latina é derivada de aborto clandestino. Nesse sentido, no Brasil morrem cerca de 5.000 mulheres por ano em virtude disso¹⁵⁴.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro somente garante a licença em razão de aborto, se este não for criminoso. O que de certa maneira é terrível, já que mesmo em um aborto não espontâneo a mulher necessitaria de um tempo de descanso, perante as alterações físicas e psicológicas da gravidez¹⁵⁵.

Maurício Godinho Delgado¹⁵⁶ menciona que a expressão “aborto não criminoso” é preconceituosa, já que não se pode admitir condenação criminal prévia e sumaríssima.

Por sua vez, caso a criança nasça sem vida ou faleça depois do nascimento, existem duas correntes¹⁵⁷:

A primeira entende que o fato gerador da estabilidade é o parto, assim a empregada tem direito à garantia de emprego, mesmo que o bebê tenha falecido. Segundo Vólia Bomfim Cassar¹⁵⁸ além de ter assegurada a licença maternidade, a empregada tem o direito a garantia de emprego, pois se expôs a uma intensa dor física e psicológica pós-parto.

Nesse contexto, algumas decisões do TST¹⁵⁹:

[...] ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ARTIGO 10, INCISO II, ALÍNEA “B”, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. PARTO DE FETO NATIMORTO. Conforme o artigo 10,

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1087.

¹⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016, pág. 994. .

¹⁵⁷ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1087.

¹⁵⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1131.

¹⁵⁹ Idem.

inciso II, alínea “b”, do ADCT, não se admite a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. No caso concreto, extrai-se da fundamentação do acórdão regional que a concepção ocorreu durante o contrato de trabalho, de acordo com o documento dos autos. Conforme se observa da garantia assegurada no artigo 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT, o constituinte impôs apenas uma condição para o reconhecimento da estabilidade provisória, que a concepção da gravidez tenha ocorrido no curso do contrato de trabalho. Ou seja, não há, no Texto Constitucional, limitação quanto ao reconhecimento da estabilidade provisória da gestante nos casos em que ocorra o feto tenha nascido sem vida. Não se mostra razoável limitar o alcance temporal de um direito da trabalhadora, sem fundamento legal ou constitucional razoável para tanto. Com efeito, a decisão regional, segundo a qual a reclamante faz jus à estabilidade provisória no emprego, mesmo em caso de nascimento de feto natimorto, não afronta a literalidade do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Recurso de revista conhecido e não provido. [...] (TST, 2ª Turma, RR-106300-93.2005.5.04.0027, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25.03.2015, DEJT 17.04.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ESTABILIDADE À GESTANTE. NATIMORTO. Conforme entendimento jurisprudencial pacificado nesta Corte Superior, o direito da empregada gestante à estabilidade provisória está assegurado no artigo 10, II, “b”, do ADCT, independentemente da recusa da reclamante ao retornar ao emprego e/ou do desconhecimento do estado gravídico pelo empregador. Ademais, o fato de ter havido parto prematuro de uma criança morta (natimorto) não exclui o direito pleiteado, pois esse tipo de parto não pode ser confundido com aborto. Precedentes. Desprovido. [...] (TST, 5ª Turma, AIRR-229-65.2015.5.03.0182, Rel. Min. Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 03.02.2016, DEJT 12.02.2016).

A segunda corrente entende que o caso seria equiparado a aborto e, assim, não seria devido a garantia de emprego. Segundo esse entendimento, o amparo constitucional é em relação ao nascituro, na ausência dele não haveria estabilidade¹⁶⁰.

Nesse sentido, os seguintes julgados¹⁶¹:

¹⁶⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1011.

¹⁶¹ Idem.

Estabilidade gestante. Feto natimorto. Aplicação analógica do art. 395 da CLT. I. Conquanto a hipótese de criança natimorta não guarde absoluta correlação com o aborto não criminoso, pois ali terá havido parto, enquanto aqui, expulsão do feto, não se pode assegurar à desditosa gestante a garantia da vedação do despedimento imotivado pelos cinco meses subsequentes à ocorrência sem o pressuposto, claramente subentendido na norma constitucional, do nascimento com vida, em que a sua incipiência exige da mãe considerável desvelo. II. Daí decorre situação atípica não contemplada expressamente na Consolidação das Leis do Trabalho ou na legislação extravagante, cuja lacuna deve ser preenchida pelo intérprete com recurso à analogia legis, que não é método de hermenêutica, mas fonte de direito, a teor do art. 8º da CLT. III. Por conta disso, vem a calhar a norma do art. 395 da CLT, por conter disposição suscetível de suprir a assinalada lacuna da lei, haja vista o brocardo que rege a analogia, segundo o qual ubi eadem ratio, ibi idem jus. Tendo por norte que a dispensa se deu em 04.10.2001 e que o parto do natimorto deu-se em 20.03.2002, o termo final da proibição do despedimento, contadas as duas semanas previstas na norma consolidada, operou-se em 04.04.2002 (TST, RR 1200-21.2002.5.18.0010, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 09.02.2007).

Recurso de revista. Gestante. Indenização correspondente ao período de estabilidade. Demora no ajuizamento da ação. Súmula 244, II, do TST. Óbito do nascituro. A garantia de emprego da gestante ou o recebimento de indenização correspondente ao período de estabilidade, é matéria que encontra-se pacificada no âmbito desta Corte Superior pela Súmula 244, II, a qual não faz qualquer referência ao prazo para ajuizamento da ação, decerto pelo fato de já estar regulamentado por preceito constitucional, deixando claro, por outro lado, que o estado gravídico da trabalhadora é a única condição exigida para assegurar o seu direito. Dessa forma, nenhum prejuízo pode sofrer a reclamante pela suposta demora no ajuizamento da reclamatória trabalhista, se respeitado o biênio prescricional. Entendimento diverso, como demonstrado pela Corte Regional, além de se contrapor ao mandamento constitucional insculpido no art. 7º, XXIX, da Constituição da República, contraria a Súmula 244, II, do TST. Todavia, no que respeita ao período de estabilidade até o final de cinco meses após o parto, 22.5.9. mesmo diante do óbito do nascituro, não assiste razão à recorrente. Com efeito, a estabilidade à gestante foi reconhecida na Constituição mais em função de proteger o filho do que o interesse da empregada, visando a não privá-la, no estado de gestação, de um emprego que é vital para o nascituro. O nascimento com vida é, portanto, o suporte fático abstratamente previsto na letra “b” do inciso II do art. 10 do ADCT. Uma vez não consumado, em razão do óbito do nascituro, poucos dias após o parto, não faz jus a empregada à estabilidade provisória ou a eventual conversão do período estabilidade em indenização equivalente. Recurso de revista conhecido e provido, em parte (TST, RR 142600-59.2005.5.15.0088, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DJ 22.02.2008).

Vólia Bomfim Cassa é contrária a essa corrente e argumenta o seguinte¹⁶²:

Não concordamos com essa corrente, pois a gestante que perde seu filho após a 12ª semana, seja no início ou no fim da gestação, além da perda irreparável, sofre com a queda brusca dos hormônios, que geram efeitos colaterais mais graves, tanto psicológicos, como físicos. Além do mais, se a própria previdência garante a licença maternidade nestes casos, por que o empregador não garantiria a estabilidade, já que não terá prejuízos financeiros com este afastamento?

Ricardo Resende tem semelhante posicionamento, ao mencionar que devido ao tratamento dado à matéria no STF e em alguns precedentes do TST, recomenda-se a adoção da primeira corrente, portanto favorável à estabilidade¹⁶³.

Por conseguinte, a empregada deverá comunicar o episódio ao empregador ou ao juízo (em caso de ajuizamento de ação), sob pena de omissão dolosa¹⁶⁴.

3.2.3 Parto antecipado

De acordo com o art. 392, §3º da CLT mesmo no caso de parto antecipado é garantido à empregada a licença remunerada de 120 dias. Esse dispositivo foi introduzido pelo Decreto-Lei nº 229, de 1967, que veio para sanar a carência do direito positivo¹⁶⁵.

A CLT encontra-se em harmonia com as normas internacionais que asseguram à gestante a licença maternidade, sem diferenciar se o parto é normal

¹⁶² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1137.

¹⁶³ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ª ed., Editora Método, 2016. Pág. 1011.

¹⁶⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág. 1103.

¹⁶⁵ SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v.2, p.411.

ou antecipado, visto que um bebê prematuro demanda maior cuidados, por um período maior¹⁶⁶.

Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 3048/1999 alude:

Art. 93, § 4º Em caso de parto antecipado ou não, a segurada tem direito aos cento e vinte dias previstos neste artigo.

3.3 Licença maternidade. Conceito. Natureza jurídica

A licença maternidade está prevista no art. 7º, XVIII da CF/88 , sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias ¹⁶⁷. Os períodos de afastamento, antes e depois do parto, poderão ser ampliados por mais duas semanas cada um, mediante atestado médico expedido pelo SUS, em casos excepcionais – conforme o art. 93§ 3º, o art. 96 e o art. 392,§2º do Decreto nº 3048/1999¹⁶⁸.

Além disso, o início do afastamento se dará mediante apresentação do atestado médico ao empregador, porém se o parto ocorrer sem acompanhamento médico, o atestado será ministrado pela perícia médica do INSS, segundo art. 95 e parágrafo único do Decreto nº 3048/1999¹⁶⁹.

A licença maternidade é conceituada como o período no qual a empregada gestante fica afastada do trabalho, por conseguinte sem prestar serviços, em razão de nascimento de filho¹⁷⁰.

De acordo com o art. 392, §1º da CLT:

¹⁶⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1100.

¹⁶⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 611.

¹⁶⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1098.

¹⁶⁹ Idem.

¹⁷⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1080.

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.

A natureza jurídica das regras de proteção à maternidade é imperativa, insuscetível de disponibilidade, assim, segundo Alice Monteiro de Barros, nem a licença, sob pena de pagamento do salário relativo à prestação de serviço e penalidade administrativa do art. 401 da CLT, independente do salário maternidade do art. 393 da CLT¹⁷¹.

É mister não confundir licença maternidade, com salário maternidade ou estabilidade da gestante. O salário maternidade é simplesmente o pagamento devido a empregada durante a licença maternidade, cuja natureza é de benefício previdenciário; já a estabilidade da gestante é o momento desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto que fica vedada a sua dispensa sem justa causa¹⁷².

A Lei 11.770/2008, ao criar o Programa Empresa Cidadã, instituiu a possibilidade de aumento da licença maternidade por mais 60 dias, mediante anuência do empregador ao programa, em troca de incentivos fiscais¹⁷³.

Ademais, o art. 18, §3º da Lei 13.301/1991 dispõe:

A licença-maternidade prevista no art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será de cento e oitenta dias no caso das mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, assegurado, nesse período, o recebimento de salário-maternidade previsto no art. 71 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.

¹⁷¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1099.

¹⁷² RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1081.

¹⁷³ Idem.

Assim, a trabalhadora que tiver uma criança acometida por sequelas neurológicas em virtude da transmissão do *Aedes aegypti* tem assegurada a licença maternidade e o salário maternidade pelo prazo de 180 dias¹⁷⁴.

A empregada doméstica também fará jus ao referido direito previsto no art. 18, §3º da Lei 13.301/1991, com fulcro nos arts. 20 e 25 da LC 150/2015 c/c art. 7º , parágrafo único da CF/88, como forma de não permitir tratamento discriminatório¹⁷⁵.

3.3.1 Retribuição da licença maternidade

A retribuição da licença a gestante é chamada de salário maternidade, devido à segurada da Previdência Social, pago pelo INSS conforme art. 93 do Decreto 3.048/1999¹⁷⁶.

O pagamento é análogo a uma remuneração mensal da segurada empregada e trabalhadora avulsa, no valor de uma remuneração integral. Para a empregada doméstica, o valor será equivalente ao seu ultimo salário de contribuição; já para a segurada especial corresponderá a um salário mínimo, somente se comprovar a atividade rural, embora descontínua, durante os dez meses anteriores ao benefício¹⁷⁷.

Além disso, conforme o art. 94 do Decreto 3.048/1999 - a concessão da retribuição à licença maternidade independe do tempo de serviço e período de carência da empregada. O valor não possui um limite, como acontece com demais contribuições previdenciárias¹⁷⁸.

¹⁷⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 612.

¹⁷⁵ Idem.

¹⁷⁶ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1105.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1106.

Como dito anteriormente, a licença maternidade assegura a remuneração integral à empregada, porém quando o valor do salário for variável aplica-se a média dos últimos seis meses de trabalho¹⁷⁹.

Assim, o salário maternidade deve ser pago segundo o salário da trabalhadora, mesmo que seja superior ao teto dos benefícios do INSS, por exemplo, caso a empregada ganhe 40 mil reais por mês, esse será o valor que perceberá da Previdência Social¹⁸⁰. Este entendimento de Alice Monteiro de Barros está em consonância com o STF¹⁸¹.

Sobre a retribuição da licença maternidade existirá contribuição previdenciária, conforme art. 28, §2º da Lei 8212/1991, e incidência de responsabilidades sociais como o recolhimento de depósito para o FGTS¹⁸².

Ademais, o tempo de afastamento em razão do parto ou aborto não será deduzido do período aquisitivo de férias, com fulcro no art. 131 da CLT que avalia ser ausência legal¹⁸³.

De acordo com o art. 102 do Decreto 3.048/1999, o salário maternidade não poderá ser acumulado com o benefício por incapacidade. E segundo o art. 97 do referido Decreto, a remuneração dessa licença somente será paga pela Previdência Social se existir e for mantida a relação de emprego¹⁸⁴.

¹⁷⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1106.

¹⁸⁰ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1085.

¹⁸¹ STF, ADI 1946-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 03.04.2003, DJ 16.05.2003.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

¹⁸⁴ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1107.

3.4 Garantia de emprego à gestante

O art. 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 dispõe sobre a matéria, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, porém não incluindo a doméstica¹⁸⁵.

Segundo a Lei Complementar nº 146/2014 a garantia de emprego à gestante foi ampliada, em caso de falecimento da mãe, a quem tiver a guarda da criança¹⁸⁶.

O Direito estrangeiro, de maneira geral, também não garante a doméstica o período de estabilidade. Na Itália, por exemplo, não é vedado a dispensa da doméstica durante a gestação, até um ano após o nascimento da criança.¹⁸⁷

No entanto, a Emenda Constitucional 72 de 2013 ampliou aos domésticos, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Posteriormente a LC 150/2015 assegurou a gestante no art. 25, parágrafo único o direito a estabilidade provisória estabelecida no art. 10, II, b da ADCT.

Vólia Bomfim Cassar aduz:

Defendemos que não cabe a reintegração compulsória da doméstica sem o consentimento expresso do patrão, uma vez que a casa é asilo inviolável, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento expresso do morador (art. 5º, XI da CF/88). Logo, não pode o Judiciário obrigar alguém a suportar a presença de um estranho em seu lar. Isto quer dizer que o juiz deve deferir apenas a indenização substitutiva caso o empregador doméstico não aceite a reintegração.

¹⁸⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1108 .

¹⁸⁶ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1089.

¹⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1109 - 1110 .

A garantia de emprego à gestante é relativa, já que o art. 10, II da ADCT dispõe que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, dessa forma a gestante pode ser demitida por justificativa técnica, ainda que não cometa falta grave. Entretanto, durante os 120 dias de licença maternidade sua estabilidade é absoluta, pois o contrato fica suspenso, impedindo a dispensa sem justa causa¹⁸⁸.

As características da estabilidade da gestante são: personalíssima, já que protege interesse pessoal da empregada; provisória – porque compreende desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Além disso, a dispensa se dá *ipso iuris*, já que não necessita de pronunciamento judicial, nem ajuizamento de inquérito judicial¹⁸⁹.

A súmula 244, I do TST dispõe:

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

A responsabilidade do empregador, quanto a conhecimento do estado de gravidez, é objetiva. Desse modo, constata-se que o direito surge a partir da confirmação da gravidez, o que deve ser interpretado de maneira ampla e benéfica à gestante, em consonância com o princípio do *in dubio pro operário*¹⁹⁰.

¹⁸⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1137.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 618.

3.4.1 Dispensa sem justa causa antes da licença maternidade

Caso a empregada seja dispensada sem justa causa deverá o empregador efetuar o pagamento do período correspondente à licença, ainda que não conheça do estado de gestação da trabalhadora¹⁹¹.

Alice Monteiro de Barros¹⁹² aduz:

A responsabilidade do empregador se funda em dados objetivos, caracterizada pela gravidez da empregada e pela dispensa sem justa causa, cessação total ou parcial da atividade empresarial e por falta cometida pelo empregador, ensejadora da rescisão indireta. Este raciocínio tem por escopo afastar as dificuldades evidentes que a empregada enfrenta, na prática, em provar a malícia do empregador, pois não se pode ignorar que é exatamente na fase de cognição que se avulta a desigualdade do trabalhador.

Com a vigência da CF/88, reacendeu o debate em razão da necessidade do conhecimento pelo empregador do estado gravídico da mulher, no momento da dispensa¹⁹³.

Uma corrente doutrinária entende que a confirmação é um ato formal a ser exercitado; desse modo caberia à empregada confirmar a gravidez, e somente depois de realizá-la estaria abrigada. Esse posicionamento é contrário à concepção objetivista adotada pelos Tribunais do Trabalho e a maior parte da doutrina¹⁹⁴.

De acordo com Alice Monteiro de Barros:

Continuamos nos filiando às correntes doutrinárias e jurisprudências segundo as quais a gravidez da empregada se vincula à teoria do risco objetivo, do risco social, portanto o Direito do Trabalho não protege

¹⁹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1110 .

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1110.

¹⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 46.

simplesmente, o conhecimento da gravidez pelo empregador, mas a gestação, na sua grandeza biológica.

Ademais, o STF entende que nem mesmo por norma coletiva poderá se modificar os termos da CF/88 e condicionar o direito à estabilidade provisória à comunicação prévia ao empregador sobre a gravidez da empregada¹⁹⁵.

Nesse contexto, atualmente, a Súmula 244, I do TST alude:

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

A trabalhadora apenas perderá o direito a estabilidade se atentar em falta grave, conforme o art. 482 da CLT. Segundo a maior parte da jurisprudência, se configurar caso que motive a dispensa por justa causa, não é determinada a instauração de inquérito para apuração de falta grave¹⁹⁶.

Nesse sentido o seguinte julgado:

Inquérito judicial para apuração de falta grave - Interesse de agir - Empregada gestante. 1. Consoante o disposto no art. 853 da CLT, reputado violado pelo Agravante, para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Vara do Trabalho ou juízo de Direito, dentro de 30 dias, contados da data da suspensão do empregado. 2. No caso, o Regional manteve a sentença que extinguiu o feito sem a resolução de mérito, salientando que se afigura desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave de empregada gestante, ou seja, portadora de garantia provisória de emprego. 3- o entendimento adotado pelo Regional não viola o art. 853 da CLT invocado no recurso de revista e reiterado no agravo de instrumento, o qual trata do procedimento a ser observado no inquérito a que se refere o art. 494 da CLT, que, por sua vez dispõe apenas sobre a estabilidade decenal. Mesmo se considerarmos que é necessário o ajuizamento de inquérito para a apuração de falta grave cometida por outros empregados estáveis, não há como estender essa

¹⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1111 .

¹⁹⁶ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para Concursos de Analista do TRT e MPU. 10ªed.São Paulo. Editora Jus Podivm, 2017, p. 786.

exigência para a empregada gestante que apenas detém garantia provisória de emprego. Tampouco resta violado o art. 4º, I, do CPC, uma vez que o Colegiado de origem interpretou de forma razoável a norma contida nesse dispositivo, incidindo o óbice da Súmula 221II, do TST. 4- No que tange à violação do art. só, XXXV, da CF, o apelo não merece prosperar, na medida em que a ofensa ao referido dispositivo é, em regra, reflexa, não atendendo, portanto, a exigência contida no art. 896, c, da CLT. Agravo de instrumento desprovido. (TST- AIRR: 15774o-o6.2oos.5.15.0001, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de julgamento: n/o6/2oo8)

Além disso, de acordo com o TST, mesmo na hipótese de conhecimento do estado de gravidez no período de aviso prévio indenizado, garante-se o direito à estabilidade provisória da gestante. Nesse sentido a seguinte ementa¹⁹⁷:

“Embargos em recurso de revista. Acórdão embargado publicado na vigência da Lei n.º 11.496/2007. Gestante. Estabilidade provisória. Concepção no período correspondente ao aviso prévio indenizado. A Turma, superando o fundamento do e. Tribunal Regional, adotou o entendimento de que verificada a concepção no período do aviso prévio indenizado, tal fato impedia o deferimento do pleito de estabilidade por óbice da Súmula 371/ TST. A respeito do aviso prévio, José Augusto Rodrigues Pinto, valendo-se dos ensinamentos de Orlando Gomes e Élson Gottschalk, entende que ‘[...] o aviso prévio é uma declaração receptícia de vontade (pois o destinatário não pode opor-se à aceitação de seus efeitos), de efeito ex nunc, correspondendo à ideia de que o pré-avisante pretende denunciar o contrato sem justa causa, como entende, com muita lucidez, Messias Donato’ (Tratado de Direito Material do Trabalho, LTr, fl. 589). Para o mestre baiano, ‘Há uma tendência impulsiva e inadvertida para se considerar o aviso prévio um efeito da extinção do contrato individual de emprego. A ideia é, evidentemente, enganosa. O aviso prévio, consoante sua própria adjetivação, precede a extinção contratual [...]’. (idem, pág. 581). Tendo o TRT admitido que a reclamante ficou grávida ainda na vigência do pacto laboral, inevitável o reconhecimento da estabilidade prevista no artigo 10, II, ‘b’, ADCT. O entendimento aqui esposado não fere a diretriz da Súmula-TST-371 gerada por precedentes que não incluíam a situação da empregada gestante. Daí a lição da eminente Ministra Rosa Maria Weber, em acórdão da eg. 3.ª Turma: ‘Diante da estatura constitucional da garantia, a estabilidade da gestante guarda maior afinidade com o norte presente na segunda parte da Súmula 371/TST, que incorporou a diretriz da OJ 135 de seguinte teor: ‘os efeitos da dispensa só se concretizam depois de expirado o benefício previdenciário, sendo irrelevante que tenha sido concedido no período do aviso prévio já que ainda vigorava o contrato de trabalho’. [...] Tem-se por incabível exegese restritiva de norma constitucional que

¹⁹⁷ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 444.

garante, de forma ampla, às empregadas gestantes a manutenção do emprego e a respectiva licença, quando o bem tutelado, em última análise, é a própria vida do nascituro. Apesar de a gravidez não ser patologia, trabalhadora grávida ostenta a mesma fragilidade laboral que se evidencia nos empregados acometidos por doença, sendo mínimas as chances de obter novo emprego enquanto perdurar o estado gravídico e o período de amamentação inicial – que, não por acaso, coincide com o tempo da garantia de emprego. [...] Considerando a subsistência do contrato de trabalho no prazo do aviso prévio, a dignidade da pessoa humana, a função social da empresa, a proteção à maternidade e a regra insculpida no art. 10, II, 'b', do ADCT, razoável a interpretação regional no sentido do alcance da garantia de emprego à empregada que engravida no período do aviso prévio indenizado. (RR-22110026.2007.5.04.0202. Data de publicação: 27/11/2009). Recurso de embargos conhecido e provido” (TST, SBDI-I, E-ED-RR 249100-26.2007.5.12.0004, Rel. Min. Horácio Raymundo de Senna Pires, DEJT 09.04.2010).

Esse entendimento confirmou-se com a promulgação da Lei nº 12.812/2013, que adicionou o art. 391-A à CLT, in verbis¹⁹⁸:

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.

¹⁹⁸ RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016. Pág. 1012.

3.4.2 Dispensa e não conhecimento da gravidez pela própria empregada

A doutrina não é unânime quanto à data do início da estabilidade da gestante, pois o art. 10, II, B da ADCT aduz como início da confirmação da gravidez, sem apontar se esta deve ou não acontecer no vigor do acordo¹⁹⁹.

De acordo com Alice Monteiro de Barros:

(...) entendemos que não lhe assiste razão à estabilidade provisória, salvo norma coletiva mais favorável.

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

No entanto, a maior parte da jurisprudência entende que a empregada terá direito à reintegração ou indenização desde a concepção, já que esse é o ponto inicial da estabilidade, apesar da confirmação ocorrer após a dispensa. Esse posicionamento tem por objetivo proteger a gestante, independentemente de qualquer medida objetiva, como por exemplo atestados ou comprovação de estado de gravidez. Além disso, o prazo prescricional de lesão a direitos trabalhista é de dois anos do fim do contrato²⁰⁰.

Nesse sentido Gustavo Filipe Barbosa²⁰¹ aduz:

(...) verifica-se que o direito surge a partir da confirmação da gravidez, o que deve ser interpretado de forma ampla e benéfica à gestante, por se tratar de norma de proteção, inclusive em conformidade com o princípio do in dubio pro operário, já estudado anteriormente. Desse modo, entende-se que a

¹⁹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1061.

²⁰⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1062.

²⁰¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 443.

referida confirmação significa a existência da gravidez, ou seja, em termos médicos e científicos, o momento inicial da gestação.

3.4.3 Contratos por prazo determinado da empregada gestante

A jurisprudência do TST entendia que não havia compatibilidade entre o contrato determinado e a estabilidade provisória da gestante, ainda que o empregador realizasse a rescisão contratual²⁰².

No entanto, o TST, através da Súmula 244,III, mudou o entendimento ao permitir a estabilidade, *in verbis*:

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.

Ao entendimento anterior era aplicada a lição de Sergio Pinto Martins que menciona que se houvesse a extinção do contrato de trabalho, por prazo determinado, não existiria estabilidade, pois não haveria despedida injusta, simplesmente término contratual²⁰³.

A respeito da estabilidade no contrato a termo, o STF firmou o seguinte posicionamento²⁰⁴:

“Servidora pública gestante ocupante de cargo em comissão – Estabilidade provisória (ADCT/88, art. 10, II, “b”) – Convenção OIT n.º 103/1952 – Incorporação formal ao ordenamento positivo brasileiro (Decreto n.º 58.821/66) Proteção à maternidade e ao nascituro – Desnecessidade de prévia comunicação do estado de gravidez ao órgão público competente – Recurso de agravo improvido. O acesso da servidora pública e da

²⁰² BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1110.

²⁰³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010. Pág. 444.

²⁰⁴ Idem.

trabalhadora gestantes à estabilidade provisória, que se qualifica como inderrogável garantia social de índole constitucional, supõe a mera confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao órgão estatal competente ou, quando for o caso, ao empregador. Doutrina. Precedentes. As gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, “b”), e, também, à licença-maternidade de (CF, art. 7.º, XVIII, c/c o art. 39, § 3.º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral. Doutrina. Precedentes. Convenção OIT n.º 103/1952. Se sobrevier, no entanto, em referido período, dispensa arbitrária ou sem justa causa de que resulte a extinção do vínculo jurídico-administrativo ou da relação contratual da gestante (servidora pública ou trabalhadora), assistir-lhe-á o direito a uma indenização correspondente aos valores que receberia até cinco (5) meses após o parto, caso incorresse tal dispensa. Precedentes” (STF, 2.ª T., Ag.Reg.-RE 634.093/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22.11.2011).

Caso o contrato a termo tenha cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada, e for realizado pelo empregador, sem justa causa – o contrato passará a gerir-se pelas regras de contrato por prazo indeterminado, fazendo jus a trabalhadora ao salário maternidade e estabilidade provisória²⁰⁵.

Ademais, em recente decisão o TST entendeu que a aprendiz gestante tem direito à estabilidade provisória²⁰⁶ :

Recurso de revista. Estabilidade provisória. Gestante. Contrato por prazo determinado. Aprendiz. De acordo com o entendimento atual do TST, a estabilidade é garantida à gestante, mesmo quando sua admissão ocorreu por meio de contrato de experiência. Exegese da Súmula no 244, III desta Corte. Considerando que o contrato de aprendizagem é modalidade de contrato por prazo determinado, a ele também se aplica a estabilidade da

²⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1120.

²⁰⁶ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para Concursos de Analista do TRT e MPU. 10ªed.São Paulo. Editora Jus Podivm, 2017, p. 792.

gestante, nos termos do referido verbete sumular. Recurso de revista conhecido e provido. (RR- 911-64.2013.5.23.0107- Relatora: Ministra Dora Maria da Costa- 8a Turma- Data de Publicação: 31/10/2014).

Desse modo, em qualquer caso de contratação a termo será garantido a estabilidade à gestante²⁰⁷.

3.4.4 Reintegração da empregada gestante

Com a Constituição Federal de 1988, a gestante despedida sem justa causa terá assegurado a reintegração enquanto estiver em andamento a sua estabilidade, se o magistrado notar que existe animosidade entre as partes poderá substituir a reintegração em valor pecuniário²⁰⁸.

Nesse sentido, a Súmula 244, II do TST:

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.

De acordo com Alice Monteiro de Barros²⁰⁹:

Se a empregada deixa transcorrer, injustificadamente, todo o período relativo à estabilidade provisória e ingressa em juízo, só posteriormente, inviabilizando a reintegração, não há como lhe assegurar as vantagens pecuniárias correspondentes. 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 correspondente. Comportamento dessa natureza vem sendo considerado, com acerto, exercício abusivo do direito de ação, porque desvinculado de sua finalidade.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9ª ed. Editora Método, 2015. Pág. 1133.

²⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1116.

Além disso, caso a empregada exija apenas a reintegração e o período estabilidade acabou, é lícito ao julgador converter de ofício a reintegração em indenização com fundamento na Súmula 396, II do TST, *in verbis*²¹⁰:

Não há nulidade por julgamento "extra petita" da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração, dados os termos do art. 496 da CLT.

Conforme Alice Monteiro de Barros, o melhor seria que se introduzisse no ordenamento jurídico um prazo para que a gestante reivindicasse a nulidade da dispensa, impedindo que a empregada deixe correr o período da estabilidade, inviabilizando a reintegração e incidindo na abusividade do direito de ação²¹¹.

Diversamente é o caso da empregada doméstica, já que a reintegração depende do consentimento expresso do empregador, pois a casa é considerada asilo inviolável. Dessa maneira, o empregador não autorizando a reintegração, terá a empregada garantia aos salários do período²¹².

²¹⁰ CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para Concursos de Analista do TRT e MPU. 10ªed. São Paulo. Editora Jus Podivm, 2017, p. 788.

²¹¹ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6ª edição. São Paulo: Ltr, 2010. Pág.1117.

²¹² Idem.

CONCLUSÃO

Percebe-se na evolução do ordenamento jurídico brasileiro que o trabalho da mulher esteve continuamente presente, sendo ora aceito, ora vedado.

O Decreto 21.417 de 1932 teve importante contribuição para as normas de proteção ao trabalho da mulher como a vedação a tarefas insalubres e perigosas. Posteriormente, em 1934, foi criado o salário maternidade pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a proibição da discriminação entre homens e mulheres foi erigida à cláusula pétrea, conforme art. 5º, *caput*. Além disso, o art. 7º, inciso XVIII da CF/88 garante a licença maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias.

Com relação à Consolidação das Leis do Trabalho, algumas normas foram importantes para a proteção da mulher como o art. 391-A que conferiu à empregada gestante a garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme determina o artigo 10, II, b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988.

Outrossim, a gestante poderá ter sua função alterada durante a gravidez, caso as condições de saúde assim o exigir, de acordo com o artigo 392, parágrafo 4º, I, da CLT, sendo assegurado seu retorno à função anteriormente exercida, logo após a sua volta ao trabalho, sem prejuízo do seu salário e demais direitos garantidos.

Ainda, a empregada gestante tem direito à dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, 6 consultas médicas e demais exames complementares, conforme artigo 392, §4º, II da CLT.

Dessa forma, o arcabouço jurídico brasileiro visa proteger a vida que está por vir e a mãe durante a gestação. O legislador tomou medidas que possibilitaram a concreta participação da mulher no ambiente laboral, contribuindo para o impedimento da discriminação por meio da sua condição biológica, como os benefícios da licença e da estabilidade da gestante, dentre outras garantias.

Conclui-se desse estudo que as dificuldades advindas do trabalho não são as únicas enfrentadas pelas mulheres, já que fatores como a discriminação vêm de aspectos interdisciplinares, como os meios culturais, baseados em crenças, mitos, relações econômicas e condições de integração na vida política ou social. Ademais, se não bastasse a problemática da inserção da mulher no mercado de trabalho, por meio do combate ao preconceito de uma sociedade patriarcal, existe a luta da própria mulher contra os seus próprios estereótipos.

Portanto, superando as condutas conservadoras, anula-se com um legado cultural que permita a discriminação, diminuindo esses estereótipos diante do empoderamento feminino e de políticas que lutem contra todas as formas de desigualdades entre homens e mulheres, permitindo que se viva em uma sociedade mais justa e digna.

A participação do mercado de trabalho da mulher é crescente graças às suas habilidades e preparo para todas as atividades sociais. São indiscutíveis os talentos femininos. Contudo, ainda restam dificuldades que devem ser superadas, uma vez que sua participação em altos cargos é baixa e os salários, quando comparados com os salários dos homens nas mesmas funções, são menores. Ressalte-se que as normas legais protegem a mulher e a gestante, com o objetivo de garantir a dignidade e a participação da mulher e da gestante no mercado de trabalho.

REFERÊNCIAS:

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

BOMFIM, Vólia, Direito do Trabalho / Vólia Bomfim Cassar. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições da Personalidade. 2ed. Coimbra, 1996.

CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho para Concursos de Analista do TRT e MPU. 10ªed.São Paulo. Editora Jus Podivm, 2017.

CARREIRA, Cristiane de Mattos. A Desproteção à Maternidade e a Possibilidade de Trabalho Insalubre pela Gestante e Lactante: A Monetização da Saúde do Nascituro. MONTAL, Zélia Maria Cardoso e CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (organizadoras). Reforma Trabalhista em perspectiva: desafios e possibilidade. Editora: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho e NEVES, Gabriela. A reforma trabalhista no Brasil. Ltr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª edição. São Paulo: LTr, 2016.

GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso. O trabalho da mulher e a Emenda Constitucional n. 72/2013 – Revista LTr.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 4.ed. São Paulo: Método, 2010.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho / Luciano Martinez. – São Paulo.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Glaura Vasques de. A educação da mulher brasileira e sua participação nas atividades econômicas em 1970. Cadernos de Pesquisa. São Paulo, n. 15, de dezembro de 1975.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito do Trabalho na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquematizado. 6ªed., Editora Método, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de Direito do Trabalho aplicado: Segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho e à Legislação Complementar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. Proteção à relação de emprego. São Paulo: Ltr, 1998.

WHITAKER, Dulce. Mulher & homem: o mito da desigualdade / Dulce Whitaker. – São Paulo, 1988. (Coleção Polêmica).