

**TUTELA JURÍDICA À PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E À MATERNIDADE NO  
DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA IGUALDADE E  
DA NÃO DISCRIMINAÇÃO**

*José Mário Delaiti de Melo*

Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI) e sócio da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), é Advogado, Administrador de Empresas e Teólogo. Graduado em Direito pela Faculdade Estácio do Recife (Estácio/FIR), em Administração pela Universidade de Pernambuco (UPE) e em Teologia Eclesiástica pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel/Faculdade Gospel (FG). Especialista em Direito Administrativo e em Direito Civil, ambas pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (FIJ), Mestrando em Gestão do Desenvolvimento Local Sustentável pela Universidade de Pernambuco (UPE) e Mestrando em Teologia com ênfase em Bibliologia pela Faculdade Internacional de Teologia Gospel/Faculdade Gospel (FG). Servidor da Prefeitura do Recife (PCR) e Conciliador do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE). Articulista de sites jurídicos. *Curriculum lattes:*  
<http://lattes.cnpq.br/0065877568376352>

**Recife, Novembro/2012**

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>RESUMO.....</b>  | <b>03</b> |
| <b>ABSTRACT.....</b>  | <b>04</b> |
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>05</b> |
| <b>2 O TRABALHO DA MULHER NA ORDEM INTERNACIONAL<br/>E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>  | <b>07</b> |
| <b>2.1 A evolução da organização do trabalho e a disciplina legislativa<br/>        sobre o trabalho da mulher .....</b>  | <b>07</b> |
| <b>3 DO DIREITO AO TRABALHO E A PARTICIPAÇÃO DA MULHER<br/>NO MERCADO ATUAL .....</b>   | <b>13</b> |
| <b>3.1 A proteção à luz da CLT ao trabalho da mulher .....</b>  | <b>13</b> |
| <b>3.2 A legislação ordinária e a proteção à gestante e à trabalhadora mãe .....</b>  | <b>15</b> |
| <b>4 TUTELA JURÍDICA À PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E<br/>À MATERNIDADE: igualdade e não discriminação no direito ao trabalho .....</b>                                      | <b>19</b> |
| <b>4.1 Relevância jurídico moral da tutela jurídica à gravidez e<br/>        à maternidade: maternidade e sua função social .....</b>                               | <b>19</b> |
| <b>4.2 O terceiro princípio fundante das liberdades fundamentais: o direito<br/>        à igualdade e a proibição de discriminação no direito ao trabalho .....</b> | <b>23</b> |
| <b>4.3 Tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade para a Jurisprudência .....</b>  | <b>27</b> |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>   | <b>28</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>30</b> |

## RESUMO

O objetivo geral do presente artigo é analisar a tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade como critérios para a não discriminação da mulher no direito ao trabalho. Especificamente, interpretar as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que tratam da proteção à gravidez e à maternidade; analisar o princípio da igualdade que trata a Carta Política de 1988 e sua relação com a não discriminação da mulher no seu direito ao trabalho. Os contratos de trabalho firmados com as mulheres não são, portanto, contratos especiais ou diferentes. São relações jurídicas da mesma natureza que aquelas celebradas com os trabalhadores do sexo masculino. O que lhes confere uma luz própria é a tutela diferenciada que sobre elas recai. Trata-se de uma ordem de proteção mais incisiva, para poder ser atingida a igualdade e realizar-se o respeito ao interesse público. As considerações finais apontam que, a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer ordem, aponta para o direito de ter a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade resguardadas, independentemente de ser homem ou mulher, de sua cor, origem social, nacionalidade, idade, estado civil, religião, ideologia, crenças ou credos. E, no plano das relações de trabalho, um dos objetivos do princípio da igualdade é o de permitir que homens e mulheres tenham iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, de salários, de promoções e, até mesmo, de critérios para a terminação de seus contratos de trabalho.

**Palavras-chave: Tutela Jurídica. Proteção à maternidade. Não Discriminação.**

## ABSTRACT

The overall goal of this article is to analyze the legal protection to protection against pregnancy and maternity as criteria for non-discrimination of women in the right to work. Specifically, interpret the conventions of the International Labour Organisation, which deal with the protection of pregnancy and maternity; analyzing the principle of equality that treats the Charter Policy 1988 and its relation to non-discrimination of women in their right to work. Employment contracts signed with women are not, therefore, special or different contracts. Legal relations are of the same nature as those concluded with male workers. What gives them the light itself is differentiated tutelage that falls on them. This is an order of protection more effective, to be achieved equality and held the respect of the public interest. The conclusions point that equality before the law, without distinction of any kind, points to the right to life, liberty, security and property safeguarded, whether man or woman, of his color, social origin, nationality, age, marital status, religion, ideology, beliefs or creeds. And, in terms of labor relations, one of the goals of the principle of equality is to allow men and women have equal access to employment, the exercise of professions, salaries, promotions, and even the criteria for termination of their employment contracts.

**Keywords: Legal Guardianship. Maternity protection. Nondiscrimination.**

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, a igualdade jurídica entre homens e mulheres, impossibilitando assim, qualquer tipo de discriminação em relação ao sexo. Com base nessa não discriminação em relação a mulher, o presente trabalho, tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade como fator de não discriminação da mulher no mercado de trabalho traz em seu bojo, aspectos gerais sobre a proteção ao contrato de trabalho das mulheres.

Sendo impossível desprezar a premissa de que todos são iguais, homens e mulheres devem ter os mesmos direitos, não raro, observa-se no mercado de trabalho, o exercício discriminatório contra a mulher no emprego e mais atualmente na profissão. Mulheres motoristas que ganham menos que os homens, mulheres mães que perdem seus empregos ao dar a luz, por exercerem um direito seu que é a o de licença a maternidade de 180 dias.

Por tudo acima exposto, a relevância para análise do tema supra deita-se no fato de que, as mulheres detêm uma condição peculiar, porque são portadoras do direito de procriação, trazendo dentro de seus corpos a maternidade. Esse aspecto é um dado relevante e suficiente para que se justifique um tratamento diferenciado, protetor, que, ao invés de diminuir o direito do homem, amplia o da mulher, para, então, alcançar um patamar de efetiva igualdade.

Os contratos de trabalho firmados com as mulheres não são, portanto, contratos especiais ou diferentes. São relações jurídicas da mesma natureza que aquelas celebradas com os trabalhadores do sexo masculino. O que lhes confere uma luz própria é a tutela diferenciada que sobre elas recai. Trata-se de uma ordem de proteção mais incisiva, para poder ser atingida a igualdade e realizar-se o respeito ao interesse público.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é analisar a tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade como critérios para a não discriminação da mulher no direito ao trabalho. Especificamente, interpretar as Convenções da Organização Internacional do Trabalho, que tratam da proteção à gravidez e à maternidade; analisar o princípio da igualdade que trata a Carta Política de 1988 e sua relação com a não discriminação da mulher no seu direito ao trabalho.

Para tanto, foi necessário dividir o presente artigo em capítulos de forma que no primeiro aborde-se acerca do direito ao trabalho da mulher e sua relação com o trabalho da

mulher no ordenamento jurídico brasileiro, contemplando a legislação ordinária e a proteção à gestante e à trabalhadora mãe à luz da CTL.

O segundo capítulo analisa-se a participação da mulher no mercado de trabalho e sua relação com o direito ao trabalho, observando as peculiaridades do contrato de trabalho da mulher. As normas de tutela ao trabalho da mulher.

O terceiro capítulo trata de analisar a tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade, tutela esta que conforme será analisado contribuirá para a não discriminação da mulher no seu direito ao trabalho. Enfocando o princípio constitucional da igualdade jurídica.

Por fim as considerações finais em que se observará que, considera-se, que a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer ordem, aponta para o direito de ter a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade resguardadas, independentemente de ser homem ou mulher, de sua cor, origem social, nacionalidade, idade, estado civil, religião, ideologia, crenças ou credos. E, no plano das relações de trabalho, um dos objetivos do princípio da igualdade é o de permitir que homens e mulheres tenham iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, de salários, de promoções e, até mesmo, de critérios para a terminação de seus contratos de trabalho.

## **2 O DIREITO AO TRABALHO E O TRABALHO DA MULHER NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

### **2.1 A evolução da organização do trabalho e a disciplina legislativa sobre o trabalho da mulher**

Mesmo nas sociedades primitivas, a primeira forma de divisão do trabalho ocorreu entre os dois sexos (BARROS, 1995, p. 27). O homem caçava e pescava, a mulher, colhia frutos, advindo assim, a cultura da terra e as atuais formas de organização do trabalho. Impõe inicialmente desenvolver uma breve análise histórica acerca das relações de trabalho, abordando as suas diversas formas, através dos tempos, para que se possa entender as profundas e importantes transformações sofridas até a concepção atual.

Como se há de verificar, o desenvolvimento do trabalho está intimamente ligado a evolução social do homem, assim, o trabalho que surgiu como uma necessidade de sobrevivência do próprio homem, foi sendo ao longo da história cada vez mais aprimorado, destarte, a atingir o patamar de principal responsável pela sobrevivência da sociedade moderna, sendo, em última análise, a sua força motriz.

É consabido que as técnicas de produção partiram, nos primórdios, de um estágio artesanal e precário, até se desenvolverem ao ponto de na modernidade gerar excedentes de produção, que incentivaram o desenvolvimento de outras práticas econômicas, como as dos mercadores e atravessadores.

Entrementes, foi sendo criado, gradativamente, o que viria a desenvolver-se posteriormente como a ideologia do consumo. Desta feita, tornou-se necessário produzir sempre mais e, se preciso fosse, criar mercados consumidores. A produção não deveria atrelar-se à demanda real, devendo ir além dela, forçando o consumo de bens a todos que pudessem pagar.

Assim, a acumulação de riquezas, a busca e a conquista de mercados fizeram com que a estrutura capitalista, se tornasse a base para o surgimento da revolução industrial. As técnicas de produção em larga escala eram cada vez mais expressivas, mormente, no período entre o final do século XVIII e início o século XIX, plena revolução industrial (GIL, 2010).

Segundo Alves (2005, p. 19) a classe trabalhadora, arregimentada para as grandes fábricas, não receberam os bônus do progresso tecnológico, nem os frutos do capitalismo nascente. Para que o industrial pudesse aumentar seus lucros explorava ao máximo os

trabalhadores. O proletariado era o suporte da acumulação e escoamento de riquezas propiciadas, ou potencializadas, pelo capitalismo industrial.

Cumprir ressaltar que na busca desenfreada pelo aumento da produção, o que menos importava eram as condições de trabalho, portanto, a exploração dos trabalhadores nas fábricas era desumana. “ [...] trabalhavam 12, 14, 18 horas por dia em ambientes totalmente insalubres, sem qualquer infra-estrutura básica, o que acarretava doenças, vícios e aumentava a miséria da nascente classe trabalhadora. As mortes nas fábricas por doenças ligadas ao trabalho eram comuns e numerosas” ( ALVES, 2005, p. 19).

Nascimento (2002, p.40) relata o sofrimento do nascente proletariado, sobretudo dos menores trabalhadores:

O industrial de algodão *Samuel Oldknow* contratou, em 1796, com uma paróquia a aquisição de um lote de 70 menores, mesmo contra a vontade dos pais. *Yarranton* tinha, a seu serviço, 200 menores que fiavam em absoluto silêncio e eram açoitadas se trabalhavam mal ou demasiado lentamente. Daniel Defoe pregava que não havia nenhum ser humano de mais de quatro anos que não podia ganhar a vida trabalhando. Se os menores não cumpriam as suas obrigações na fábrica, os vigilantes aplicavam-lhes brutalidades, o que não era geral, mas de certo modo, tinha alguma aprovação dos costumes contemporâneos.

Os trabalhadores não tinham outra opção eram obrigados a trabalhar para sobreviver, pois esta era a única alternativa. Desse modo, em toda a Europa, a exploração do trabalho humano se verificou de forma cruel. O empregador estabelecia a duração da jornada e a remuneração, sem que houvesse possibilidade de questionamento pelo trabalhador, que ou aceitava as condições ou nem sequer teria condições de se alimentar.

Diante desta realidade, o Estado se mostrou omissivo durante muitos anos, entendia-se que não cabia ao Estado intervir nas relações particulares e, portanto, nas relações de trabalho. O que permitia ao empregador ditar livremente as normas de trabalho, sempre em desfavor do hipossuficiente – o trabalhador. No entanto, com o aumento desenfreado da miséria no seio da classe operária, surgiram as primeiras indignações, através das leis protetivas que começavam a aparecer para coibir ou diminuir os abusos. A organização sindical, as idéias Marxistas e o desenvolvimento de uma ideologia social cada vez mais crescente influenciaram positivamente os legisladores do início do século XX para que nascesse o Direito do Trabalho.

No Brasil, o Direito do Trabalho desenvolveu-se no final do século XIX com a contribuição dos trabalhadores imigrantes, e teve como marco inicial a edição de leis esparsas que instituíam proteção aos trabalhadores, como o Decreto n.º 1.313/1891 que protegia os



menores trabalhadores e a Lei n.º 4.982/1925 que garantia aos trabalhadores de algumas categorias férias de 15 dias por ano.

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

Não se pode olvidar que estabelecer as garantias sociais ao trabalhador consiste na função precípua do Direito do Trabalho, conforme leciona Delgado (2002, p.46):

Na verdade, o ramo juslaboral destaca-se exatamente por levar a certo clímax esse caráter teleológico que caracteriza o fenômeno do Direito. De fato, o ramo justabalhista incorpora, no conjunto de seus princípios, regras e institutos, um valor finalístico essencial, que marca a direção de todo o sistema jurídico que compõe. Esse valor – e a conseqüente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Sem tal valor e direção finalística, o Direito do Trabalho sequer se compreenderia, historicamente, e sequer justificar-se-ia, socialmente, deixando, pois, de cumprir sua função principal na sociedade contemporânea.

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

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

Nesse contexto, o ramo juslaboral, concebido para diminuir as adversidades nas relações de trabalho, contribuiu para a organização industrial. Um exemplo disso foi o surgimento da teoria administrativa científica de Frederick Winslow Taylor que através da observação do trabalho nas indústrias norte-americanas buscou um novo modelo de produção mais racional e objetivo, baseando-se, para tanto em princípios que definiram métodos de trabalho tendentes à otimização da produção industrial.

Com a implantação do taylorismo aumentou-se a produtividade, por meio da gerência e controle das atividades dos trabalhadores em seus respectivos postos de trabalho, e com isso, criou-se o intervencionismo da técnica, pela ação racionalizada da direção efetiva, através da chefia numerosa, em toda a vida da empresa. Em suma, passou-se a controlar de

perto a produção dos empregados, destarte, aumentar a subordinação hierárquica nas relações trabalhistas.

Todavia, foi com o advento da linha de montagem, o método fordista, que foi possível diminuir os tempos de produção. Criou-se uma nova realidade na indústria com o aumento considerável na produção e, por conseguinte, o aumento do consumo, como constata Silva (2004).

Assim, o fordismo, baseado no conjunto de técnicas, idéias e sistemas tendentes a racionalizar a produção, na mesma linha dos princípios tayloristas, possibilitou o aumento do consumo, por meio das melhorias das relações de trabalho que visavam a participação do trabalhador na massa de consumidores.

Considerando a importância destes métodos na formação do direito do trabalho, assinala Alves (2005, p.24):

Portanto, pode-se dizer que o fordismo trouxe ao mundo uma nova visão de mercado, de produção, de trabalho, de vida e de sociedade, aumentando a participação das pessoas no consumo, mas também a concentração da renda nas mãos dos grandes industriais. Trouxe melhorias, mesmo que incipientes, para as relações de trabalho e foi importante para a expansão e construção da indústria nacional dentro da óptica fordista de produção.

Em última análise, pode-se dizer que o fordismo trouxe ao mundo uma nova visão de mercado, de produção e de trabalho, ao aumentar não só a participação das pessoas no consumo, mas também por concentrar a renda nas mãos das grandes indústrias. Em contrapartida trouxe melhorias, mesmo que incipientes, para as relações de trabalho.

Todavia, com a ascensão da concorrência e as crescentes crises econômicas, o mercado não mais absorveria, como antes, a produção em larga escala da fábrica Fordista. Desse modo, foi necessária uma reconstrução do modelo de produção até então vigente, para um novo modelo que se utilizasse das novas tecnologias e, assim, pudesse concorrer com o incremento de vendas, sobretudo, das indústrias japonesas, que passaram a adotar um novo modelo de trabalho mais flexível: o toyotismo.

Nesse novo modelo, marcado pelo trabalho em equipes e pelo uso de grande rotatividade dos trabalhadores nos postos de trabalho de acordo com a demanda, a produção se desenvolve por um processo flexível e enxuto. O trabalhador passa a operar diversas máquinas distintas, combinando diferentes tarefas, no que se denominou multifuncionalidade. Silva (2004).

Interessante observar que os novos processos de trabalho substituem o cronômetro e produção em série, marcas registradas dos modelos fordistas e tayloristas, pela flexibilização da produção e especialização do modelo toyotista. A subcontratação de trabalhadores passa a

ser uma marca registrada deste novo processo de produção, assim, “ Passa-se da economia de grande escala à economia da flexibilidade, pois a empresa deve produzir para repor os seus estoques, conforme as necessidades conjunturais ‘Just in time’”(SILVA, 2004, p. 114). Foi exatamente com a busca por novas formas de adequação da produção aos ditames do mercado, visando a diminuição dos custos para não perder o lucro, é que se repensou o fordismo, e fez-se surgir novos modelos de produção e de controle de estoques que atendessem aos diferentes tipos de consumidores, utilizando-se de conceitos como a fábrica mínima e estoque zero.

A influência do modo toyotista de produção nas relações de trabalho se caracterizaram pela proposta da substituição da produção em massa por uma produção menor, a custos mais baixos, onde não mais se fazia necessário grandes números de gerentes para controlar de perto seus subordinados. Pelo contrário, a produção passou a ser delegada a equipes de trabalho, com tarefas definidas e com margem decisória para estabelecer o seu programa de trabalho tendo em vista a meta fixada pela empresa.

Com efeito, cada equipe de trabalhadores seria responsável pela qualidade de sua produção, podendo inclusive parar a cadeia produtiva ao notar algum defeito, o que denota um aumento substancial na autonomia.

Como se pode notar, a otimização da produção para atender o mercado passou a ser o enfoque principal da indústria, e, por conseguinte, a atividade empresaria que não estivesse ligada diretamente a produção deveria ser destinada a outra sociedade empresarial, surgindo, então a terceirização e a flexibilização como formas de redução de custos.

Embora, o Direito ao trabalho redobre-se na preocupação com o trabalhador, e, embora, se saiba como já observado que a divisão do trabalho já albergava a mulher desde as primeiras formas de divisão do trabalho, as primeiras manifestações legislativas acerca do trabalho da mulher somente surge em 1842 na Inglaterra, tendo como seus precursores os liberais Robert Owen (1771-1858) e Daniel Lê Grand (1783-1859) (BARROS, 1995).

No ano de 1919, em 25 de janeiro, instalou-se a Conferência da Paz, que deu origem ao Tratado de Versailles, neste, em sua Parte XIII, criou-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com isto, o trabalho da mulher foi uma das primeiras matérias a constituir objeto de regulamentação específica por esse organismo internacional (BARROS, 1995).

Universalizado o Direito do Trabalho, principalmente no que se refere à tutela do trabalho feminino, a OIT inseriu uma certa flexibilidade nos métodos de aplicação de suas normas no que se refere ao trabalho da mulher. Inclui-se algumas categorias do campo de incidência da convenção, como a possibilidade de aplicação gradual de suas cláusulas ou a

não-aplicação de algum dispositivo. Segundo Barros (1995) essas medidas legislativas de proteção às mulheres foram incorporadas à legislação interna da maioria dos países, como parte integrante do Direito do Trabalho, sendo, posteriormente, criticadas, com o fundamento de que desrespeitavam o princípio da igualdade, não obstante os mecanismos de flexibilidade adotados pela OTT.

Várias foram as Convenções criadas pela OIT, como se pode citar: a Recomendação n. 123, de 1965, ampliada, em 1, pela Convenção n.156, complementada pela Recomendação nº 165, para as mulheres com responsabilidades familiares; O trabalho noturno da mulher dando origem à Convenção n. 4, de 1919, ratificada pelo em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo já citado Decreto n. 423, de novembro de 1935. Mais recentemente, o Protocolo de 1990, da OIT, reviu a Convenção n. 89. Esse protocolo veda o trabalho noturno às mulheres que se encontrarem no período de licença-maternidade de pelo menos dezesseis semanas, sendo oito antes da data presumida do parto, salvo se a empregada solicitar expressamente seja afastada a vedação e desde que não seja prejudicial à sua saúde e à de seu filho (BARROS, 1995).

Corroborando ainda a doutrina acima, que não obstante, com o propósito de proteger a maternidade, a OIT adotou, em a Convenção Internacional n.3, ratificada pelo Brasil em 27 de 1934, promulgada por meio do Decreto n. 423, de 1935, e denunciada em 18 de dezembro de 1962, Decreto n. 51.627. Essa Convenção n. 3 foi revista em 1952, ratificada pelo Brasil, tratam, igualmente, da tutela à maternidade as Recomendações da OIT nº 12, de 1921, e n. 95, de 1952 (BARROS, 1995). Assunto que será melhor analisado a seguir.

### **3 DO DIREITO AO TRABALHO E A PARTICIPAÇÃO DA MULHER NO MERCADO ATUAL**

#### **3.1 A proteção à luz da CLT ao trabalho da mulher**

A Constituição brasileira estabelece no inciso XX, do art. 7º, que os trabalhadores têm direito à proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Este dispositivo sinaliza para a existência da desigualdade no mercado de trabalho em relação à mulher e refere os meios de que pode dispor o Estado para atuar em face da questão (MORAES, 2006).

Segundo os dispositivos acima, a proteção ao trabalho da mulher no mercado refere-se a incentivos, o que remete a uma política de emprego ativa.

O inciso XVIII, do mesmo dispositivo constitucional, estabelece-se o direito de licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário.

A legislação infraconstitucional regula a questão do pagamento do benefício salário-maternidade, substitutivo do salário daquela que entra em gozo de licença-maternidade, é uma medida de política de emprego passiva.

Ela visa dar suporte do nível de renda à empregada gestante e mãe, sendo que este encargo não é custeado diretamente pelo empregador e, conseqüentemente, não tem reflexos diretos no custo do trabalho da empregada mulher (MORAES, 2006).

O inciso XXX do mesmo artigo 7º da Constituição diz ser direito do trabalhador a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

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

A lei nº 7353/85 criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, com o objetivo de promover nacionalmente política visando eliminar a discriminação da mulher e a igualdade de direitos. A Lei nº 9.029/95 dá proteção às mulheres contra discriminação em razão de gravidez.

O Decreto 1904, de 13/5/96, que institui o Programa Nacional de Direitos Humanos, contem várias propostas de ações governamentais no sentido de apoiar os organismos, incentivar iniciativas e assegurar o cumprimento da legislação que trata da discriminação da

mulher no trabalho. Importante ressaltar que a reestruturação produtiva, a política econômica neoliberal e globalização transformaram o mundo do trabalho nos últimos anos, sobretudo no Brasil. As profundas modificações nas divisões de trabalho, preponderantemente divididas entre trabalhadores e trabalhadoras, não têm mais espaço no direito juslaboral.

Neste ensejo, a Convenção das Leis Trabalhistas brasileira passou a discutir e inserir em seu corpo de leis normas benéficas ao trabalho da mulher, considerando os fundamentos de tal tutela especial, tais como, a fisiologia e a eugenia da mulher, ligados a função reprodutora e ao fortalecimento da raça,

Justificando, assim a tutela especial ao trabalho da mulher, integrando-se nos mecanismos produtivos, bem como, gozando de qualquer proteção jurídica que garanta, sua condição de ser humano dotado de dignidade.

Posta assim a questão, é de se dizer que a evolução social das relações trabalhistas influencia diretamente na abrangência do Direito do Trabalho. Noutras palavras, pode-se afirmar que as mudanças nas relações de trabalho, fruto da evolução tecnológica e da descentralização produtiva, reclamam uma postura inclusiva, por meio do alargamento do manto protetivo do Direito do Trabalho da mulher.

Destarte, com a entrada em vigor da CLT em maio de 1943, determinou-se expressamente, atendendo o interesse nacional relevante, e ouvidas as entidades sindicais correspondentes, a restrição ao trabalho das mulheres: O art. 380 consolidado manteve a exigência quanto à fixação dos salários por parte do empregador e à apresentação de atestado de capacidade física e mental, dispensando a apresentação de atestado de bons antecedentes (BARROS, 1995).

Em 24 de outubro de 1989, a Lei n. 7.855 revogou, expressamente, os arts. 379 e 380 da CLT, não mais persistindo restrição ao trabalho noturno da mulher, o que representou um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico, como já analisado na primeira parte desse estudo (BARROS, 1995, p. 422).

O Decreto n. 21.417-A, de 17 de maio de 1932, no art. 5, proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular, nos serviços perigosos e insalubres constantes do quadro anexo ao decreto.

O dispositivo em questão foi reproduzido no art. 387 do texto consolidado, até sua revogação pela Lei n. 7.855, de 24 de outubro de 1989.

Persistiram as restrições ao trabalho das mulheres em horas extraordinárias (art. 376 da CLT) e com pesos (art. 390 e parágrafo único da CLT), atividades consideradas penosas. A prorrogação do trabalho da mulher só é possível na hipótese de regime de compensação ou

nos casos de força maior. No que diz respeito ao regime de compensação, a redação inicial do art. 374 da CLT exigia acordo ou contrato coletivo, homologado pela autoridade competente, e acréscimo de 20%, no mínimo, sobre a hora normal acrescida, enquanto para o homem nenhuma sobrecarga à hora normal estava prevista (art. 59 § 2 da CLT).

Ainda, esta mesma CLT, com entrada em vigor em maio de 1943, assegurou-se expressamente, também, em seu artigo 393 e respectivos parágrafos a licença da gestante, sem prejuízo do salário, conforme previsão da Carta Política Brasileira de 1934. A também, Carta de 1937 assegurava a licença da gestante, daí o entendimento de que a lei ordinária não poderia eximir o empregador dessa obrigação.

Aliás, por ocasião da incorporação da CLT às normas de proteção ao trabalho da mulher, Barros (1995), adiciona que ela não estendeu essa proteção do ponto de vista do direito material, apenas, mas, e bem como, do ponto de vista formal, o que sobremaneira, ampliou-se o acesso da mulher ao mercado de trabalho.

### **3.2 A tutela especial do trabalho da mulher e a sua participação no mercado atual**

Segundo Barros (1995) os principais fundamentos da tutela especial ao trabalho da mulher, então embasados em rodem fisiológicas e de eugenia, ou seja, segundo a doutrinadora, os motivos estão ligados, respectivamente, à função reprodutora e ao fortalecimento da raça, para justificar a licença-maternidade e os intervalos destinados ao aleitamento; motivos biológicos, provenientes da debilidade física, capazes de determinar a proibição de trabalhos perigosos, insalubres e as medidas especiais de higiene e segurança; finalmente, razões espirituais, morais e familiares, que a rigor residem no resguardo da mulher no lar, utilizadas para justificar a proibição do trabalho extraordinário e noturno (BARROS, 1995).

Na realidade, a tutela especial liga-se a debilidade orgânica que marca a mulher, a natureza dos órgãos que situam em seu sexo, as tradições seculares, os encargos domésticos, sua sensibilidade nervosa, seu feitio temperamental e os deveres de família sobrecarregam a mulher empregada, que é a mãe das gerações do futuro. É, por isso, conveniente para a sociedade, que ela esteja higiênica e espiritualmente defendida. Aí, todo o fundamento social das regras que a protegem (BARROS, 1995).

Segundo Barros (1995) os motivos biólogos e fisiologistas demonstram que a mulher, em confronto com o homem, possui menor resistência a trabalhos extenuantes, por isso

recomendam especiais cautelas do ponto de vista físico e espiritual. Daí porque, se recomendam evitar trabalhos complicados, e aconselham decompô-los em atos mais simples, que não requeiram um esforço excessivo; multiplicar os intervalos de repouso; tornarem sempre mais automáticos os movimentos realizados profissionalmente.

Adiciona ainda a doutrinadora que, do ponto de vista espiritual, aconselham evitar o esforço prolongado e intenso do pensamento, executar trabalhos de breve duração. Isto porque, a mulher não pode, de modo geral, substituir o homem em trabalhos fatigantes ou que requeiram excessiva concentração do pensamento (BARROS, 1995).

Tais proteções e garantias foram fundamentais para o agigantamento do mercado de trabalho da mulher. Não há dúvida de que as mulheres representam hoje no Brasil uma parcela significativa do mercado de trabalho.

Na maior metrópole do país, São Paulo, segundo dados do DIEESE, a taxa de participação feminina no mercado de trabalho cresceu 8,9%, enquanto a masculina caiu 3,6%, isto no período de 2009 a 2010 (universia.com).

A posição da mulher no mercado de trabalho não é muito diferente em outras regiões do Brasil. Com isto, observa-se está havendo um processo de feminização do Direito ao Trabalho. A atuação dos sindicatos contra a discriminação da mulher no trabalho tem sido insuficiente e, ainda, as pautas de reivindicações não revelam nada de significativo nesta direção, salvo algumas cláusulas sobre a mãe comerciária e, em poucos casos, contra a discriminação salarial. A questão da desigualdade do trabalho feminino deve ser vista no contexto geral do mercado de trabalho no mundo e, em particular, do mercado de trabalho no Brasil.

A história revela como visto anteriormente, que desde os primórdios da civilização a mulher desempenha, de maneira não reconhecida pela sociedade, importantes papéis. Ficava a cargo da mulher todas as tarefas domésticas como lenhar, cozinhar, limpar a cabana (TAVARES, 2010).

Tradicionalmente, em função da própria cultura masculinizada das organizações e tendo em vista as atribuições domésticas já descritas e delegadas às mulheres, os cargos de comando eram ocupados pelos homens.

O acesso recente das mulheres a postos de responsabilidade em empresas, deve ser observado como um fato conseqüente do papel da mesma ao longo da história. Alambert (1996) salienta que a participação efetiva e importante da mulher em relação à evolução da história é conferida também no movimento francês Comuna de Paris, em 1871.



A Comuna se constituiu na primeira oportunidade real para a participação de amplas massas femininas na vida política da França. Corrobora a autora que “as mulheres participaram intensamente dos combates como enfermeiras, condutoras de ambulância e até mesmo nas barricadas, na luta efetiva (ALAMBERT, 1996 apud ALBANOZ, 1993)”.

Durante a Segunda Guerra Mundial o papel da mulher é também evidente, ainda segundo Alambert (1996, p. 149)

A mulher não só trabalhou na produção de material bélico e alimentos, como também, engajou-se nos exércitos e nos combates de guerrilha”. Também durante a guerra, a mulher contribuiu, ajudando a desenvolver o Univac, primeiro computador de grande porte para uso comercial. Seguidora de Hopper, a inglesa Ada Augusta resgata a obra do matemático Charles Babbage, reconhecido como o idealizador da máquina de computar, e, com isso, contribuiu para o surgimento de uma linguagem de programação chamada ADA para uso científico e comercial, desenvolvida nos anos 80 pelo Departamento de Defesa Americano.

Assim, embora observa-se existir uma trajetória trilhada pelo sexo feminino ao longo da evolução da espécie. Esta trajetória não pode ser analisada da mesma maneira que a dos homens, a trajetória feminina no mercado de trabalho, caracteriza-se pela continuidade.

Ressurgindo com o advento do sistema capitalista, num ambiente econômico baseado na produção em massa. E assim, dentro desse contexto de competitividade, inovação e criatividade, a mulher, reafirma a importância do seu papel no desenvolvimento econômico, social e político.

As mulheres, passam a assumir papéis cada vez mais significativos independente de sua nacionalidade, ao mesmo tempo que apresenta um elemento estratégico em relação às transformações sociais e econômicas, contribuindo e participando das mudanças históricas, mesmo sem o devido reconhecimento por parte da sociedade como um todo.

A despeito de as mulheres terem ocupado postos em organizações desde o início da Revolução Industrial e de pesquisarem sobre o assunto desde o início do século, sua presença em posições gerenciais era vista como uma anomalia ou considerada normal se estivessem em papéis subordinados.

Para Bruschini (1995, p. 85)

A persistente estruturação sexuada das organizações é apoiada e sustentada pela subestrutura organizacional, como as práticas relacionadas com a reprodução extra-organizacional de seus membros. As mulheres são os fornecedores ocultos na economia, pois a reprodução física e social dos empregados acontece fora do local de trabalho e é realizada primordialmente por mulheres, muito como trabalho não remunerado.

Assim a posição que as mulheres vêm ocupando no mundo do trabalho estrutura os interesses e muitos dos comportamentos cotidianos. Isso leva a pensar no trabalho das mulheres enquanto executivas, diretoras, ministras, mais e, principalmente mulheres mães,

que lutando por uma situação de igualdade entre os homens. Com isto, observa-se que o papel da mulher na sociedade modificou-se, a sua função fisiológica de procriação não se alterou, apesar das técnicas de vanguarda sobre inseminação artificial, justificando as medidas de tutela e seu aperfeiçoamento.

Tutela-se à gravidez e á proteção à maternidade, que passam a ter uma função social, pois dela depende a renovação das gerações.

Assim, as medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações (BARROS, 1995).

Convenções garantem assim, a tutela à gestação e á maternidade, normas internacionais prevê a licença remunerada da gestante, garantiram-se além de assistência médica antes, durante e após o parto, licença integral na hipótese de parto prematuro e prorrogação dos dois períodos de licença, em caso de doença.

E, assim, segundo Barros (1995) os riscos que ameaçam a saúde da mulher, o desenvolvimento da gravidez e da criança justificam o tratamento especial, não se avaliando apenas as conseqüências individuais e familiares, mas também sob o prisma social, o direito à vida como bem maior a ser tutelado, conforme analisado a seguir.

## **4 TUTELA JURÍDICA À PROTEÇÃO À GRAVIDEZ E À MATERNIDADE: igualdade e não discriminação no direito ao trabalho**

### **4.1 Relevância jurídico moral da tutela jurídica à gravidez e à maternidade: a maternidade e sua função social**

Observado anteriormente em ambos os capítulos, a tutela jurídica à maternidade e à gestação estão previstas nos artigos 391 a 401 da CLT – Consolidação das Leis Trabalhistas, estas estendidas às empregadas, inclusive, a domicílio.

Segundo Barros (1995) a maternidade tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. A mulher atual além da função materna de reprodução e cuidados com os filhos tem objetivos profissionais e pessoais, na sua independência econômica, oportunidade em que se preocupa como o seu crescimento profissional.

A história da humanidade, sempre foi caracterizada pelo papel da mulher em suas diferentes funções, hoje, com responsabilidade modificadas, a maternidade (o gerar um bebê), devido a fatores biológicos, é algo exclusivo das mulheres. Porém, durante o século XVII, período denominado de Idade Média, o sentimento de família e de infância praticamente não existia (ARIÉS 1981). Prevalcia uma cultura Patriarcal, no qual defendia a superioridade masculina, sendo que a mulher ocuparia uma posição inferiorizada equiparando a uma criança, sendo-lhe atribuída pouca ou nenhuma importância. Os casamentos eram por contrato baseando-se em interesses econômicos e alianças políticas, estes fatos segundo Moura e Araújo (2004) contribuíram para o alto índice de mortalidade infantil, período também em que se caracterizou pela divisão do trabalho entre o que era para os homens e o que era exclusivo para as mulheres. Época em que, também, a mulher só era reconhecida e valorizada através da maternidade, sua função era fornecer o maior número possível de filhos para arar a terra e defender a terra e o estado (MURARO, 2000, p. 62).

Estudos relacionados à mulher neste período enfatizam sua definição como a procriadora de vidas. Ribeiro (2002) coloca que a mulher como ser biológico carrega em sua essência a responsabilidade de gerar outro ser semelhante a si, dando continuidade à vida humana.

Darwin apud Hrdy (2001), caracteriza as fêmeas como equipadas para a criação de filhos, devendo ser a maternidade a principal função social da mulher.

Com o liberalismo econômico, favoreceram-se ideais de liberdade e felicidade individual (BADINTER apud MOURA; ARAUJO, 2004, p.46). A mulher passou a ter uma nova imagem com relação à maternidade, ampliaram-se as responsabilidades maternas

obteve-se uma valorização, através do respeito, da mulher-mãe, inclusive da mulher profissional e trabalhadora, a mulher então amplia o seu espaço. O que marca o início de grandes transformações no papel social da mulher.

A inserção, assim, da mulher no mercado de trabalho, não significou abandono a feminilidade, a reprodução, tampouco, a substituição do homem. A mulher com o trabalho, apenas assume mais uma atividade, conciliando o trabalho externo, com os cuidados com o lar e a família.

Chegou-se ao século XXI, a mulher encontra-se devidamente inserida no mercado de trabalho, descobrindo sua realização através deste, sem deixar sua função social: a maternidade, que passa a receber tutelas jurídicas especializadas, e sob tal proteção jurídica, a maternidade surge como fato biológico e social determinante de um tratamento especial, porque segundo Castro (2005) há diferenciações das situações do homem e da mulher. Entretanto, saliente Deldago (apud CASTRO, 2005) que a Constituição Federal de 1988 não inviabilizada tratamento diferenciado à mulher enquanto mãe.

Assim, segundo Castro (2005) a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Carta de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto.

E o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, com o artigo 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias), art. 226 (preceito valorizador da família) e das inúmeras normas, que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e adolescente (contidos no art. 227, CF/88).

Destarte, os também artigos 194, 200, I e 7º, XXII, CF/88, os quais garante à empregada, durante a gravidez e sem prejuízo do salário, dispensa do horário de trabalho pelo menos necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares (CASTRO, 2005).

É, oportuno ainda lembrar, que tais garantias, com a Constituição Federal de 1988, o art. 7º arrolou, entre os direitos das trabalhadoras urbanas e rurais, a licença à gestante, com duração de 120 dias, incluindo-se em 1991, o salário maternidade à empregada rural, bem como à trabalhadora avulsa, assegurando o seguimento da característica expansionista, de ampliação das destinatárias da licença – maternidade (BARROS, 1995).

Ainda no rol do campo de aplicação da tutela jurídica à gravidez e à maternidade, tem-se a licença compulsória, oportunidade em que a legislação brasileira, inspirada em convenções internacionais, proibia o trabalho da empregada grávida durante 120 dias.

Barros (1995) chama atenção também para a incidência de parto prematuro, assegurado à empregada a licença remunerada, nos termos do art. 392 da CLT.

Assinala a mesma doutrinadora que o direito à licença-maternidade independe do estado civil da mulher, tampouco está condicionado ao nascimento com vida do filho. O afastamento após o parto é obrigatório, isto porque a licença tem como fato gerador a gestação. De outra sorte, se a empregada vem a falecer em decorrência do parto, cessa a obrigação do pagamento correspondendo.

Parto múltiplo, nascimento de filhos gêmeos não altera o período da licença, nem o valor da prestação correspondente à falta de distinção legal a respeito. O Direito do Trabalho brasileiro não distingue, como deveria, entre parto simples ou múltiplo para fins de pagamento de salário-maternidade, à semelhança da legislação de outros países, como o Código do Trabalho da Hungria, de 1992, Código do Trabalho da França (art. 122-26, § 29, a Lei n. 3, de 1989, da Espanha e o Código do Trabalho do Irã, de 1990, entre outros (SIVOLELLA, 2008).

Ainda o mesmo autor chama atenção para a proteção à gravidez e à maternidade da mãe adotiva, é que no Brasil, tanto a Carta de 1988 como a legislação ordinária, atribuem tratamento especial à empregada gestante, assim considerada aquela que desenvolve o embrião em seu útero até o nascimento; logo, pouco importa que a gravidez ocorra através dos métodos modernos de inseminação artificial (SIVOLELLA, 2008).

Observe-se que, em caso de aborto, segundo Barros (1995) se a gravidez for interrompida em virtude de aborto não criminoso, evidenciado por atestado médico do SUS, à empregada será concedido um repouso remunerado de duas semanas (art. 392, 2 da CLT), ficando a cargo da Previdência Social o pagamento correspondente, desde que mantida a relação de emprego (art. 95 do Decreto n. 611, de julho de 1992).

Desde setembro de 2008, a administração pública federal está autorizada a instituir a licença-maternidade de 180 dias para suas servidoras, de acordo com a Lei 11.770. Para as trabalhadoras de empresas privadas, a partir de 2010 já será possível prorrogar o benefício de quatro para seis meses.

A prorrogação da licença-maternidade – facultativa para o empregador – deve ser requerida pela empregada até o final do primeiro mês após o parto e possibilita que a empresa deduza do imposto devido o total da remuneração paga nos 60 dias, mas é responsável pelo recolhimento da contribuição previdenciária referente aos dois meses.

A lei prevê que a prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada que adotar criança ou obtiver a guarda judicial. Nos dois meses a mais de licença-maternidade,

assim como já ocorre no período habitual do benefício, a trabalhadora fica proibida de exercer qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar.

Quando a gravidez ocorre durante o aviso-prévio, a trabalhadora tem direito a estabilidade provisória. Apesar de a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho entender que a Súmula nº 371 (sobre os efeitos do aviso-prévio) não autoriza o reconhecimento dessa garantia de emprego, contudo, os ministros da Terceira Turma entendem que à vigência do contrato de trabalho, à dignidade da pessoa humana, à função social da empresa e à proteção à maternidade e à norma constitucional (artigo 10, II, b, do ADCT), estava correta a extensão do alcance da garantia de emprego à trabalhadora que engravida no período do aviso-prévio. Nem poderia haver interpretação restritiva do texto constitucional, concluiu a ministra, pois o bem tutelado é a própria vida do nascituro ([www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)).

Preleciona Barros (1995) que influenciado pelas normas internacionais e em atenção à questão de eugenia social, o art. 396 da CLT concede à mulher o direito a dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o próprio filho, até que ele complete seis meses de idade.

A tutela tem em mira amparar a maternidade e assegurar o desenvolvimento físico das futuras gerações. “A não concessão do intervalo para aleitamento, a que alude o dispositivo em exame, além de constituir infração administrativa, implica pagamento da pausa correspondente como hora extraordinária, por se tratar de descanso especial, considerado como tempo de serviço” (BARROS, 1995, p. 467).

Também, segundo Sivolella (2008) a previsão constitucional consubstanciada no art. 10, II, b dos ADCT da CRFI3/88 (fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:., b) da empregada gestante; desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto).

O § 4, inciso 1, art. 392 da CLT, à mulher grávida assiste o direito a mudar de função, se seu exercício, por exigir esforço físico acentuado interferir ou prejudicar o desenvolvimento da gravidez. Tem, assim, o empregador o dever de alterar a função, pelo período correspondente (CASTRO, 2005). A prestação tipicamente trabalhista consiste na estabilidade que a norma confere desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Não obstante, as normas de proteção à maternidade são imperativas, insuscetíveis de disponibilidade, logo, não se poderá, nem mesmo com assentimento da empregada gestante, exigir-lhe trabalho durante a licença, sob pena de arcar o empregador com o pagamento do salário relativo à prestação de serviços e sujeitar-se à penalidade administrativa a que alude o

art. 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade que será devido à empregada, nos termos do art. 393 da CLT (BARROS, 1995).

#### **4.2 O terceiro princípio fundante das liberdades fundamentais: o direito à igualdade e a proibição de discriminação no direito ao trabalho da mulher**

À mulher sempre se confiou o serviço do lar, encarregada dos chamados trabalhos domésticos, acumulou funções de esposa e mãe, haja vista o receio de que o contato com o sexo oposto viesse a tirar o recato feminino da mulher. Com a entrada da mulher no mercado de trabalho, e com vistas a não tirar-lhe a sua essência feminina, surgiu o interesse por parte dos legisladores em criar uma legislação protetora do trabalho da mulher fora do lar (ALVES, 1980).

Em 1932, com o Decreto 21.417, a igualdade salarial, sem distinção de sexo, a licença remunerada para a gestante, por quatro semanas antes e quatro depois do parto e a proibição da demissão da gestante pelo simples fato da gravidez, ampliaram a proteção ao trabalho da mulher. Tudo isto, graças ao terceiro princípio fundante das liberdades fundamentais: à igualdade entre os gêneros.

A partir do princípio da igualdade, várias proibições discriminatórias ao trabalho feminino caíram, com a adoção ampla do Princípio da Igualdade pela Constituição Federal. Assim, não são mais proibidas para a mulher as prorrogações da jornada, o trabalho insalubre, perigoso, noturno, em subterrâneos, minerações, subsolos, pedreiras e nas obras de construção, como determinava o antigo texto da consolidação das Leis do Trabalho (ROMITA, 2007).

Em outra visão, o princípio de igualdade, tido por base da democracia, pode ser considerado mais importante do que o da liberdade, porque a igualdade é o próprio homem (ROMITA, 2007). A igualdade em direitos se expressa pela vedação de discriminações injustificadas e se traduz pelo princípio de não-discriminação. Significa, portanto, algo além de mera igualdade perante a lei, porque exclui a possibilidade de qualquer distinção não justificada.

Para Romita (2007) o princípio da não discriminação ou de igualdade nos direitos (ou igualdade na lei) envolve não somente o direito e ser considerado igual perante a lei, mas também a possibilidade de usufruir, sem qualquer discriminação, os direitos fundamentais. Exige que, na aplicação de uma norma geral, não haja discriminações-baseadas em critérios de distinção cuja utilização seja vedada pela constituição ou pelas leis, tais como o sexo, a raça, a origem nacional, a cor, a língua, a religião, as opiniões políticas, a atuação sindical.

Com a promulgação da CLT em 1º de maio de 1943, o trabalho da mulher foi minuciosamente regulamentado. Além de garantir os direitos gerais estabelecidos para todos os trabalhadores, assegurava à mulher proteção especial em função da particularidade de suas condições físicas, psíquicas e morais, numa equiparação à igualdade jurídica, posto que tem ângulo no atributo particular de todo membro da coletividade, ou seja, na mulher enquanto dotada de capacidade jurídica (ROMITA, 2007).

Sobrevivem na legislação atual apenas as disposições não discriminatórias que têm por objeto a defesa da condição feminina, que só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

O artigo 5º da CRFB/88 proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O inciso I do mesmo dispositivo legal estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No entanto, a Consolidação das Leis Trabalhistas preserva uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que já não se justificam. Verifica-se que os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando-a.

Assim, segundo Barros (1995) a mesma Constituição, em seu art. 5, I, preceitua que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, proíbe diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

A própria CLT, no art. 461, já assegurava igualdade de salário para trabalho de igual valor, como medida antidiscriminatória. No que tange ao acesso ao emprego, a Lei 5.473, de julho de 1968, considera nulas as disposições e providências geradoras de discriminações, entre brasileiros de ambos os sexos, para o provimento de cargos, sujeitos à seleção, assim nas empresas privadas, como nos quadros do funcionalismo público federal, estadual ou municipal, do serviço autárquico, de sociedades de economia mista e de empresas concessionárias de serviço público (BARROS, 1995).

Quanto à proteção à maternidade, pode-se informar que a 1ª Constituição brasileira a se preocupar com a mulher como gestante foi a de 1934, garantindo-lhe assistência médica e sanitária, assegurando-lhe também descanso antes e após o parto, sem prejuízo do salário e do emprego (ARAÚJO, 2007).

Com a promulgação da CLT, o papel materno e o de dona de casa da mulher estava coercitivamente legitimado pelo Estado. Creches eram consideradas direito da mulher e não do grupo de trabalhadores.



Antes de 1988, as normas referentes ao direito da mulher apresentavam enorme contradição entre o fenômeno social, as normas constitucionais e as leis ordinárias. Havia leis puramente formais que atribuíam os mesmos direitos aos homens e às mulheres, ao lado de flagrantes discriminações como, por exemplo, as diferenças de níveis de salário atribuídos aos homens ou à mulher para execução da mesma função profissional; ou a diferença de tratamento no campo criminal quando se tratava de homicídios passionais ou violência física contra a mulher.

O Código Civil, que entrou em vigor em 11 de Janeiro de 2003 (Lei 10.406), trouxe algum progresso no que se refere ao direito da personalidade jurídica da mulher. No âmbito do Direito da Família, englobando o tema sobrenome, a adesão do apelido da mulher pelo marido reafirma o direito já reconhecido pela justiça, desde a vigência da igualdade constitucional (ARAÚJO, 2007).

Assim, presente na Lei Maior, a igualdade é princípio basilar e norteador de todo ordenamento dela emanada. Inserem-se em seu espírito os anseios de justiça social na medida em que busca nivelar os indivíduos perante a lei e suprimir diferenças equilibradamente.

A doutrina majoritária classifica-a em: a) igualdade substancial ou material, aquela que postula o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida, e b) igualdade formal, consistente no direito de todo cidadão não ser desigualado pela lei senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos não vedados pelo ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2007).

Assim, genericamente, todas as mulheres devem ser tratadas da mesma forma e não há razões plausíveis que justifiquem a diferenciação entre trabalhadoras gestantes e adotantes.

A respeito das práticas discriminatórias, como se sabe é crime, daí porque a igualdade em direitos entre homens e mulheres. Entende-se por discriminação o ato de tratar diferentemente os iguais. Na prática, porém, diante de situações concretas, surgem por vezes dificuldades quanto à identificação dos iguais. Rui Barbosa (apud ROMITA, 2007), entendia que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam.

O princípio de não-discriminação tanto é violado quando se inclui no alcance da norma quem nela não poderia incluir-se quanto na hipótese em que dele se exclui quem não poderia ser excluído. Daí se infere que a observância do princípio exige a consideração conjunta de dois fatores: o critério da discriminação e a finalidade da norma (ROMITA, 2007).

O Conselho Especial do TJDFT determinou o pagamento de indenização a uma servidora pública exonerada de um cargo de confiança quando estava gestante. A mulher entrou com mandado de segurança contra o Secretário de Educação e o Governador do DF que foi acolhido pelo TJDFT.

A servidora foi nomeada, em março de 2009, para o cargo de Supervisora de Emergência da Diretoria Geral de Saúde de Planaltina, com a função comissionada DFA-04. Em dezembro, tomou conhecimento da gravidez e, no mês seguinte, foi exonerada. Buscou sua reintegração ao cargo ou uma indenização por via administrativa, mas teve os pedidos negados. Foi informada de que a exoneração de cargos confiança pode ser feita por ato unilateral da administração e que não existe previsão legal que autorize expressamente o pagamento da indenização que pleiteava. Decidiu buscar judicialmente o direito constitucional de estabilidade provisória para a mulher gestante, através de um pedido de indenização retroativa à data de sua exoneração até o final do período correspondente à licença-maternidade.

O TJDFT acatou parcialmente seu pedido, esclarecendo que, embora não tenha direito de permanecer no cargo de confiança, a ex-servidora deve receber a indenização pleiteada, com base em seu caráter constitucional, a partir da impetração do mandado até o final da licença-maternidade.

Nº do processo: Processo: 2010 00 2 005021-3 ([www.tjdf.gov.br](http://www.tjdf.gov.br))

Práticas discriminatórias contra a mulher não são toleradas pela jurisprudência dos tribunais do trabalho, A título de exemplo, citam-se dois julgados, dos quais o primeiro, proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, a propósito da exigência pelo empregador da realização de testes de gravidez. Isto implica observar que, a proibição de discriminar aplica-se à relação de emprego como um todo, abrangendo as fases, desde a pré-contratual até o término, passando pela execução ([www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)).

Nessas órbitas jurídicas, o princípio da igualdade tem em consideração as diferenças que não são discriminatórias, arbitrárias, desprovidas de razoabilidade, cuidando de conferir especial regulamentação às classes de pessoas ou grupos que se revelem mais necessitados de tutela.

Segundo Araújo (2007) uma legislação, dotada de carga maior de tutela para as mulheres, não deve ser interpretada como correspondendo à retirada de direitos dos trabalhadores em geral. Inversamente, no plano da igualdade de direitos, somente ao ser destinada uma maior carga de proteção a quem dela necessita é que se torna possível a efetivação do princípio da (igualdade.) As mulheres detém uma condição peculiar, porque são portadoras do direito de procriação, trazendo dentro de seus corpos a maternidade. Esse aspecto é um dado relevante e suficiente para que se justifique um tratamento diferenciado, protetor, que, ao invés de diminuir o direito do homem, amplia o direito da mulher, para, então, alcançar um patamar de efetiva igualdade.

### 4.3 Tutela jurídica à proteção à gravidez e à maternidade e a jurisprudência dos tribunais brasileiros

Em que pese seja o salário-maternidade, a jurisprudência do TST assim entende:

#### LICENÇA MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

O Direito do Trabalho, que guarda certa similitude de proteção social, não pode ficar alheio às necessidades atuais concernentes à proteção do menor abandonado, razão pela qual devem ser reconhecidas à mãe adotiva, as prerrogativas atribuídas à mãe biológica, previstas no referido dispositivo constitucional." (RR, 2ª Turma, Ac. 2626 de 23.04.1997, Min. Valdir Righetto Rel.)

#### SALÁRIO-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

Inobstante a legislação trabalhista seja omissa acerca do direito à licença-maternidade da mãe adotante, negar tal direito a esta, contudo, importaria discriminação ao próprio filho adotivo, contrariando-se, assim, a Carta Magna que, ao instituir a licença-maternidade, visou resguardar o interesse social em que o novo ser humano alcance desenvolvimento pleno e satisfatório sob os aspectos físico e psicológico. Ao Estado, enquanto comunidade, interessa a formação de um ser humano hígido, saudável. E nisso é insubstituível o papel da mãe, especialmente nos primeiros meses, seja o filho natural, ou não." (RR, 1ª Turma, Ac. 4611 de 04.06.1997, Min. Lourenço Prado, Rel.)

#### LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

A mãe adotante de recém-nascido, cuja integridade objetivam a Constituição e a Lei proteger, tem direito à licença maternidade, em igualdade de condições com a mãe biológica. Inteligência do artigo duzentos e vinte e sete, parágrafo sexto, da Constituição Federal." (RR, 5ª Turma, Ac. 240925 de 18.11.1998, Min. Gelson de Azevedo, Rel.)

#### LICENÇA-MATERNIDADE – MÃE ADOTIVA.

O princípio de proteção ao menor, consagrado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, impõe a aplicação analógica, nos termos do artigo oitavo da CLT, dos benefícios legais concedidos à gestante, tal como o direito ao gozo da licença-maternidade, para a mãe adotiva, uma vez que o que se objetiva é proteger a maternidade e não estritamente a mãe empregada." (RR, 4ª Turma, Ac. 269871 de 19.08.1998, Min. José Carlos Perret Schulte, Rel.)

Para Romita (2008) os contratos de trabalho firmados com as mulheres não são, portanto, contratos especiais ou diferentes. São relações jurídicas da mesma natureza que aquelas celebradas com os trabalhadores do sexo masculino. O que o distingue é a tutela diferenciada que sobre elas recai. (ROMITA, 2008).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema jurídico brasileiro contém, na Constituição da República e em normas infraconstitucionais, regras que atendem ao princípio de proteção ao trabalho da mulher, havendo adotado as linhas diretrizes do Direito Internacional do Trabalho.

Na verdade, as regras contidas dentro do sistema positivo trabalhista, bem como as normas jurídicas autônomas criadas pelas partes, por meio de negociação coletiva, revelam que deve haver um tratamento especial ao trabalho das mulheres, em face da situação jurídica que ocupam na empresa e na sociedade.

As mulheres encontram tutela diferenciada daquela concedida ao trabalhador do sexo masculino, na legislação brasileira, no que diz respeito ao acesso ao emprego, à sua manutenção, à despedida, bem como em face à gestação, maternidade e amamentação, além da limitação ao esforço muscular e de normas dirigidas aos locais para guarda e vigilância dos filhos e vestiários especiais.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 10, II, b, proíbe a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, desde a data da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Essa norma garante à mulher o mínimo de equilíbrio psicológico e financeiro durante a época de sua gestação e no período imediato que se segue após o parto. E que o desemprego traz impactos muito fortes sobre o ser humano, notadamente à mulher, portadora da maternidade, que se defronta com um mercado de trabalho pouco propício ao seu ingresso nessa fase.

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no que concerne ao pensamento protecionista do trabalho feminino. Nele está implícito o esforço do legislador em amparar a mulher na sua dignidade, (1) contra a discriminação, (2) bem como no seu livre exercício profissional, (3) pois preserva emprego e salário na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação.

O texto constitucional no que se refere ao respeito à dignidade da pessoa humana, à cidadania e ao próprio princípio da igualdade, fica melhor delineado, quando permite a não discriminação da mulher no seu direito ao trabalho, não discriminação que deve obrigatoriamente, contemplar toda a mulher trabalhadora de um modo geral, considerando até mesmo a mulher estagiária, isto porque sem contemplar a gestante estagiária na tutela à maternidade e à gestação, não se concebe aplicado o princípio da igualdade ou da isonomia. Isonomia é quando se comporta igual tratamento, as mesmas oportunidades, trabalhadoras,

servidoras, estagiárias vedando as preferências que se traduzam em lesão à dignidade do ser humano.

As Constituições democráticas consagram um princípio de igualdade material, que compreende um mesmo tratamento para aqueles que são iguais e de tratamento desigual quando os dados alusivos à igualdade não existem.

Para finalizar, considera-se, que a igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer ordem, aponta para o direito de ter a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade resguardadas, independentemente de ser homem ou mulher, de sua cor, origem social, nacionalidade, idade, estado civil, religião, ideologia, crenças ou credos. E, no plano das relações de trabalho, um dos objetivos do princípio da igualdade é o de permitir que homens e mulheres tenham iguais oportunidades de acesso ao emprego, do exercício de profissões, de salários, de promoções e, até mesmo, de critérios para a terminação de seus contratos de trabalho.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista**. São Paulo: LTr, 2004.
- ALVES, Branca Moreira. **Ideologia e feminismo: a luta da mulher pelo voto no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1980.
- ALAMBERT, Zuleiza. **Feminismo: o ponto de vista marxista**. São Paulo: Nobel, 1996.
- ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. 5 ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia. Mercado de trabalho: critérios para a não discriminação da mulher. **Revista TRT**, 6. região, Recife- PE, 2007.
- ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro. Guanabara, 1981. 2007.
- BRUSCHINI, Cristina. **Trabalho feminino no Brasil: avaliação dos anos oitenta e perspectivas para o futuro**. Seminário e Mesas Redondas: a mulher no mundo do trabalho. 1995.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2006.
- \_\_\_\_\_. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis Trabalhistas.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2008.
- CASTRO, Maria do Perpétuo S. W. de. A concretização da proteção da maternidade no direito do trabalho. **Revista LTr**, ano 69, ago. São Paulo: 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.
- GIL, Vilma Dias. **Direito da Minoria: Formas de trabalho são marginalizadas pelo direito**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo. 17 janeiro 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/51970,1>>. Acesso em 18 de out. 2012.
- HRDY, Sarah Blafer. **Mãe natureza: uma visão feminina da evolução: maternidade, filhos e seleção natural**. Rio de Janeiro. Campos, 2001.
- MORAES, Alexandre, **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Atlas, 2006.
- MOURA, Solange Maria Sobottka Rolim. ARAÚJO, Maria de Fátima. **A maternidade na história e a história dos cuidados maternos**. Psicologia: ciência e profissão\conselho Federal de Psicologia . Ano 24.N1, Brasília DF, 2004.

MURARO, Rose Marie, **A mulher no terceiro milênio: uma historia de mulher atarves dos tempos e suas perspectivas para o futuro**. Rio de Janeiro.Record: Rosa dos ventos,2000. 10ed.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMITA, Arion Sayão. Direito à igualdade, Proibição de discriminação. **Revista LTr**. junho, 2. ed. São Paulo: 2007.

SILVA, Wilson Melo da. **A mulher e o direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo:Ltr, 2000.

SIVOLELLA, Roberta Ferme. Estabilidade da gestante – interpretação, requisitos e limites. **Revista LTr**, São Paulo: 2008.

TAVARES, Fernanda Pereira. **A mulher como um elemento dinâmico das transformações sociais, políticas e econômicas**. Disponível em <http://www.III.comvibra.com.br>. Acesso em 20 de out. 2012.