

MARIANA TROMBELA DE MELO

**A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO DIREITO DO
TRABALHO – HISTÓRIA, LEGISLAÇÃO E
JURISPRUDÊNCIA**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP COGEAE

SÃO PAULO

2012

MARIANA TROMBELA DE MELO
N. 00069323

**A PROTEÇÃO À MATERNIDADE NO DIREITO DO
TRABALHO – HISTÓRIA, LEGISLAÇÃO E
JURISPRUDÊNCIA**

MONOGRAFIA APRESENTADA À
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE
SÃO PAULO, COMO EXIGÊNCIA PARCIAL
PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
ESPECIALISTA EM DIREITO DO TRABALHO.
ORIENTADOR: MARCELO MORELATTI
VALENÇA

SÃO PAULO

2012

Agradeço ao meu Professor e Orientador Marcelo Morelatti Valença, por todo o auxílio, paciência e a habitual boa vontade para a construção do presente trabalho.

Dedico este trabalho a Deus, pela minha vida e sua proteção; aos meus pais, pelo exemplo de vida, sabedoria, inteligência, educação, apoio e carinho sempre oferecidos; à minha irmã pela confiança e paciência; e ao Rafa, meu amor, por todo carinho e amor de sempre.

*“Sua existência é em si um ato de amor.
Gerar, cuidar, nutrir.
Amar, amar, amar...
Amar com um amor incondicional que nada espera em
troca.
Afeto desmedido e incontido,
Mãe é um ser infinito.”*

Anderson Cavalcante

RESUMO

A proposta do presente trabalho é o estudo da legislação e doutrina brasileira com relação à proteção à maternidade no Direito do Trabalho. A pesquisa aborda os principais dispositivos legais referentes ao tema, bem como o Direito Comparado com algumas legislações estrangeiras que dispõem sobre a maternidade e sua relação com o direito trabalhista. Assim, são analisadas as possíveis origens e primeiras normas que surgiram para resguardar este direito das mulheres. Baseado em pesquisas bibliográfica e doutrinária, o trabalho procura abordar os direitos e a evolução das leis com relação ao tema. Por fim, é discutido como o Judiciário brasileiro vem se posicionando em relação ao assunto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. DEFINIÇÃO.....	10
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	11
2.1. Mundo.....	12
2.2. Brasil.....	13
3. PREVISÃO LEGISLATIVA.....	16
3.1. Constituição Federal.....	16
3.2. Consolidação das Leis do Trabalho.....	16
3.3. Leis especiais.....	17
3.4. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho.....	19
4. DIREITO COMPARADO: DIFERENÇAS ENTRE O BRASIL E OUTROS PAÍSES COM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO SOBRE LICENÇA-MATERNIDADE.....	21
5. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE.....	23
6. A DURAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE E O PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ.....	32
6.1. Ocorrência do aborto.....	34
6.2. O Programa Empresa Cidadã.....	36
7. A ADOÇÃO E O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE.....	40
8. A LICENÇA-PATERNIDADE.....	45
9. A LICENÇA-MATERNIDADE E O PAGAMENTO SALARIAL.....	48
9.1. O valor do salário-maternidade.....	51
10. A SUSPENSÃO OU INTERRUPÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	54
11. O DIREITO À AMAMENTAÇÃO.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
BIBLIOGRAFIA.....	63

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo o estudo da proteção à maternidade no Direito do Trabalho Brasileiro, conforme sua história, legislação e principais julgados a respeito deste tema.

Este trabalho buscou ampliar os conhecimentos através da área jurídica, por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária.

Durante a Revolução Industrial as mulheres foram muito exploradas, com jornadas de trabalho excessivas, trabalhos pesados e salários irrelevantes. Entretanto, com o passar do tempo e a evolução da sociedade, tratados, normas e leis foram criados para a proteção do trabalho da mulher e conseqüentemente proteção à maternidade, assegurando o emprego e afastamento por determinado período à empregada gestante.

A proteção à maternidade foi um dos primeiros assuntos a serem normatizados, contando com uma grande influência da ação internacional, mais especificamente da Organização Internacional do Trabalho – OIT.

Para tanto, o Capítulo 1 conceitua a Proteção à Maternidade na área do Direito do Trabalho. No Capítulo 2 é possível entender o histórico e a evolução das normas de proteção às mulheres e gestantes tanto no Brasil, como no mundo. Já o Capítulo 3 dispõe sobre a previsão legislativa sobre o tema no Brasil, tanto na Constituição Federal, na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como nas leis especiais. No Capítulo 4 é possível entender algumas diferenças da licença maternidade no Brasil com relação a alguns países. O Capítulo 5 trata da estabilidade provisória da gestante. O Capítulo 6 dispõe sobre a duração da licença-maternidade, o Programa Empresa Cidadã e as possíveis implicações no contrato de trabalho. No Capítulo 7 é possível entender os direitos da mãe adotante com relação à licença-maternidade. Os Capítulos 8 e 9 tratam respectivamente da licença-paternidade e do pagamento salarial durante a licença-maternidade. O dilema doutrinário “suspensão ou interrupção” do contrato de trabalho durante a licença-maternidade é tratado no Capítulo 10. E por fim, o Capítulo 11 dispõe sobre o direito à amamentação.

Conforme será explanado, a proteção à maternidade vai além do que a simples garantia de emprego das mulheres, buscando também a proteção do nascituro, visando garantir um bom desenvolvimento e bem estar da mãe e do seu filho.

Após incansáveis esforços, conclui-se que os objetivos propostos foram alcançados, ficando o fruto deste trabalho como modesta contribuição para aqueles que o desejarem continuar.

1. DEFINIÇÃO

O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a a uma atividade profissional em ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.¹

É por estes e outros motivos que a mulher merece uma maior regulamentação e proteção quanto às condições de trabalho e principalmente quanto ao período de gestação e maternidade.

A Proteção à Maternidade no Direito do Trabalho visa proteger a mãe e o bebê antes e após o parto, assegurando à mãe o recebimento do seu salário, o período de licença para sua recuperação após o parto, além de garantir o período de amamentação tão importante para a saúde do bebê, entre outros direitos.

Durante muitas décadas as mulheres trabalhavam sem ter qualquer direito relacionado à proteção à maternidade, se sujeitando a fatores e atividades que poderiam comprometer a sua vida e a de seu filho.

Entretanto, através da evolução da sociedade, e conseqüentemente das leis, o direito da proteção à maternidade vem se tornando cada vez mais presente nas relações laborais, se inovando através dos tempos, com o surgimento de novas leis e normas referentes a este tema.

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 726.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Um dos primeiros documentos que tratam da proteção à maternidade pode ser encontrado no êxodo 21 da Bíblia:

Se homens brigarem e ferirem uma mulher grávida, e ela der à luz prematuramente, não havendo, porém, nenhum dano sério, o ofensor pagará a indenização que o marido daquela mulher exigir, conforme a determinação dos juízes.

O trabalho da mulher foi muito utilizado durante a Revolução Industrial no século XIX, principalmente nas operações de máquinas. Os empregadores preferiam empregar mulheres, pois desta forma poderiam pagar salários inferiores aos dos homens, sendo que faziam os mesmos serviços que eles. Assim sendo, as mulheres se sujeitavam a longas jornadas de trabalho, salários baixos, péssimas condições de saúde e cumprindo obrigações além do que era possível, para garantirem seus empregos. Além disso, as mulheres ainda tinham seus afazeres domésticos e dos filhos. Não existia uma proteção para a fase de gestação ou amamentação.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento:

Nenhuma limitação da jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que podem acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica.²

Foi com base nesses problemas que começou a surgir uma legislação protecionista em favor da mulher.

Na Inglaterra surgiram algumas leis em proteção ao trabalho da mulher, como o *Coal Mining Act*, que proibia o trabalho da mulher em lugares subterrâneos, o *Factory Act*, que limitou as horas de trabalho da mulher em no máximo doze, proibindo o trabalho noturno e o *Factory and Workshop Act*, que vedou os trabalhos perigosos e insalubres para as mulheres.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 225.

Na mesma época a França também criou algumas leis em favor das mulheres, como aquela que proibia o trabalho das mulheres em minas e pedreiras, o trabalho noturno para mulheres menores de vinte e um anos, bem como a limitação da jornada de trabalho em onze horas. Além disso, foi criada a lei que outorgou às grávidas o direito ao repouso não remunerado de oito semanas, proibindo o carregamento de objetos pesados.³

2.1. Mundo

A Constituição da OIT realça a necessidade de proteção ao trabalho da mulher. Assim, de tempos e tempo foram editadas convenções e recomendações sobre o tema.

A Convenção n. 3 de 1919, ratificada pelo Brasil, diz respeito ao trabalho da mulher antes e depois do parto.

A Convenção n. 103 de 1952, também ratificada pelo Brasil e a Recomendação n. 95 do mesmo ano, tratam da proteção à maternidade.

A Convenção n. 171 de 1990, fala sobre trabalhos noturnos, que são realizados por um período de sete horas, entre meia-noite e cinco horas da manhã, tendo as mulheres uma proteção especial em função da maternidade.

A Recomendação n. 12 de 1921 trata sobre a proteção antes e depois do parto.

A Recomendação n. 67 de 1944 diz respeito ao auxílio-maternidade.

A Convenção n. 183 de 2000 revê a Convenção n. 103 da OIT e passa a prever que a duração da licença à gestante é de 14 semanas, com possibilidade de prorrogação caso ocorra enfermidade ou complicações no parto.⁴

Criou-se, desta forma, duas direções com relação às ações internacionais: a primeira dirige-se de um lado à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher em geral, proibindo os trabalhos

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 582.

⁴⁴ Id. Ibidem, p. 582.

perigosos, insalubres e penosos (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT). A segunda direção se caracteriza pela necessidade de atribuir à mulher igualdade de remuneração e de tratamento com os homens (Convenções n. 100 e 111 da OIT).⁵

2.2. Brasil

A primeira norma que tratou sobre o trabalho da mulher foi o Decreto n. 21.417-A de 17 de maio de 1932, que proibia o trabalho da mulher à noite, das 22 às 5 horas, proibindo também a remoção de pesos. Através esse decreto, também foi proibido o trabalho da mulher em locais subterrâneos, insalubres ou perigosos, no período de quatro semanas antes e quatro semanas após o parto. A mulher também conquistou dois descansos diários de meia hora cada um, para a amamentação dos filhos durante os primeiros seis meses de vida.

É notória a influência deste Decreto no texto da atual Consolidação das Leis do Trabalho.

A Constituição brasileira de 1934 foi a primeira que tratou sobre a proteção à maternidade. Em seu artigo 121, parágrafo primeiro, inciso *h*, garantia o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, assegurando instituição de previdência a favor da maternidade. O artigo 121, parágrafo terceiro previa os serviços de amparo à maternidade.

A Constituição de 1937 em seu artigo 137, inciso I, assegurou à gestante a assistência médica e higiênica, prevendo o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário.

Assim, em 01 de maio de 1943 foi editada a CLT, consolidando toda a matéria existente na época.

A Constituição de 1946 em seu artigo 157 que assegurou o direito da gestante ao descanso antes e após o parto, sem prejuízo do emprego e do salário, reconheceu a assistência sanitária hospitalar e médica à gestante, além de assegurar a previdência em favor da maternidade.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1085.

A Constituição de 1967 trouxe todas as inovações já consistentes nas Constituições anteriores com relação à maternidade. Porém, através do Decreto-lei n. 229 de 1967, os artigos 389 e 392 da CLT foram alterados para proporcionar às mulheres a guarda dos seus filhos na empresa em que trabalha, além de aumentar o período de descanso para quatro semanas antes do parto e oito semanas após o parto.

Inicialmente era o empregador quem pagava o período de afastamento da gestante. Em consequência disso, a contratação de mulheres era mais difícil, tendo em vista o desinteresse do empregador neste encargo. Havia, portanto, a necessidade da legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente para incentivar a contratação de pessoas do sexo feminino.

Através da Convenção 103 da OIT de 1952, ratificada pelo Brasil e promulgado o Decreto n. 58.020 de 1966, que reviu a Convenção n. 3, ficou estabelecido que em caso algum o empregador deverá ficar responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega, devendo estas prestações ficarem a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor este ônus ao empregador, objetivando a não discriminação do trabalho da mulher.

Somente com a Lei n. 6.136 de 1974, é que houve a transferência para a Previdência Social do ônus do pagamento da licença-maternidade, que antes era do empregador.

Assim, com a chegada da atual Constituição brasileira de 1988, foi assegurada a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do trabalho, por 120 dias, quando anteriormente era de 84 dias. Além disso, o artigo 10, II, b do ADCT prevê a garantia de emprego à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, o que nunca havia sido prevista na legislação brasileira.⁶

Dentre os direitos atualmente garantidos pela legislação brasileira como forma de proteção à maternidade estão:

- a) Construção e manutenção de creches;

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 583.

- b) Proibição do trabalho durante quatro semanas antes e doze após o parto;
- c) Garantia do salário íntegro durante este período;
- d) Repouso semanal remunerado de duas semanas em caso de aborto não criminoso;
- e) Prorrogação de duas semanas, em casos excepcionais, do repouso que precede e sucede o parto, com salários integrais;
- f) Garantia do emprego durante a gestação e após o parto⁷

⁷ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 425.

3. PREVISÃO LEGISLATIVA

3.1. Constituição Federal

Os incisos XVIII e XIX do artigo 7º da Constituição Federal protegem o direito à maternidade e à paternidade, conforme disposto:

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

XIX – licença paternidade nos termos da lei;

O artigo 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispõe sobre a proteção da gestante contra a despedida arbitrária por parte do empregador:

Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

§1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX da Constituição, o prazo da licença paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

O artigo 39, parágrafo 3º da Constituição Federal estabelece os mesmos direitos da Carta Magna aos servidores públicos, além de conceder a oportunidade de a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando exigir o cargo:

Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

3.2. Consolidação das Leis do Trabalho

Os artigos 391 a 401 da Consolidação das Leis do Trabalho tratam da proteção à maternidade.

As medidas de proteção à maternidade são estendidas às empregadas, inclusive as empregadas a domicílio, conforme disposto nos artigo 3º e 6º da CLT.

O inciso II, alíneas *c* e *g* do artigo 592 da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõem sobre o objetivo da contribuição sindical, beneficiando a assistência à maternidade, além das creches para quando a mãe necessitar retornar ao trabalho:

A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, visando aos seguintes objetivos:

II – Sindicatos de empregados:

c) assistência à maternidade

g) creches

O parágrafo 1º do artigo 389 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece a obrigação da empresa com mais de trinta mulheres, com mais de dezesseis anos de idade, em fornecer local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos em período de amamentação.

O parágrafo 2º do artigo 389 propõe que a exigência do parágrafo 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, SESC, LBA ou de entidades sindicais.

Também com relação ao parágrafo 1º do artigo 389, a portaria n. 3.296 de 3 de setembro de 1986 autoriza as empresas e empregadores a adotar o sistema de reembolso-creche. O artigo 1º, inciso I, expõe o funcionamento deste sistema:

o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente as despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de prestação à maternidade.

3.3. Leis especiais

Os artigos 71 a 73 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 dispõem sobre a proteção ao salário maternidade.

A lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, proíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho. O

artigo 2º, inciso I desta lei institui como crime a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. A pena é a detenção de um a dois anos e multa. A lei protege o direito à intimidade e à igualdade, impedindo que a gravidez da empregada possa ser utilizada como causa da discriminação.

Na ocorrência do rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, será facultada a empregada a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Nada impede à empresa solicitar exame médico quando houver a dispensa da empregada, visando verificar se está grávida, visando o objetivo de manter a relação de emprego caso a empregada esteja grávida. O empregador não poderá saber se a empregada está ou não grávida sem a realização do exame. O exame médico neste caso, portanto, não se trata de ato discriminatório.⁸

A lei n. 10.421, de 15 de abril de 2002, estendeu à mãe adotiva o direito à licença maternidade e ao salário-maternidade, alterando a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943, e a Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991.

A lei n. 11.770, de 09 de setembro de 2008, institui o Programa Empresa Cidadã, destinada a facultar a prorrogação da licença maternidade prevista na Constituição Federal.

A lei n. 7.644, de 18 de dezembro de 1987, dispõe sobre a figura da mãe social. A mãe social nada mais é do que uma profissão, a qual visa propiciar ao menor abandonado as condições familiares ideais ao seu desenvolvimento e reintegração social. Essa função é utilizada em instituições sem finalidade lucrativa, ou de utilidade pública de assistência ao menor abandonado e que funcionem pelo sistema de casas-lares.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 594.

Considera-se mãe social aquela que, dedicando-se à assistência ao menor abandonado, exerça o encargo em nível social, dentro do sistema de casas-lares.⁹

De acordo com o *caput* do artigo 4º desta Lei, são atribuições da mãe social:

- I – propiciar o surgimento de condições próprias de uma família, orientando e assistindo os menores colocados sob seus cuidados;
- II – administrar o lar, realizando e organizando as tarefas a ele pertinentes;
- III – dedicar-se, com exclusividade, aos menores e à casa-lar que lhes for confiadas.

A mãe social possui todos os direitos trabalhistas. Seu trabalho é realizado em caráter intermitente, realizando-se pelo tempo necessário ao desempenho de suas tarefas. Os requisitos para esta função são: idade mínima de vinte e cinco anos, o ensino fundamental completo e a aprovação em treinamento e estágio específicos.

Com relação às empregadas domésticas, nos mesmos termos do artigo 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, em seu artigo 4º-A trouxe a proteção às empregadas domésticas contra a despedida arbitrária do empregador:

É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

O Decreto 73.626/1984 que regulamentou a Lei 5.889/1973 estabelece em seu artigo 4º, que devem ser aplicados às relações de trabalho rural os artigos 391 a 401 da CLT, que se referem à proteção à maternidade. Este dispositivo foi confirmado com a chegada da Constituição Federal de 1988 o artigo 7º arrolou o direito à licença-maternidade para as empregadas urbanas e rurais.

3.4. Súmulas, Orientações Jurisprudenciais e Precedentes Normativos do Tribunal Superior do Trabalho

A Súmula n. 244 do Tribunal Superior do Trabalho trata sobre a estabilidade da gestante, conforme redação:

⁹ BASILE, César Reinaldo Offa Basile. **Direito do Trabalho: teoria geral a saúde e segurança**, p. 38.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

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

III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Já a Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Coletivos n. 30 garante a impossibilidade da renúncia do direito da gestante garantido pela Constituição Federal:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

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

Em consonância com os termos da Constituição Federal, assim foi inserida a Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais 1 n. 44, que trata do salário maternidade:

GESTANTE. SALÁRIO MATERNIDADE.

É devido o salário maternidade, de 120 dias, desde a promulgação da CF/1988, ficando a cargo do empregador o pagamento do período acrescido pela Carta.

O Precedente Normativo n. 113 dispõe sobre a obrigação do empregador em transportar a empregada parturiente ao local apropriado, caso ela entre em trabalho de parto durante o horário de trabalho:

TRANSPORTE DE ACIDENTADOS, DOENTES E PARTURIENTES (POSITIVO)

Obriga-se o empregador a transportar o empregado, com urgência para local apropriado, em caso de acidente, mal súbito ou parto, desde que ocorram no horário de trabalho ou em consequência deste.

4. DIREITO COMPARADO: DIFERENÇAS ENTRE O BRASIL E OUTROS PAÍSES COM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO SOBRE LICENÇA-MATERNIDADE

A duração da licença maternidade em outros países se dá da seguinte maneira:

- a) Alemanha: licença de 14 semanas;
- b) Argentina: licença de 90 dias (3 meses) remunerada pelo governo e 90 dias (3 meses) opcionais sem remuneração;
- c) Austrália: licença de 52 semanas (1 ano) não remunerada;
- d) Canadá: licença de 17 semanas;
- e) Chile: licença de 18 semanas;
- f) China: licença de 90 dias (3 meses) não remunerada;
- g) Cuba: licença de 18 semanas (126 dias) remunerada pelo governo;
- h) Espanha: licença de 16 semanas (112 dias) paga pelo governo;
- i) Estados Unidos: licença de até 12 semanas (84 dias) paga pelo governo;
- j) França: licença de 3 meses (90 dias) de licença em caso de parto normal e 4 meses (120 dias) em caso de cesariana. Os custos são pagos pelo governo;
- k) Holanda: licença de 16 semanas;
- l) Índia: no setor privado não há previsão legal específica e a licença varia de acordo com a empresa. As funcionárias públicas possuem direito a 4 meses e meio (135 dias);
- m) Itália: licença de 5 meses (150 dias). O governo paga 80% do salário;
- n) Japão: licença de até 14 semanas (98 dias). Dependendo da empresa, 60% da remuneração é coberta por seguradoras ou pelo governo;
- o) Noruega: licença de 18 semanas;
- p) Portugal: licença de 4 meses (120 dias) remunerada pelo governo;
- q) Uruguai: licença de 12 semanas (84 dias) remunerada pelo governo.¹⁰

Com relação ao período de licença maternidade, a Lei Portuguesa 04/84, com as alterações do Decreto 70/2000 estabelece que no caso de partos múltiplos, o período de licença será acrescido de 30 dias por filho, além do primeiro.

Já a Lei Espanhola 39/99, prevê que a licença será ampliada em mais duas semanas, por filho, a partir do segundo.

¹⁰ http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/lic_matern_180dias.htm, acesso em 15 ago. 2012.

No Brasil, com relação a partos múltiplos, o fato gerador do benefício é único, e portanto, não há razão para a concessão de mais de um benefício.¹¹

Na Itália é proibida a dispensa da trabalhadora durante o período de gestação e até um ano após o nascimento da criança, conforme Lei 860/1950 e Lei 1.204/1971. Entretanto este dispositivo não se aplica à empregada doméstica.

No Chile a empregada doméstica não é contemplada com a garantia de emprego de um ano, assegurada às demais trabalhadoras.¹²

Em se tratando de serviços que exigem força muscular, no Brasil há a ocorrência de abortos espontâneos e partos prematuros associados ao trabalho contínuo com levantamento de cargas pesadas. Nos Estados Unidos, embora inexista limite ao trabalho da mulher em serviços que demandam emprego de força muscular, a Associação Médica Americana publicou orientações para serem observadas durante a gestação, dentre elas justifica-se a adoção de limites para uma gestante com relação ao levantamento repetitivo de cargas e abaixamento repetitivo do corpo a partir da 20ª semana de gestação.

Sendo assim, o ideal seria a abolição da restrição contida no artigo 390 da CLT e submeter à apreciação de cada caso às condições individuais de cada empregada e dos seus serviços.¹³

De qualquer maneira, comparando a legislação brasileira com a legislação de alguns países, é possível observar que o Brasil ocupa uma boa posição com relação ao período de licença maternidade assegurado às trabalhadoras.

¹¹ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 290.

¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 356.

¹³ Id. *Ibidem*, p. 1092.

5. A ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE

A estabilidade provisória da gestante é a proibição de sua dispensa sem justa causa em determinado período.

A estabilidade provisória da gestante é de cinco meses após o parto, conforme disposto no artigo 10, inciso II, alínea *b* do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal.¹⁴

Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A gestante, portanto, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à despedida por motivos de ordem técnica, econômico financeira ou disciplinar.¹⁵

É neste sentido o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

Estabilidade provisória da gestante. A cláusula que trata da estabilidade provisória da gestante deve ser acatada, por expressar a composição de interesses das partes e livre manifestação de vontades, em respeito aos princípios insculpidos nos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal.¹⁶

De acordo com a Orientação Jurisprudencial n. 30 da Seção de Dissídios Coletivos, a gestante não poderá renunciar os direitos constitucionais:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

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

¹⁴ MARTINS, Nei Frederico Cano; MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Lições de direito individual do trabalho**, p. 157.

¹⁵ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: versão universitária**, p.397.

¹⁶ TST, RO-DC 284.835/96.6, Lourenço Prado, Ac. SDC 1.277/96.

A garantia de emprego da gestante não pode ser confundida com a licença-maternidade.

A garantia de emprego consiste no lapso temporal em que a gestante, trabalhando ou não, está protegida contra a rescisão arbitrária ou sem justa causa do seu contrato de trabalho, que se dá desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Já a licença-maternidade representa o período em que a empregada grávida está afastada do trabalho, sem prejuízo da sua remuneração. Este período se dá em cento e vinte dias, sendo vinte e oito dias antes do parto e o restante após. De qualquer forma, o período de licença-maternidade está inserido no intervalo de tempo de garantia de emprego.

Para Sérgio Pinto Martins, existem várias teorias que informam a garantia de emprego da gestante, entre elas a teoria da responsabilidade objetiva e subjetiva.

A teoria da responsabilidade objetiva considera que o essencial é a confirmação da gravidez para a própria gestante e não para o empregador. A garantia de emprego não depende da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua confirmação, sendo, portanto, responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro. Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal

A teoria de responsabilidade subjetiva entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador.

Neste caso, a trabalhadora precisa dar ciência de sua gravidez ao empregador, comprovando através de atestado médico ou exame laboratorial, ou até cientificando por escrito que está grávida. Somente a partir deste momento de ciência do empregador é que a gestante está protegida.¹⁷

Na opinião de Valentin Carrion, o requisito da confirmação da gravidez não pode ser interpretado como uma confirmação pessoal da gestante, como uma convicção íntima. Há a necessidade de um atestado médico ou exame laboratorial. De qualquer forma, não havendo

¹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 415.

provas da entrega do resultado ao empregador, a propositura da reclamação trabalhista com o resultado dos exames, satisfaz o requisito constitucional, tanto para fins de reintegração como para indenização cabível.¹⁸

O termo usado pela Constituição Federal é “confirmação”, ou seja, o direito à estabilidade se dá a partir da confirmação da gravidez por exames médicos, e não a partir da concepção. Assim sendo, não há a necessidade de que a gravidez seja informada pela empregada ao empregador, pois o TST entende que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade, conforme a Súmula 244, I do TST.

A Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho firmou os entendimentos referentes à estabilidade da gestante e confirma a teoria objetiva da responsabilidade:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade.

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

III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

Nos termos da Súmula acima transcrita, a garantia de emprego à gestante só autoriza sua reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia se restringe aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região proferiu a seguinte decisão a respeito da prova do estado gravídico:

Estabilidade Provisória. Gestante. Quando despedida, seus direitos independem da prova de que o empregador tivesse ciência do estado gravídico.¹⁹

Em caso de ocorrência da dispensa de forma arbitrária ou imotivada dentro do período de estabilidade, a gestante fará jus à reintegração no emprego ou indenização compensatória.

¹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 267.

¹⁹ TRT/SP, RO 43.995/93.0, Valentin Carrion. Ac. 9a T. 23.283/95.8.

Sendo assim, para toda e qualquer garantia, quando a reintegração for desaconselhável dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, deverá ser privilegiada a indenização.

Além disso, a redação da Súmula 244, II do TST estabelece que a garantia de emprego somente autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade da gestante. Do contrário, o direito se restringe aos salários e demais direitos referentes ao período de estabilidade.

Neste sentido a SDI 1 do TST entende dispensável que a empregada postule a reintegração, permitindo que o pleito verse apenas sobre a indenização:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. PEDIDO ÚNICO DE INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. PERÍODO ESTABILITÁRIO NÃO EXAURIDO. SÚMULA 244 DO TST. 1. À empregada gestante, dispensada sem justa causa, a Súmula 244 do TST, em sua redação anterior, assegurava apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período de estabilidade, não o direito à reintegração. Isso não significa, todavia, que o acolhimento do pedido de indenização substitutiva, enquanto não esgotado o período de estabilidade, pressupunha que a empregada postulasse reintegração. A um, porque semelhante pedido estaria fadado ao fracasso. A dois, porque, nula a despedida, abre-se à empregada à opção entre a manutenção do emprego ou a reparação da lesão advinda da ruptura ilegal do contrato de emprego. Naturalmente, quem tem direito ao mais (reintegração) tem direito ao menos (indenização substitutiva). 2. Embargos conhecidos, por violação ao artigo 896 da CLT e por contrariedade à Súmula 244 do TST, e providos para acolher o pedido de indenização substitutiva decorrente de estabilidade provisória reconhecida à empregada gestante.²⁰

O Tribunal Superior do Trabalho proferiu o seguinte julgamento nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. SÚMULA 396/TST. A empregada gestante goza da garantia de emprego prevista no art. 10, II, b, do ADCT da CF/1988 (item I da Súmula 244/TST). Todavia, exaurido o período estabilitário, nos termos do item I da Súmula 396/TST, serão devidos os salários do período compreendido entre a data da dispensa e o término do período de estabilidade. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.²¹

Caso a empregada consiga comprovar que já se encontrava grávida antes da concessão do aviso prévio, mesmo este sendo indenizado, fará jus à estabilidade.²²

Entretanto, caso a concepção da gravidez se dê durante o período do aviso prévio, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é o seguinte:

²⁰ TST-E-RR-539679/1999 – DJ 23.4.2004. Ac. SBDI-1. Rel. Min. João Oreste Dalazen.

²¹ TST, RR 76350/2001, 6ª Turma, DJ 07.03.2008.

²² SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**, p.398.

RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONCEPÇÃO DURANTE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO. RECONHECIMENTO. I. Cinge-se a controvérsia nestes autos em saber se a gravidez, concebida no curso do aviso prévio, gera direito a estabilidade ou indenização prevista no art. 10, II, B, da ADCT. II. Consoante o disposto no art. 10, II, b, do ADCT, fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A mencionada estabilidade foi assegurada à empregada gestante sem nenhuma restrição quanto ao conhecimento prévio, ou não, pelo empregador, do estado gravídico da empregada (Súmula 244, I do TST), pois a garantia de emprego tem por objeto a proteção do nascituro. III. Entretanto, na hipótese vertente, a concepção somente se deu no período do aviso prévio indenizado. Ora, se, por um lado, é inválida a concessão do aviso prévio na fluência da garantia do emprego (Súmula 348 do TST), por outro, não há como se reconhecer a estabilidade adquirida no curso do aviso prévio, uma vez que a rescisão do contrato já estava sujeita a um termo. Ademais, o entendimento pacificado desta Corte Superior, consubstanciado na Súmula 371, é no sentido de que a projeção do contrato de trabalho, para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. Assim sendo, e na esteira de precedentes desta Corte Superior, tendo a concepção se dado em momento posterior ao rompimento do pacto laboral, não há que se falar em estabilidade nem na respectiva indenização. Recurso de revista conhecido e desprovido.²³

Não há estabilidade quando a gravidez se dá no curso do aviso prévio.²⁴

A comprovação da gravidez deve ser feita durante a vigência do contrato de trabalho ou do aviso prévio indenizado, pois do contrário o empregador não pode ter ciência da gravidez da empregada quando da dispensa.

Com relação às empregadas contratadas por meio de contrato temporário, em recente decisão do TST do dia 14 de setembro de 2012, ficou definido que as mulheres grávidas possuem a estabilidade garantida no contrato temporário. Para estas mulheres, o empregador deverá garantir a vaga de emprego até o final da gestação, bem como assegurar os cinco meses de estabilidade após o parto.²⁵

Importante ressaltar que, existindo parto normal ou intervenção médica, como a cesariana ou induzimento, para o aborto legal, a gestante terá direito à estabilidade, independentemente da morte da criança.²⁶

²³ TST, RR 701/2003-031-01-00, 8ª Turma, DJ 29.02.2008.

²⁴ TST, RR 189.602/95.2, Candeia de Souza, Ac. 2ª T. 6.238/96.

²⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1153949-licenca-maternidade-vale-para-contrato-de-trabalho-temporario-diz-tst.shtml>. Acesso em 14.09.2012.

²⁶ BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 70.

Este é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho: não há perda da estabilidade da gestante devido ao falecimento de seu filho. Os legisladores nada previram sobre isso, nem condicionaram a estabilidade ao nascimento com vida da criança.

Importante ressaltar que o nascimento de filhos gêmeos ou parto múltiplo não implica o pagamento de salário-maternidade maior ou de licença maternidade superior ao previsto em lei.²⁷

Com relação à mãe de aluguel, haverá a garantia de emprego, porque houve a gestação. Entretanto, no caso de fornecedora de óvulos, não haverá garantia de emprego, pois não ocorreu a gestação.

Sérgio Pinto Martins acredita que a mãe adotiva não terá direito à estabilidade no emprego, pois a alínea b do artigo 10 do ADCT deixa claro que a garantia se dá desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Este dispositivo faz referência à gestante e não à mãe adotante. Como a adotante não precisa do prazo para a recuperação de seu corpo, não faz jus à estabilidade provisória.²⁸

A decisão da ministra Kátia Magalhães Arruda, foi seguida por unanimidade na Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o recurso de revista de uma trabalhadora carioca demitida por seu empregador quando estava com aproximadamente dois meses de gravidez.

Enquanto a ação tramitava, a gestante teve parto prematuro aos seis meses, e cinco dias após o nascimento, sua filha faleceu. A decisão da Quinta Turma garantiu à empregada a estabilidade por cinco meses, tendo como marco inicial a data do parto. O resultado reformou o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, que limitava a estabilidade à data do óbito da filha da reclamante.

Para a Ministra Kátia Arruda, a estabilidade da gestante tem como finalidade a proteção da mãe e do filho. Com relação à criança, visa assegurar a formação do vínculo

²⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 590.

²⁸ Id. *Ibidem*, p. 418.

afetivo entre o nascituro e a mãe. Com relação à mãe, além da formação do vínculo, pretende também assegurar a sua recuperação física e mental, tanto da gestação, como do parto em si.²⁹

Nestes termos, o Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou a respeito, através da jurisprudência abaixo transcrita:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. DESNECESSIDADE DE CONHECIMENTO DA GESTAÇÃO. LIMITAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. O art. 10, II, b, do ADCT assegura a estabilidade provisória à gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, sem exigir o preenchimento de requisito outro, que não a própria condição da gestante. Com fundamento no referido dispositivo constitucional, a jurisprudência desta Corte firma-se no sentido de que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente de estabilidade. (art. 10, II, b do ADCT) Súmula 244, item I, desta Corte, que incorporou a Orientação Jurisprudencial 88/SBDI-1). Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.³⁰

Com relação ao contrato de experiência, Renato Saraiva acredita que não há que se falar em estabilidade à gestante, uma vez que as partes já sabiam o termo final do pacto.³¹ Assim também é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

Contrato de experiência. Não faz jus a empregada gestante à estabilidade quando celebra contrato por prazo determinado.³²

Salário-maternidade. Contrato de experiência. O artigo 10, inciso II, alínea b do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não trouxe qualquer modificação quanto ao entendimento no sentido de ser indevido o salário-maternidade no contrato de experiência, uma vez que só o contrato por prazo indeterminado dá ensejo à despedida arbitrária ou sem justa causa, a que faz alusão o referido preceito, que incorre com o contrato de experiência, que tem seu termo final prefixado. Recurso de revista não conhecido.³³

Esta também é a opinião de Alice Monteiro de Barros, acreditando que, rompido o contrato determinado, sem a inserção da cláusula do artigo 481 da CLT, a empregada continua não fazendo jus ao salário-maternidade, como se entendia antes da nova redação dada à Súmula 244 do TST em 2005. Há neste tipo de contrato a certeza do seu termino, consequência lógica do acordo de vontade pactuado entre as partes. Entretanto, outra será a situação se o contrato determinado contiver a cláusula assecuratória do direito recíproco de

²⁹ FERREIRA, Germana Monteiro de Castro. **Principais Julgamento do Tribunal Superior do Trabalho**, p. 133.

³⁰ TST, AIRR 323/2006-224-01-40, 8ª Turma, DJ 07.03.2008.

³¹ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**, p. 398.

³² TST, RR 177.089/95.6, Candeia de Souza, Ac. 2ª T. 6.172/96.

³³ TST-RR-207219/95.2, Ac. 1ª T. 07315/96, Rel. Min. Lourenço Prado, DJU 28.2.97.

rescisão antecipada (artigo 481 da CLT) e este direito for exercitado pelo empregador, sem justa causa. Nesta hipótese, o ajuste passará a reger-se pelas normas do contrato indeterminado e a empregada gestante fará jus ao salário-maternidade e estabilidade provisória.³⁴

Durante a gravidez a empregada terá direito, sem prejuízo do salário e demais direitos à transferência de função quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, bem como a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.³⁵

Caso não haja a possibilidade de transferência de função, a melhor solução jurídica é o afastamento temporário do trabalho durante os quinze primeiros dias com recebimento dos salários e depois requerer o auxílio-doença. Outra solução seria a concessão da licença remunerada, pois o risco de atividade cabe à empresa e o salário tem natureza alimentícia.³⁶

A Lei n. 11.324 de 19 de julho de 2006, acrescentou à Lei n. 5.859/1972 o artigo 4º-A, que estabelece que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos mesmos termos da Constituição Federal.

Assim, a empregada doméstica terá direito à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conforme determinação do artigo 4º-A da Lei 11.324/2006. Entretanto, Alice Monteiro de Barros discorda deste dispositivo, por entender que não é adequado obrigar uma família a manter uma empregada doméstica em sua residência sob pretexto de estabilidade provisória, podendo ocorrer violação à vida privada, invasão de domicílio e contrariedade à Constituição Federal (artigo 5º, X e XI).³⁷

Existem situações em que a mulher engravida durante o período de amamentação de seu filho. Neste caso, a empregada terá uma segunda garantia de seu emprego. Após a

³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1120.

³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 599.

³⁶ FIGUEIREDO, A. B. apud BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 51.

³⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 357.

ocorrência do parto do segundo filho, começarão a ser contados novos cinco meses de garantia no emprego.³⁸

³⁸BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. P. 39.

6. A DURAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE E O PROGRAMA EMPRESA CIDADÃ

Antigamente, em seu artigo 392, a Consolidação das Leis do Trabalho dispunha que, por ocasião da gravidez, a mulher tinha o direito ao afastamento de 84 dias (quatro semanas antes e oito semanas após o parto).

Entretanto, a Constituição Federal aumentou este período de licença para 120 dias, através do seu artigo 7º, inciso XVIII.

A diferença é que, nos dias atuais, esse afastamento é concedido nas mesmas quatro semanas que antecedem o parto (28 dias), sendo certo que os dias restantes (92 dias) são contados imediatamente após o parto, conforme disposição no parágrafo 1º da Lei n. 8.213/91.³⁹

O art. 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

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

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

A empregada gestante tem direito à licença maternidade de cento e vinte dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Ela deverá notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que pode acontecer entre o vigésimo oitavo dia antes do parto e a ocorrência deste.

Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados em suas semanas cada um, mediante a apresentação de atestado médico pela empregada.

³⁹ MARTINS, Nei Frederico Cano; MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Lições de direito individual do trabalho**, p. 157.

Além destes direitos, é garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo dos demais direitos:

- a) A transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, sendo assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;
- b) A dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.⁴⁰

De acordo com o artigo 394 da Consolidação das Leis do Trabalho, mediante orientação médica, é facultado à mulher grávida romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.⁴¹

O início do afastamento será determinado por atestado médico. Através desse atestado, a empregada deverá notificar o seu empregador sobre o início do afastamento.

O atestado médico deverá indicar os períodos antes e após o parto e a data de afastamento do trabalho. O início do afastamento será indicado no atestado médico. Caso o parto ocorra sem o acompanhamento de um médico, o atestado será fornecido pela perícia médica do INSS.

Somente em casos excepcionais os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas semanas cada um, mediante a apresentação de atestado médico.⁴²

A natureza das normas de proteção à maternidade são indisponíveis e imperativas, assim a empregada não poderá ser exigida de trabalhar durante a licença, mesmo com o seu consentimento, sob pena do empregador arcar com o pagamento do salário referente à prestação de serviços, bem como sujeitar-se à penalidade administrativa prevista no artigo 401 da CLT, independentemente do salário-maternidade devido à empregada, previsto no artigo 393 da CLT.

⁴⁰ BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 34.

⁴¹ Id. *Ibidem*, p. 35.

⁴² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 589.

O período de licença-maternidade para a funcionária pública é de seis meses, enquanto que a empregada de empresa privada tem duração de quatro meses, podendo ser estendido por mais 60 dias através adesão da empresa ao Programa Empresa Cidadã.

Neste sentido, Tiago e Tânia Bachur entendem que há infração ao princípio isonômico constitucional, pois todas as seguradas (individual, obrigatória, facultativa, rurícola, avulsa, doméstica, funcionária pública, etc.) contribuem da mesma maneira para a Previdência Social. Assim sendo, não há razões plausíveis para esta distinção entre seguradas.⁴³

6.1. Ocorrência do aborto

O artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho trata da questão do aborto não criminoso:

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

O objetivo do legislador foi tutelar a recuperação física e psíquica da funcionária que teve a gestação interrompida, entretanto há controvérsia em relação ao que a medicina considera como aborto e o que admite como parte de natimorto.

O aborto não criminoso não é punível de acordo com a lei. Não se pune o aborto praticado quando é necessário para salvar a vida da gestante, quando a gravidez é resultante de estupro, neste caso deve haver o consentimento da gestante e quando esta for incapaz, deve haver o consentimento do representante legal.

A doutrina e a jurisprudência dominantes acreditam que, existindo a necessidade de intervenção médica, como a cesariana ou induzimento por substâncias químicas, ressaltando apenas a curetagem, para a extração do feto de ventre materno, existirá a hipótese de parto, e por assim dizer, a licença maternidade de cento e vinte dias destinada à recuperação física (em razão das modificações sofridas pelo corpo e o próprio traumatismo causado pela cirurgia em

⁴³ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 136.

si) e psíquica da empregada. Caso contrário, diante de um aborto espontâneo (expulsão do embrião por regular processo fisiológico) ou curetagem, resultará no repouso remunerado da empregada por apenas duas semanas.

Mesmo se reconhecendo um descanso especial remunerado à empregada na hipótese de aborto espontâneo, é pacífico na jurisprudência o não reconhecimento de qualquer tipo de estabilidade subsequente, o que permitiria um duplo desgosto (perda da criança e do emprego) caso houvesse sido criado um mal-estar na relação trabalhista por conta de uma gravidez indesejada.⁴⁴

O Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou a respeito do aborto involuntário:

A garantia provisória de emprego à gestante, conferida pela norma constitucional, tem por objetivo principal a proteção à saúde e integridade física do nascituro e, em segundo plano, assegurar a tranquilidade à mãe que, nesse estado, encontra-se mais suscetível de alterações emocionais, que poderão interferir negativamente no desenvolvimento da criança, bem como garantir que a mesma possa ter condições de se manter, enquanto estiver cuidando do nascituro nos seus primeiros meses de vida. Regra geral, tal garantia permanece atrelada ao contrato de trabalho da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Acontece, contudo, que a ocorrência do aborto involuntário, constitui causa extintiva do direito à aludida estabilidade provisória, porquanto deixa de existir o objeto tutelado pela norma, gerando, em seu lugar, apenas a garantia de permanência no emprego por suas semanas após a interrupção da gravidez (art. 395, CLT).⁴⁵

Antes da ratificação pelo Brasil da Convenção n. 103 da OIT, havia os que admitiam o retorno da empregada ao trabalho antes do término da licença, caso o filho nascesse morto e desde que a saúde da empregada não o impedisse. Assim sendo, a empregada estaria onerada com a prova da necessidade de repouso após o parto, pois caso contrário, seria facultado ao empregador exigir o retorno ao trabalho antes do término da licença-maternidade.

Hoje em dia o afastamento após o parto é obrigatório, já que a licença tem como fato gerador não só o nascimento do filho, mas também a gestação, que ocasiona transtornos físicos e psíquicos para a mulher.

O TRT da 3ª e 2ª Região também se pronunciaram a respeito da estabilidade provisória da empregada em caso de natimorto:

⁴⁴BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 136.

⁴⁵ TST, RO-AR 765.201/2001.0, José Simpliciano Fontes Fernandes.

Gestante. Estabilidade provisória e natimorto. A circunstância de filho da empregada grávida nascer morto, em parto prematuro, não exclui a garantia de emprego de que trata o art. 10, inciso II, alínea “b”, do ADCT/CF-1988. Natimorto significa aquele que nasceu morto. Nasceu, há o parto, e deste são contados os cinco meses da garantia de emprego à gestante.⁴⁶

Gestante. Estabilidade provisória. Os arts. 392, da CLT, e art. 10, II, letra b, da CF não criaram qualquer óbice ao direito à garantia de emprego à gestante na hipótese da criança ter falecido, sendo-lhe devida a indenização correspondente a cinco meses após o parto.⁴⁷

6.2. O Programa Empresa Cidadã

O Programa Empresa Cidadã foi criado pela Lei n. 11.770/2008, e destina-se a prorrogar por sessenta dias a duração da licença-maternidade prevista no artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal, e na mesma proporção à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de uma criança, conforme disposição de artigo 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Esta prorrogação será garantida à empregada, pela pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que seja requerida até o final do primeiro mês após o parto, sendo concedida imediatamente após a fruição do regular período de licença-maternidade.

As pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real poderão deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos sessenta dias de prorrogação da licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

A Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, as empresas públicas que exploram atividade econômica e as empresas de economia mista também estão autorizadas a instituir o programa de prorrogação da licença para suas servidoras.

Com relação às servidoras públicas, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento a um Recurso Especial em que servidoras públicas municipais requeriam a prorrogação da licença-maternidade pela Lei n. 11.770/08, na ausência de ato regulamentador para este fim:

⁴⁶ TRT 3ª Região, RO 19959/00, José Antonio Fernando Guimarães, DJMG 31.1.2001.

⁴⁷ TRT 2ª Região, 0018920034442008 – RO – Ac. 10ª T. 20060491072, Rel. Rilma Aparecida Hemetério – DOE 18.7.06.

ADMINISTRATIVO. SERVIDORAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. PRORROGAÇÃO DA LICENÇA-MATERNIDADE. PROGRAMA "EMPRESA CIDADÃ". LEI Nº 11.770/08. AUSÊNCIA DE ATO REGULAMENTADOR. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. As ora recorrentes, servidoras públicas do Município de Belo Horizonte, voltam-se contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, reformando a sentença, afastou a fruição do benefício instituído pelos arts. 1º e 2º, da Lei nº 11.770/08 licença-maternidade com duração prorrogada por 60 (sessenta) dias diante da ausência da edição de ato regulamentador no âmbito do ente público a que se encontram vinculadas.
2. Revela-se descabida a interpretação que as ora recorrentes buscam emprestar à Lei nº 11.770/08, mormente a seu art. 2º, porquanto o legislador não criou uma imposição à Administração Pública, mas, como se extrai inequivocamente do vocábulo empregada "autorizada", conferiu mera faculdade à administração pública, direta, indireta e fundacional de instituir benefício dessa natureza.
3. Pensar de modo diferente importaria verdadeira desconsideração da autonomia administrativa de cada ente integrante da Federação, representando inadmissível interferência na prerrogativa de disporem sobre o regime jurídico a que se sujeitam seus respectivos servidores públicos.
4. A disposição do art. 2º da Lei nº 11.770/08 não é auto-aplicável, ficando condicionada à edição de ato regulamentar pelo ente administrativo a que se encontra vinculada a servidora pública.
5. "A Lei Federal 11.770/08, que instituiu o chamado "Programa Empresa Cidadã", autorizando a prorrogação da licença-maternidade por 60 (sessenta) dias, não possui natureza cogente, uma vez que sua implementação pela iniciativa privada dependerá de prévia manifestação de interesse dos empregadores. Da mesma forma, o referido diploma legal limitou-se a autorizar a criação, pelos entes públicos, de um programa semelhante" (REsp 1.245.651/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.04.11).
6. Recurso especial não provido.⁴⁸

Este também foi o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

LICENÇA GESTANTE. AMPLIAÇÃO. EMPRESA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. BENEFÍCIO QUE DEPENDE DE REGULAMENTAÇÃO NORMA ESTATUTÁRIA. A ampliação do benefício concernente à licença gestante, levada a efeito com a publicação da Lei nº 11.770/2008, constitui significativo avanço no plano dos direitos sociais, propiciando alargamento da proteção à maternidade, providência que se harmoniza com princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal. Trata-se, porém, de benefício dependente de regulamentação, pois a sua implementação dar-se-á mediante regime de compensação fiscal. A adoção de programa próprio no âmbito da administração pública do Distrito Federal não alcança as empresas públicas, cujos regimes trabalhista e fiscal são os mesmos do setor privado. 2. Recurso conhecido e provido.⁴⁹

O texto da lei cria, pois, um período adicional de sessenta dias de licença, sem a necessidade de recomendação médica, resultando na presunção de que, no caso da gestante, o referido acréscimo dependerá do nascimento da criança com vida.

⁴⁸ STJ, RE 1.258.074 – MG 2011/0095353-7, Rel. Min. Castro Meira, DJ 01.09.2011.

⁴⁹ TRT 10ª Reg., RO 01366.2009.008.10.00.9, Rel. Urgel Ribeiro Pereira Lopes, DJ 19.01.2010.

Esta ampliação é importante para a mãe e o filho, tendo em vista que a mãe tem a possibilidade de estender a amamentação exclusiva, que vai até os seis meses de vida do bebê, evitando assim, um desmame precoce, possibilitando uma garantia maior da saúde da criança e uma maior interação entre a mãe e o bebê.

O requerimento deve ser feito pela empregada até o final do primeiro mês após o parto. Caso seja feito após este prazo, a empregada não fará jus à prorrogação da licença por mais sessenta dias.

É proibido durante os sessenta dias deste benefício que a empregada exerça qualquer atividade remunerada e a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar. Em caso de descumprimento desta norma, a empregada perderá o direito à prorrogação.

Sérgio Pinto Martins entende que os artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 11.770/2008 usam a expressão *licença-maternidade*, ou *prorrogação da licença-maternidade*. Não há o emprego da expressão *salário-maternidade*. Portanto, não há a previsão expressa de que os sessenta dias adicionais serão pagos pelos INSS.

Ainda segundo este jurista, o artigo terceiro dispõe que durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral da previdência social. Assim sendo, não há o entendimento de que este pagamento deve ser efetuado pelo INSS, mas poderá ser efetuado pelo empregador.

Desta forma, não há fonte de custeio para estender o salário-maternidade por mais sessenta dias, com o pagamento pelo INSS, e caso ocorra este pagamento, haverá a violação do artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal.⁵⁰

Uma falha do Programa Empresa Cidadã está na garantia da estabilidade da gestante. Com a prorrogação da licença, houve silêncio por parte da legislação com relação à extensão da garantia de emprego. A estabilidade da gestante é de 150 dias após o nascimento da

⁵⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 591.

criança. Assim, se houver a prorrogação da licença-maternidade através deste Programa (180 dias), a empregada corre o risco de ser demitida antes, pois estaria descoberta de tal garantia de emprego. O ideal seria que a estabilidade também fosse estendida para 210 dias na hipótese de a empregada obter 6 meses de licença-maternidade.⁵¹

⁵¹ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 138.

7. A ADOÇÃO E O DIREITO À LICENÇA-MATERNIDADE

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.⁵²

Antigamente o salário-maternidade era negado à mãe adotiva por falta de previsão legal, conforme pode ser observado através de decisão do Supremo Tribunal Federal:

O Supremo Tribunal Federal, por meio da decisão proferida no RE 197.807-4-RS – 1ª T., cujo relator foi o Min. Octavio Gallotti, assim decidiu: “Não se estende à mãe adotiva o direito à licença instituída em favor da empregada gestante pelo inciso XVIII do art. 7º da CF, ficando sujeito o legislador ordinário o tratamento da matéria” (DJU 18.8.2000). Revista síntese, novembro 2000, p. 113. A jurisprudência dominante no TST também negava a licença-maternidade à mãe adotante, pelas seguintes razões: “Mãe adotante – Licença-maternidade. Art. 7º, XVIII da Constituição Federal de 1988. Não extensão. 1. As circunstâncias que envolvem a mãe adotiva não têm similitude com as da mãe biológica. Em razão do texto constitucional que confere a licença-maternidade de 120 dias apenas à gestante (inc. XVIII do art. 7º) obrigar o empregador a conceder tal benefício importa em violação do art. 5º, II, da CF/88. 2. Embargos conhecidos, porém desprovidos.” TST – SDI1-E.RR 159.112/95.5 – Red. Min. Levi Ceregado – DJ 26.11.99. Revista do Direito Trabalhista. Brasília: Consulex, dezembro de 1999.⁵³

Isso ocorria porque tanto a Constituição Federal, quanto a legislação ordinária ofereciam tratamento especial apenas à gestante, ou seja, aquela que desenvolve o embrião em seu útero, até o nascimento.

Entretanto, através da evolução da sociedade e conseqüentemente da legislação, a lei n. 10.421/2002 trouxe importantes alterações sobre a licença maternidade e o salário maternidade, principalmente em seus artigos 2º, 3º e 4º, em que estendeu este direito à mãe adotante:

Art. 2º. A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5o.

⁵² DINIZ, Maria Helena. **Código Anotado**, p. 1323.

⁵³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1096.

§ 1o No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3o No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

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

Art. 3º. A Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art. 71-A. À segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.

Art. 4º. No caso das seguradas da previdência social adotantes, a alíquota para o custeio das despesas decorrentes desta Lei será a mesma que custeia as seguradas gestantes, disposta no inciso I do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

As mães adotivas necessitam deste benefício, pois é necessário o tempo para tomadas de providências de ordem legal e material, bem como para a recepção do novo membro na família, além da adaptação de todos à nova vida em comum.

Esta lei representa um avanço para a sociedade, porém fere a Constituição Federal em alguns aspectos, como o não cumprimento da contrapartida, tendo em vista que o artigo 4º desta Lei especial não traz nenhum acréscimo quanto ao financiamento das prestações maternais que sofreram majoração. Além disso, há o desrespeito ao princípio da igualdade ao conceder o salário-maternidade à mãe adotante, sendo que a adoção pode ser realizada tanto pelas mulheres, quanto pelos homens, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.⁵⁴

A atual doutrina brasileira destaca que a proporcionalidade para duração da licença-maternidade adotiva, cria uma desigualdade entre o direito da mãe natural e da mãe adotante. Alguns doutrinadores acreditam até na inconstitucionalidade da lei, que ao estabelecer a desproporção atritam-se com o artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

⁵⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 283.

Tal desigualdade fere também o Código Civil, visto que este estabelece em seu artigo 1596 a proibição de qualquer discriminação relativa à filiação, uma vez que os filhos havidos ou não do casamento ou por adoção terão os mesmos direitos:

Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Apesar desta diferenciação do prazo de licença-maternidade para mães adotantes, em recente decisão da 1ª Vara Federal de Florianópolis, o INSS foi condenado a conceder a licença-maternidade de 120 dias para mães que adotarem crianças ou adolescentes de qualquer idade. O juiz entendeu que é indispensável que a criança adotada tenha intimidade com os pais nos primeiros meses, e, portanto, a licença deve ser prorrogada para 120 dias. Além disso, o custo do INSS com a extensão do benefício será ínfimo se comparado a benefícios de educação que terão as crianças adotadas, que precisam de um período de adaptação.

No âmbito da administração pública, destaca-se a Lei n. 8.112/1990, artigo 210, que concede a licença à mãe adotante nos seguintes termos:

A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até um ano de idade, serão concedidos noventa dias de licença remunerada.

Parágrafo único – No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de um ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de trinta dias.

As empregadas domésticas, rurais, trabalhadoras avulsas e autônomas são seguradas da Previdência Social, a licença-maternidade instituída em favor da mãe adotiva é extensiva a elas também, assim como a segurada especial.

Ainda que a adotante seja empregada, esse benefício será sempre realizado diretamente pelo INSS.⁵⁵

Quando houver a adoção ou obtenção de guarda para fins de adoção de mais de uma criança simultaneamente, o prazo para recebimento do salário-maternidade será o equivalente

⁵⁵ BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 37.

ao da criança mais nova. A licença-maternidade e o salário-maternidade serão referentes a apenas um dos filhos.

A Lei 10.421/2002 equiparou o ingresso da criança adotada no lar ao parto e por isso fixou limites diferenciados de licença-maternidade à mãe adotante. O legislador se inspirou nas relações domésticas e não na preocupação a respeito da repartição dos papéis familiares, pois se fosse assim, também estenderia ao pai adotivo a licença obrigatória. Alice Monteiro de Barros acredita que o legislador brasileiro poderia ter estendido a licença também ao pai adotivo.

Como o salário-maternidade pode ser recebido pelo marido, no caso de falecimento da esposa durante a gestação, ou por um dos parceiros, em qualquer união homoafetiva, a tendência jurisprudencial revela entendimento no sentido amplo e irrestrito dever de proteção da criança pelo Estado, razão pela qual, a licença-maternidade especial também vem sendo reconhecida para qualquer tipo de adotante, como homem, mulher, solteiros, casados, em união estável ou homossexual.

Sérgio Pinto Martins entende que a mãe adotiva não tem direito à estabilidade no emprego, tendo em vista o disposto no artigo 10, inciso II, alínea b do ADCT, que estabelece que a garantia é para a gestante, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto. Este dispositivo faz referência à gestante e não à mãe adotante.⁵⁶

Valentin Carrion compartilha a mesma ideia:

Com a inclusão do art. 392-A pela L. 10.421/02, o legislador faz justiça com a criança adotada. Se o que pretende a lei, com a licença-gestante, é que mãe e filho tenham um contato e uma integração maior nos primeiros dias de vida da criança, a adoção também é a chegada de um novo ser para um relacionamento mãe e filho que se inicia. Nada mais justo que tenham o mesmo direito que a mãe biológica. Não dá a Lei a estabilidade, mas a licença (L.8.213/91, art. 71-A (em apêndice), red. L. 10.421/02).⁵⁷

O Tribunal Superior do Trabalho se pronunciou a respeito da licença-maternidade para a mãe adotiva:

⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 418.

⁵⁷ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 268.

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 art. 8º 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.⁵⁸

A prorrogação da licença-maternidade instituída na Lei 11.770/2008 (Programa Empresa Cidadã) também é estendida à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção.

⁵⁸ TST, RR 269.871/96.4, José Carlos Schlte, Ac. 4ª T.

8. A LICENÇA-PATERNIDADE

A licença paternidade foi instituída pelo artigo 7º, XIX da Constituição Federal:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social:

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

A duração da licença-paternidade foi estabelecida no artigo 10, parágrafo primeiro do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I da Constituição:

§1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Houve uma ampliação do prazo de licença-paternidade, tendo em vista que o artigo 473, inciso III da Consolidação das Leis do Trabalho previa apenas um dia de afastamento remunerado, no decorrer da primeira semana, em caso de nascimento do filho.

Esta ampliação teve um importante significado, já que a mulher deixou de ser vista como a única responsável biológica e socialmente pela maternidade.

Nas palavras de Pedro Paulo Manus, a licença-paternidade tem a:

Intenção evidente de cercar a criança que acaba de nascer da melhor proteção que possa vir a ter, possibilitando ao pai, que anteriormente só gozava de um dia para registro do filho, um pequeno convívio mais prolongado logo após o parto.⁵⁹

A licença paternidade permite que o pai se ausente do trabalho por cinco dias para ajudar a cuidar do filho.⁶⁰ Ao contrário da licença-maternidade, esse período ficará a cargo de empregador, e este não poderá descontar da folha de pagamento do empregado os dias de licença.

Ao contrário da licença-maternidade, o responsável pelo pagamento deste benefício é o próprio empregador.

⁵⁹ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**, p. 297.

⁶⁰ MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, p. 477.

Existe a dúvida com relação ao momento em que tem início a licença-paternidade. Assim sendo, como a finalidade da licença é o convívio do pai e acompanhamento do parto e pós-parto, o entendimento doutrinário é de que, a licença tem início no dia seguinte ao nascimento, pouco importando se tem início em dia útil ou feriado, sendo contínuo o lapso de 5 (cinco) dias, cujo início se dá com o nascimento da criança.

O Tribunal Superior do Trabalho entende que não há ofensa à Constituição Federal caso a contagem da licença-paternidade tenha início em dia não útil:

LICENÇA PATERNIDADE. CONTAGEM DO PERÍODO. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DA CF/88. À míngua de legislação específica, no tocante à contagem da licença paternidade, o Regional aplicou a regra comum dos prazos processuais e exclui do termo inicial dias não úteis, ou, como no caso, dias em que o autor já estaria usufruindo de folga. Por se tratarem de normas infraconstitucionais, não se há falar em ofensa ao art. 5º, II, da CF/88. Recurso não conhecido.⁶¹

Existe um projeto de lei que tem por objetivo aumentar para 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade:

Pela proposta (PL n. 2.935/08), da senadora Patrícia Saboya (PDT-CE), os pais passariam a ter 15 (quinze) dias de licença-paternidade, contados a partir do dia seguinte do nascimento do filho. Em caso de adoção, os pais também terão direito ao benefício. O trabalhador precisaria apenas notificar o empregador e apresentar a certidão de nascimento da criança (no caso de nascimento). Quando o pai programar as férias para o período após o nascimento do filho, a licença-paternidade passará a contar a partir do primeiro dia útil após o fim do afastamento. Nessa situação, se as férias fossem de 30 (trinta) dias, o afastamento total seria de 45 (quarenta e cinco) dias. Além disso, a alteração legal proibiria a demissão arbitrária e sem justa causa do empregado por um período de 30 (trinta) dias, a contar do término da licença-paternidade. Além dessa proposta, tramitam na Câmara outros projetos para aumentar esse período. O PL n. 2.430/07, da deputada Maria do Rosário (PT-RS), que estende a licença-paternidade opcional de 30 (trinta) dias, quando a empresa em que a mãe trabalha negar a prorrogação da licença-maternidade, prevista na lei 11.770/08, aprovada pelo Congresso em agosto/2008 (que ampliou a licença-maternidade de 120 para 180 dias, por meio da concessão de incentivo fiscal ao empregador).⁶²

Caso a empregada venha a falecer durante o curso da licença-maternidade ou durante o parto, haverá a extinção do contrato de trabalho e cessará a obrigação correspondente. O ideal é que o restante da licença seja concedido ao pai, para cuidar da criança.⁶³

⁶¹ TST, 3ª T., RR 5764755419995155555.576475-54.1999.5.15.5555, Rel. Dora Maria da Costa, DJ 28.05.2004.

⁶² BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 45.

⁶³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1101.

Foi neste sentido que em 09 de dezembro de 2009 o CAS – Comissão de Assuntos Sociais aprovou o Projeto de Lei n. 165/06, que estabelece a possibilidade de igualar o período da licença-paternidade com o da licença-maternidade, na hipótese de ausência da mãe. Assim, o pai poderia ter direito a licença-paternidade estendida em caso de falecimento, enfermidade grave ou abandono do filho pela mãe.

Recentemente um pai conseguiu na Justiça a licença de 120 dias para cuidar de seu filho. Tal decisão se deu tendo em vista que, a mãe da criança a rejeitou alegando que sua carreira profissional seria prejudicada. A ação, que foi elaborada pela Defensoria Pública da União, esclareceu que a mãe não quis ver nem mesmo amamentar o filho. Assim sendo, o pai conseguiu a guarda da criança e ingressou com pedido no Juizado Especial Federal, alegando que precisaria de tempo livre para atender às necessidades do filho, solicitando a licença-paternidade, nos moldes como é concedida a licença-maternidade. A Justiça concedeu a licença-paternidade de 120 dias, podendo ser estendida para 180 dias, caso seja interesse do empregador.⁶⁴

Outro julgado interessante foi o de um pai que ficou viúvo logo após o nascimento do filho e conseguiu na Justiça a licença-maternidade de seis meses. A juíza que concedeu o benefício entendeu que a licença-maternidade é concedida à mulher porque ela tem as condições físicas para melhor atender às necessidades da criança no início da vida, e na ausência da mãe, os cuidados devem ser prestados pelo pai.⁶⁵

⁶⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1139317-pai-consegue-licenca-paternidade-de-120-dias-na-justica.shtml>. Acesso em 09 set. 2012

⁶⁵ www.migalhas.com.br. Acesso em 14 fev. 2012.

9. A LICENÇA-MATERNIDADE E O PAGAMENTO SALARIAL

Antigamente o salário-maternidade era tido como uma forma de proteção do salário feminino, e posteriormente, foi considerado como forma de busca da igualdade de tratamento entre o trabalho do homem e da mulher.⁶⁶

A Convenção n. 103 da OIT foi promulgada pelo Decreto n. 58.821, de 14 de julho de 1966, que reviu a Convenção n. 3, dispondo que em nenhum caso o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à sua empregada. Assim, as prestações devidas à empregada gestante, tanto antes como depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público.

Entretanto, somente com a Lei n. 6.136, de 07 de novembro de 1974, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não tendo mais o empregador que arcar com o salário da empregada gestante.⁶⁷

Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho entende que o salário-maternidade não deve ser objeto de renúncia:

Por não ter o salário-maternidade natureza salarial, mas de benefício previdenciário, matéria de ordem pública, constitui elemento alheio à disposição das partes, não havendo que se falar em renúncia.⁶⁸

O salário maternidade consiste em uma renda mensal igual à remuneração integral da empregada. Ele é pago pelo empregador, que desconta o valor adiantado da trabalhadora em relação à contribuição previdenciária devida. É na realidade, um benefício previdenciário, pois não é pago pelo empregador, mas sim pelo INSS.⁶⁹ Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no artigo 203 da Constituição Federal, mas sim de prestação previdenciária incluída no artigo 201, inciso II e artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal.⁷⁰

⁶⁶ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 283.

⁶⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito do Trabalho**, p. 134.

⁶⁸ TST, RR 162.727/95.4, José Luiz Vasconcellos, Ac. 3ª T. 3.460/96.

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 267.

⁷⁰ Id. *Ibidem*, p. 589.

Ao empregador, portanto, cabe o pagamento do salário-maternidade devido à empregada, efetivando-se a compensação, de acordo com o artigo 248 da Constituição Federal, à época do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos, a qualquer título.

Todas as seguradas da Previdência Social têm direito ao salário-maternidade. Antigamente somente as seguradas empregadas faziam jus a esta proteção maternal. Com a edição da Lei 8.213/1991 as empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas fazem jus a este benefício. Entretanto, foi através da Lei 9.876/99 que todas as seguradas passaram a ter direito ao salário-maternidade, incluindo as contribuintes individuais e as seguradas facultativas.

O salário-maternidade é adiantado pela empresa e abatido da guia de recolhimento da Previdência Social. Esta técnica é chamada de reembolso e aplicada somente às seguradas empregadas, inclusive às domésticas. As demais seguradas, inclusive as trabalhadoras avulsas, bem como seguradas mães adotivas deverão requerer o benefício diretamente ao INSS.⁷¹

No caso da doméstica e da avulsa, o salário-maternidade será pago diretamente pelo INSS e, nas demais hipóteses, pelo empregador, que realizará a compensação do respectivo valor com seus débitos perante o órgão da previdência social, conforme o artigo 72, parágrafo primeiro da Lei n. 8.213/91.

Tendo em vista a natureza de prestação previdenciária, Miguel Horvath Junior entende que a denominação correta deveria ser auxílio ou subsídio-maternidade ao invés de salário-maternidade.⁷²

Valentin Carrion se pronunciou a respeito do salário-maternidade:

Houve evolução do instituto, deixando de ser encargo direto do empregador que contratou a gestante para ser suportado pelo empresariado como um todo, transformando-se em um instituto previdenciário, com vantagens para a empresa contratante e principalmente para a própria mulher, que terá menos razões de ser discriminada na contratação. Por isso, por essa

⁷¹ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 289.

⁷² Id. *Ibidem*, p. 284.

evolução no instituto, deve-se considerar que o acréscimo constitucional (12 semanas, ou 84 dias para 120 dias, pela CF de 1988) é um direito previdenciário, que não obriga ao pagamento pelo empregador, mas apenas a permitir a ausência da gestante nesses dias todos, como licença remunerada pelo INSS. É o chamado salário-maternidade. A licença é paga pelo empregador, que compensa os demais recolhimentos pagos à Previdência Social (L. 8.213/91, arts. 72 e 73, red. L. 10.710/03). Também tem direito a segurada desempregada, dispensada com justa causa ou a pedido, desde que no período de graça do D. 3.048, art. 13 (D. 3.048, art. 97, alt. D. 6.122/07).⁷³

Os fatos geradores do salário-maternidade são: o parto, a adoção ou a guarda judicial para fins de adoção.

Com relação ao salário-maternidade que tem como fato gerador o parto, e somente é devido em relação aos eventos ocorridos a partir da 23ª semana (sexto mês) de gestação, inclusive em caso de nascimento de natimorto. Natimorto é a criança que nasce sem vida após seis meses de gestação, comprovado mediante atestado médico, sem necessidade de perícia do INSS.

O salário-maternidade que tem como fato gerador a adoção é devido em relação à adoção de crianças com até 08 anos de idade. A Lei 10.421/2002 possibilita a concessão do salário-maternidade mediante a apresentação do termo judicial de guarda.⁷⁴

A empresa adianta o salário-maternidade à empregada e compensa com o que deve a título de contribuição previdenciária na guia de recolhimento. Assim o INSS pagará o salário-maternidade da segurada.⁷⁵

É direito dos trabalhadores urbanos e rurais, com exceção do doméstico, a assistência gratuita aos filhos e dependentes, desde o nascimento até cinco anos de idade, em creches e pré-escolas, de acordo com o artigo 7º, inciso XXV da Constituição Federal.

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas;

⁷³ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 265.

⁷⁴ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 287.

⁷⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 588.

O texto original da Constituição Federal previa este benefício até que os filhos e dependentes completassem seis anos de idade. Entretanto, através da Emenda Constitucional n. 53/2006, a idade foi reduzida.⁷⁶

Durante a licença, a gestante terá direito ao seu salário integral, e quando o salário for variável, o benefício será calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como às vantagens recebidas no decorrer do afastamento pelas normas coletivas da categoria, ou outra norma legal.

É importante lembrar que, mesmo no período de graça, em que a trabalhadora não está empregada, mas permanece na condição de segurada previdenciária, ela receberá o benefício do salário-maternidade, assim como seu cônjuge ou herdeiros, no caso de falecimento durante a gestação.⁷⁷

A segurada aposentada que retornar à atividade laboral fará jus ao salário-maternidade, conforme o Decreto 3.048/1999. Entretanto este dispositivo contraria a Lei 8213/1991 em seu artigo 18, parágrafo 2º, que estabelece que o aposentado que permanecer em atividade após a aposentadoria somente terá direito ao salário-família e à reabilitação profissional.⁷⁸

No caso de falecimento da segurada, o salário-maternidade cessa. Neste caso, os dependentes da segurada receberão outro tipo de benefício, como a pensão por morte.

9.1. O valor do salário-maternidade

O salário-maternidade de uma trabalhadora avulsa consistirá em uma renda mensal igual a sua remuneração integral e será pago pelo INSS.

Para a empregada doméstica, o valor do benefício corresponderá ao valor do último salário de contribuição.

⁷⁶ BASILE, César Reinaldo Offa Basile. **Direito do Trabalho: teoria geral a saúde e segurança**, p. 116.

⁷⁷ Idem. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 34.

⁷⁸ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 287.

Para a segurada especial, o valor do salário-maternidade será igual a 1/12 do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

Para a segurada contribuinte individual e facultativa, o valor do salário-maternidade será igual a 1/12 da soma dos doze últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, não podendo ser inferior a um salário mínimo.

Caso a empregada tenha empregos concomitantes, ela terá direito ao salário-maternidade relativo a cada emprego.⁷⁹

A Emenda Constitucional 20/1998 fixou como teto o valor de R\$1.200,00 mensais para pagamento do salário-maternidade. Sobre esta Emenda, três posições surgiram: a primeira entende que o empregador deve complementar o que exceder até o limite do salário integral da empregada. A segunda posição entende que este teto é inconstitucional, e a Previdência Social deve arcar integralmente com o ônus. Já a terceira posição entende que nem o empregador e nem a Previdência devem arcar integralmente.

Valentin Carrion se filia à terceira corrente, pois acredita que a Emenda Constitucional somente poderá ser considerada inconstitucional se ofender cláusula pétreia, o que não é o caso, já que o salário-maternidade é um benefício previdenciário constante do Capítulo dos direitos sociais (art. 7º, inciso XVIII da Constituição Federal).⁸⁰

Em decisão do Supremo Tribunal Federal, ficou entendido que o salário-maternidade não está sujeito ao limite de R\$ 1.200,00, devendo o INSS pagar o benefício integralmente, independentemente do valor do salário recebido pela trabalhadora. Sérgio Pinto Martins entende que esta limitação contraria a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XVIII, que garante à gestante o direito à licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias.⁸¹

⁷⁹ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**, p. 287.

⁸⁰ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 265.

⁸¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 589.

Com relação à carência (período mínimo necessário de contribuições para a obtenção do benefício), pode ocorrer para o recebimento do salário-maternidade, conforme a qualidade da segurada.

Assim sendo, não é exigido tempo mínimo de contribuição para as empregadas, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas, desde que comprovem sua filiação nesta condição na data do afastamento para fins de salário-maternidade ou na data do parto. Já a contribuinte individual, a segurada facultativa e a segurada especial devem comprovar o mínimo de 10 contribuições para receber o benefício.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região se pronunciou a respeito da carência para o recebimento do salário-maternidade:

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE SALÁRIO-MATERNIDADE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

O salário-maternidade consiste em remuneração devida a segurada gestante durante 120 dias, independentemente do cumprimento do período de carência para as empregadas, trabalhadoras avulsas e domésticas, ou exigidas 10 contribuições mensais das contribuintes individuais e facultativas.⁸²

Caso o nascimento seja prematuro, a carência será reduzida no total de meses em que foi antecipado o parto.⁸³

⁸² TRF 3ª Reg., AI 25596 SP 0025596.15.2010.4.03.000, Rel. Therezinha Cazerta, DJ 13.08.2012.

⁸³ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 104.

10. A SUSPENSÃO OU INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A maioria da doutrina jurídica acredita que na suspensão do contrato de trabalho não há o pagamento de salário, nem contagem do tempo de serviço. Já na interrupção, há a necessidade do pagamento de salário e contagem de tempo de serviço.

A suspensão é a cessação temporária e total da execução e dos efeitos do contrato de trabalho. O empregado não trabalha temporariamente e são suspensas as obrigações e os direitos. O contrato de trabalho ainda existe, porém apenas seus efeitos não são observados.

A interrupção é a cessação temporária e parcial dos efeitos do contrato de trabalho. A cessação tem de ser temporária e não definitiva. Apesar do trabalhador não prestar serviços, são produzidos efeitos em seu contrato de trabalho.

Havendo acordo entre as partes, poderá haver a suspensão ou a interrupção do contrato de trabalho, basta que haja pagamento de salário e contagem de tempo de serviço para se configurar a interrupção, ou nenhum destes requisitos, e o afastamento será considerado como suspensão.

Sérgio Pinto Martins acredita que no caso do aborto não criminoso, quem faz o pagamento é a Previdência Social, e, portanto, trata-se de interrupção do contrato de trabalho, pois é contado o tempo de serviço. Por outro lado, se o aborto for criminoso, haverá a suspensão do contrato de trabalho, pois nenhum efeito será gerado para a empregada.⁸⁴

Com relação ao salário-maternidade, Sérgio Pinto Martins entende que o tempo de serviço é contado normalmente durante o afastamento, tratando-se assim, de interrupção do contrato de trabalho.

Amador Paes de Almeida também entende que o período de licença-maternidade é caracterizado como interrupção do contrato de trabalho:

O período de licença-maternidade, em que a mulher não trabalha, mas recebe seus salários, é de interrupção do contrato de trabalho, como lembra Pedro Paulo Teixeira Manus: trata-se,

⁸⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 326.

como em outros casos, de período de interrupção do contrato de trabalho, já que não inexistem prestação de serviços, mas há pagamento de salário. Tanto assim é que o próprio legislador constitucional cuidou de afirmar que se trata de licença sem prejuízo do emprego e do salário.⁸⁵

Este também é o entendimento de Fabíola Marques e Cláudia José Abud:

De fato, em decorrência da Lei n. 10.710/2003, o pagamento do salário-maternidade da empregada gestante voltou a ser responsabilidade do empregador/contribuinte, quando o requerimento se der a partir de 1/9/2003, mesmo que o afastamento tenha se iniciado em meses anteriores. Assim, durante o período de licença-maternidade, a empresa deve recolher ao INSS tanto as quotas patronais, quanto os valores descontados das seguradas. Mas, neste caso, a Previdência Social reembolsa o empregador do valor pago, que é deduzido na própria guia de recolhimento das contribuições previdenciárias. Trata-se de interrupção contratual, pois o tempo de serviço da obreira deverá ser computado.⁸⁶

O Tribunal Regional da 19ª Região se pronunciou a respeito, declarando que há a interrupção do contrato de trabalho em caso de licença-maternidade:

APELO PROVIDO. RECURSO ORDINÁRIO OBREIRO. LICENÇA MATERNIDADE. INTERRUPTÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Tem-se que o afastamento maternidade não possui a natureza de suspensão, mas sim de interrupção do contrato de trabalho, de forma que mantêm-se a plena contagem do tempo de serviço obreiro para todos os fins, inclusive para o período aquisitivo de férias. Recurso parcialmente provido.⁸⁷

O artigo 394 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe:

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

Ressalvando o entendimento contrário de parte da doutrina, que classifica o período de licença-maternidade como interrupção do contrato de trabalho, o fato é que, durante os cento e vinte dias de afastamento (podendo ser prorrogado por até mais sessenta dias, de acordo com a Lei n. 11.770/2008), a obrigação remuneratória passa a ser do INSS, que exigirá do empregador o pagamento direto das respectivas prestações, mas permitirá a compensação do valor correspondente com débitos previdenciários.

⁸⁵ ALMEIDA, A. P. apud BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 122.

⁸⁶ MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**, p. 47.

⁸⁷ TRT, 19ª Região, RO 9201100319007 AL 00009-2011.003.19.00-7, Rel. Severino Rodrigues, DJ 21.03.2012.

Desta forma, César Reinaldo Offa Basile acredita que mesmo que a empregadora mantenha a plena contagem do tempo de serviço para todos os fins, como décimo terceiro salário, período aquisitivo de férias, etc., e o empregador, a obrigação de realizar os depósitos na conta do FGTS, trata-se de hipótese de suspensão do contrato de trabalho, ainda que atípica.⁸⁸

Alice Monteiro de Barros, Orlando Gomes e Elson Gottschalk também entendem que há a suspensão do contrato de trabalho durante a licença-maternidade. O entendimento é de que quando o empregador é obrigado a pagar o salário durante a licença-maternidade, há a suspensão parcial, pois há o pagamento de salário sem a contraprestação de trabalho. Quando o pagamento do salário-maternidade é efetuado diretamente pela Previdência Social, como é o caso da empregada doméstica, há a suspensão total do contrato de trabalho.

Ou seja, a interrupção (suspensão parcial) é a paralisação temporária da prestação dos serviços, com manutenção do pagamento de salários ou algum outro efeito do contrato de trabalho. Enquanto que a suspensão (suspensão total) é a paralisação temporária da prestação dos serviços, com a cessação das obrigações patronais e de qualquer efeito do contrato enquanto perdurar a paralisação dos serviços.

Em sua obra, Maurício Godinho Delgado destaca que duas fases no sistema brasileiro são importantes para o entendimento do tema. Até a década de 70 o Brasil era subscritor da Convenção 103 da OIT, porém não conferia a efetiva eficácia desta norma, que estabelece que o empregador não deve ser pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega. Entretanto, pela lei vigente no país, o empregador era quem suportava todas as parcelas contratuais trabalhistas durante o afastamento da empregada. Desta forma, o período de licença-maternidade era caracterizado como interrupção do contrato de trabalho.

Porém, a Lei n. 6.136/1974 trouxe importante modificação na legislação brasileira. Ela assegurou a licença-maternidade por 12 semanas, além de estipular que os salários do período do afastamento devem ficar a cargo da Previdência Social. Após, a Constituição Federal

⁸⁸ BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 61.

ampliou o prazo para 120 dias. Assim sendo, o período de licença-maternidade é caracterizado como suspensão contratual.⁸⁹

Amauri Mascaro Nascimento entende que há suspensão do contrato de trabalho durante a licença maternidade, assim como nos casos de licença paternidade e sustenta que o melhor seria se houvesse apenas uma figura: a suspensão:

Melhor seria uma só figura, a suspensão, em vez de duas figuras, suspensão e interrupção. Não há validade científica nessa distinção. Seus efeitos são apenas didáticos. Não é correto também dizer “suspensão do contrato”, expressão que mantivemos porque assim é na doutrina preponderante. O contrato não se suspende. Suspende-se o trabalho, tanto nas denominadas suspensões como nas interrupções. Suspenso o trabalho, haverá alguns efeitos jurídicos. Esses efeitos são variáveis. Referem-se ao salário em algumas hipóteses mantido e em outras não, ao recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia, à contagem do tempo de serviço para fins de indenização, à contagem dos períodos aquisitivos de férias etc.⁹⁰

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 991.

⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, p. 311.

11. O DIREITO À AMAMENTAÇÃO

A trabalhadora, para amamentar o filho, até que este complete seis meses de idade, a mulher terá direito a jornada de trabalho com dois descansos especiais, de meia hora cada um. Estes períodos poderão ser dilatados mediante autorização do Ministério do Trabalho, se a saúde da criança exigir, conforme disposição na Consolidação das leis do trabalho, em seu artigo 396, parágrafo único.

Caso a empregada, por algum motivo, não possa ou não tenha condições de amamentar seu filho, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho é de que a empregada possui o direito aos intervalos, conforme previsto no artigo 396 da CLT:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. – DESCABIMENTO. AMAMENTAÇÃO. INTERVALOS. O fato de a reclamante não amamentar seu filho não afasta o direito aos intervalos previstos art. 396 da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.⁹¹

De acordo com o artigo 389, parágrafo primeiro da Consolidação das Leis do Trabalho, os estabelecimentos em que trabalharem, pelo menos, trinta mulheres com mais de dezesseis anos de idade, terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar, sob vigilância e assistência, os seus filhos no período de amamentação.

Essa exigência poderá ser suprida havendo creches mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário ou a cargo do SESI, SESC, LBA ou de entidades sindicais.

O SESI, SESC e LBA poderão subvencionar a assistência à criança, conforme suas possibilidades financeiras. A Portaria n. 3.296/1986 permite a substituição da concessão de creches, pelo reembolso-creche.⁹² Além disso, de acordo com o artigo 7º, inciso XXV da Constituição Federal, a obrigatoriedade de assistência gratuita aos filhos e dependentes em creches e pré-escola será até os cinco anos de idade da criança.⁹³

⁹¹ TST, 3ª T, AIRR 9071800132003504.9071800-13.2003.5.04.0900, Rel. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 05.12.2008.

⁹² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**, p. 600.

⁹³ CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 263.

Pedro Paulo Manus expõe em sua obra que muitas empresas acabam cumprindo a lei apenas formalmente:

É sabido que uma vez por outra a fiscalização autua empregadores ou entidades conveniadas porque, embora formalmente forneçam o espaço para guarda e vigilância das crianças em idade de amamentação, na prática o leito destinado a cada uma das crianças é destinado a dezenas delas. Isto significa que aquele espaço existe apenas formalmente, mas no dia-a-dia inexistente, não tendo a empregada onde deixar ser pequeno filho. Assim, não só a autuação, mas a efetiva medida exigindo, em prazo exíguo, que a empresa cumpra tal determinação solucionará este problema.⁹⁴

O local destinado à guarda dos filhos das empregadas, durante o período de amamentação, deverá possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.⁹⁵

De acordo com o Precedente Normativo n. 6 da Seção de Dissídios Coletivos, há a garantia de salário durante o período de amamentação:

GARANTIA DE SALÁRIO NO PERÍODO DE AMAMENTAÇÃO (POSITIVO)

É garantido às mulheres, no período de amamentação, o recebimento do salário, sem prestação dos serviços, quando o empregador não cumprir as determinações dos §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT.

Caso o empregador não conceda os intervalos para a amamentação, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho da 2ª e 3ª Região é de que serão devidas horas extras:

Mulher. Amamentação. Intervalo não concedido (CLT, art. 39). É devida a hora extra diária, a partir do retorno ao serviço após o parto, até que o filho complete seis meses. A condenação em horas extras não atende ao direito da criança, mas é indubitável que, nesse período, a genitora estava desobrigada por lei de prestar serviço.⁹⁶

Horas extras. Intervalo para amamentação. Configurada a não concessão do intervalo nos moldes do art. 396 da CLT, devida hora extra diária, vez que, no intervalo destinado à amamentação dos filhos, a empregada fica desobrigada, por lei, de prestar serviços.⁹⁷

Horas extras. Intervalo para amamentação – Conforme preceitua o art. 396/CLT, os intervalos para amamentação devem ser considerados tempo à disposição do empregador, porque

⁹⁴ MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**, p. 215.

⁹⁵ BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: duração do trabalho o direito de greve**, p. 35.

⁹⁶ TST/SP, RO 02970259774, Valentin Carrion, Ac. 9a T.

⁹⁷ TRT TRT 3ª R., 1ª T., RO/16590/00, Rel. Juíza Maria Auxiliadora Machado Lima, DJMG 17.11.2000.

concedidos durante a jornada de trabalho. Caso não concedidos, devem ser remunerados como extra, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.⁹⁸

Com relação aos intervalos para amamentação, Sérgio Pinto Martins acredita que a lei não dispõe que esses intervalos serão deduzidos da jornada de trabalho ou serão computados como tempo de serviço, ao contrário dos artigos 72, 253 e 298 da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, se a lei não distingue, deve se entender que esses intervalos serão deduzidos da jornada de trabalho e não serão remunerados.⁹⁹

Apesar da concessão pela lei para os intervalos para a amamentação, ela não dispõe que poderá haver o abono de faltas com o intuito de amamentação. O Tribunal Regional da 4ª Região se pronunciou a esse respeito:

RECURSO DA PRIMEIRA RECLAMADA. “LICENÇA AMAMENTAÇÃO”. Porque ausente previsão legal e normativa, o atestado médico que registra a necessidade de amamentação pela empregada de seu filho recém-nascido não impõe ao empregador a obrigação de abonar as faltas havidas no período alusivo. O afastamento autorizado na lei para a amamentação restringe-se àquele do artigo 396 da CLT.¹⁰⁰

Caso o empregador não conceda os intervalos para amamentação, poderá ser condenado ao pagamento de danos morais à empregada, assim como entende o Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. 1. INTERVALO PARA DESCANSO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT. CONSTITUCIONALIDADE. HORAS EXTRAS. O art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. 2. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DO INTERVALO PARA AMAMENTAÇÃO. 1. A expressão -dano- denota prejuízo, destruição, subtração, ofensa, lesão a bem juridicamente tutelado, assim compreendido o conjunto de atributos patrimoniais ou morais de uma pessoa, sendo passível de materialização econômica. 2. O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos-, devendo agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. 3. Desbravar o princípio da dignidade da pessoa humana, em face dos contornos jurídicos que envolvem a responsabilidade pela reparação, configura atividade essencial para que se compreenda o perfeito alcance do conceito de dano juridicamente relevante. 4. Em uma sociedade que se pretende livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), incumbe ao empregador diligente, sob a premissa da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), promover o meio

⁹⁸ TRT 3ª Região, 2ª T., RO/0497/00, Rel. Juíza Nanci de Melo e Silva, DJMG 21.6.2000.

⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto, **Direito do Trabalho**, p. 540.

¹⁰⁰ TRT 4ª Região, 11ª VT Porto Alegre, RO 40006220095040011 RS 0004000-62.2009.5.04.0011, Rel. Fernando Luiz de Moura Cassal, DJ 22.09.2011.

ambiente do trabalho saudável, para que o trabalhador possa executar as suas atividades com liberdade, sem olvidar a responsabilidade social. Recurso de revista conhecido e provido.¹⁰¹

Valentin Carrion entende que o tempo destinado a amamentar o filho é tempo de descanso especial, presumindo-se como tempo de serviço, e, portanto, remunerado, caso seja suprimido.¹⁰²

Segundo as palavras de Tiago e Tânia Bachur:

O leite materno também ajuda a estabelecer laços mais íntimos entre mãe e filho, tornando-os mais próximo um do outro. Além disso, o leite materno é o alimento mais saudável que o recém-nascido pode ter. Assim, a licença-maternidade é a oportunidade perfeita para que a criança possa ser amamentada adequadamente nos primeiros meses de vida.¹⁰³

Sendo assim, compreende-se que o período da amamentação é importante para a mãe e a criança, não só como fonte de alimento e saúde para o filho, mas também para a realização dos laços afetivos.

¹⁰¹ TST, 3ª T., RR 16732520105240021.1673-25.2010.5.24.0021, Rel. Alberto Luiz Breciani de Fontan Pereira, DJ 16.12.2011.

¹⁰² CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**, p. 269.

¹⁰³ BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. p. 115.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, o presente trabalho teve por objetivo estudar as vertentes da proteção à maternidade no Direito do Trabalho, e as possíveis repercussões nos contratos de trabalho em geral.

O princípio da igualdade entre homens e mulheres se tornou indispensável para o cumprimento do princípio da dignidade humana. Homens e mulheres só devem ser tratados de forma desigual naquilo em que são diferentes naturalmente, ou seja, em sua fisiologia, como a força física e a maternidade. É por este motivo que a mulher conseguiu normas específicas para a maternidade.

A proteção à maternidade no Direito do Trabalho é muito importante, tendo em vista que se não houvesse a tutela especial durante a gestação e após o parto, a mulher poderia sofrer danos à sua saúde, riscos para a saúde do bebê, comprometer o período de amamentação, momento este importante para o desenvolvimento saudável e afetivo da criança, além disso, poderia sofrer a discriminação no mercado de trabalho, dando origem a outros problemas, como dificuldades financeiras para o sustento da família, já que muitas mulheres são a fonte mantenedora de suas casas.

As recentes mudanças e conquistas através da legislação brasileira mostram como este momento importante vem sendo reconhecido e as melhorias trazidas através dos tempos, como o aumento do período de licença-maternidade, a garantia de emprego da gestante, a garantia do pagamento do salário-maternidade pelo INSS, retirando o ônus do empregador, além dos direitos garantidos para o período de amamentação.

É assim que as leis se modificam e evoluem, através das mudanças constantes da sociedade e da luta incansável por novos direitos. Conclui-se que os objetivos propostos foram alcançados, ficando o fruto deste trabalho como modesta contribuição para aqueles que o desejarem continuar.

BIBLIOGRAFIA

ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade e Garantia de Emprego**. 1ª Ed. São Paulo: Ltr, 2001.

BACHUR, Tiago Faggioni; MANSO, Tânia Faggioni Bachur da Costa. **Licença maternidade e salário maternidade na teoria e na prática**. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: teoria geral a segurança e saúde**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Direito do Trabalho: Duração do trabalho o direito de greve**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. **Direito do Trabalho da Mulher**. 1ª Ed. São Paulo: Ltr, 2007.

CARLOS, Vera Lúcia; PRETTI, Gleibe. **Direito do Trabalho: com jurisprudência em ordem alfabética**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Armando Casimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchíades Rodrigues. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 35ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. São Paulo: LTr, 2009.

DERVICHE, Victor Rafael. **Súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos do Tribunal Superior do Trabalho**. 5ª Ed. atual. São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Código Anotado**. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Germana Monteiro de Castro. **Principais julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2009.

FREDIANI, Yone. **Licença-maternidade à mãe adotante aspectos constitucionais**. São Paulo: LTr, 2004.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 7ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Adalberto. **Manual Didático de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MARTINS, Nei Frederico Cano; MAUAD, Marcelo José Ladeira. **Lições de direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de Direito do Trabalho**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIRA, Anna Lee Carr de Muzio. **Comentários acerca da extensão da licença-maternidade para 6 meses no Brasil.** Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI18702,51045-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI18702,51045-Comentários+acera+da+extensao...)

Comentários+acera+da+extensao...> . Acesso em 15 ago. 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 24ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho.** 31ª Ed. São Paulo: LTr, 2005.

NOVAIS, Denise Pasello Valente. **Discriminação da Mulher e Direito do Trabalho.** 1ª Ed. São Paulo: Ltr, 2005.

PANTALEÃO, Sérgio Ferreira. **Licença maternidade 180 dias – vigência a partir de 2010.** Disponível em <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/lic_matern_180dias.htm>. Acesso em 15 ago. 2012.

PEREIRA, Vivian Calandrin Sereda. **Garantias da empregada gestante e repercussões no contrato de trabalho.** 2009. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ROCHA, Marília. **Pai consegue “licença-paternidade” de 120 dias na Justiça.** Disponível em < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1139317-pai-consegue-licenca-paternidade-de-120-dias-na-justica.shtml>>. Acesso em 09 set. 2012.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho.** 9ª Ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SABATOVSKI Emílio; FONTOURA, Iara P. **Súmulas Trabalhistas de A a Z.** Curitiba: Juruá, 2008.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: versão universitária.** São Paulo: Método, 2008.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VADE MECUM. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.