



Londrina PR, de 02 a 05 de Julho

**III CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL:
DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS
IV SEMINÁRIO NACIONAL DE TERRITÓRIO E GESTÃO DE POLÍTICAS SOCIAIS
III CONGRESSO DE DIREITO À CIDADE E JUSTIÇA AMBIENTAL**

Gênero, Família, Políticas Públicas

TEMPLATE – TRABALHO COMPLETO – Apresentação Comunicação Oral

Da proteção do trabalho da gestante e da lactante pós reforma trabalhista

Renata Reis de Lima¹

Resumo: O presente artigo é destinado à ponderação dos direitos inerentes à empregada gestante ou lactante, sob o prisma da recente reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, à luz da não discriminação no mercado de trabalho, vide artigo 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988. Propõe-se um estudo sobre a eficácia das normas protetivas da gestante e da lactante pós reforma trabalhista, através de um enfoque alinhado com as tendências legislativas nacionais neste campo. Para o desenvolvimento deste trabalho foi necessário o uso do método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica, por meio do estudo da doutrina, artigos e jurisprudências.

Palavras-chave: Empregada gestante; Proteção à maternidade; Estabilidade da gestante.

Abstract: This article is intended to weigh the rights inherent to pregnant or lactating women, under the prism of the recent labor reform promoted by Law 13467/17, in the light of non-discrimination in the labor market, see article 7, XVIII of the Federal Constitution of 1988. It is proposed a study on the effectiveness of the protective norms of the pregnant woman and the infant after the labor reform, through an approach aligned with the national legislative tendencies in this field. For the development of this work it was necessary to use the deductive method, through bibliographical research, through the study of doctrine, articles and jurisprudence.

Keywords: Housekeeper pregnant; Maternity protection; Pregnant woman's stability.

¹Professora Especialista na Fundação Educacional de Goiás (Faculdade FACLIONS), mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito Agrário na UFG (defesa agendada para abril/2019); possui pós-graduação Latu Sensu em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Brasileira de Educação e Cultura (FABEC); renatarlima@live.com.



1. INTRODUÇÃO

A maternidade, seja na época da gestação, seja na época já da amamentação, proporciona uma série de modificações na vida da mulher, fazendo com que ela precise de medidas protetivas trabalhistas que a resguardem, a fim de viabilizar tais períodos com a continuidade do labor. Tais medidas protetivas são exigidas desde os primeiros instantes do período gestacional, com os exames pré-natais, passando pelo nascimento da criança e seu acompanhamento durante os primeiros meses de vida, na amamentação. A proteção à maternidade e à infância alçou, por isso, a qualidade de direito social em todo o mundo, protegido por medidas especiais estabelecidas também na Consolidação das Leis do Trabalho.

O caráter social esperado pelas medidas protetivas à mulher gestante fundamenta-se principalmente no interesse da sociedade à defesa da família, de tal modo que se vem buscando, cada vez mais, a conciliação da maternidade e as solicitações dela decorrentes com as suas ocupações profissionais, não só no Brasil, mas em uma tendência de escala mundial.

Contudo, do mesmo modo em que a lei deve proteger a gestante e a lactante, necessita-se combater e evitar a discriminação contra o trabalho da mulher, principalmente em virtude de atribuição relacionada à maternidade, o que pode ser manifestado através das referidas medidas protetivas.

Neste sentido, as legislações no direito pátrio e no direito internacional protegem o instituto da maternidade, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um anexo de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção.

Ante exposto, este artigo se propõe a explicitar os direitos inerentes à empregada gestante sob o prisma da recente reforma trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467/2017, na égide da não discriminação no mercado de trabalho, que é regulamentado no artigo 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988.

É de suma importância a análise dos direitos trabalhistas das mulheres mães, pois este direito constitucional permite uma condição melhor da mulher no mercado de trabalho e uma maior proteção à criança recém-nascida, além de possibilitar a conciliação entre as responsabilidades do trabalho e da família, adequando-se às exigências da sociedade moderna.

Este artigo está organizado em duas seções. Na primeira, temos uma breve análise da proteção do emprego da gestante, enquanto um direito social, e a discriminação. Na segunda seção, serão analisadas medidas protetivas atuais da maternidade no direito pátrio.

Tal estudo se materializa através do método dedutivo, pesquisa bibliográfica, sendo este proveniente do levantamento de dados da doutrina, artigos e jurisprudência.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Proteção do emprego da gestante e a discriminação

A Constituição Federal de 1988 estabelece que “todos são iguais perante a lei”, sendo que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, caput e I). No que se refere ao mercado de trabalho, mais especificamente, a referida questão de igualdade tem sido discutida como pauta dos direitos humanos, requisito indispensável ao regime democrático.

Afinal, a referida previsão constitucional da igualdade entre homens e mulheres se aplica a diversos aspectos da relação de emprego, como, por exemplo, em relação ao



cumprimento de jornada de trabalho igual, à capacidade para trabalhar e celebrar contrato de trabalho e ao recebimento do mesmo salário para trabalho de igual valor.

Neste mesmo sentido, em seu artigo 7o, XX, a Carta Magna também garante a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. Sob esta premissa é que a nova CLT foi moldada, especialmente em relação aos artigos 373-A, 390-B e 390-C.

Nesse contexto, ante as influências do direito internacional do trabalho, e com o intuito de complementar o sistema de proteção a partir de uma intenção de coibir práticas discriminatórias contra a mulher, uma das recentes alterações refere-se ao art. 373-A da nova CLT.

Segundo disposto no referido artigo, constitui objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho as disposições que contenham qualquer previsão contrária ao mesmo, em especial se estabelecerem supressão ou redução dos direitos relativos à proibição de práticas discriminatórias em relação à mulher (vide art. 611-B, XXX, também da nova CLT).

Contudo, em que pese as práticas discriminatórias serem expressamente vedadas nos dispositivos normativos do direito interno e do direito internacional, ainda há diferentes tipos de práticas discriminatórias de cunho social, religiosas e históricas no mercado de trabalho.

Pesquisas apontam que perpetuação destas práticas discriminatórias se deve à permanência de uma ideia de que a contratação de mulheres em idade reprodutiva implicaria em aumento de custos para a empresa, maior nível de ausências ao trabalho, além da pouca disponibilidade para cumprir horas extras ou viajar a trabalho.

Discordando deste tipo de posicionamento, ARAÚJO (2007, p. 81) fundamenta bem ao sustentar que uma legislação dotada de carga maior de tutela para as mulheres não deve ser tratada como correspondendo à retirada de direitos dos trabalhadores em geral. Inversamente, no plano de igualdade de direitos, o autor afirma que somente deve ser destinado a uma carga de proteção quem dela necessita para a efetivação do princípio da igualdade.

Contudo, apesar de concordarem com o posicionamento de ARAÚJO (2007, p. 82), BARROS (2010, p. 22) e BOSSA (1998, p. 76) chamam atenção às tais políticas de ‘super-protecionismo’ da maternidade no mercado de trabalho. Os referidos doutrinadores sustentam que as proteções em demasia podem ter efeito contrário ao pretendido e acabam por representarem a própria restrição dessas mulheres no mercado de trabalho.

Ainda segundo BARROS (2010, p. 23), os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, ao em vez de protegê-la, entendem que acabam discriminando-a. O autor defende que a CLT preserva uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que inclusive não seriam compatíveis com o defendido pelo artigo 5o, inciso I, da Carta Magna.

Além desta problemática quanto aos efeitos práticos das referidas normas protetivas, como se não bastasse, a jurisprudência nacional demonstra com regularidade que os empregadores burlam tais normas, por motivos diversos, talvez motivados pela falta de maior fiscalização ou mesmo por desconhecimento das proteções existentes.

Entretanto, defendo ser necessário que se combata o discurso habitual de que a proteção legal das mulheres supostamente ensejaria a preferência patronal pela contratação de homens, com conseqüente exclusão das mulheres do mercado de trabalho. Longe disso, a construção percorrida pela legislação (incluindo a nova CLT) representa a evolução da própria sociedade, que ao reconhecer nas mulheres suas particularidades, oferece-lhes o tratamento correspondente com vistas à construção de uma sociedade cada vez mais justa.

2.2. Proteção do emprego da gestante como um direito social



No âmbito do Direito Internacional, os direitos sociais são definidos principalmente por normativas como a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Já no âmbito do direito interno brasileiro, tais direitos foram assegurados desde a Constituição Federal da República Brasileira, de 1988, que consagrou como direitos fundamentais em seu artigo 6º, como também em leis infraconstitucionais, a exemplo da nova Consolidação das Leis Trabalhistas.

Tais normativas, sejam de natureza internacional sejam de natureza interna, expõem direitos que objetivam por garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo de seus direitos, e se realizam por meio da atuação estatal, com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais. Talvez por este motivo, as premissas relacionadas aos direitos sociais tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizarem em longo prazo.

Neste contexto, os direitos sociais tomaram corpo após a expansão da ideologia e da reflexão antiliberal (BONAVIDES, 2012, p. 48). Afinal, os direitos sociais passaram por uma espécie de ciclo de baixa normatividade, ou que tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direito que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial dos meios e recursos.

Destarte, apesar de atenderem às necessidades individuais do ser humano, tais direitos têm nítido caráter social, pois, uma vez não atendidas às necessidades de cada um, seus efeitos recaem sobre toda a sociedade.

Contudo, em que pese se tratar de uma classe de direito amplamente aceito pelos sujeitos de direito internacional, é perceptível a insatisfação de diversas classes ou ramos de diferentes sociedades nos seus direitos sociais, justamente por não terem os seus direitos atendidos, ou mesmo por reivindicarem a inclusão de direitos que julgam ser necessários ao grupo. Entre essas diferentes classes, a classe trabalhadora desempenha papel de suma importância na sociedade e têm direitos constitucionalmente garantidos, presentes expressamente no rol dos direitos sociais.

No Brasil, tais direitos sociais estão disponíveis no artigo 6º da CF/88, onde está elencada também a proteção à maternidade, objeto de estudo deste trabalho.

Essa proteção à maternidade se faz inclusa não só neste artigo da Constituição Federal, mas também nos planos de previdência social que, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II CF/88), além de também estar prevista na assistência social que será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social (art. 203, I, CF/88).

Mais especificamente, analisando essa qualidade de direito social da proteção à maternidade, MARTINEZ (2013, p. 683) assegura que a lei protege o instituto da “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção. Nesta mesma opinião, NASCIMENTO (2010, p. 898) complementa afirmando que tal classificação ocorre por ser interesse da sociedade a defesa da família, motivo pelo qual a mulher merece especial atenção.

Importante esclarecer ainda que, apesar de estar explícito o direito da maternidade entre os direitos sociais, conforme exposto anteriormente, reflita-se em que medida a proteção à maternidade, por força do disposto do parágrafo 1º do artigo 5º da CF/88, tem condição de ser plenamente e integralmente aplicável. Afinal, como se tratam de direitos a prestações, que envolvem um custo especial, discute-se até que ponto os direitos da maternidade são exigíveis e até que ponto não opera eficácia imediata.

Como resposta, a doutrina majoritária (BARROSO, 2011, p.85) entende que o artigo 5º, parágrafo 1º da CF/88 não deve ser interpretada como uma regra, mas sim como um princípio, que garante a máxima efetividade possível. Para a doutrina, o intérprete constitucional deve ter compromisso principalmente com a efetividade da Constituição.



Esta aplicação imediata é o desejável. Contudo, considero utópico concluir que o Estado Brasileiro, no seu atual estágio de evolução, poderia assegurar o pleno exercício dos direitos da maternidade, entre os direitos sociais, a todas as mães.

Para DIDIER (2012, p. 103), a plena e efetiva realização do ordenamento jurídico no plano social depende inclusive de fatores éticos, econômicos e culturais.

Por fim, é um comportamento juridicamente reprovável caso o Poder Público se abstenha de cumprir, total ou parcialmente, o dever de programar políticas públicas em prol da proteção da maternidade, especialmente no período de gestação e de lactação, expressamente definidas no texto constitucional inclusive como normativas de direitos sociais. Tal desrespeito, seja por parte do Poder Público, seja por parte da sociedade, configuraria o real desprezo e o desrespeito à própria Constituição.

2.3. As medidas protetivas da maternidade no direito pátrio

2.3.1. afastamento de gestantes e lactantes de atividades insalubres

Após a promulgação da Lei nº 13.467/2017, entre as várias alterações relacionadas à proteção do trabalho da mulher, especialmente no período da maternidade, a primeira inovação se dá no artigo 394-A que – utilizando-se da disposição anteriormente estabelecida pela Lei nº 13.287/2016 – tratou de preconizar sobre o afastamento das atividades insalubres da gestante e da lactante, com efeitos diversos em relação ao grau de insalubridade entre elas.

Mais especificamente, diferente do regulamentado pela Lei nº 13.287/2016, a Reforma Trabalhista passou a admitir hipóteses em que a gestante e a lactante não serão afastadas obrigatoriamente. Quando a atividade desenvolvida apresentar grau médio e mínimo de insalubridade para a gestante ou em qualquer grau para a lactante, ocorrerá o afastamento apenas mediante recomendação médica. Somente será obrigatório nos casos de grau máximo de insalubridade.

Nestes casos de afastamento, a empregada tem direito à manutenção de sua remuneração, bem como do valor referente ao adicional de insalubridade.

2.3.2. estabilidade

O instituto da “estabilidade” tem previsão legal definida pelo artigo 10, II, alínea “b” do ADCT, do qual estabelece a estabilidade de acordo com os seus limites, em que começa com a confirmação do estado de gravidez, e termina cinco meses após o parto, independentemente de o contrato ter sido firmado por tempo determinado ou indeterminado prévio, trabalhado ou indenizado (vide lei 11.812/2013).

A referida estabilidade é classificada como provisória, nos termos da Súmula 244, inciso II, do TST, haja vista que “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”.

Neste sentido, Sergio Pinto Martins afirma que: “A Constituição assegura o emprego à gestante (art. 7.º, XVIII) e não indenização como costumam pedir, na prática, nas ações trabalhistas. Pedindo a empregada apenas indenização, demonstra o seu interesse em não retornar ao emprego, o que revela que não tem direito à garantia de emprego, sendo improcedente seu pedido” .



No entanto, oportuno destacar que, de acordo com a segunda parte do inciso II da mencionada Súmula 244, ultrapassado o período de estabilidade, a empregada gestante só tem direito às verbas referentes ao período de estabilidade.

Ademais, o art. 25, parágrafo único, da Lei Complementar 150/2015, prevê que a confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT.

Logo, nos termos do art. 7.º, parágrafo único, a empregada doméstica também tem direito à estabilidade prevista no art. 10, inciso II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, válido até a promulgação da lei complementar a que se refere o art. 7.º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Também imperioso mencionar a alteração introduzida no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT pela Lei Complementar 146/2014, que dispõe que o direito previsto deve ser assegurado, nos casos em que ocorrer o falecimento da trabalhadora gestante, a quem detiver a guarda do seu filho.

Quanto à expressão “confirmação da gravidez”, prevista no art. 10, inciso II, do ADCT, insta salientar que o STF, ao decidir a questão, entendeu ser inconstitucional a referida ressalva prevista em norma coletiva, quanto ao direito da empregada gestante.

Portanto, o TST alterou a mencionada Orientação Jurisprudencial 88 da SBDI-I (DJ 16.04.2004), excluindo a referida ressalva decorrente de acordo coletivo ou convenção coletiva. Já que a referida previsão, mesmo decorrente de norma coletiva negociada coletivamente, limita o exercício do direito à garantia de emprego da gestante, sem a autorização do art. 10, inciso II, b, do ADCT.

Nessa linha de posicionamento, atualmente, a Súmula 244, inciso I, tendo incorporado a nova redação da OJ 88, estabelece que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, b, do ADCT).

Portanto, pacificou-se o entendimento de que a responsabilidade do empregador no caso, quanto a essa ciência do estado de gravidez, é objetiva.

Atualmente, a discussão que surge, entretanto, refere-se à ausência de ciência pela própria empregada, quanto a seu estado gestacional, no momento da dispensa sem justa causa.

Há quem entenda que, se nem a empregada sabia da gravidez quando da cessação do vínculo de emprego, não seria justo assegurar-lhe o direito à garantia de emprego, inclusive em respeito à boa-fé objetiva no âmbito da relação de emprego.

No entanto, interpretando-se a disposição constitucional, 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 operario, já estudado anteriormente. Desse modo, entende-se que a referida confirmação significa a existência da gravidez, ou seja, em termos médicos e científicos, o momento inicial da gestação.

De todo modo, se a empregada encontra-se gestante quando da dispensa sem justa causa, mas só vem a tomar ciência desse seu estado no curso do aviso prévio, trabalhado ou mesmo indenizado (pois este é tempo de serviço), entende-se que a garantia de emprego deve ser reconhecida.

A situação acima não se confunde com o estado gestacional que se iniciou no curso do próprio aviso prévio (indenizado ou trabalhado). Neste caso, embora possa existir controvérsia, por já se ter ciência da data de terminação do contrato, anteriormente, entendia-se ausente a referida garantia de emprego, da mesma forma como prevê a Súmula 369, inciso V, quanto ao dirigente sindical.

Todavia, na atualidade, o Tribunal Superior do Trabalho, em relevante decisão da SBDI-I, entendeu que mesmo no caso da concepção ocorrida no período do aviso prévio indenizado, verifica-se o direito à estabilidade provisória da gestante.



Confirmando essa tendência, a Lei nº 12.812/2013 acrescentou à CLT o art. 391-A, o qual passa a prever que “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 Provisórias”.

Nestes termos, a Súmula 244, inciso III, do TST, dispõe que: “A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

2.3.3. licença-gestante e salário-maternidade

Em relação à licença-gestante e ao salário-maternidade, duas medidas protetivas de fundamental importância ao direito protecionista da mãe gestante ou lactante, seguem normativas de como ambas se enquadram, na atualidade, no cenário legislativo brasileiro.

A licença-gestante é prevista no art. 7.º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988, “sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias”.

No período respectivo, assegura-se o chamado salário-maternidade, regulamentado pelos arts. 71 a 73 da Lei 8.213/1991 e Decreto 3.048/1999, arts. 93 a 103.

Mais especificamente, a Convenção 103 da OIT estabelece que o caso em que o empregador deve ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher gestante que emprega (art. IV, 8). A referida previsão tem por objetivo evitar a discriminação na admissão e no ingresso da mulher no mercado de trabalho.

Oportuno ressaltar que, apesar do nome, o salário-maternidade apresenta natureza previdenciária. Cabe à empresa pagar o salário-maternidade, efetivando-se compensação quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física ou jurídica que lhe preste serviço (art. 72, § 1.º, da Lei 8.213/1991).

Em relação ao referido benefício, o art. 97 do Regulamento da Previdência Social (RPS) prevê que enquanto mantida a qualidade de segurada, na condição de desempregada, nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício deve ser pago diretamente pela Previdência Social.

Já no que se refere à licença-maternidade, esta é considerada um instituto tipicamente trabalhista, tal como se nota pelo disposto no art. 7.º, inciso XVIII, da CF/1988 e arts. 392 e 392-A da CLT.

Mais especificamente, a empregada que não presta serviço no período de licença-maternidade, mas recebe a respectiva remuneração, ainda que sob a forma do mencionado benefício previdenciário, trata-se de hipótese de interrupção do contrato de trabalho.

Posteriormente, o art. 28 do Decreto 99.684/1990 estabelece ser obrigatório o depósito na conta vinculada do FGTS “também nos casos de interrupção do contrato de trabalho prevista em lei”, tais como a “licença à gestante” (inciso IV).

Já o art. 18, § 3.º, da Lei 13.301/2016, determina que a licença-maternidade prevista no art. 392 da CLT (ou seja, da empregada gestante) deve ser de 180 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 8.213/1991 (isto é, o salário-maternidade devido à segurada da Previdência Social).

Ainda em relação à licença a maternidade, o art. 392-A da CLT e o art. 71-A da Lei 8.213/1991 (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013) defendem o entendimento de que essa disposição, quando presentes os seus requisitos, deve alcançar a empregada (segurada da Previdência Social) que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, na forma.



Por conseguinte, a empregada que for mãe de criança acometida por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti* tem direito à licença-maternidade de cento e oitenta dias (na esfera trabalhista) e ao salário-maternidade de cento e oitenta dias (na esfera previdenciária).

Essa previsão aplica-se, no que couber, à segurada especial, contribuinte individual, facultativa e trabalhadora avulsa (art. 18, § 4.º, da Lei 13.301/2016). Desse modo, as referidas seguradas do Regime Geral de Previdência, embora não sejam empregadas propriamente, quando forem mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, têm direito ao salário-maternidade de 180 dias.

2.3.3.1. licença-maternidade da mãe adotiva

A segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção da criança também possui direito ao salário-maternidade, desde a Lei nº 10.421/2002, com aplicação de todas as regras em vigor, pertinentes ao salário-maternidade (Lei 8.213/1991, arts. 72 e 73, com redação determinada pelas Leis 9.876/1999 e 10.710/2003).

Trata-se de benefício previdenciário, a ser pago também pelo INSS, o que impede a discriminação na admissão da mulher (art. 7.º, incisos XX e XXX, da CF/1988), o que concretiza o comando do art. 201, inciso II, da Constituição Federal, no sentido de que a previdência social, nos termos da lei, atenderá a “proteção à maternidade”.

Quanto aos filhos havidos por adoção, oportuno destacar o disposto pelo art. 227, § 6.º, da Constituição Federal, que estabelece: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Afinal, mesmo sendo a empregada a titular do direito à licença-maternidade, e não a criança propriamente, não se pode negar que esta também é diretamente beneficiada pela possibilidade de gozar da presença constante da mãe durante o período do afastamento, favorecendo a adaptação no seio familiar e possibilitando os diversos cuidados necessários. Logo, a igualdade absoluta entre os filhos, determinada pela Carta Magna, ganhou reforço e prestígio com a extensão da referida licença à mãe adotiva.

Seguem as principais recentes mudanças sobre o tema:

A Lei 12.010/2009, além de dispor sobre adoção, revogou os §§ 1.º a 3.º do art. 392-A da CLT, que estabeleciam diversidade de períodos de licença, conforme a idade da criança.

O art. 71-A da Lei 8.213/1991, com redação dada pela Lei 12.873/2013, passou a prever que ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 dias.

O art. 71-B da Lei 8.213/1991, acrescentado pela Lei 12.873/2013, no caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício deve ser pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade.

O art. 392-A da CLT, com redação determinada pela mesma Lei 12.873/2013, também passou a prever que à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392.

Como transcrito acima, o § 5.º do art. 392-A, acrescentado pela Lei 12.873/2013, passou a estabelecer que a adoção ou guarda judicial conjunta deve ensejar a concessão



de licença-maternidade a apenas um dos adotantes ou guardiães empregado ou empregada.

Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono (art. 392-B da CLT, acrescentado pela Lei 12.873/2013).

Por fim, sendo a licença-maternidade nas hipóteses de adoção ou guarda para fins de adoção concedida “nos termos do art. 392”, o afastamento em questão é “sem prejuízo do emprego e do salário”, configurando-se hipótese de interrupção do contrato de trabalho .

Oportuno destacar que, neste caso, não se tratando de gestante, ou seja, da mãe biológica, não há que falar em gravidez, apresentação de atestado médico, nem em períodos antes e posterior ao parto.

2.3.3.2. prorrogação da licença-maternidade

A Lei 11.770/2008 institui o “Programa Empresa Cidadã”, destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988.

Nestes termos, conforme o art. 3º do Decreto 7.052/2009, as pessoas jurídicas poderão aderir ao Programa Empresa Cidadã, “mediante requerimento dirigido à Secretaria da Receita Federal do Brasil”.

Entende-se que o requerimento deve ser apresentado pela empregada ou pelo empregado, nos prazos legais mencionados, ao empregador que seja pessoa jurídica.

O art. 5.º do mesmo diploma legal, com redação alterada pela Lei 13.257/2016, restringe à “pessoa jurídica tributada com base no lucro real” a possibilidade de deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade, sendo vedada a dedução como despesa operacional.

Presentes tais requisitos, a prorrogação da duração da licença-maternidade deve ser concedida, iniciando-se imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o art. 7º, inciso XVIII, da CF/1988. Desse modo, uma vez concedida a prorrogação, a empregada fará jus aos 120 dias de licença-maternidade, mais a prorrogação de 60 dias, somando 180 dias no total.

O art. 2.º da Lei 11.770/2008, por sua vez, autoriza que a Administração Pública (direta, indireta e fundacional) institua programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1.º da referida Lei.

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada tem direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); o empregado tem direito à remuneração integral (art. 3º da Lei 11.770/2008, com redação dada pela Lei 13.257/2016).

Assim sendo, pode-se concluir que o período de prorrogação da licença-maternidade também tem natureza de interrupção do contrato de trabalho, pois, embora ausente à prestação de serviços, a remuneração permanece devida.

2.3.4. Intervalo para amamentação

O intervalo para a mulher poder amamentar o seu filho é previsto na norma do art. 396 da CLT, disposição de grande relevância para a saúde e o crescimento saudável da criança, tendo em vista a importância do aleitamento materno nos primeiros meses de vida.



Nem sempre a empregada consegue deixar seu filho no local de trabalho ou nas proximidades, o que dificulta a observância efetiva da norma em destaque. Na prática, é comum conceder os mencionados descansos especiais ao final da jornada de trabalho, retornando para casa a empregada uma hora antes de seu término normal.

Discute-se, ainda, quanto à consequência da não concessão do intervalo para amamentação. Há entendimento de que o intervalo em estudo não é computado na jornada de trabalho, pois assim não estabelece a lei, tornando-se período não remunerado. Nessa linha, a sua inobservância apenas gera infração administrativa.

A corrente diversa tende a ser majoritária e se revela mais adequada, por imprimir à norma maior eficácia, atingindo o seu verdadeiro objetivo.

Assim, considera-se que o tempo durante o qual a empregada tem direito ao descanso, para amamentar o seu filho, deve ser computado na jornada de trabalho, sendo remunerado, sob pena de prejudicar quem trabalha e a própria criança. Defende-se que o caso revela hipótese de interrupção do contrato de trabalho. Tanto é assim que o art. 396, caput, da CLT faz referência aos mencionados descansos especiais “durante a jornada de trabalho”.

Portanto, deve-se considerar a ausência de concessão do mencionado intervalo como hora extra, a ser remunerada com o adicional de no mínimo 50%.

2.3.4.1. prorrogação do prazo do intervalo

Após a criança completar seis meses de idade, a empregada perderá o direito ao gozo dos intervalos para amamentação. Ocorre que o §1º do dispositivo permite a prorrogação desse período em razão do estado de saúde do filho, desde que autorizado a critério da autoridade competente. Nesse caso, o atestado de um médico particular não permite a prorrogação, somente sendo possível para avaliação de médico pela Previdência Social .

2.3.4.2. acordo individual sobre os horários de descanso

O §2º do art. 396 da CLT, acrescentado pela Reforma Trabalhista, prevê a possibilidade de ajuste individual entre empregado e empregador, podendo negociar livremente quanto aos horários de descanso.

Entretanto, é importante ressaltar que o referido acordo individual versará apenas sobre a melhora hora de concessão e ainda, a possibilidade excepcional de ser concedido no início ou no fim da jornada para facilitar a vida da mãe que está amamentado e também, para o empregador mais bem organizar o ambiente de trabalho. Não cabe a supressão ou redução do período de intervalo. Afinal, o empregado não pode transacionar sobre direitos indisponíveis. O intervalo com finalidade de amamentação, além de proteger a vida saudável da criança, é norma de saúde e segurança para a própria empregada. Neste caso, tem-se entendido como inválida qualquer tentativa de acordo individual com a finalidade de alterar a natureza remuneratória da parcela e da duração do descanso para amamentação.

Inclusive, a não concessão do referido intervalo obriga o empregado ao pagamento de adicional de, no mínimo, 50% sobre a hora normal, além de o sindicato da categoria profissional dever atuar na tabela dos interesses de seus representados pelo ajuizado de ações coletivas. Caberá, ainda, a aplicação de multa pela fiscalização do trabalho .

3. RESULTADOS E CONCLUSÕES



A proteção às gestantes e às lactantes é de extrema importância para as mulheres do mundo de hoje, que trabalham fora e ainda têm que cuidar dos afazeres domésticos. As medidas protetivas atualmente existentes têm dado muita oportunidade para que as mulheres possam conciliar sua vida profissional com sua vida particular, tentando dessa forma reduzir a discriminação que ainda existe contra a mulher no mercado de trabalho.

Em que pese haver tantos direitos conquistados pela mulher no mercado de trabalho, não se pode deixar de destacar ainda que existe discriminação da mulher, especialmente àquelas que se encontram durante o período de gestação. Embora haja certa discriminação, hoje em dia, a mulher vem conseguindo cada vez mais adentrar no mercado de trabalho, cada vez mais se igualando aos homens no que diz respeito ao salário quanto aos seus serviços, devendo o princípio da igualdade ser sempre respeitado.

Apesar dessas medidas protetivas que são resguardadas às mulheres, a pesquisa de campo possibilitou perceber a grande falta de informação por parte das empregadas nos direitos que lhes são garantidos. Por vezes, as inúmeras medidas que visam reduzir a discriminação não são tão eficazes como poderiam ser, pela possível falta de aplicabilidade dessas normas.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAMO, Laís; TODARO, Rosalba. Custos do trabalho dos homens e mulheres na América Latina. In: COSTA, Albertina et al (orgs.). **Mercado de trabalho e gênero: comparações internacionais**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- ARANTES, Delaídes Alves Miranda. **O Trabalho Doméstico: Direitos e Deveres**. 6ª edição. Goiânia: AB, 2003.
- ARAÚJO, Eneida Alves Miranda. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição. São Paulo: LTR, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOSSA, Sônia. **Direito do Trabalho da Mulher no contexto social brasileiro e medidas anti-discriminatórias**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- CALIL, Léa Elisa Silingowshi. **História do direito do trabalho da mulher**. São Paulo: LTr, 2000.
- CARRION, Valentin. **Comentários à CLT**. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito ao Trabalho**. 9ª edição. São Paulo: Método, 2014.
- CORTÊZ, Íaris; RODRIGUES, Almira; Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFMEA). **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente**. Brasília: Letras Livres, 2006.
- CORTÊZ, Julpiano Chaves. **Direito do Trabalho Aplicado**. 2ª edição. São Paulo: LTR, 2014.
- DELGADO, Maurício Gondinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª edição. São Paulo: LTR, 2013.
- DIDIER JR, Fredie – Org. **Constitucionais**. 6ª edição. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GALVÃO, Patrícia. **Brasil tem uma das melhores leis de licença-maternidade da AL**. Rádio Onu. Maio. 2014. Disponível em: <http://agenciapatriciagalvao.org.br/direitos-sexuais-e-reprodutivos/brasil-tem-uma-das-melhores-leis-de-licenca-maternidade-da-al/>. Acesso em 14 out. 2015.
- HORVATH JR., Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 18, ed. São Paulo: Atlas, 2014.



Londrina PR, de 02 a 05 de Julho

Ministério das Relações Exteriores. **Relatório Nacional Brasileiro da Convenção sobre a eliminação de todas s formas de discriminação contra a mulher**. Brasília: 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalho e família: rumo a novas formas de conciliação com co-responsabilidade social**. Brasília: OIT, 2009.

RUMOSSANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no direito brasileiro**. 2º vol. São Paulo: José Konfino, 1954.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. 2ª edição. São Paulo: Campus, 2013.