

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE
JESUS**
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
DO TRABALHO E DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

Leandro Lopes Bastos

Proteção à Vida e à Família: Extensão da Garantia Provisória
de Emprego ao Pai

São Paulo

2015

Leandro Lopes Bastos

Proteção à Vida e à Família: Extensão da Garantia Provisória
de Emprego ao Pai

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
Professor Damásio de Jesus, como exigência
parcial para obtenção de título de especialista
em Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho.

Orientadora: Professora Especialista Fabíola Cassel Ferri

São Paulo

2015

BASTOS, Leandro Lopes.

Proteção à Vida e à Família: Extensão da Garantia Provisória de Emprego ao Pai. São Paulo, 2015. 74p.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, sob orientação da Prof. Especialista Fabíola Cassel Ferri.

Palavras-chave: Gestante. Garantia Provisória no Emprego. Extensão. Pai do Nascituro. Possibilidade. Princípios Constitucionais. Direito do Trabalho.

Leandro Lopes Bastos

Proteção à Vida e à Família: Extensão da Garantia Provisória
de Emprego ao Pai

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
Professor Damásio de Jesus, como exigência
parcial para obtenção de título de especialista
em Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho.

Aprovação:

Professora Especialista Fabíola Cassel Ferri

São Paulo

2015

À minha mãe dedico.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Por este ato, assumo toda a responsabilidade pelo texto e ideias defendidas no presente trabalho.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Orientador, da banca examinadora e da Instituição de Ensino.

RESUMO

A presente monografia utilizou-se da análise dos princípios constitucionais do direito à vida, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à proteção à maternidade, à proteção ao mercado de trabalho da mulher, ponderados sobre o princípio da razoabilidade, com objetivo de demonstrar a possibilidade de extensão da garantia provisória no emprego da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, ao pai do nascituro. Inicialmente analisou-se o conceito de família e suas proteções pelas normas jurídicas, passando em seguida para reflexão sobre o trabalho da mulher e suas garantias, analisando na sequência os consagrados princípios constitucionais para finalizar com as hipóteses de garantias de emprego previstas no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de extensão ao pai do nascituro da garantia concedida à gestante. Verificou-se que apesar de grandes avanços nas leis brasileiras, o tema ainda carece de regulamentação, tornando-se assim de grande relevância para a comunidade jurídica e toda a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Gestante. Garantia Provisória no Emprego. Extensão. Pai do Nascituro. Possibilidade. Princípios Constitucionais. Direito do Trabalho.

ABSTRACT

Monograph was based in analysis from constitutional principles with right to life, equality, human dignity, motherhood protection, labor market protection for women, considering the reasonableness principle as base, whose target to demonstrate the possibility of extending the provisional guarantee employment of pregnant women, since ratified of pregnancy until five months after the birth, the father of the unborn child. Initially we have analyzed the concept of family and their protections by the laws, moving on to reflection on the work of women and their guarantees, analyzing following the established constitutional principles to end with the chance of employment guarantees provided for in Brazilian law and the possible extension of the collateral unborn father granted to pregnant women. It was found that despite great advances in Brazilian law, the subject still lacks regulations, becoming relevant to the legal community and all of Brazilian society.

Key-words: Pregnant, provisional jobs guarantee, extension, unborn father, possibility, constitutional principles, labor law.

SUMÁRIO

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE	5
RESUMO	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUÇÃO	10
1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	12
1.1. Proteções Legais	14
1.1.1. Princípio do Direito à Vida.....	16
1.1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	16
1.1.3. Princípio da Igualdade	17
1.1.4. Princípio da Proteção à Maternidade	18
1.1.5. Demais Proteções	19
2. TRABALHO DA MULHER E PROTEÇÕES LEGAIS	22
2.1. O Trabalho da mulher no Brasil.....	25
2.2. As Proteções da CLT	29
3. PRINCÍPIOS.....	38
3.1. Princípio da Igualdade	41
3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	46
3.3. Princípio da Razoabilidade / Proporcionalidade	48
3.4. Princípio do Direito à Vida.....	50
3.5. Princípio da Proteção à Maternidade	51
4. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO	54
4.1. Terminologias.....	55

4.2. Previsão Legal.....	56
4.2.1. Estabilidade da Empregada Gestante	61
5. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO PAI.....	63
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74

INTRODUÇÃO

A análise da garantia provisória de emprego da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto se faz necessária haja vista que a Constituição Federal garantiu proteção ao mercado de trabalho da mulher e que o instituto, aplicado somente ao sexo feminino como é hoje, poderá gerar discriminação no momento da contratação da mão de obra, onde ambos os sexos concorrerão à vaga de emprego.

A família, base da Sociedade e do Estado, merece especial proteção das normas jurídicas. A garantia provisória de emprego, no período de gestação, materializa uma forma de proteção à família no direito do trabalho, garantindo uma gravidez saudável e o futuro digno desta família.

O trabalho da mulher, por sua vez, merece tratamento diferenciado onde encontrar fundamentos para essa distinção, como por exemplo, na licença maternidade de 120 (cento e vinte dias), onde a mulher precisa se recuperar física e psicologicamente deste momento tão importante para sua vida e para toda a sociedade.

As normas jurídicas devem guardar harmonia com os princípios que as regem e, em especial, com aqueles que fundamentam o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, que somente poderão existir se houver respeito ao princípio do direito à vida. Tudo aplicado de forma igual a todos, em respeito ao princípio da igualdade.

As garantias no emprego previstas no ordenamento jurídico são medidas de proteção constitucional das relações de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa que merecem e serão analisadas.

Desta forma, iniciamos o presente trabalho com o intuito de apresentar o conceito de família e suas proteções pelas normas jurídicas, passando em seguida

para uma reflexão sobre o trabalho da mulher na Sociedade Brasileira e suas garantias, analisando na sequência os consagrados princípios constitucionais do direito à vida, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, à proteção à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher, ponderados sobre o princípio da razoabilidade para finalizarmos com as hipóteses de garantias de emprego previstas no ordenamento jurídico brasileiro e a possibilidade de extensão ao pai do nascituro da garantia concedida à gestante, com o desejo de alcançarmos uma sociedade mais justa, solidária, que preza pela paz social e pelos valores do ser humano.

1. A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

O ser humano nunca viveu sozinho, isolado, por isso, desde datas remotas sua existência se deu de forma aglomerada, em comunidades. Com essa aproximação de pessoas iniciou-se as relações afetivas resultando conseqüentemente na formação das primeiras famílias.

A definição desse Instituto (família) varia de acordo com a evolução do pensamento da sociedade contemporânea. Assim, pode ter um significado em uma época e outro bem diferente na geração atual ou futura. O seu significado, portanto, não é rígido, sendo moldável em cada época pela compreensão de cada pessoa ou de cada Estado.

Ante o brilhantismo exarado nas palavras de Virgílio de Sá Pereira, citado por MADALENO (2010, p. 78) é que alcançamos um sentido natural e humanístico do vocábulo família:

Cumpra considerar a pluralidade das formas de constituição das relações de família, adequando-se o direito na absorção desses novos vínculos familiares, e que são todos eles efetivos destinatários da proteção legal, quer essa família sobrevenha de um ato solene ou informal, ou de mera convenção social, como já advertia há bastante tempo Virgílio de Sá Pereira ao se afastar, inteligentemente, das convenções sociais e jurídicas, e vislumbrar na realidade, e na evidência dos fatos, a legítima formação familiar, e por conta disto externar ser: “a família um fato natural. Não a cria o homem, mas a natureza. (...) O legislador não cria a família, como o jardineiro não cria a primavera. (...) Fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento, que é fenômeno legal. (...) Agora, digi-me: que é que vedes quando vedes um homem e uma mulher, reunidos sob o mesmo teto, em torno de um pequenino ser, que é o fruto do seu amor? Vereis uma família. Passou por lá o juiz, com sua lei, ou padre, com o seu sacramento? Que importa isto? O acidente convencional não tem força para apagar o fato natural. (...) Não é do casamento, portanto, que resulta o parentesco, mas da paternidade e da maternidade, e assim, corria o legislador o dever de considerar as uniões ilegítimas, para resguardo dos direitos da prole. (...) De tudo que acabo de dizer-vos, uma verdade resulta; soberano não é o legislador, soberana é a vida. (...) A família é um fato natural, o casamento é uma convenção social. A convenção é estreita para o fato, e este então se produz fora da convenção. O homem quer obedecer o legislador mas não pode desobedecer a natureza, e por toda a parte ele constitui a família, dentro da lei, se possível, fora da lei, se é necessário.

“Perante a filosofia social, família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana” responde PEREIRA JÚNIOR (2012, p. 8) e outros a indagação do que é família.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) afirma que a Família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Para efeito dessa proteção, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou o convívio de irmãos.

Em um sentido mais amplo entende-se como família “o conjunto de todas as pessoas ligadas por parentesco consanguíneo ou afinidade, assim como a comunidade de indivíduos que se consideram parentes e a união de pessoas do mesmo sexo com intuito de constituição de família”, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF, 2011):

[...]

Interpretação do art. 1.723 do código civil em conformidade com a constituição federal (técnica da “interpretação conforme”). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

[...]

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Consoante a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) família é a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.¹

A Lei 12.010/2009 (Lei da Adoção) conceitua família extensa como “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada

¹ Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. Art. 5º, II.

por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.²

Para GONÇALVES (2013, p. 17) o vocábulo família, *lato sensu*, abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins. O autor afirma que o direito de família é o ramo mais intimamente ligado à própria vida, visto que todas as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável.

Encontram-se em várias doutrinas os seguintes conceitos de família:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Ante o exposto compreende-se que família vai além do simples laço consanguíneo ou por afinidade entre as pessoas. O conceito é atualmente bem flexível, designando-se como família a reunião voluntária de pessoas, que se consideram, que têm afeto umas pelas outras, que são companheiras, que se unem com o propósito de se constituírem em família, merecendo assim especial atenção e proteção do Estado.

1.1. Proteções Legais

² O art. 2º da Lei 12.010 de 3 de agosto de 2009 alterou o parágrafo único do artigo 25 da lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) conceituando família extensa.

Em tempos atuais vivencia-se o neoconstitucionalismo, que busca a efetivação das normas constitucionais, fazendo com que essas deixem o campo das ideias e façam parte da realidade cotidiana da sociedade.

Para LENZA (2012, p. 120):

... com o Neoconstitucionalismo busca-se não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais e da promoção da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal em seu art. 226 afirma que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Tal proteção aparece em vários artigos espalhados pela própria Carta Magna e também por leis esparsas, porém a proteção ainda é tímida tamanha a importância da família para sociedade, Estado e cidadão.

Normas para efetivação dessa proteção estão em trâmite no Congresso Nacional como, por exemplo, o Projeto de Lei 6583/13, do Deputado Anderson Ferreira (PR-PE), que tramita na Câmara dos Deputados e se propõe a criar o Estatuto da Família. Para o Deputado “não há políticas públicas efetivas voltadas para a valorização da família e ao enfrentamento de questões complexas do mundo contemporâneo”. (FERREIRA, 2014)

Não há dúvidas que o Estado deva defender e garantir a efetivação dos direitos da família, pois essa é a essência e razão de existir da própria sociedade e não importa qual o tipo de família formada, pois as nomenclaturas atualmente usadas pouco importam perante a realidade do fato social (constituição da família).

Para PEREIRA JUNIOR (2012, p. 10),

... a especial proteção estatal é devida às situações aptas a gerar o tecido social de modo orgânico, sem que tal escolha signifique censura ou depreciação de outras relações imaginada e construídas pelos indivíduos, que não contrariem a ordem pública. A especial proteção deve se limitar aos modelos sem os quais a sociedade não subsistiria.

Feita essa breve introdução sobre as proteções legais à família, passemos a discorrer um pouco sobre alguns princípios e ditames constitucionais e legais que asseguram essas proteções.

1.1.1. Princípio do Direito à Vida

O direito à vida é o principal e o mais importante de todos os princípios, pois sem ele os demais sequer terão possibilidade de existir.

Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (G.N.)

Ao proclamar o direito à vida a Constituição assegura o direito de continuar vivo, bem como o direito de viver com dignidade competindo ao Estado criar mecanismos que possam assegurar a fruição dessas garantias.

O direito à vida inicia-se desde a concepção do feto, resguardando o direito à uma gravidez saudável e se estende por toda a existência do indivíduo, estampando-se tal direito no artigo 2º do Código de Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Percebe-se que essa proteção à vida está intimamente ligada à proteção da família, visto que a garantia da vida é também a preservação da família.

1.1.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O início da vida é a origem da dignidade da pessoa humana, pois não há argumentos para se resguardar a vida, se essa não é vivida com o mínimo de dignidade.

O instituto é tão importante que LENZA (2012, p. 1065) o conceitua como sendo a matriz dos direitos fundamentais e o núcleo essencial do constitucionalismo moderno.

TARTUCE (2013, p. 1053) o considera como superprincípio, macroprincípio, princípio máximo. Afirma ainda, ser difícil a conceituação exata do tema por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com várias interpretações possíveis.

A Dignidade da Pessoa Humana é um valor moral inerente a todo ser humano e ganhou sua formulação clássica por Immanuel Kant na “*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*” que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um mero objeto e que assim formulou tal princípio:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.³

Em todos os segmentos da sociedade a dignidade da pessoa humana deve prevalecer e no âmbito familiar também não é diferente e pode ser vista sobre vários enfoques, fazendo-se presente na dignidade dos membros dessa família, no desenvolvimento da personalidade dos filhos, no planejamento familiar, na proteção à maternidade, na paternidade responsável, na proteção contra a violência doméstica.

Constituição Federal, Art. 226, §7º:
Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

1.1.3. Princípio da Igualdade

³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

Em questões familiares a Constituição Federal reforçou no §5º do art. 226 que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Em consonância com o citado dispositivo encontramos o art. 1.568 do Código Civil Brasileiro (CC/02), que assim estabelece: “Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

“Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Essa é a previsão do §6º do Art. 227 da CF/88 estampando o princípio da igualdade entre os filhos.

Devido à importância do princípio em questão e por ser base ao tema central dessa pesquisa, o princípio da igualdade será abordado novamente em um capítulo separado.

1.1.4. Princípio da Proteção à Maternidade

A CF/88 assegura à proteção a maternidade afirmando em seu Art. 6º ser um direito social assim como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância e a assistência aos desamparados.

Conforme ensinamento de MORAES (2008, p. 194) os direitos sociais previstos na CF/88 são normas de ordem pública, com a característica de imperativas e invioláveis.

A Carta Magna assegura ainda que a Previdência Social atenderá a Proteção à Maternidade, em especial à gestante. Também atenderá essa proteção à Assistência Social.⁴

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

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

[...]

A proteção à maternidade atenderá especialmente à gestante, não excluindo o texto constitucional nenhum outro membro da família que concorrer para uma gravidez saudável.

Pelo que se depreende, a intenção do Legislador é garantir o sustento da gestante durante o período da gravidez e, ainda, assegurar o direito ao salário maternidade quando a criança nascer.

Pelo exposto nas linhas anteriores podemos concluir que a proteção à maternidade visa assegurar o direito à vida, indo além da gestante, beneficiando toda a família, com reflexos na própria sociedade (por ser sua base) e principalmente pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

1.1.5. Demais Proteções

Há que se ter em mente que a família é uma sociedade de fato e de direito e como tal as questões afetas aos bens materiais devem ser enfoque de proteções legais diversas, seja contra atos dos membros familiares entre si, seja contra atos de terceiros não integrantes do grupo familiar.

⁴ Constituição Federal de 1988. Arts. 201, II e 203, I.

As proteções materiais são de suma importância para manter o equilíbrio patrimonial familiar bem como para trazer segurança jurídica aos contratos que envolvam bens oriundos daquele meio.

Nessa seara surgiram as proteções aos considerados bens de família que são aqueles bens indispensáveis para a subsistência mínima e digna dos integrantes familiares e protegidos de atos expropriatórios como a penhora. Para concretizar essa proteção nasceu a Lei 8.009/90, dispondo sobre a impenhorabilidade do bem de família. A esta sobreveio o Código Civil de 2002 tratando do tema em seus artigos 1.711 ao 1.722.

A Constituição Federal também tratou da matéria ao proteger a pequena propriedade rural, conforme apontado:

Art. 5º (...)

XXVI - A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Para a plenitude da proteção material ora em comento faz-se necessária uma adequação legal para uma proteção dos meios que proporcionam a aquisição de tais bens. Assim, proteger o mercado de trabalho, criando mecanismos para a manutenção no emprego, impedindo dispensas arbitrárias, seria um grande avanço social, pois o bem material só existiu, porque um membro familiar teve o poder de compra (dinheiro), que na grande maioria dos casos é proveniente da força de trabalho.

Para NASCIMENTO (2013, p. 129), o salário é um direito fundamental do empregado, tem função alimentar e por isso merece especial proteção das normas legais.

Note-se que o salário tem uma função alimentar, o que significa que do seu pagamento depende a subsistência de uma pessoa ou de sua família, o que basta para mostrar a sua importância fundamental na sociedade e justificar medidas legais de proteção destinadas a fazer com que, efetivamente, o que foi estipulado seja cumprido, que um valor mínimo venha a ser obrigatório e que prestar determinadas garantias da lei é indispensável para evitar a sua violação.

Sendo o dinheiro a base essencial para a obtenção de um bem material por que não proteger a origem econômica primordial brasileira, ou seja, o emprego?! Protegê-lo então de dispensas arbitrárias ou sem justa causa é uma estratégia para se chegar ao fim almejado. O enfoque deste trabalho é a proteção ao trabalho do

futuro pai, garantindo provisoriamente seu emprego, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto e assim será pormenorizado em capítulo próprio.

2. TRABALHO DA MULHER E PROTEÇÕES LEGAIS

As relações históricas de trabalho da mulher demonstram um tratamento desigual em relação aos homens. O Código Civil de 1916⁵ informava que o homem era o chefe da Sociedade Conjugal e ainda, que era o representante legal da família e que competia a ele o direito de autorizar a profissão da mulher.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal.

Compete-lhe:

I. A representação legal da família.

II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).

III. Direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).

IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.

Nesse sistema os homens eram encarregados de prover a manutenção da família ao passo que a mulher, na grande maioria das vezes, cuidava da educação dos filhos e dos afazeres domésticos, ficando assim afastadas do mercado de trabalho.

Com o passar dos anos as mulheres começaram a perceber que essa supremacia masculina poderia desaparecer e foram saindo de casa em busca de emprego. Fatores históricos, como a 2ª Guerra Mundial, também contribuíram para que tal fato acontecesse.

Prover o auto-sustento gerou mudanças significativas na vida das mulheres, inclusive na formação das famílias. As mulheres passaram a encarar o aspecto profissional como mais importante e as funções de esposa, mãe e dona de casa foram sendo deixadas de lado. Nesse contexto as famílias deixaram de ser numerosas e tornou-se mais comum as separações entre casais.

A partir desse momento, as portas do mercado de trabalho começaram a se abrir para o sexo feminino, porém de forma inadequada. Os empregadores, visando acima de qualquer coisa o lucro desenfreado, começaram a explorar essa mão de

⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 25/01/2015.

obra. Nessa época as obreiras cumpriam jornadas exorbitantes, com salários muito inferiores aos que eram pago aos homens pelas mesmas tarefas.

Diante do quadro apresentado e também da influência internacional, viu-se o Estado obrigado a interferir nas relações trabalhistas, regulamentando e protegendo o trabalho feminino, ainda que de forma tímida no primeiro momento.

No preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) encontramos:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas; (G.N.)

A Declaração de Filadélfia, datada de 1944, assim prevê em sua alínea a) do Item II:

Todos os seres humanos, sem distinção de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar tanto o seu bem-estar material quanto seu desenvolvimento espiritual, em condições de liberdade e de dignidade, de segurança econômica e de igualdade de oportunidades.

E nessa busca pelo bem-estar, a mulher encontrou o trabalho, que a libertaria da dependência econômica do homem (pai, marido, irmão, filho) e revolucionaria o seu papel na sociedade.

O progresso do grupo social e a modernização das grandes cidades também contribuíram para evolução do pensamento patriarcal dominante à época e as mulheres iniciaram suas conquistas em todos os ramos.

Ainda no âmbito internacional podemos acompanhar a evolução da legislação em favor da proteção da mão de obra feminina. MARTINS (2013, p. 654) cita, na Inglaterra, o "Coal Mining Act", de 1842, que proibiu o trabalho da mulher em subterrâneo; o "Factory Act", de 1844, que limitou a jornada de trabalho há 12 horas

e a proibiu no período noturno e o “Factory and Workshop Act”, de 1878, que vedou o trabalho perigoso e insalubre.

O autor continua demonstrando a evolução na França onde uma lei, datada de 1874, proibiu o trabalho da mulher em minas e pedreiras e posteriormente, em 1892, outra lei limitou a jornada de trabalho das mulheres em 11 horas e em 1909 nova lei outorgou o direito às mulheres grávidas do repouso não remunerado de oito semanas, vedando o carregamento de objetos.

BARROS (2013, p. 855) ensina que é inegável a influência da ação internacional, em especial da OIT, no desenvolvimento da legislação trabalhista brasileira, inclusive no capítulo que versa sobre o trabalho da mulher. A autora afirmava que no domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis:

O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se 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-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n. 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas e extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções n. 100 e 111 da OIT).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê em seu Artigo VII o princípio da igualdade e da não discriminação:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Diante do contexto apresentado, a mulher passou a assumir importante papel na sociedade, ganhando cada dia mais espaço no mercado de trabalho e implantando mudanças, inclusive, na participação dos homens nas relações familiares: cuidar dos filhos e dos afazeres domésticos deixou de ser uma obrigação exclusivamente feminina.

2.1. O Trabalho da mulher no Brasil

Sob a influência internacional, a crescente ocupação das mulheres no mercado de trabalho e o abuso dos empregadores sobre a mão de obra feminina, que, inclusive, trazia prejuízos à concorrência internacional, viu-se o Estado obrigado a tutelar o direito das trabalhadoras.

A primeira lei brasileira a proteger os direitos das mulheres em matérias trabalhistas foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, que igualou o salário de homens e mulheres para todo trabalho de igual valor (Art. 1º); proibiu o trabalho noturno (entre 22 e 5 horas) (Art. 2º), proibiu também o trabalho nos subterrâneos, nas minerações, em subsolo, nas pedreiras, nos canteiros de obras, nos serviços perigosos e insalubres (Art. 5º) e na remoção de materiais de pesos superiores ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade competente (Art. 4º). Previu também um descanso obrigatório de quatro semanas antes e quatro semanas depois do parto (Art. 7º), podendo ser aumentados em até duas semanas cada um, mediante atestado médico (§4º do Art. 7º). Para aleitamento ficou assegurado dois intervalos diários de meia hora cada um, nos primeiros seis meses da criança (Art. 11). Em caso de aborto não criminoso era assegurado o direito ao repouso remunerado de duas semanas (Art. 10). Era proibido dispensar a mulher pelo simples fato da gravidez (Art. 13). Os estabelecimentos em que trabalhassem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 anos de idade eram obrigados a ter local apropriado onde fosse permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos em período de amamentação (Art. 12).

Em sequência ao citado Decreto veio a primeira Constituição Brasileira a tratar da proteção ao trabalho da mulher, a de 1934. Naquela Constituição ficou proibido a diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; vedado o trabalho feminino em locais insalubres, garantido o repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, prevendo ainda a instituição de previdência em favor da maternidade e de serviços de amparo à maternidade.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)

Art. 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

[...]

d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres;

[...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

A Constituição seguinte, do ano de 1937, informava que a legislação do trabalho deveria observar, dentre outros, que era proibido o trabalho das mulheres em indústrias insalubres e que era assegurada à trabalhadora gestante assistência médica e higiênica e um período de repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...]

k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres;

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) reuniu os diplomas trabalhistas existentes à época e em 1º de maio de 1943 foi aprovada pelo então presidente do Brasil, Getúlio Vargas, conhecido como “Pai dos Pobres” em virtude de inúmeros benefícios garantidos à massa trabalhadora.

MARTINS (2013, p. 656 e 657) ilustra bem as modificações ocorridas na legislação no período de 1943 a 1988 e por isso transcrevemos aqui suas palavras:

Em 1º-5-1943, foi editada a CLT, consolidando a matéria existente na época. A primeira alteração foi do Decreto-lei nº 6.353, de 20-3-1944, admitindo o trabalho noturno da mulher apenas se ela tivesse 18 anos, e em algumas atividades.

A Constituição de 1946 proibia a diferença de salário por motivo de sexo (art. 157, II); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 157, IX); assegurava o direito da gestante a descanso

antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (art. 157, X); reconhecia a assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica, à gestante (art. 157, XIV); previa a previdência em favor da maternidade (art. 157, XVI).

A Constituição de 1967 proibia a diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 158, III); vedava o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 158, X); assegurava o descanso remunerado à gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 158, XI); previa a previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 158, XVI). Tinha a mulher direito à aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

O Decreto-lei nº 229, de 28-2-67, é que fez várias alterações na CLT. Alterou o art. 374 da CLT, permitindo o regime de compensação apenas por acordo coletivo. Modificou também os arts. 389 e 392 da CLT para proporcionar a guarda de filhos das mulheres na empresa, descanso no período de quatro semanas antes e oito semanas depois do parto etc.

O Decreto-lei nº 546, de 18-4-69, permitiu o trabalho da mulher na compensação bancária noturna. O Decreto-lei nº 744, de 6-8-69, autorizou o trabalho da mulher em cargos técnicos ou postos de direção, de gerência ou de confiança; na industrialização de produtos perecíveis.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, estabeleceu que não seria possível a diferença de salários e de critérios de admissão por motivo de sexo (art. 165, III); proibiu o trabalho da mulher em indústrias insalubres (art. 165, X); assegurou o descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário (art. 165, XI); previu regras de previdência social, visando à proteção à maternidade (art. 165, XVI); possibilitou à mulher a aposentadoria aos 30 anos de trabalho, com salário integral (art. 165, XIX).

A Lei nº 5.673, de 6-7-71, possibilitou o trabalho noturno da mulher em serviços de processamento de dados (art. 379, IX, da CLT), em indústrias de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes (art. 379, X, da CLT).

A Lei nº 6.136, de 7-11-74, transferiu da empresa para a Previdência Social o ônus da licença-maternidade.

A Lei nº 7.189, de 4-6-84, deu nova redação ao art. 379 da CLT, permitindo o trabalho noturno da mulher com mais de 18 anos.

Pelo discorrido, percebemos que inúmeros diplomas tentavam equilibrar a relação da mulher no mercado de trabalho. A cada situação de desigualdade que se apresentava, tentava o legislador corrigir as distorções. Notamos pela simples leitura dos fragmentos acima que os direitos das mulheres ficaram esquecidos da sociedade por um bom período da humanidade.

Por esse motivo as mulheres foram à luta. Ganharam espaço, conquistaram direitos e sua participação no mercado de trabalho cresceu exponencialmente nas últimas décadas. Nos dias atuais, o sexo feminino ocupa posições de destaque na sociedade. Estão presentes nos tribunais superiores, nos ministérios, na direção de

grandes empresas, nas universidades. Pilotam aeronaves e comandam tropas. A mais alta autoridade do país hoje⁶ é uma mulher.

Nenhuma mulher se tornou astronauta, juíza da Suprema Corte, presidente de uma corporação apenas por não ser homem. Ou seja, não subiram por necessidade das corporações de diversificar seu quadro. Subiram por seus méritos medidos pelos padrões que valem tanto para homens quanto para mulheres. (PROBST, 2014, p. 5)

O ápice da conquista dos direitos das mulheres se concretizou em 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) que estabeleceu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, garantindo o tratamento isonômico de todos perante à lei, sem fazer distinção de qualquer natureza, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Logo que foi criada, a Carta de 1988 ganhou o apelido de “Constituição Cidadã”, por ser considerada a mais completa entre as constituições brasileiras e uma das mais avançadas do mundo no âmbito das garantias individuais.

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu art. 7º os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais e, no inciso XX, confere especial proteção ao trabalho da mulher:

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

A Magna Carta de 88 não proibiu, como as Constituições anteriores, o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que significa, em outras palavras, que o permitiu. A licença à gestante passou a ser de 120 dias, sem prejuízo do emprego e do salário. Ao estabelecer o princípio da igualdade, vedou a diferença de salário, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Estabeleceu, ainda, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Tal garantia foi inovadora no direito brasileiro; nenhuma das Constituições anteriores ou leis infraconstitucionais tinham-na previsto.

⁶ Dilma Rousseff é a atual Presidente do Brasil e foi a primeira mulher a governar nosso País.

Tal garantia é uma efetivação concreta de outros direitos previstos na própria Constituição Federal, trazendo à tona a ideia do neoconstitucionalismo citada no Item 1.1 deste trabalho científico.

Com essa garantia, coloca-se em prática o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção à família, à maternidade, à gestante, à saúde, à vida. Acreditamos, porém, não proteger o mercado de trabalho da mulher, tendo em vista que fere o princípio da igualdade, podendo inclusive gerar certa discriminação na hora da contratação de empregados.

2.2. As Proteções da CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho inseriu no Título III destinado às normas especiais de tutela do trabalho um capítulo exclusivo para tratar da proteção do trabalho da mulher.

Tal capítulo foi dividido em 6 (seis) seções que se inicia tratando da duração e condições do trabalho, bem como da discriminação contra a mulher. Em seguida discorre sobre o trabalho noturno, passando em seguida a resolver problemas relacionados aos períodos de descanso, para posteriormente tutelar os métodos e locais de trabalho, alcançado o ápice ao proteger à Maternidade e finalizando com as penalidades aplicáveis aos que descumprirem tais normas.

Em dias atuais, é discutível tanto na doutrina quanto na jurisprudência a aplicabilidade de todas as proteções previstas nesse Capítulo III, do Título III do Texto Consolidado.

Para MARTINS (2013, p. 658):

As medidas de proteção, porém, só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, que são condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas.

Segundo NASCIMENTO (2013, p. 199) a necessidade de tutela legal do trabalho da mulher é tese que vem sendo questionada no Brasil, diante das tendências observadas nas leis atuais que eliminam algumas proibições da atividade da mulher.

MANUS (2006, p. 214) assim expõe:

A regulamentação do trabalho da mulher na CLT merecia há muito ampla revisão, para adaptar as normas trabalhistas à evolução experimentada pela situação da mulher em nossa sociedade, ao longo dos tempos. Assim, várias restrições feitas ao trabalho da mulher, decorrentes de ignorância e preconceito, foram excluídos do texto legal.

BARROS (2013, p. 887) sugeriu a revisão ao Capítulo III, do Título III da CLT por entender que o tratamento da mulher deve ser igual ao do homem, reduzindo a proteção ao essencial que o justifique: a gravidez e a maternidade. Vejamos:

Se outrora o trabalho da mulher e o do menor possuíam conotações semelhantes que os levaram a ser disciplinados, conjuntamente ou no mesmo capítulo, como **regimes especiais**, hoje não mais se justifica essa regulamentação conjunta, pois o regime jurídico da mulher deverá ser o mesmo que o do homem, nos termos do art. 372 da CLT, **reduzindo-se a proteção ao essencial, ou seja, à gravidez e à maternidade**, sob pena de se restringir suas possibilidades de contratação.

Em outra passagem escreve a Autora, ao analisar o art. 384 da CLT, que prevê um descanso de quinze minutos no mínimo para a mulher, na hipótese de prorrogação de jornada, que: “A diferença entre homens e mulheres não traduz fundamentos, para tratamento diferenciado, salvo em condições especiais, como a maternidade”. E continua:

O intervalo do art. 384 só seria possível à mulher se houvesse idêntica disposição para os trabalhadores do sexo masculino. A pretensão almejada pelo art. 384 da CLT poderia caracterizar um obstáculo à contratação de mulheres, na medida em que o empregador deveria certamente admitir homens, pois não teria a obrigação de conceder aquele descanso. (BARROS, 2013, p. 860).

Sobre o descanso obrigatório de 15 (quinze) minutos concedidos à mulher antes do início da prorrogação de sua jornada normal de trabalho, a posição atualmente dominante no Tribunal Superior do Trabalho (TST) é que o intervalo concedido à mulher é constitucional tendo em vista a diferença física e psicológica existente entre homens e mulheres, moldando-se o entendimento ao pensamento Aristotélico (tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades). O referido Tribunal considera também que a

ausência do intervalo gera o pagamento daquele período como jornada extraordinária.

TST - RECURSO DE REVISTA RR 1223006020095020068 122300-60.2009.5.02.0068

Data de publicação: 09/08/2013

Ementa: RECURSO DE REVISTA. INTERVALO PARA DESCANSO ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. SUPRESSÃO. EFEITOS. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT. A matéria não comporta mais controvérsia no âmbito deste Tribunal após a decisão tomada pelo Pleno desta Corte no incidente de inconstitucionalidade resolvido no julgado do processo RR-1540-2005-046-12-00.5, no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição de 1988. A supressão do intervalo legal leva ao pagamento do período como jornada extraordinária. Recurso de revista conhecido e provido.

Porém até mesmo dentro do próprio Tribunal há divergências sobre o tema. O relator do recurso de revista RR-1540-2005-046-12-00.5⁷, que resolveu o incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, Ministro Caputo Bastos, posicionou-se em sentido contrário à decisão do Tribunal Pleno. Vejamos abaixo trecho de seu voto:

[...] frente ao atual cenário constitucional, ao contrário de conferir proteção ao trabalho da mulher, o artigo 384 da CLT está a revelar indesejada desigualdade entre trabalhadoras e trabalhadores e a contribuir negativamente para o aumento da inserção da força laboral feminina no mercado de trabalho. Mostrando-se descompassado o teor do referido dispositivo à ordem constitucional vigente, tenho que o disposto no artigo 384 da CLT carece da necessária recepção pela Constituição Federal de 1988. Tal é, ao que me parece, a interpretação sistemática da norma.

Objetivando expor de forma pormenorizada seu entendimento, o Excelentíssimo Ministro Relator voltou ao tempo para enfatizar o cenário jurídico-social vivido quando da entrada em vigor da CLT e com suas palavras:

Marcada profundamente pela organização patriarcal, as relações sociais na primeira metade do Século XX revelavam a nítida prevalência do homem ante a mulher. Enquanto àqueles abriam-se as portas do setor público e empresarial, a estas reservava-se o âmbito privado e familiar. Tal diferenciação, hoje inadmitida, fundava-se em justificativas históricas, morais, biológicas ou utilitaristas. Na medida em que o direito reflete a vida, não é de se admirar que o ordenamento jurídico de então, para manutenção de sua sobrevivência ou para tutelar relações desiguais, conferisse tratamento protetivo ao trabalho da mulher.

⁷ Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20154000-83.2005.5.12.0046&base=acordao&numProInt=133296&anoProInt=2007&dataPublicacao=04/05/2009%2007:00:00&query=>>. Acesso em: 01/12/2014.

Entendemos que o tratamento especial dado à mulher em alguns casos específicos, como o do art. 384 da CLT, não coaduna com a realidade social e com as conquistas das mulheres em todos os ramos da sociedade. O excesso de zelo, nestes casos, pode até ser prejudicial, caracterizando um retrocesso social, pois o espaço conquistado pela mulher no mercado de trabalho pode enfrentar um obstáculo na contratação das trabalhadoras pelo excesso de normas “protetoras”.

Merece razão Alice Monteiro de Barros ao sugerir a revisão do capítulo destinado à proteção do trabalho das mulheres. Inicialmente cabe ressaltar que muitos dispositivos já foram expressamente revogados, como o caso dos arts. 374, 375, 376, 378, 379, 380, 387 e 398. Em seguida, podemos notar excesso de informações, textos repetitivos, como por exemplo:

Art. 381 - O trabalho noturno das mulheres terá salário superior ao diurno.

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

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

Esse dispositivo já está regulamentado pelo art. 73 do mesmo diploma legal, não havendo necessidade de ser repetido em capítulo destinado à proteção do trabalho da mulher, mesmo por que, o art. 372 assim dispõe: “Os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino, naquilo em que não colidirem com a proteção especial instituída por este Capítulo”. Assim, não havendo nenhum conflito, nenhuma novidade nesse artigo em relação ao art. 73, nenhuma proteção especial, também não há sua necessidade!

No mesmo sentido é o art. 373 que assim prevê: “A duração normal de trabalho da mulher será de 8 (oito) horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior.” Notamos que o citado artigo não trouxe nenhuma novidade em relação ao Art. 58:

Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

A Seção III, que trata dos períodos de descanso, traz duas situações distintas em relação ao trabalho dos homens. A primeira, já analisada anteriormente, trata do descanso obrigatório mínimo de 15 (quinze) minutos para as mulheres antes do início do período extraordinário de trabalho. A segunda refere-se ao trabalho aos domingos. Para as mulheres prevê o art. 386 que em havendo trabalho aos

domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical. Esse mesmo direito não está previsto no Capítulo II, aplicável aos homens.

Entendemos que os direitos e garantias conquistados pelos trabalhadores, seja homem ou mulher, integram o rol de direitos fundamentais do trabalhador, uma ramificação do conhecido direito adquirido, que não poderá ser suprimido pelo Legislador, sob pena de retrocesso social, admitindo-se apenas sua ampliação e extensão a todos os trabalhadores. Assim, a escala de revezamento quinzenal também deve ser aplicada a trabalhadores de ambos os sexos

Ao analisarmos os dispositivos em comento, não podemos deixar de lado os princípios específicos que norteiam o direito do trabalho, em especial o princípio da proteção. RODRIGUEZ (2000, p. 35) informa que esse princípio se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois ao invés de se guiar pelo princípio da igualdade, ampara preferencialmente uma das partes, o trabalhador.

E continua:

Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes.

Pelo exposto, notamos que a parte beneficiada é a classe dos trabalhadores, homens e mulheres, e não apenas essas, sob pena de restrição de direitos.

Assim, com fundamento no princípio da proteção, no princípio da dignidade da pessoa humana, na proteção às normas de saúde e higiene do trabalho, no direito adquirido e no progresso social, filiamo-nos a corrente que defende ser Constitucional o art. 384 da CLT, com aplicabilidade imediata não só as mulheres, como também aos homens. E, pelos mesmos motivos, entendemos que a escala de revezamento quinzenal, para repouso aos domingos, também deve ser estendida aos homens.

A Seção V do capítulo em análise trata da proteção à maternidade. Essa sim uma diferença entre homens e mulheres que justifica tratamento desigual, para se atingir a plenitude da igualdade.

Prevê o art. 391 que não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Esse dispositivo está em harmonia com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Lei 12.812/13 mereceu aplausos ao incluir o art. 391-A no Texto Consolidado e estender a estabilidade provisória à empregada gestante no curso do aviso prévio. Foi uma conquista não só das mulheres, mas da família e da sociedade como um todo.

O art. 392 dá direito à empregada gestante uma licença-maternidade de 120 (cento e vinte dias), sem prejuízo do emprego e do salário. Esse mesmo direito já foi concedido pela Justiça de Campinas/SP a um Professor de enfermagem, que passou a cuidar de seu filho recém-nascido após a mãe “abandoná-lo”⁸. É o direito se amoldando as novas realidades sociais.

O Parágrafo § 4º do art. 392 garante à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário, a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho. Garante também dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares. Tal dispositivo não requer nenhuma discussão, visto que a proteção aqui estampada é uma forma de tratar os iguais de forma igual e os desiguais, de forma diferente para que se atinja a plena igualdade.

A Lei 12.873/13 acompanhando a evolução social trouxe importantes mudanças na CLT e conquistas para a Sociedade. A primeira delas incumbiu-se de dar tratamento igualitário entre a adotante e a gestante. Modificou acertadamente o conteúdo do art. 392-A que concedia a licença-maternidade à empregada de acordo com a idade da criança adotada. Para adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, era previsto uma licença de 120 (cento e vinte) dias; para criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença seria de 60

⁸ Disponível em: < <http://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/2012/08/professor-obtem-na-justica-licenca-paternidade-para-cuidar-de-filho.html> >. Acesso em 09/10/2014.

(sessenta) dias e para criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença seria de 30 (trinta) dias. Tal distinção era injustificável e a partir da citada lei a licença-maternidade passou a ser a mesma prevista para a gestante: 120 (cento e vinte dias).

A norma em comento também contemplou a possibilidade da licença-maternidade ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção e também para o cônjuge ou companheiro empregado, em caso de morte da genitora e sobrevivida da criança, desde que este não a abandone. Vejamos:

Lei 12.873/13:

[...]

Art. 6º A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

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.

[...]

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

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Notamos que o conteúdo, a essência, dos Arts. 392-B e 392-C estão em harmonia com a proposta da presente monografia, garantir proteção à vida e à família, e por isso esse assunto será novamente mencionado em capítulos adiante.

Outro artigo que merece aqui ser destacado é o Art. 396 que assegura o direito da mulher amamentar seu próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade (podendo esse período ser dilatado, quando a saúde do filho o exigir), garantindo 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um, para atender essa finalidade.

Esse dispositivo também contempla a merecida proteção especial ao trabalho da mulher, assegurando, antes de mais nada, o direito à vida, a saúde e a alimentação do recém-nascido, para efetivar os direitos sociais da proteção à maternidade e à infância.

Para fechar este capítulo transcrevemos aqui a Seção V da Consolidação das Leis do Trabalho:

SEÇÃO V

DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

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

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.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

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

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

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.

§ 1º, 2º e 3º (Revogados pela Lei nº 12.010, de 2009)

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

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

Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Art. 393 - Durante o período a que se refere o art. 392, a mulher terá direito ao salário integral e, quando variável, calculado de acordo com a média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava.

Art. 394 - Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

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

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

Art. 397 - O SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência à infância manterão ou subvencionarão, de acordo com suas possibilidades financeiras, escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas.

Art. 398 - (Revogado pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.2.1967)

Art. 399 - O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

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

3. PRINCÍPIOS

Para iniciar este capítulo não encontramos comparação que melhor explique o verdadeiro sentido de princípio do que a feita por Bandeira de Mello citado por CARRAZZA (2009, p. 44):

Usando, por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimento aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes, etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra.

Usando a analogia acima encontramos nos dizeres de MARTINS (2012, p. 65) o mesmo significado: “São os princípios como as vigas ou alicerces que dão sustentação ao edifício. Este é o ordenamento jurídico, que é subdividido em tantos andares quantos são seus ramos”.

A palavra princípio, na língua portuguesa, denota o sentido de começo, origem, fonte.

Humberto André Rodrigues Lucca⁹ demonstra seu entendimento sobre princípio e fazendo uma analogia ao linguajar popular, diz que:

Princípio pode ser entendido como aquilo que vem antes, começo, nascedouro. Por outro lado, pode ser entendido como os valores mais caros e inarredáveis de determinada pessoa. No linguajar popular é comum ser dito: fulano é uma pessoa de princípios! Este simples adjetivo dirigido a alguém, significa que determinada pessoa possui atributos morais e éticos que pautam a sua conduta como ser humano. Como se fossem linhas mestras, dentro das quais, alguém se move. Já aquela pessoa qualificada como - sem princípios -

⁹ Disponível em: < <http://www.dicionarioinformal.com.br/principio/> >. Acesso em 09/10/2014.

significa o mesmo que sem escrúpulos, ávida por locupletar-se a qualquer custo e por qualquer meio.

DELGADO (2010, p. 171), citando o Dicionário da Língua Portuguesa de Antônio Houaiss afirma que a palavra princípio traz consigo o sentido de "causa primeira, raiz, razão" e, nesta medida, a ideia de aquilo "que serve de base a alguma coisa". Conclui traduzindo, de maneira geral, o significado de princípio:

Assim, princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

MARTINS (2012, p. 64), traz o significado da palavra princípio segundo os grandes pensadores da humanidade:

Platão usava a palavra princípio no sentido de fundamento do raciocínio. Para Aristóteles, era a premissa maior de uma demonstração. Kant seguia aproximadamente essa última orientação, dizendo que "princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo".

Os princípios também são analisados sobre diferentes perspectivas, como por exemplo, o Jusnaturalismo e o Positivismo. NASCIMENTO (2013, p. 118) informa que, para o jusnaturalismo, os princípios são regras jurídicas de direito natural, encontrando nesse sua fonte de produção e de existência.

Falar em princípios, assim, é o mesmo que se referir às ideias fundantes do direito, encontradas acima do direito positivo, mas como parte integrante do direito concebido como uma unidade que comporta não só leis positivadas pelo homem, mas aquelas que provêm de outras fontes mais profundas, como o direito natural.

Para o positivismo, os princípios não estão fora do ordenamento jurídico positivo, ao contrário estariam nas leis, identificando-se com elas. Para o autor supra citado "há princípios reproduzidos pelas leis e há outros indutivamente extraídos das leis como constantes ou normas gerais de direito". (NASCIMENTO (2013, p. 118)).

DELGADO (2010, p. 159) afirma que os princípios cumprem três papéis no âmbito do direito, sendo dois deles inquestionáveis:

surgem, em primeiro lugar, como proposições ideais informadoras da compreensão do fenômeno jurídico (princípios descritivos) - sendo essa sua função primordial no âmbito de qualquer ramo do Direito. Em segundo lugar, contudo, os princípios podem ser tomados para que cumpram o papel de fonte supletiva (princípios normativos subsidiários), em situações de lacunas nas fontes jurídicas principais do sistema.

O terceiro papel dos princípios, ao qual o citado autor é adepto, trata da função normativa concorrente, tornando os princípios com real natureza de norma jurídica.

Sem entrar na seara da discussão, pois não é o foco deste trabalho, o importante para o Direito é que "os princípios existem e devem ser aplicados" estando intrínsecos às normas jurídicas, ou alienígenas a elas. (NASCIMENTO, 2013, p. 118).

Para ratificar a aplicabilidade dos princípios podemos demonstrar a atenção dada pelo §2º do art. 5º da Constituição Federal que assim dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos **princípios** por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (G.N.)

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a CLT e o Código de Processo Civil também fazem menção ao tema. Vejamos:

LINDB,

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios** gerais de direito. (G.N.)

CLT,

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros **princípios** e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. (G.N.)

CPC,

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos **princípios** gerais de direito. (G.N.)

Para não restar dúvidas, a própria Lei das Leis iniciou-se com o Título I: "Dos Princípios Fundamentais", demonstrando a importância dos princípios no ordenamento jurídico, fixando as bases e os fundamentos da ordem constitucional e exigindo que o complexo normativo esteja em harmonia e coerência com o aludido Título.

Para NASCIMENTO (2011, p. 454) a necessidade de atuação dos princípios é um imperativo de efetividade do ordenamento jurídico, razão pela qual não é razoável retirar o caráter normativo da sua estrutura molecular. Conclui o autor que os princípios atuam no ordenamento jurídico com hierarquia superior às demais normas.

Assim, princípios são normas jurídicas que atuam no ordenamento como as demais normas e com hierarquia superior, salvo quando pelo teor da sua proposição for impossível a sua aplicação ou quando a sua origem for meramente doutrinária de hipótese interpretativa.

Assim, com a certeza da existência e aplicabilidade dos princípios, passamos a analisar os principais, àqueles que fundamentarão a ideia apresentada por este trabalho: possibilidade de extensão da estabilidade provisória da gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez daquela até cinco meses após o parto.

3.1. Princípio da Igualdade

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama em seu preâmbulo a fé dos povos das Nações Unidas nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. O Artigo 1º dessa Declaração assim dispõe: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. O Artigo 7º, por sua vez, informa que:

Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Inspirada nessa Declaração Universal, a Constituição Federal de 1988 adotou como garantia fundamental a igualdades de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (CF/88, Art. 5º, caput).

Proclama o art. 5º, I da Carta Magna que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Para demonstrar essa igualdade entre homens e mulheres o próprio texto constitucional elencou algumas situações:

Art. 183 – Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
[...]

Art. 189 – Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.
[...]

Art. 201, V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5º e no art. 202.
[...]

Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

MELO (2002, p. 9) informa ser consensual que o enunciado da “igualdade perante a lei” não se restringe a determinar a aplicação indistinta da lei a todos os indivíduos, mas que a própria lei deve ser elaborada de acordo com a isonomia sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

O significado de igualdade, então, é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Conforme ensinamentos de BARBOSA (1997),

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Nesse sentido, cuidou também a Constituição de estabelecer as diferenças, como por exemplo, a aposentadoria por tempo de contribuição aos 35 anos para homens e 30 anos para mulheres (Art. 201, §7º, I), os direitos políticos do brasileiro e do estrangeiro (Art. 12, §3º) e ainda no direito de exploração da Comunicação Social (Art. 222, caput).

O tratamento diferenciado dispensado pela Constituição ou pela Lei deverá pautar-se em outros princípios que justifiquem a desigualdade nelas retratada. Os

direitos políticos do brasileiro e do estrangeiro, a exemplo, procuram defender a soberania nacional; por sua vez, os direitos de exploração da Comunicação Social visam garantir a difusão da cultura brasileira.

Com relação à diferença entre homens e mulheres no tempo de contribuição para aposentadoria achamos que o Artigo 201, §7º, I da Constituição Federal não está em harmonia com os princípios por ela elencados e merece ser revisto. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE) os homens morrem mais cedo que as mulheres. No censo de 2010, estimou-se que a mulher brasileira vive até os 77,3 anos, enquanto os homens só conseguiriam alcançar 69,7 anos. Tendo em vista não ser o foco do presente trabalho não aprofundaremos nessa polêmica.

Encontramos, no ordenamento jurídico brasileiro, leis que buscam proteger determinados grupos da população para que haja igualdade destes perante a lei. É o caso, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor que tutela a parte mais fraca na relação fornecedor/consumidor. A Consolidação das Leis do Trabalho também garante o equilíbrio na relação existente entre trabalhadores e empregadores.

Para RODRIGUEZ (2000, p. 151),

É amplamente conhecida a situação de desigualdade econômica e cultural que normalmente separa as partes no Contrato de trabalho. Justamente essa desigualdade foi um dos pressupostos que deram origem ao Direito do Trabalho, que busca compensar com desigualdade jurídica a desigualdade econômica inicial. No plano da negociação coletiva, precisamente a intervenção sindical busca compensar, com a força derivada da união, o poderio maior da outra parte, no plano econômico.

A igualdade buscada pelo direito do trabalho também é uma preocupação mundial. O órgão máximo desse ramo, a OIT, aprovou, visando a igualdade e a não discriminação, as convenções de nº 19 (concernente a Igualdade de Tratamento dos Trabalhadores Estrangeiros e Nacionais em Matéria de Indenização por Acidentes no Trabalho), de nº 100 (concernente a Igualdade de Remuneração para a Mão de Obra Masculina e a Mão de Obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor), de nº 111 (concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão) e a de nº 156 (concernente à Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares).

O Item 1 do Artigo 1º da Convenção 19 assegura o mesmo tratamento aos nacionais e estrangeiros no que concerne a indenização em matéria de acidentes de trabalho. Vejamos:

Todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho que ratificam a presente convenção comprometem-se a conceder aos nacionais de qualquer outro Membro que tenha ratificado a dita Convenção que forem vítimas de acidentes de trabalho ocorridos em seu território ou em território sob sua dependência, o mesmo tratamento assegurado aos seus próprios acidentados em matéria de indenização por acidentes de trabalho.

A Convenção 100 trata, por sua vez, da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor. O Item 1 do Artigo 2º assim prevê:

Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio da igualdade de remuneração para mão de obra masculina e a mão de obra feminina por um trabalho de igual valor.

A Convenção 111 combate à discriminação em matéria de emprego e profissão definindo no Artigo 1º que o termo discriminação compreende:

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

No Item 1 do Artigo 3 da Convenção 156 encontramos:

Cada Estado Membro deve tornar a igualdade efetiva de oportunidades e de tratamento de trabalhadores e trabalhadoras objetivo de suas políticas nacionais, com vistas a possibilitar às pessoas com responsabilidades familiares, que estão trabalhando ou queiram trabalhar, exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas à discriminação e, na medida do possível, sem conflitos entre seu trabalho e suas responsabilidades familiares.

A Constituição Federal Brasileira também se preocupou com a isonomia em questões trabalhistas e para dar efetividade ao princípio da igualdade proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, estado civil, idade e cor (Art. 7º, XXX). Proibiu qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 7º, XXXI), bem como distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (Art. 7º, XXXII) e garantiu, ainda, a igualdade de direitos

entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (Art. 7º, XXXIV).

Além da proteção ao trabalhador frente ao empregador, pela flagrante diferença existente entre eles, também merece especial tutela a mulher diante do homem onde há indiscutível diferença entre eles: na gestação.

Somente a mulher pode engravidar e dar a luz, condição de perpetuidade da espécie humana. Merece, portanto, tratamento diferenciado nesse momento tão importante de sua vida, que traz reflexos em toda a sociedade. E assim o fez a Lei Maior no inciso XVIII do art. 7º que assim dispõe: “XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

Nesse particular, a mulher deve ser tratada de forma diferente do homem, para se tornar igual em direitos e obrigações, pois necessita se recuperar física e psicologicamente, além de garantir o direito à vida e à dignidade do recém-nascido.

A legislação infraconstitucional também cuidou da proteção ao trabalho da mulher conforme já mencionado no Capítulo 2: Trabalho da Mulher e Proteções Legais.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ao assegurar a estabilidade provisória no emprego da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto procurou proteger à mulher, garantindo o direito à vida do recém-nascido e preservando à dignidade da família. Porém, diferentemente do contido no art. 7º, XVIII: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”, onde a mulher deve ser tratada diferente do homem, por necessitar cuidar do recém-nascido e se recuperar física e psicologicamente, a proteção prevista naquele ato de disposições transitórias não encontra apoio na diferença em razão do sexo. Nesse caso o bem maior que faz garantir o emprego, é a vida que está por vir, é a dignidade da família em um segundo plano e não a mulher isoladamente. Assim, a estabilidade provisória da gestante deverá também ser estendida a seu companheiro.

Concluindo, podemos afirmar que o princípio da igualdade encontra maior aplicação onde se protege o trabalhador da discriminação e que “é tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares”

(RODRIGUEZ, 2000, p. 185). Assim, todos devem ser tratados de forma igual, desde que se encontrem em situações semelhantes.

3.2. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Tamanha importância do princípio da dignidade da pessoa humana que este é considerado por NASCIMENTO (2011, p. 462) como “princípio dos princípios no ordenamento jurídico”.

O princípio é dotado de valor absoluto e atua como um dos principais critérios avaliados quando estão em colisão outros princípios constitucionais. É a substância mínima dos direitos fundamentais, pois no início da vida começa o princípio da dignidade humana.

O Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

A Constituição Federal de 1988 o considera como princípio fundamental e como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, inserindo-o no art. 1º, III de seu Texto, que assim dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
III - a dignidade da pessoa humana;

Para MORAES (2005, p.16) o citado artigo é o garantidor de todo o ordenamento jurídico quanto à pertinência de garantias empreendidas a todas as pessoas, indistintamente, e o inciso III, preleciona todo o aparato constitucional para a magnitude de tutela da pessoa humana, isto é:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo

invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

SARLET (2001, p. 60.) assim conceitua a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

“A dignidade não é somente um direito concedido pelo ordenamento jurídico, é um atributo inerente a todos os seres humanos, independente de sua origem, sexo, cor ou quaisquer outros requisitos” (NOVELINO, 2008, p. 26). A consagração do plano normativo constitucional significa tão somente o dever de promoção e proteção pelo Estado, bem como de respeito por parte deste e dos demais indivíduos.

A proibição de toda ofensa à dignidade da pessoa é questão de respeito ao ser humano, o que leva o direito positivo a protegê-la, a garanti-la e a vedar atos que podem de algum modo levar à sua violação, inclusive na esfera dos direitos sociais. (NASCIMENTO, 2011, p. 462.)

O instituto é tão importante que LENZA (2012, p. 1065) o conceitua como sendo a matriz dos direitos fundamentais e o núcleo essencial do constitucionalismo moderno.

TARTUCE (2013, p. 1053) o considera como superprincípio, macroprincípio, princípio máximo. Afirma ainda, ser difícil a conceituação exata do tema por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com várias interpretações possíveis.

A Dignidade da Pessoa Humana é um valor moral inerente a todo ser humano e ganhou sua formulação clássica por Immanuel Kant na “*Fundamentação da Metafísica dos Costumes*” que defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmas, e não como um mero objeto e que assim formulou tal princípio:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não

admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (KANT, 2004).

Delimitar o seu significado não é uma tarefa simples, por isso é mais fácil verificar no caso concreto a ofensa ou sintonia com este princípio.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ao assegurar a estabilidade provisória da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto deu efetividade à dignidade da pessoa humana, resguardando a integridade psíquica da mulher, garantindo o direito à vida do recém-nascido e preservando a dignidade da família, merecendo ser estendida também ao pai do nascituro para que atinja eficácia plena e os fins sociais da norma.

3.3. Princípio da Razoabilidade / Proporcionalidade

Para não delongar desnecessariamente não faremos distinção entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade. Assim ora utilizaremos a expressão razoabilidade, ora proporcionalidade, porém o sentido será sempre o mesmo: equilíbrio, razão, proporção.

Razoabilidade é qualidade de quem é razoável.

Consoante dicionário online de português razoável significa o que está em conformidade com a razão; racional; aceitável pela lógica; que demonstra bom senso; que se comporta de maneira racional; sensato; sem excessos; moderado ou comedido.

Dispõe o princípio da razoabilidade, segundo DELGADO (2010, p. 179), que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação.

Não apenas verossimilhança, viabilidade aparente, probabilidade média; mas também, ao mesmo tempo, sensatez, prudência, ponderação. Há, como se vê, um claro comando positivo no princípio da razoabilidade: ele determina que se obedeça a um juízo tanto de verossimilhança como também de ponderação, sensatez e prudência

na avaliação das condutas das pessoas. Há, por outro lado, um indubitável comando negativo no mesmo princípio: ele sugere que se tenha incredulidade, ceticismo quanto a condutas inverossímeis, assim como no tocante a condutas que, embora verossímeis, mostrem-se insensatas.

BARROS (2013, p. 140) afirma que dentre outros valores, o princípio da proporcionalidade tem sua base na justiça, e visa à conciliação de bens jurídicos protegidos pela Constituição. Está estritamente ligado à proteção dos direitos das pessoas e das liberdades individuais e coletivas.

O princípio da proporcionalidade é um verdadeiro garantidor da aplicação concreta dos direitos fundamentais, pois na ponderação de conflitos entre os princípios constitucionais, a razoabilidade/proporcionalidade irá informar a necessidade e adequação do princípio que melhor se coaduna com o fim da norma. É a adequação entre o meio empregado pela norma e a finalidade que ela busca.

Segundo RODRIGUEZ (2000, p. 165) “o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão”.

Em vista da finalidade da norma, entendemos que o Art. 10, II, b) do ADCT, em sua essência, busca assegurar o direito à vida e à dignidade da criança que está por nascer e proteger a família (a Gestante, o Pai e o Embrião). Os princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e de proteção à família são razoavelmente mais adequados ao fim da norma do que interpretá-la como proteção ao trabalho da mulher, pois nesse ponto não poderá haver distinção entre homens e mulheres.

Assim é razoável, sensato, demonstra bom senso e sem excessos a extensão da garantia da estabilidade provisória no emprego ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez da gestante até cinco meses após o parto, para alcançar a finalidade do instituto: direito à vida, dignidade da pessoa humana e proteção à família.

3.4. Princípio do Direito à Vida

Considerando que a igualdade é universalmente aceita e protegida, que a dignidade humana é vista como substrato mínimo dos direitos fundamentais e que a razoabilidade é a garantidora desses direitos, podemos afirmar que nenhum destes princípios subsiste senão houver vida. O direito à vida é o principal e o mais importante de todos os princípios, pois sem ele os demais não existem.

Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (G.N.)

Ao proclamar o direito à vida a Constituição assegura “tanto o direito de continuar vivo, como o direito de ter uma vida digna” (LENZA, 2012, p. 748), compreendendo a integridade moral, o direito ao respeito e à fruição de condições justas de sobrevivência, competindo ao Estado assegurá-los. Conforme ensinamentos de MELO (2008, p. 307):

O direito à vida integra-se no patrimônio da pessoa, como ser humano, desde o primeiro momento da existência intra-uterina até o óbito. O Estado estabelece direitos até depois do óbito, com o cumprimento das últimas vontades, pela execução do testamento.

Assim, o direito à vida inicia-se desde a concepção do feto, resguardando o direito à uma gravidez saudável e se estende por toda a existência do indivíduo, estampando-se tal direito no artigo 2º do Código Civil de 2002, que assim dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Percebe-se que essa proteção à vida está intimamente ligada à proteção da família, visto que a garantia da vida é também a preservação da família.

No tocante às relações familiares não é demasiado ressaltar que a Constituição de 1988 expressamente estatui que “a entidade familiar, base da sociedade, tem especial proteção do estado” (art. 226, caput) e que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao

lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar" (art. 227).

O Art. 10º, II, b) do ADCT ao assegurar a estabilidade provisória da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, deu efetividade ao princípio do direito à vida, pois garantiu a mulher uma gravidez saudável, com recursos para se sustentar e poder dar à luz a seu filho. Porém, quando a gestante já está desempregada antes mesmo da confirmação da gravidez quem poderá assegurar o desenvolvimento sadio dessa mulher e dessa criança?

Acreditamos que o Estado por meio de políticas públicas poderá garantir à vida desta futura criança, com saúde e dignidade tomando uma medida simples: estender a estabilidade provisória da empregada gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez daquela até cinco meses após o parto.

3.5. Princípio da Proteção à Maternidade

A Magna Carta assegura à proteção a maternidade afirmando em seu Art. 6º ser um direito social assim como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à infância e a assistência aos desamparados.

Conforme ensinamento de MORAES (2008, p. 194) “os direitos sociais previstos na CF/88 são normas de ordem pública, com a característica de imperativas e invioláveis”.

A Carta Magna assegura ainda que a Previdência Social atenderá a Proteção à Maternidade, em especial à gestante. Também atenderá essa proteção à Assistência Social.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados

critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (G.N.)

[...]

A proteção à maternidade atenderá especialmente à gestante. Ao analisar esse inciso podemos perceber que a proteção à maternidade não é exclusividade da gestante, mas será ela especialmente protegida. Portanto, o texto constitucional não excluiu nenhum outro membro da família que possa garantir a proteção à maternidade, podendo assim ser entendida que a garantia provisória de emprego do pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez da gestante até cinco meses após o parto, é uma forma de proteção à maternidade.

Pelo que se depreende da redação do texto constitucional, a proteção à maternidade não se restringe apenas a gestante, é muito mais ampla e deve garantir uma gestação saudável, com qualidade material e espiritual, capaz de propiciar a dignidade da mulher e da família, com garantias legais que possam assegurar a consecução de tais direitos, como por exemplo a estabilidade provisória da gestante e o salário maternidade.

A Convenção Internacional do Trabalho n.º 3, relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade) prevê em seu Artigo 3º que em todos os estabelecimentos industriais ou comerciais, públicos ou privados, ou nas suas dependências, com exceção dos estabelecimentos onde só são empregados os membros de uma mesma família, uma mulher:

a) não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas, depois do parto;

b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exibição de um atestado médico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indenização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; a referida indenização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada país, terá dotada pelos fundos públicos ou satisfeita por meio de um sistema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um médico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do médico ou da parteira, no cálculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indenização, á qual tem direito a contar da data do atestado médico até áquella em que se produzir o parto;

d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permittam o aleitamento¹⁰. (S.I.C.)

¹⁰ Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/content/convenção-relativa-ao-emprego-das-mulheres-antes-e-depois-do-parto-proteção-à-maternidade> >. Acesso em 31/10/2014.

Nota-se a preocupação mundial com a proteção à maternidade afetando diretamente o trabalho das mulheres que acabam sendo as primeiras beneficiadas dessa proteção, o que não afasta, porém outros membros da família conforme demonstramos acima.

Ante o exposto, podemos concluir que a proteção à maternidade visa assegurar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, indo além da gestante, beneficiando toda a família, com reflexos na própria sociedade (por ser sua base) e principalmente pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

4. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO

Reina no campo Justrabalhista o princípio da continuidade da relação de emprego, que é guiado em prol da manutenção dessa relação. Uma consequência desse princípio é que, regra geral, os contratos de trabalho são firmados por prazo indeterminado.

Em harmonia com o referido princípio está a súmula 212 do TST que assim dispõe:

DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Para BERTOLIN (2007) o fundamento do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego é a natureza alimentar do salário e o objetivo desse princípio é assegurar maior possibilidade de permanência do trabalhador em seu emprego.

O princípio em análise foi consagrado pela CF/88 que assegurou em seu art. 7º, I a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, deixando sua regulamentação para lei complementar (ainda não editada), que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

Além de ser princípio basilar do direito do trabalho e texto constitucional, podemos perceber que a manutenção do trabalhador no emprego é de grande importância para toda a sociedade, pois da renda do trabalho é que as pessoas tiram seu sustento, cuidam de sua saúde, educação, alimentação, lazer e constroem suas vidas com dignidade. Enfim, a manutenção no emprego tem reflexos diretos na proteção de outros direitos e afeta significativamente as famílias dos trabalhadores. Assim, deve o Estado proteger a fonte de toda essa riqueza: o trabalho.

Em que pese ainda não estar regulamentada a lei complementar a que se refere o inciso I do art. 7º da Magna Carta que daria efetividade a proteção da relação de emprego contra despedidas arbitrárias ou sem justa causa, algumas

categorias de trabalhadores foram beneficiados com a garantia provisória no emprego em virtude de circunstâncias específicas conforme veremos a seguir.

4.1. Terminologias

A garantia de emprego, a garantia no emprego e a estabilidade no emprego são expressões utilizadas para designar o direito do trabalhador na manutenção da relação de emprego, mesmo contra a vontade do empregador, quando preenchido alguns requisitos.

LEITE (2010, p. 47-79) faz a distinção entre as terminologias garantia de emprego, garantia no emprego e estabilidade no emprego. Para o autor, a garantia de emprego concerne os valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas de valorização do trabalho humano e geração de empregos, como o princípio fundamental do valor social do trabalho (CF, art. 1º, IV) e o princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII).

Segundo o autor, a garantia no emprego é um direito fundamental conferido ao empregado para proteção de sua relação empregatícia contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa apurada em processo administrativo ou em defesa do empregador em ação proposta pelo empregado.

O autor informa que a estabilidade no emprego também visa à manutenção da relação empregatícia, protegendo-a contra a vontade do empregador, excepcionado-se nos casos de falta grave cometida pelo empregado e apurada em inquérito judicial ajuizado pelo empregador ou, ainda, na hipótese de força maior devidamente comprovada.

Para DELGADO (2010, p. 1159) estabilidade é:

a vantagem jurídica de caráter permanente deferida ao empregado em virtude de uma circunstância tipificada de caráter geral, de modo a assegurar a manutenção indefinida no tempo do vínculo empregatício, independentemente da vontade do empregador. (G.N.)

Informa, ainda, que a garantia de emprego é:

a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que se vêm consagrando). (G.N.)

Nesse trabalho de pesquisa não faremos diferenciação entre as terminologias; usaremos garantia de emprego, garantia no emprego e estabilidade no emprego com sentido único: garantia provisória de manutenção do trabalhador no emprego, em situações específicas, mesmo contra vontade do empregador.

4.2. Previsão Legal

Os casos de estabilidades provisórias garantidas aos trabalhadores não se encontram em uma única lei. Estão regulamentados pela CF/88, pela CLT e leis esparsas. Nenhuma delas, porém, proibiu que as partes estipulassem em contratos, acordos ou convenções outros tipos de garantias de emprego, o que as tornou permitidas, apesar de pouco usadas.

Encontramos na legislação pátria as seguintes garantias de emprego: estabilidade decenal, estabilidade do dirigente sindical, do dirigente de sociedade cooperativa de empregados, do empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social – CPNS, do empregado membro do Conselho Curador do FGTS, do representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia, da gestante, do empregado acidentado, dos empregados membros da CIPA, do funcionário público.

O art. 492 do Texto Consolidado traz a hipótese da antiga estabilidade decenal: “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”. Tal estabilidade não era aplicada aos empregados no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança

imediate do empregador, conforme art. 499 do mesmo diploma legal: “Não haverá estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, ressalvado o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais”.

Essa modalidade de estabilidade foi possível até o advento da Constituição de 1988, pois na Carta anterior era previsto dois regimes jurídicos para a relação de emprego: a estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido e o fundo de garantia do tempo de serviço. Porém, a Carta de 1988 instituiu o FGTS como regime jurídico único nas relações de emprego tornando o instituto incompatível com a nova ordem constitucional.

Alguns trabalhadores só podem ser legalmente dispensados pelo empregador mediante propositura e procedência de ação de inquérito para apuração de falta grave. São eles: dirigente sindical, dirigente de sociedade cooperativa de empregados, empregado membro do Conselho Nacional de Previdência Social – CPNS, empregado membro do Conselho Curador do FGTS e representante dos empregados nas Comissões de Conciliação Prévia.

O dirigente sindical encontra sua estabilidade resguardada pela própria CF/88 que assim prevê em seu Art. 8º, inciso VIII:

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

O Texto Consolidado considera cargo de direção ou de representação sindical aquele cujo exercício ou indicação decorre de eleição prevista em lei (Art. 543, §4º).

Coadunando com os dizeres acima a Súmula 379 do TST informa que a dispensa do dirigente sindical somente é válida mediante apuração em inquérito judicial. Vejamos:

**Súmula nº 379 do TST
DIRIGENTE SINDICAL. DESPEDIDA. FALTA GRAVE. INQUÉRITO
JUDICIAL. NECESSIDADE**

O dirigente sindical somente poderá ser dispensado por falta grave mediante a apuração em inquérito judicial, inteligência dos arts. 494 e 543, §3º, da CLT.

O empregado dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador poderá ser reintegrado através de medida liminar, até decisão final do processo, conforme Art. 659, X da CLT:

Art. 659 - Competem privativamente aos Presidentes das Juntas, além das que lhes forem conferidas neste Título e das decorrentes de seu cargo, as seguintes atribuições:

[...]

X - conceder medida liminar, até decisão final do processo, em reclamações trabalhistas que visem reintegrar no emprego dirigente sindical afastado, suspenso ou dispensado pelo empregador.

Para LEITE (2010, p. 47-79), o fundamento da garantia provisória desses empregados é a proteção contra atos de ingerência do empregador e do Estado, preservando a autonomia e liberdade sindical, bem como, dando efetividade aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

Outro empregado que só pode ser dispensado se praticar falta grave devidamente apurada em inquérito judicial é o dirigente de sociedade cooperativa de empregados.

O art. 55 da Lei 5.764/71 assegura as mesmas garantias previstas para os dirigentes sindicais no art. 543 da CLT (não poderá ser impedido de exercer suas funções, nem transferido para lugar que lhe dificulte ou torne impossível o desempenho das suas atribuições. Também não poderá ser dispensado, desde o momento do registro de sua candidatura a cargo de dirigente até 1 (um) ano após o final do mandato), vejamos:

Art. 55. Os empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas, gozarão das garantias asseguradas aos dirigentes sindicais pelo art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O Art. 3º, §7º da Lei 8.213/91 assegura aos membros do Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS) a estabilidade no emprego, desde a nomeação até um ano após o término do mandato de representação, enquanto representantes dos trabalhadores em atividade, titulares e suplentes, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo judicial.

Outra categoria beneficiada com os mesmos direitos é a dos empregados Membro do Conselho Curador do FGTS. A lei 8.036/90 prevê em seu Art. 3º, § 9º que:

Aos membros do Conselho Curador, enquanto representantes dos trabalhadores, efetivos e suplentes, é assegurada a estabilidade no

emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, somente podendo ser demitidos por motivo de falta grave, regularmente comprovada através de processo sindical.

A CLT, por sua vez, regulou a estabilidade no emprego do Representante dos Empregados nas Comissões de Conciliação Prévia. Consoante § 1º do Art. 625-B é vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

Para LEITE (2010, p. 47-79), houve um erro na redação do artigo e onde se lê “processo sindical” deveria ser lido “processo judicial”:

Há evidente erronia redacional na parte final do preceptivo em causa, porquanto falta grave, segundo o método de interpretação sistemática, há de ser apurado em processo judicial, e não em “processo sindical”.

As estabilidades até aqui apresentadas trouxeram como marca comum a necessidade de inquérito judicial para apuração de falta grave para o afastamento, suspensão ou dispensa do empregado beneficiado pelo instituto. E para a instauração desse inquérito o empregador terá que apresentar reclamação por escrito no Juízo competente no prazo de 30 (trinta) dias, conforme previsão dos artigos 494 e 853 da CLT:

Art. 494 - O empregado acusado de falta grave poderá ser suspenso de suas funções, mas a sua despedida só se tornará efetiva após o inquérito e que se verifique a procedência da acusação.

Parágrafo único - A suspensão, no caso deste artigo, perdurará até a decisão final do processo.

Art. 853 - Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.

Existem, ainda, outros empregados com direito à garantia provisória no emprego, porém, para esses trabalhadores não é exigida a apuração de falta grave através de inquérito judicial para serem dispensados, bastando que tais dispensas não sejam arbitrárias ou sem justa causa. Neste quadro encontram-se o empregado acidentado, a empregada gestante, a empregada que está em gozo de licença-maternidade e os “cipeiros”¹¹.

O Art. 10, II, a) do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de

¹¹ Cipeiro é o nome dado ao integrante da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes).

acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato.

Entende-se por dispensa arbitrária, conforme Art. 165 da CLT, à que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, cabendo ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de quaisquer desses motivos, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado.

Assim, o empregado eleito membro de CIPA, ainda que suplente¹², só poderá ser demitido motivadamente, ou seja, a sua dispensa somente terá validade se o empregador provar que houve motivo de ordem econômica, técnica ou financeira ou outro dentre os previstos no art. 482 da CLT, abaixo transcrito:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

O empregado acidentado tem garantido a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa pelo prazo de, no mínimo, 12 (doze) meses após a cessação do auxílio-doença acidentário¹³. O art. 118 da Lei 8.213 assim dispõe:

O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de

¹² A Súmula 339 do TST informa que, a partir da promulgação da CF/88, o suplente da CIPA também goza dessa garantia provisória de emprego.

¹³ Consoante Item II da Súmula 378 do TST são pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

4.2.1. Estabilidade da Empregada Gestante

A Constituição da República, no art. 10, inciso II, alínea b), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, “é vedado a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Essa garantia também é válida no curso do aviso prévio, trabalhado ou indenizado, conforme evolução legal¹⁴.

Dispensa arbitrária é a que não se funda em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, conforme art. 165 da CLT. Constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador as hipóteses previstas no art. 482 da CLT, já descritos no tópico anterior.

Dessa forma, a empregada gestante só poderá ser dispensada do trabalho ou por justa causa ou por motivo técnico, econômico ou financeiro.

Tal garantia constitucional é um direito irrenunciável da trabalhadora, como evidenciou o Supremo Tribunal Federal, ao dar provimento em recurso extraordinário interposto contra decisão exarada pelo Tribunal Superior do Trabalho que não reconheceu o direito a determinada empregada em função de existência de cláusula prevista em acordo coletivo que condicionava sua concessão a prévia comunicação da gravidez ao empregador.

Considerando que os acordos e convenções coletivas de trabalho não podem restringir direitos irrenunciáveis dos trabalhadores, a Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do TST que afastava o direito de empregada gestante à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT (“II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: ... b) da empregada gestante,

¹⁴ A Lei 12.812/13 acrescentou o Art. 391-A à CLT estendendo a estabilidade provisória da empregada gestante no curso do aviso prévio.

desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto."), em razão da existência, na espécie, de cláusula de acordo coletivo que condicionara o mencionado direito à necessidade de prévia comunicação da gravidez ao empregador.

(RE 234.186-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.6.2001)¹⁵.

Mas afinal, qual a natureza jurídica da estabilidade provisória no emprego da gestante? Qual bem se busca resguardar com essa proteção?

Conforme procuramos demonstrar ao longo deste trabalho, a norma constitucional visa assegurar o direito à vida (o mais importante dos direitos fundamentais), dando efetividade à dignidade da pessoa humana, indo além da gestante, beneficiando toda a família, com reflexos na própria sociedade (por ser sua base) e principalmente pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Assim, a garantia de estabilidade provisória no emprego da gestante é uma efetivação concreta de outros direitos previstos na própria Constituição Federal, trazendo à tona a ideia do neoconstitucionalismo, que busca a efetivação das normas constitucionais, fazendo com que essas deixem o campo das ideias e façam parte da realidade cotidiana da sociedade.

Com essa garantia, coloca-se em prática o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção à família, à maternidade, à gestante, à saúde, à vida. Acreditamos, porém, não proteger o mercado de trabalho da mulher, tendo em vista que fere o princípio da igualdade, podendo inclusive gerar certa discriminação na hora da contratação de empregados.

¹⁵ Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo231.htm#AcordoColetivo_e_Estabilidade_de_Gestante>. Acesso em: 03/12/2014.

5. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DO PAI

Após a análise da importância da Família para a Sociedade e para o Estado, da análise do trabalho da mulher e suas proteções legais, da análise dos princípios primordiais que norteiam e sustentam o presente estudo e da análise da garantia provisória de emprego e sua previsão legal, chegamos ao ápice de nossa pesquisa: a possibilidade de extensão da estabilidade provisória da gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O clímax encontra-se na Constituição Federal, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no Art. 10, II, b), que assim enuncia:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

(...)

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

(...)

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

Uma das funções do Direito do Trabalho é combater o desemprego, principalmente da mãe e do pai de família, visando atingir o valor social do trabalho (CF, Art. 1º, IV), a dignidade da pessoa humana (CF, Art. 1º, III), a ordem econômica (CF, Art. 170, caput) e social (CF, Art. 193), além de garantir, via reflexa, outros direitos insculpidos na Constituição, como por exemplo, a educação, a saúde, alimentação, a moradia, o lazer (CF, Art. 7º, caput).

Para NASCIMENTO (2011, p. 123) "o desemprego prejudica a autoestima da pessoa e sua dignidade", assim, esse fenômeno deve ser combatido por políticas públicas que garantam emprego aos trabalhadores. Além de garantir o emprego deve também ser garantida a permanência nele.

Na órbita internacional, encontramos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que assim prevê em seu Artigo XXIII: "Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego".

Uma das melhores formas de combater o desemprego é a manutenção no emprego dos trabalhadores que se encontram ativamente no mercado de trabalho, principalmente daqueles que se encontram em situações especiais, como por exemplo, o pai do nascituro – que precisa prover o sustento de sua família, proporcionar uma gravidez saudável à gestante e contribuir significativamente para a proteção à maternidade.

A mulher moderna ganhou destaque no mercado de trabalho e não depende economicamente do marido, como ocorria antigamente. Com isso, houve uma alteração na estrutura interna das famílias, onde as funções familiares deixaram de ser obrigações estritamente femininas e passaram a ser compartilhadas entre os cônjuges.

O espaço conquistado pelas mulheres no cenário nacional e mundial há de ser vangloriado, porém não se pode inverter valores e privilegiar uma classe em detrimento de outra. O princípio da igualdade entre homens e mulheres insculpido em nossa Carta Constitucional é de uma magnitude infinita e deverá ser usado para o bem de todos, buscando a paz social. Não podemos caminhar em uma única direção; a igualdade que antes era invocada pelas mulheres, agora deve ser usada em favor dos homens.

A diferença entre homens e mulheres deve ser igualada na medida dessa desconformidade. A concessão da garantia de estabilidade provisória somente a gestante pode gerar discriminação na seleção de candidatos de ambos os sexos ao concorrerem a uma vaga de emprego. A extensão da garantia provisória de emprego ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, poderá corrigir essa possível discriminação, além de concretizar vários outros direitos constitucionais.

Essa garantia é medida de proteção à vida do nascituro, à dignidade da pessoa humana e à família, em primeiro plano, e não simplesmente proteção ao mercado de trabalho da mulher.

Na origem da Lei 12.812/2013, que acrescentou o Art. 391-A na CLT, estendendo a garantia provisória de emprego à gestante no curso do aviso prévio, encontramos em seu projeto (PL 7.158/2010), no voto do Relator, Deputado Leonardo Quintão, a seguinte passagem:

Além disso, nunca é demais acrescentar que esse tipo de medida visa a defender os interesses do nascituro, uma vez que muitas pessoas tendem a confundir a questão, entendendo que os direitos assegurados nessas situações são apenas os da gestante. (QUINTÃO, 2011).

Além do direito à vida, a garantia provisória de emprego está relacionada à saúde, direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Abaixo transcrevemos trecho do RR-52500-65.2009.5.04.0010, Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, que fortalece o entendimento:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, 7º, XVIII, XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA, AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF).

[...] Note-se que a CLT não prevê a situação da gravidez como situação excepcional a impedir a ruptura contratual no contrato a termo. Contudo o art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea b, prevê a estabilidade provisória à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto-. Estipula, assim, a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ressalte-se que a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem - e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias, com possibilidade de extensão do prazo, a teor da Lei 11.770/2008, regulamentada pelo Decreto 7.052/2009) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, **qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado**, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196, que afirma **ser a saúde - direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...**; ou o art. 197, que qualifica como de -relevância pública as ações e serviços de saúde...-, além de outros dispositivos, como os artigos 194, 200, I, e 7º, XXII, CF/88. A estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. **A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF)**. E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. [...] (G.N.)

RR-52500-65.2009.5.04.0010, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, in DJ 16.3.2012.

Para o TST a estabilidade provisória da gestante visa, em última análise, a tutela do nascituro. Vejamos a ementa do RR-1601-11.2010.5.09.0068:

RECURSO DE REVISTA - GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA - CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. Estabelece o art. 10, II, "b", do ADCT/88 que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, não impondo nenhuma restrição quanto à modalidade de contrato de trabalho, **mesmo porque a garantia visa, em última análise, à tutela do nascituro.** O entendimento vertido na Súmula nº 244, III, do TST encontra-se superado pela atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que as empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime de trabalho, têm direito à licença maternidade de 120 dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Dessa orientação dissentiu o acórdão recorrido, em afronta ao art. 10, II, 'b', do ADCT/88. Recurso de revista conhecido e provido. (G.N.) RR-1601-11.2010.5.09.0068, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, in DJ 9.3.2012.

O Ministro Caputo Bastos, Relator do Recurso de Revista TST-RR-1540/2005-046-12-00.5¹⁶, escreve com brilhantismo sobre a igualdade entre homens e mulheres e sobre a proteção do mercado de trabalho da mulher. Abaixo trechos de seu voto:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restou proclamada a igualdade de direitos e responsabilidades entre homens e mulheres na sociedade conjugal, o que provocou imediata ruptura do paradigma até então adotado nas relações trabalhistas. Isso porque, se antes consagrado viés nitidamente protetivo ao trabalho da mulher, as novas bases constitucionais exigiram a releitura de todos os dispositivos referentes à tutela do mercado de trabalho feminino, para que, a partir de então, fosse buscada a efetiva inserção das mulheres no mercado de trabalho com paridade de oportunidades com os homens.

E continua o Ministro:

Por sua vez, no Capítulo II, referente aos Direitos Sociais, quis o Constituinte deixar claro não mais tratar-se de conferir proteção legal ao labor da mulher, mas sim, proporcionar a promoção do mercado de trabalho feminino. Portanto, a evolução constitucional em relação ao presente tema se deu na alteração do objeto tutelado pela norma – antes a mulher, hoje o mercado de trabalho igualitário entre homens e mulheres.

Apesar de o recurso citado versar sobre a prorrogação da jornada de trabalho da mulher, seus ensinamentos servem de guia para circunstâncias similares

¹⁶ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20154000-83.2005.5.12.0046&base=acordao&numProInt=133296&anoProInt=2007&dataPublicacao=04/05/2009%2007:00:00&query=>>>. Acesso em: 03/12/2014.

onde se invoca a proteção ao trabalho da mulher quando o verdadeiro direito protegido, além de outros, é o mercado de trabalho da mulher.

Essa proteção ao mercado de trabalho, prevista no art. 7º, inciso XX, da Lei Maior, é concretizada com a extensão da garantia provisória de emprego ao pai do nascituro, pois não haverá mais distinção na hora da contratação de trabalhadores, pois homens e mulheres terão os mesmos direitos, evitando-se assim “preferências”.

O art. 5º da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei e que não deve haver distinção de qualquer natureza. O inciso I do referido artigo preconiza que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, sendo que o inciso XXX, do art. 7º, proíbe diferença de exercício de funções, de critério de admissão e de salários, por motivo de sexo. Porém, a estabilidade provisória no emprego da gestante vai de encontro a esses dispositivos quando aplicada isoladamente à mulher.

Tal garantia é uma conquista histórica de toda a sociedade que deve ser ampliada aos homens para concretização do ideário dignidade da pessoa humana, igualdade e principalmente para proteção à vida, à família, à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher.

Tal concepção é de grandiosa necessidade tendo em vista ser o pai, também, mantenedor de sua prole. Assim, impossível seria pensar em acabar com o direito à estabilidade provisória assegurada à gestante, pois seria um retrocesso histórico, além disso, os dispositivos constitucionais correspondem a direitos civilizatórios mínimos.

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

[...]

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as

conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive¹⁷.

Hipoteticamente, imaginemos o pai que condenado ao pagamento de alimentos gravídicos¹⁸ perde seu emprego quando a mãe de seu futuro filho esteja no 5º (quinto) mês de gestação e sua única fonte de renda seja a pensão! No atual contexto, as consequências da dispensa arbitrária refletiriam diretamente na vida do nascituro, na vida do futuro pai e muito mais na saúde gestacional. Por outro lado, se a estabilidade provisória da gestante também fosse deferida ao pai do nascituro, todos esses imaginários problemas não existiriam, pelo menos até os 5 (cinco) meses após o nascimento da criança.

Tal situação poderá ser resolvida pela edição da lei complementar à que se refere o inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988, que assegura a proteção de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, garantindo dessa forma, num plano concreto, os fundamentos da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e o princípio da igualdade.

Porém, até que seja editada essa lei, poderão as empresas, em cumprimento à sua função social, regulamentarem a garantia provisória de emprego do pai do nascituro em contratos, acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Para NASCIMENTO (2013, p. 88),

as relações entre as leis constitucionais e as demais no ordenamento jurídico brasileiro são definidas segundo o princípio tutelar, de modo que os seus dispositivos correspondem a direitos mínimos assegurados, inderrogáveis por outras normas (...). A Constituição não impede que vantagens maiores venham a ser asseguradas aos assalariados por meio de leis ordinárias e de normas coletivas.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem também permite a criação de meios que permitam à família uma existência digna. Vejamos o disposto no Item 3 do Artigo 23 dessa norma internacional:

¹⁷ Trechos extraídos do Acórdão no ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc_ID=627428>. Acesso em: 05/12/2014.

¹⁸ A Lei 11.804/08 disciplina o direito de alimentos gravídicos da mulher gestante. O artigo 2º desta lei informa que os alimentos compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.

Ademais, a interpretação sistemática e teleológica do Art. 10, II, b) do ADCT em sintonia com os princípios do direito à vida, da proteção à família, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da razoabilidade, do valor social do trabalho, da função social da empresa, da busca do pleno emprego e da relação empregatícia protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, autorizam a extensão da garantia provisória de emprego da gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

O direito, à medida que reflete os anseios da sociedade, deve evoluir para satisfação das mudanças apresentadas pela coletividade com o fim de promover a paz social. Os profissionais dessa área deverão estar atentos à tão almejada justiça e procurar meios para sua realização. Assim, até que lei venha regulamentar a dispensa arbitrária ou sem justa causa, poderão os advogados ingressar com reclamação trabalhista requerendo para o trabalhador, pai do nascituro, a extensão da garantia provisória de emprego da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, utilizando-se dos princípios aqui apresentados: direito à vida, igualdade, dignidade da pessoa humana, razoabilidade, valores sociais do trabalho, proteção à maternidade e ao mercado de trabalho da mulher.

O Julgador, por sua vez, diante da omissão da lei deve-se utilizar da analogia e dos princípios gerais de direito para a solução do problema, conforme autorizado pelo Art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Não poderá se eximir de julgar, pois segundo o art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

A CLT também orienta sobre as alternativas à falta de disposições legais ou contratuais. Assim dispõe o Art. 8º:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas

sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Sobre equidade ficamos com as palavras de NASCIMENTO (2013, p. 115), para quem:

Equidade no sentido aristotélico (*epiqueia*) é um processo de retificação das distorções da injustiça da lei. No sentido pretoriano romano (*aequitas*) é um processo de criação de norma jurídica que integrará o ordenamento.

Com o mesmo propósito de integrar o direito positivo, quando se mostrar lacunoso, a ciência do direito admite a elaboração de uma norma jurídica, valendo-se dos modelos teóricos dos quais será extraída a matéria que servirá de conteúdo à norma assim projetada no ordenamento jurídico. Portanto, dos princípios gerais de direito podem ser tirados os elementos necessários para a constituição da norma aplicável ao caso concreto.

No sentido aristotélico, tão bem explicado por Miguel Reale, a equidade é uma forma de justiça, é a justiça mesma no seu momento mais importante que é a sua efetivação no caso concreto, adaptada às particularidades de cada situação, sob a perspectiva da igualdade segundo a ideia de que ser justo é julgar as coisas visando a um princípio de igualdade.

Por último cabe ressaltar que o Juiz, na aplicação da lei, atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LINDB, Art. 5º). As palavras desse artigo falam por si só, não necessitando qualquer comentário ou incremento, adequando-se perfeitamente ao tema proposto: a extensão da garantia provisória de emprego da gestante ao pai do nascituro.

Assim, considerando que a finalidade primordial da garantia provisória de emprego da gestante não é o trabalho da mulher; considerando que o princípio da igualdade encontra maior eficácia ao proteger discriminações contra trabalhadores que se encontram numa mesma situação jurídica, sendo “tão injusto tratar diferentemente situações iguais como tratar igualmente duas situações díspares” (RODRIGUEZ, 2000, p. 185); considerando que a dignidade da pessoa humana atua como um dos principais critérios a ser avaliado quando outros princípios estão em conflito; considerando a razoabilidade e sensatez da extensão da citada garantia ao pai do nascituro; considerando que o bem maior do ser humano é a vida, pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro; considerando que a proteção à maternidade extrapola a simples proteção da gestante; concluímos que a extensão da garantia provisória de emprego da gestante ao pai do nascituro é medida de concretização de todos os direitos antes elencados, que atenderá os fins sociais das normas, beneficiando assim toda a coletividade.

Chegamos ao fim do trabalho acreditando que contribuímos para a comunidade jurídica, bem como para a sociedade brasileira e que os objetivos propostos foram atingidos: utilização dos consagrados princípios constitucionais (do direito à vida, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proteção à maternidade, da proteção ao mercado de trabalho da mulher) para demonstrar a possibilidade de extensão da garantia provisória de emprego da gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Cabe ressaltar que se encontra aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 3829/1997 que dispõe sobre a estabilidade provisória no emprego do trabalhador cuja companheira estiver grávida, da seguinte forma:

PROJETO DE LEI Nº 3.829, DE 1997

(Do Sr. Arlindo Chinaglia)

Dispõe sobre a estabilidade provisória no emprego do trabalhador cuja companheira estiver grávida.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º. Fica garantida a estabilidade no emprego, durante o período de 12 (doze) meses contados a partir da concepção presumida, ao trabalhador cuja esposa ou companheira estiver grávida.

Parágrafo único. A comprovação da gravidez será feita mediante laudo emitido por profissional médico vinculado a órgão integrante do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 2º. Será aplicada multa, equivalente a 18 (dezoito) meses de remuneração do empregado, ao empregador que demitir o trabalhador que se encontrar na situação definida no *caput* do art. 1º, sem prejuízo da aplicação das demais sanções previstas na legislação vigente.

Art. 3º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.

CONCLUSÃO

Após a análise da importância da Família para a Sociedade e para o Estado, da análise do trabalho da mulher e suas proteções legais, da análise dos princípios jurídicos e sua função dentro do direito, da análise das diversas hipóteses de garantias provisórias no emprego e respectivas previsões legais, podemos concluir que a extensão da estabilidade provisória da gestante ao pai do nascituro é medida necessária para a materialização dos consagrados fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito.

À medida que o direito reflete a Sociedade, devem ser criadas normas que garantam a paz social e valorizem o ser humano, tratando todos com igualdade, dignidade e acima de tudo com respeito à vida.

A despedida injusta ou sem justa causa do trabalhador cuja esposa (a companheira ou até mesmo a mulher com quem saiu uma única vez) esteja grávida pode gerar consequências desastrosas no seio dessa família (que pode estar se formando ou já se encontrar formada) e em toda a Sociedade, trazendo prejuízos à gravidez, à saúde da gestante e a própria vida do nascituro.

Conforme analisado neste trabalho, a extensão da garantia provisória de emprego da gestante ao pai do nascituro, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto é uma medida justa, sensata, que atende o princípio da razoabilidade, que consagra o princípio da dignidade do ser humano e, sobretudo o princípio do direito à vida, resguardando desde a concepção os direitos do nascituro.

A aplicabilidade de tal garantia aos pais também está em harmonia com a tão almejada igualdade entre homens e mulheres insculpida na Constituição da República Federativa do Brasil, pois a natureza do instituto é, acima de tudo, resguardar os direitos, a dignidade e à vida do nascituro e não proteger o trabalho da mulher.

A extensão proposta neste trabalho também proporciona efetividade à dignidade da pessoa humana, resguardando à integridade psíquica da mulher, garantindo o direito à vida do recém-nascido e preservando à dignidade da família.

A proteção ao mercado de trabalho da mulher será mais efetiva ao se estender a garantia provisória de emprego ao pai do nascituro, pois não haveria nenhum tipo de discriminação/preferência no momento da contratação da mão de obra, visto que ambos (homem e mulher) teriam os mesmos direitos resguardados e iguais oportunidades.

Pode-se verificar que a proteção à maternidade visa assegurar o direito à vida, transcendendo à gestante, beneficiando toda a família, com reflexos na própria sociedade (por ser sua base) e principalmente pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Por fim, até que o Estado torne efetiva a proteção da relação de emprego contra despedidas injustas ou sem justa causa, acreditamos que as empresas cumprirão sua função social regulamentando, através de contratos, acordos ou convenções coletivas de trabalho, a extensão, ao pai do nascituro, da garantia provisória de emprego da gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury – 5ª Ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª Ed. São Paulo: Ltr, 2013.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. Os princípios do Direito do Trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=1773>. Acesso em 02/12/2014.

BRASIL, Constituição Federal de 1934, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20/08/2014.

BRASIL, Constituição Federal de 1937, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 20/08/2014.

BRASIL, Constituição Federal de 1988, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20/08/2014.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20/08/2015.

BRASIL, Decreto nº 21.417-A, Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21417-17-maio-1932-559563-publicacaooriginal-81852-pe.html>>. Acesso em: 19/09/2014.

BRASIL, Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5764.htm>. Acesso em: 01/12/2014.

BRASIL, Lei 8.036, de 11 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 02/12/2014.

BRASIL, Lei 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 02/12/2014.

BRASIL, Lei 11.340, de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 19/09/2014.

BRASIL, Lei 10.406 (Código Civil), de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 20/07/2014.

BRASIL, Lei 11.804/08. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm>. Acesso em: 19/09/2014.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CHINAGLIA, Arlindo. **Projeto de Lei 3.829/1997**. Brasília: 1997. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20289>>. Acesso em: 05/12/2014.

DIREITOS HUMANOS, Declaração Universal dos. Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 30 de setembro de 2014.

FERREIRA, Anderson. **Projeto de Lei 6.583/2013**. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>>. Acesso em: 15/09/2014.

FILADÉLFIA, Declaração de. Organização Internacional do Trabalho – Escritório Brasil. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/all/forced_labour/legis_jur/sumario/Declaração_de_Filadélfia.pdf>. Acesso em: 12/08/2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: Direito de Família. 10ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tábua de Vida**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2010/defaulttab.shtm>> Acesso em: 19/10/2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Garantia no Emprego na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n7/2.pdf>>. Acesso em: 01/12/2014

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Convenções da OIT**. Disponíveis em: <http://www3.mte.gov.br/rel_internacionais/convencoesOIT.asp>. Acesso em 21/10/2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ª Ed. São Paulo: Editora Atlas: 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Da dignidade da pessoa humana**. *Prática Jurídica*. Ano VII, n.º 77, agosto 2008.

PEREIRA JUNIOR, António Jorge et. al. **Direito e Dignidade da Família**. São Paulo: Almedina, 2012.

PROBST, Elisiana Renata. **A Evolução Da Mulher No Mercado De Trabalho**. Disponível em: < <http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf> >. Acesso em 30/09/2014.

QUINTÃO, Leonardo. **Projeto de Lei 7.158/2010**. Brasília: 2010. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473704> >. Acesso em: 05/12/2014.

RAZOÁVEL. In Dicionário Online de Português. Disponível em: < <http://www.dicio.com.br/razoavel/> >. Acesso em: 21/10/2014.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÚMULAS. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 01/09/2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.