

SUBSÍDIOS DO DIREITO DO TRABALHO PARA UM  
DEBATE SOBRE A SITUAÇÃO DA MULHER

MARLY A. CARDONE \*

1. INTRODUÇÃO

Um estudo que se proponha fornecer elementos jurídicos para debates sobre a situação da mulher deve partir, a nosso ver, da exposição do direito positivo. Sabendo-se quais as normas em vigor e, em seguida, como são elas interpretadas e aplicadas pelos tribunais e que tipo de contribuição a doutrina oferece para essa interpretação e conseqüente aplicação, ter-se-á uma idéia do que sucede na sociedade a respeito da mulher, quanto à experiência jurídica de um dado ramo do Direito.

Assim, na elaboração deste nosso estudo vamos expor quais as normas de direito do trabalho e da previdência social que dizem respeito à mulher fazendo, para felicidade de exame futuro das mesmas,

uma classificação de acordo com a fase da vida de trabalho que pretendem regular.

Serão elas classificadas dentro de três momentos da vida laborativa da mulher: 1) na celebração do contrato de trabalho, 2) na execução do contrato de trabalho e 3) na terminação do contrato de trabalho.

Resta claro que, se afirmamos que há normas especiais para a mulher, isto significa que ela é discriminada, vale dizer, recebe um tratamento legislativo diverso daquele dispensado ao homem. Há, por outro lado, normas que tentam eliminar uma discriminação de fato, sustentando, por isto, a igualdade dos sexos.

A eficácia e o alcance dessas normas por via da jurisprudência e da doutrina concluirá nosso estudo.

2. DIREITO POSITIVO

2.1. *Celebração do contrato de trabalho* — Dispõe o art. 446 da Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.-lei 5.452, de 1.º de maio de 1943) (CLT) "Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente. Parágrafo único. Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor".

O art. 233 do Código Civil (Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916) (CC) previa no inciso IV, o direito do marido de "autorizar a profissão da mulher" e no n.º VII do art. 242 afirmava

que a mulher não podia, sem autorização do marido, exercer profissão. Estes incisos foram abolidos pela lei 4.121, de 27 de agosto de 1962.

A Lei 5.473, de 9 de julho de 1968, proibiu qualquer discriminação entre os sexos em matéria de critério de provimento de cargos, seja em empresas privadas como nas públicas, fulminando de nulidade qualquer disposição ou providência que, direta ou indiretamente, faça aquela discriminação.

2.2. *Execução do contrato de trabalho* — É importante frisar, inicialmente, que as normas que reproduziremos abaixo não se aplicam à mulher que trabalhe em oficina em que sirvam exclusivamente pessoas da família e esteja ela sob a direção do esposo, pai, mãe, tutor ou filho (CLT, § único do art. 372).

2.2.1. *Atividades proibidas à mulher* — Segundo o art. 387 da CLT, "É proibido o trabalho da mulher: a) nos subterrâneos, nas mi-

\* Da Universidade de São Paulo. Advogada.

nerações, em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular; b) nas atividades perigosas ou insalubres, especificadas nos quadros para este fim aprovados”.

O quadro das atividades perigosas ou insalubres é o que foi baixado pelo Dec. 21.417-A, de 17 de maio de 1932 e dá a seguinte relação:

- I. EMANAÇÕES NOCIVAS: fabricação e manipulação com ácidos fosfórico, acético, azótico, pícrico, salicílico e sulfuroso; fabricação e depósito de adubos químicos, de composição mineral ou orgânica; fabricação de anilinas e produtos derivados; tratamento da borracha com enxofre, cloreto de enxofre, éter, sulfureto de carbono, benzina, nafta; câmaras frias em que haja vapores ácidos ou de amoníaco; fabricação de carvão animal; fabricação de cloro, de hipocloreto de cálcio e de compostos ou preparados contendo cloro ativo, sulfato de cobre e outros compostos tóxicos de cobre; curtimento e preparação de couros por processos químicos; quaisquer trabalhos com chumbo, dissolventes químicos voláteis e inflamáveis; destilação de carvão de pedra, de madeira, xistos betuminosos, querosene, óleos minerais, resinas, alcatrão de origem vegetal ou animal; destilação de líquidos alcoólicos; douradura, trabalhos com esmaltes, estanhagem de vidros e espelhos; fabricação dos éteres sulfúrico e acético, galvanoplastia, fabricação de gelatina; impermeabilização de tecidos com produtos voláteis e inflamáveis, benzina, nafta, etc.; limpeza e trabalho nos matadouros, trabalhos com mercúrio, extração de óleos por meio de dissolventes químicos voláteis, refinação do ouro por meio de ácidos, fabricação de sais de prata, trabalho com ácidos e produtos nocivos nas tinturarias.
- II. PERIGO DE ACIDENTES: fabricação e manipulação dos ácidos sulfúrico e clorídrico, afiação de instrumentos e peças metálicas em rebolo ou a esmeril, fabricação e transporte de explosivos; depósito, manipulação e transporte de inflamáveis; fabricação da potassa, fabricação da soda, fabricação e aplicação do sulfureto de carbono; fabricação e aplicação a quente de vernizes, fabricação de álcool, fabricação de óleos.
- III. PERIGO DE ENVENENAMENTO: ácido oxálico, arsênico e seus compostos e preparados; fabricação do fósforo, excluindo-se o empacotamento; manipulação com resíduos animais, dissecação, depósito e preparados de sangue, preparação ou aplicação de tintas, que contenham produtos tóxicos.
- IV. NECESSIDADE DE TRABALHO ATENTO E PRUDENTE: fabricação de colódium, celulóide e produtos nitrados análogos.
- V. POEIRA E VAPORES NOCIVOS: calcinação de minérios, pedra de cal, madeira, ossos, trabalhos com peles.

A proibição de trabalho em atividade insalubre tem apoio na Constituição Federal, art. 165, n.º X.

Se do local de trabalho forem eliminadas as condições de insalubridade ou periculosidade, mediante a utilização de novos métodos de trabalho ou pelo emprego de medidas preventivas, o Ministro do Trabalho poderá autorizar o trabalho da mulher nesses locais (CLT, art. 388).

As mulheres não podem, também, trabalhar em serviços que exijam o emprego de força muscular superior a 20 quilos, para o trabalho contínuo, e 25 quilos para o trabalho ocasional, salvo se a tração for feita mecanicamente (CLT, art. 390 e seu §).

- 2.2.2. *Horário e duração do trabalho proibidos à mulher* — A mulher menor de 18 anos é proibido o trabalho noturno, entendido como noturno o trabalho desenvolvido entre as 22 horas de um dia e as 5 do dia seguinte (CLT, art. 379). As maiores de 18 anos, a regra é também a proibição que sofre as seguintes exceções: trabalho em a) empresas de telefonia, radiotelefonia ou radiotelegrafia; b) serviços de saúde e bem-estar; c) casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e estabelecimentos congêneres; d) estabelecimentos de ensino; e) para as que, não executando trabalho contínuo, ocupem cargos técnicos ou postos de direção, de gerência, de assessoramento ou de confiança; f) na industrialização de produtos perecíveis a curto prazo durante o período de safra, quando ocorrer necessidade imperiosa de serviço, bem como nos demais casos em que o trabalho se fizer com matérias-primas ou matérias em elaboração suscetíveis de alteração rápida, quando necessário o trabalho noturno para salvá-las de perda inevitável; g) em caso de força maior; h) nos estabelecimentos bancários no trabalho de compensação de cheques ou computação eletrônica; i) em serviço de processamento de dados para execução de tarefas pertinentes à computação eletrônica; j) em indústria de manufaturados de couro que mantenham contratos de exportação devidamente autorizados pelos órgãos públicos competentes. Nos casos dos itens f e g são necessários a concordância da empregada, exame médico e comunicação à Delegacia Regional do Trabalho no prazo de 48 horas. No caso de trabalho em casas de diversões, hotéis, restaurantes, bares e congêneres são necessários, além da fixação do salário por parte do empregador, atestados de bons antecedentes e de capacidade física e mental (CLT, arts. 379 e 380).

Pelo art. 374 da CLT, a prorrogação da jornada de trabalho da mulher só é possível quando não seja ultrapassada a duração semanal de 48 horas ou outra

legalmente fixada. A prorrogação por motivo de força maior só pode se dar em horário diurno até o máximo de 12 horas diárias e o acréscimo no salário-hora será de 25% (Art. 376), quando para o homem não há acréscimo nessas hipóteses e nem limite de duração para a prorrogação.

A mulher somente poderá ter o seu horário de trabalho prorrogado se estiver autorizada por atestado médico oficial lançado em sua carteira de trabalho (CLT, art. 375).

Em qualquer caso de prorrogação, é obrigatório um descanso de 15 minutos antes do início das horas extras (CLT, art. 384), o que não é exigido para os homens.

2.2.3. *Proteção à maternidade* — Desejamos dividir este item em dois, porque as normas da chamada proteção à maternidade tem dois objetivos diversos: 1) a proteção da mulher como trabalhadora, em que ela é encarada individualmente, isto é, o seu direito ao trabalho é de caráter privado; 2) a proteção sanitária da mulher, mediante a qual se visa à preservação da espécie, que não interessa apenas à mulher, mas à coletividade.

2.2.3.1. *Proteção sanitária da mulher* —

A empregada é proibida de trabalhar 4 semanas antes e 8 semanas após o parto, conforme atestado médico fornecido pela previdência social, podendo estes períodos ser aumentados de mais 2 semanas cada um, a conselho médico (CLT, art. 392). Em caso de parto antecipado, as 12 semanas também devem ser concedidas, e havendo aborto não criminoso, há o direito a 2 semanas de descanso (CLT, § 3.º do art. 392 e art. 395). Em todas as hipóteses, e por todo o período, a empregada receberá da previdência social uma quantia igual ao salário que perceberia se estivesse trabalhando, salvo se receber salário variável, quando o critério será o pagamento da média dos últimos 6 meses (Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974, regulamentada pelo Dec. 75.207, de 10 de janeiro de 1975).

Se a mulher exerce atividade que pode ser prejudicial à gestação segundo atestado médico, a lei lhe permite mudar de função (CLT, art. 392 § 4.º). Da mesma forma, pode ela romper o contrato de trabalho (Art. 394).

Até que a criança complete 6 meses, a empregada terá direito a dois descansos de meia hora cada um durante a jornada de trabalho para amamentá-la, sendo que tal direito pode ser prorrogado quando a saúde da criança assim o exigir (CLT, art. 396).

Para facilitar essa amamentação, as empresas que tenham pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade deverão manter local apropriado, constituído de berçário, saleta de amamentação, cozinha dietética e instalação sanitária (CLT, arts. 389, § 1.º e 400, e Portaria DNSHT n.º 1, de 15 de janeiro de 1969). Tal obrigatoriedade das empresas poderá ser suprida por meio de creches distritais, mantidas pelas próprias empresas, individualmente ou em regime comunitário, ou em convênio com o Serviço Nacional da Indústria, o Serviço Nacional do Comércio, a Legião Brasileira de Assistência, ou entidades sindicais (CLT, § 2.º do art. 389).

A CLT afirma que o SESI, o SESC e 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. 397).

2.2.3.2. *Proteção jurídica à trabalhadora mãe* — A CLT afirma não ser justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho o fato de a mulher haver con-

traído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez. Não são permitidos quaisquer acordos que restrinjam o direito da mulher ao seu emprego, em razão de casamento ou gravidez (Art. 391).

Durante o período de afastamento do trabalho em razão de gravidez ou puerpério, todas as vantagens atribuídas ao cargo que a empregada ocupava lhe são garantidas, sendo-lhe facultado reverter à função que ocupava anteriormente (CLT, art. 393).

A Constituição Federal, no art. 165, n.º XI, garante à mulher um descanso remunerado antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário.

2.2.4. *Igualdade de remuneração* — O art. 5.º da CLT dispõe: “A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”. O art. 461, por sua vez, explicita: “Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade. § 1.º — trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos. § 2.º — Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento. § 3.º — No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional. § 4.º — O trabalhador readaptado em nova função, por motivo de deficiência física ou mental atestada

pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial”.

A Constituição Federal tem um dispositivo mais abrangente pois afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça” (§ 1.º do art. 153).

2.3. *Terminação do contrato de trabalho* — Aqui nos interessam as leis de previdência social que dão tratamento diverso à mulher por ocasião da aposentadoria.

Assim, enquanto o homem, em razão de idade, somente pode se aposentar aos 65 anos, a mulher já pode fazê-lo aos 60 (Art. 8.º da Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, que alterou a Lei Orgânica da Previdência Social). Igualmente, em matéria de aposentadoria por tempo de serviço, já a Constituição Federal assegura à mulher aposentadoria com proventos integrais aos 30 anos de serviço (art. 165, n.º XIX), o que é praticamente repetido pelo art. 10 da Lei 5.890/73. O homem, apenas trabalhando mais cinco anos, vale dizer com 35 anos de serviço, será aposentado com uma quantia equivalente a 95% dos seus últimos salários.

2.4. *A mulher como dependente na previdência social* — Na previdência social brasileira, há um tratamento diverso para homem e mulher quanto à sua consideração como dependentes do trabalhador<sup>1</sup>.

A filha solteira do trabalhador é considerada dependente até aos 21 anos de idade e os filhos até aos 18. O esposo e o pai para serem considerados dependentes devem ser inválidos, a esposa e a mãe, não (Lei Orgânica da Previdência Social — LOPS — n.º 3.807, de 26 de agosto de 1960, art. 11). Os irmãos do trabalhador são dependentes até aos 18 anos e as irmãs solteiras até aos 21 anos.

A perda da situação de dependente se dará para os homens pelo completamento da idade de 18 anos e, para as mulheres, pelo completamento da idade de 21 anos ou pelo casamento (Regulamento do Regime de Previdência Social, Dec. 77.771, de 6 de setembro de 1973, art. 23).

### 3. JURISPRUDÊNCIA

Vamos examinar, neste tópico, como são resolvidos pelos Tribunais os diversos problemas surgidos na vivência da legislação do trabalho da mulher. Os aspectos do direito positivo que não forem tratados nesta parte devem ser considerados como não provo-

cadore de litígios que cheguem até à Justiça do Trabalho.

1. Dependente é a pessoa que vive às expensas do trabalhador segurado.

O problema que mais constantemente chega ao judiciário é o pertinente à despedida das empregadas durante o estado de gestação.

A experiência jurisprudencial que vamos relatar é, logicamente, anterior à Lei 6.136, de 7 de novembro de 1974, que transferiu o ônus de pagamento do salário do período de ausência antes e depois do parto para a previdência social. A obrigação dos empregadores pagarem diretamente o salário do período de *licença-ante e post parto* era uma das razões das despedidas, com o fim de evitar aquele desembolso de numerário sem a contrapartida do trabalho, já que, como vimos, ele é proibido 4 semanas antes e 8 semanas após o parto (CLT, art. 392).

As decisões dos tribunais, em sua grande maioria, foram no sentido de evitar a má-fé do empregador que despedia para fraudar o cumprimento da norma trabalhista. Tanto isto é verdade, que o Tribunal Superior do Trabalho (TST), órgão de cúpula do judiciário trabalhista, prolatou o Prejulgado n.º 14, *verbis*: "Empregada gestante, dispensada sem justo motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário maternidade"<sup>2</sup>.

A jurisprudência, neste ponto, foi totalmente favorável à empregada, decidindo que, mesmo na hipótese de o empregador despedir a empregada antes

do período da licença obrigatória *com total desconhecimento de seu estado de gestação*, devia ele ser condenado a pagar-lhe o salário da licença antes e após o parto, licença esta que a despedida impedia a empregada de gozar. Tudo isto, sem prejuízo do aviso prévio e da indenização por tempo de serviço ou do levantamento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, devido, um ou outro, por ausência de justa causa na despedida.

Mesmo na hipótese em que a empregada trabalhava com um contrato de duração determinada, cujo término se dava durante o período de licença, a jurisprudência dominante condenava o empregador a pagar-lhe os salários do período de licença posterior ao término do contrato.

Como se verifica, sob o fundamento de que a mulher grávida, puérpera ou com filho tem mais dificuldades para conseguir emprego, a jurisprudência procurou, pelo menos, garantir-lhe os salários do período de licença legal, antes e depois do parto.

É possível que, com a transferência da obrigação de pagamento dos salários desses meses para a previdência social diminua a despedida de mulheres por ocasião da gravidez, mas, diante de algumas razões apontadas pela doutrina (v. a seguir), não é provável que a situação se altere nitidamente.

#### 4. DOUTRINA

Entendemos ser curioso demonstrar como os juristas fundamentam a necessidade de existência das normas especiais sobre o trabalho da mulher, dado o papel que esta mesma doutrina desempenha na mudança das normas.

A quase totalidade dos juslaboristas alega serem todas as normas especiais sobre o trabalho da mulher absolutamente indispensáveis, em virtude da "sua maior fragilidade física, na defesa de sua moralidade, na proteção à maternidade..." (Russomano, 1972, p. 437; Gomes e Gottschalk, 1972, p. 387). Alguns outros apontam também "a importância da função da mulher no lar, cabendo-lhe, de um modo geral, a execução de trabalhos de natureza doméstica e de assistência aos filhos" (Vianna, 1974, vol. II, p. 673; Maranhão, 1974, p. 155; Nascimento, 1972, p. 574; Chiarielli, 1965).

<sup>2</sup> Prejulgado é um pronunciamento proferido em tese pelo TST, o qual vincula as instâncias inferiores, que não podem decidir em sentido contrário a ele. No Prejulgado acima citado, a referência a 6 semanas antes do parto se prende ao texto anterior do art. 392 da CLT, que previa a licença com essa duração para antes do parto, a qual passou a ser de 4 semanas com o Dec. lei 229, de 28 de fevereiro de 1967, que alterou o referido art. 392 da CLT.

Algumas vezes destoantes afirmam que a legislação discriminatória leva a uma discriminação de fato por parte dos empregadores, o que limita grandemente a possibilidade de emprego da mulher e sua permanência no mercado de trabalho, ao mesmo tempo que contestam a validade atual de alguns dos fundamentos que ditaram o aparecimento da chamada legislação "protetora". Propõem, portanto, a maior igualdade possível de tratamento legislativo para o homem e a mulher, justificando apenas as normas referentes ao momento exato de atuação da maternidade e as que dizem respeito a uma garantia de emprego nessa mesma ocasião (Cardone, 1972; Leite, 1975).

Ultrapassado o exame desta preliminar de aspecto muito geral, vejamos o que diz a doutrina sobre os diversos aspectos do direito positivo.

Quanto à capacidade de celebrar e manter o contrato de trabalho sem a intromissão do marido formam-se duas correntes. A primeira que entende derogado o art. 446 da CLT pela Lei 4.121/62, pois seria absurdo admitir-se que o consorte tivesse poderes para desfazer um ato jurídico que não teve poderes para autorizar, já que a referida lei 4.121 eliminou essa possibilidade; ademais, as alterações introduzidas pela Lei 4.121/62 visaram a tornar a

mulher plenamente capaz, não se podendo conceber que ela o fosse para celebrar o contrato de trabalho e não para mantê-lo (Cardone, 1965b; Segadas Viana, 1974; Gomes e Gottschalk, 1972). A segunda corrente, a partir de um princípio jurídico de que as leis gerais não revogam as especiais — o Código Civil seria uma lei geral e a CLT uma lei especial — sustenta a vigência integral do art. 446 da CLT (Catharino, 1972, vol. II, p. 634; Nascimento, 1972, p. 576; Malta, 1970, p. 18).

Outro aspecto do direito positivo que suscita certa polêmica entre os doutrinadores é o referente ao trabalho noturno. Enquanto há quem considere que a abertura de possibilidade para o trabalho noturno da mulher é um progresso, na medida em que remove obstáculos ao engajamento e à permanência da mulher no mercado de trabalho (Cardone, 1970), há quem diga que "... houve real retrocesso em matéria de proteção ao trabalho da mulher, ainda mais que a maior parte das atividades compreendidas desenvolvem-se em grandes cidades, com os perigos decorrentes da delinquência que, com maior repetição, visa à mulher, naqueles horários" (Carrion, 1975, p. 169).

Quanto à possibilidade de prorrogação da jornada de trabalho, a quase totalidade dos autores interpreta os arts. 374 e 376 da CLT de forma restritiva, isto é, de acordo com a letra da lei, sem procurar encontrar nenhuma abertura que dê ensejo à empregada de trabalhar em regime de horas extras fora dos casos expressamente previstos:

a) em caso de compensação da jornada de trabalho, isto é, na hipótese de mais trabalho num dia e correspondente diminuição em outro, obedecido o limite semanal legal de 48 horas ou outro inferior, contratualmente fixado;

b) na hipótese de força maior e apenas em jornada diurna, até o máximo de 12 horas, com o acréscimo de 25% sobre o salário hora.

Outro problema que tem sido objeto de preocupação da doutrina foi o referente às despedidas das empregadas por ocasião de casamento ou gravidez. Interpretando o art. 391 da CLT os autores são unânimes em afirmar que, muito embora o dispositivo diga que o casamento ou a gravidez não constituem justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho, isto não significa que o empregador não possa despedir, desde que responda pelos ônus inerentes às despedidas injustas (Sussekind, 1964, vol. II, p. 391).

Pelo fato de a Constituição Federal e a CLT garantirem o direito ao repouso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário e o direito de voltar ao cargo ocupado com todas as regalias a ele concedidas, a doutrina passou a sus-

tentar que a mulher empregada gozava de estabilidade provisória durante o período da licença, isto é, não podia ser despedida sem justa causa. Assim, se isto ocorresse, ela deveria receber não só indenização ou Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e aviso prévio, como também os salários do período da licença.

Pelo que ficou dito retro, vimos que os julgados agasalharam essa orientação doutrinária.

Há, porém, quem vá mais além, afirmando que, após o parto, a empregada tem o direito de reassumir seu posto na empresa e o empregador não tem a faculdade de despedi-la, mesmo respondendo pelos ônus legais (Cardone, 1965b, p. 68). Se assim não fosse, o preceito constitucional que garante o descanso-maternidade sem "prejuízo do emprego e do salário" não teria nenhuma eficácia.

Nas palavras de quem assim pensa: "A concessão do descanso não pode prejudicar a continuidade do contrato após o seu término. Entender-se que a expressão da Constituição significa apenas a manutenção do emprego durante o descanso não tem sentido. Se assim fosse chegaríamos à seguinte conclusão: como durante o descanso apenas a prestação contratual do empregador se efetiva, se ele se desobrigar dela antecipadamente poderá despedir a empregada. Ora, para isto não seria preciso que a lei magna afirmasse a conservação do emprego. Bastaria prescrever o descanso ante e pós-parto com a manutenção de uma quantia equivalente ao salário, como fez a Constituição de 1937. A nosso ver, pois, a atual Carta Magna criou uma situação especial para a mulher grávida e puerpéra, que deveria ter sido regulamentada por lei ordinária, mas ainda não o foi"<sup>3</sup>.

Mereceu grande atenção da doutrina o fato de a legislação brasileira deixar a cargo do empregador o pagamento dos salários dos meses de licença-maternidade, sustentando-se, como já referido, que isto era uma das razões para as despedidas maciças das empregadas que engravidavam (Cesarino Júnior, 1960, p. 115). Depois de muitos anos de argumentação da doutrina, o governo promulgou a lei 6.136 de 7 de novembro de 1974.

Em 1965 foi realizada uma pesquisa com referência a este problema da despedida. Tal pesquisa visou, em primeiro lugar, dar a conhecer se a prática é generalizada ou apenas excepcional. Em se-

<sup>3</sup> Tal argumentação, referente ao pagamento do salário-maternidade pelo empregador, só era possível antes da passagem dessa obrigação para a previdência social. Atualmente, pela Lei 6.136/74 a obrigação do INPS de pagar o salário-maternidade persiste enquanto houver o contrato de trabalho. Se a empregada for despedida, o ônus é do empregador, segundo dispõe o art. 1º, § 3º, do decreto regulamentador.

gundo lugar, demonstrar os motivos que fundamentam a despedida.

Vinte e duas empresas, por seus chefes de pessoal, responderam ao questionário. Tais empresas representam, globalmente, o emprego de 12.467 mulheres. São empresas das mais variadas atividades: metalurgia, indústria automobilística, indústria farmacêutica, lojas, bancos, indústria alimentícia, indústria de gás liquefeito, indústrias de material elétrico, têxtil e químico.

Dessas empresas, sete responderam que não despedem as empregadas no evento do matrimônio ou gravidez. Representam o emprego de 3.718 mulheres.

Dez responderam que despedem as empregadas que se casam ou se isso não ocorrer nesse momento, serão despedidas por ocasião da gravidez. Representam o emprego de 3.118 mulheres. As razões invocadas foram as seguintes:

- a) evitar licença com remuneração obrigatória;
- b) evitar instalação de creches;

c) evitar faltas por doença do filho.

Três responderam que despedem as empregadas por ocasião da gravidez. Representam o emprego de 1696 mulheres. Razões: a) faltas ao serviço; b) problemas relacionados com o estado da gestante, prejudicando o andamento da produção; c) ausência do berçário na empresa.

Uma empresa respondeu que apenas despede a empregada grávida quando seu berçário não comporta mais um recém-nascido. Esta empresa emprega 935 mulheres. Uma última respondeu que despede as que se casam desde que tenham menos de três anos de serviço e as grávidas se tiverem menos de 5 anos. Esta empresa dá trabalho a 3.000 mulheres (Cardone, 1965a, p. 65 ss.).

Diante dessas diversas razões apontadas não é de se prever uma grande alteração no comportamento dos empregadores em matéria de despedida, apenas com a transferência do ônus do salário-maternidade para previdência social.

## 5. CONCLUSÕES

Fazendo-se uma análise crítica de tudo o que foi exposto podemos concluir o seguinte.

O direito positivo brasileiro segue a linha do direito internacional, consubstanciado nas Convenções Internacionais do Trabalho, aprovadas pelas Conferências Internacionais do Trabalho, que vêm se realizando desde 1919, para tratar dos diversos assuntos pertinentes ao trabalho<sup>4</sup>. Dessas Convenções, o Brasil ratificou as seguintes sobre o trabalho da mulher: n.º 45/1935, sobre proibição de trabalho em subterrâneos, n.º 89/1948, sobre a proibição de trabalho noturno, n.º 100/1951, sobre igualdade de remuneração, n.º 103/1952, sobre a proteção à maternidade e 111/1958, sobre discriminação no emprego.

É preciso frisar que, como país atrasado em todos os pontos de vista em relação aos países da Europa Ocidental, o Brasil, em geral, vai a reboque em matéria de legislação social.

Ora, o que poucos autores têm denunciado, na área do Direito do Trabalho, é o fato de que a chamada legislação de proteção ao trabalho da mulher não teve, inicialmente, como finalidade primeira, proteger a mulher, mas o homem trabalhador. A verdade é que, na época da revolução industrial, quando havia inflação de braços à procura de emprego, as mulheres constituíam uma concorrência indesejada. Em virtude dos séculos de submissão em que ela vinha vivendo, nessa ocasião ela entendeu que era natural ser tratada com inferioridade e re-

ceber menos do que os homens, pelo mesmo trabalho. Isto ocasionava um aviltamento nos salários e enfraquecia a luta do proletariado que então se organizava, pois quando havia uma greve de homens as mulheres estavam prontas a assumirem os postos deixados. Relata-se, inclusive, que os maridos ficavam em casa ocupados com os afazeres domésticos e quando havia crianças pequenas estas eram levadas pelos pais ao seio da mãe, para a amamentação.

Em seguida, vieram as encomendas de estudos médicos, a provar que tal ou qual tipo de atividade era prejudicial à capacidade procriadora da mulher. Ninguém se interessou, naquele momento, em conhecer se a capacidade procriadora do homem era também prejudicada pelo trabalho industrial, como ninguém se preocupava em indagar se as atividades que as mulheres desenvolviam dentro do lar poderiam prejudicar a perpetuação da espécie.

Estas observações podem parecer inoportunas, mas sucede que, se o Brasil copiou de outros países a sua legislação sobre o trabalho da mulher, é conveniente conhecer as razões não declaradas do surgimento dessa legislação que serviu de padrão.

O expandir-se dessa legislação protetora pelo mundo se deu em virtude da necessidade de equiparação de custos de produção, a fim de permitir uma leal concorrência no mercado internacional e a ela foram aderindo os países à medida que se industrializavam.

Sucedem, agora, que os países altamente industrializados estão preocupados, atualmente, em padronizar o mais possível a legislação trabalhista aplicável

<sup>4</sup> São organizados anualmente pela Organização Internacional do Trabalho, de que o Brasil é país-membro.

à mulher e ao homem, proibindo, por exemplo, a ambos os sexos, o trabalho noturno, as prorrogações das jornadas de trabalho, os trabalhos penosos e insalubres e até estabelecendo uma licença-paternidade para o pai, após o término daquela da genitora (B. I. T., 1973, p. 22 e 43). Por outro lado, enfatiza-se a necessidade de atualizar os estudos de medicina do trabalho a fim de que apenas sejam proibidos à mulher — e isto apenas dentro do período em que ela é normalmente prolifera: entre os 16 e os 35 anos, por exemplo — as atividades realmente prejudiciais à sua capacidade reprodutora ou ao produto em formação (Cardone, 1974).

Quisemos dar essas informações para demonstrar como são ortodoxos os juslaboristas brasileiros em sua quase totalidade, ao aplaudirem a legislação especial sobre o trabalho da mulher e ao apontarem os fundamentos que apontam para ela.

A figura da esposa e mãe, potencial ou real, os papéis tradicionais da mulher dentro da família são os valores que a nossa legislação, com o respaldo da maioria dos doutrinadores e da jurisprudência,

tenta salvaguardar. Ninguém está preocupado em indagar se a mulher renuncia àqueles papéis, ou se ela foi proibida pela natureza de ser mãe, se ela vive sozinha e sem familiar algum.

A jurisprudência por nós comentada, referente à orientação dos tribunais do trabalho, de sempre mandarem pagar o salário maternidade na despedida da empregada, inclusive quando o empregador despedia de boa-fé, muito antes do início do período de licença-maternidade, é por nós rotulada de sentimental. Com efeito, juridicamente não há argumento válido para obrigar o empregador a tal pagamento. Somente a sentimentalidade da maioria dos juizes, que é tocada pela figura da mãe-trabalhadora, pode levar àquele resultado.

Observação de transcendental importância é a de que os repertórios de jurisprudência não acusam casos de pedido de equiparação salarial feitos por mulheres, muito embora saibamos que a discriminação salarial existe (Pastore et alii, 1973, p. 135 e 176). Isto demonstra uma falta de conscientização do problema, isto é, do direito que a mulher tem à mesma remuneração por trabalho de igual valor.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUREAU INTERNATIONALE DU TRAVAIL. 1973. *Le travail des femmes dans un monde en evolution*; Rapport préliminaire. Genebra.

CARDONE, Marly A. 1965a. *Influência da gravidez no contrato de trabalho da mulher*. São Paulo. (ex. mimeografado); 1965b. Mulher casada e contrato de trabalho. *Revista LTr*, 29/447; 1970. Trabalho noturno da mulher. *Revista LTr*, 34/787; 1972. *Despedida da empregada em razão de casamento ou gravidez*. Rio de Janeiro. [Tese apresentada no I Congresso Nacional de Mulheres]; 1974. *Direito do trabalho da mulher na Itália*. São Paulo. (não publicado)

CARRION, V. 1975. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. Edit. Revista dos Tribunais, São Paulo.

CATHARINO, J. M. 1972. *Compêndio universitário de direito do trabalho*. Edit. Jurídica e Universitária Ltda., São Paulo.

CESARINO JÚNIOR, A. F. 1960. *Seguro-maternidade*. São Paulo.

CHIARIELLI, C. A. G. 1965. Proteção à mulher na legislação social do Brasil. Separata da *Revista Ibero-Americana de Seguridad Social*, (3).

GOMES, O. e GOTTSCHALK, E. 1972. *Curso de direito do trabalho*. Forense Edit., Rio de Janeiro.

LEITE, J. C. P. 1975. Proteção ao trabalho da mulher — revisão de conceitos. *Revista Legislação do Trabalho*, (39/32).

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. 1970. Proteção ao trabalho da mulher. *Indústria e Produtividade*, mar.

MARANHÃO, D. 1974. *Direito do trabalho*. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

NASCIMENTO, A. M. 1972. *Compêndio de direito do trabalho*. Ltr. Edit., São Paulo.

PASTORE, J.; CAMPINO, A. C.; BIANCHINI, A. M. F.; CARON, D. e CEOTTO, E. E. 1973. *Profissionais especializados no mercado de trabalho*. Instituto de Pesquisas Econômicas, USP, São Paulo.

RUSSOMANO, M. V. 1972. *Curso de direito do trabalho*. José Konfino Editor, Rio de Janeiro.

SEGADAS VIANNA. 1974. *Instituições de direito do trabalho*: v. 2 Liv. Freitas Bastos, S/A, São Paulo.

SUSSEKIND, A. 1964. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*: v. 2 Liv. Freitas Bastos, S/A, São Paulo.

[Recebido para publicação em julho de 1975]