

ESTABILIDADE GESTACIONAL PROVISÓRIA EXTENSIVA AO HOMEM

*Loize Menezes dos Santos¹
Bruna Christiane Dantas Campos²*

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução do Direito Trabalhista. 3 Análise do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 4 O bem da vida. 5 Considerações finais.

1 · INTRODUÇÃO

Uma das discussões precípuas com que o estudante de Direito se depara no curso gira em torno do princípio da igualdade. Esse é um princípio de fundamental importância para o ordenamento jurídico e deve nortear o comportamento que o futuro jurista deverá adotar para concretizar sua aplicabilidade, uma vez que seu emprego eficaz é algo que deve ser perseguido e alcançado em um Estado Democrático de Direito como é o nosso.

Com o avançar dos estudos, é natural perceber que mesmo um princípio de tamanha grandeza pode vir a sofrer mitigações pela necessidade de fazer com que a igualdade seja efetiva. Essa afirmação feita soa como contraditória, como de fato o é, pois é como se a desigualdade (desigualdade a que chamaremos de legítima por ter amparo legal para existir) fosse legitimada em alguns casos, como apresentado aqui, para que dessa forma se alcance a isonomia.

Ao fazer uma primeira leitura do art. 10, inciso II, alínea *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), pode-se acreditar estar diante de uma situação da desigualdade legítima. Para fundamentar a discussão, cabe apresentar o dispositivo mencionado: “[...] II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: [...] b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

A análise desse conteúdo leva aos seguintes questionamentos: ao trazer o termo “empregada”, o legislador estaria sendo taxativo ou exemplificativo? A desigualdade aqui legitimada visa proteger o quê? O que está em ênfase é o emprego da gestante

1 Tecnóloga em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná (Unopar). Graduada do Curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências (UniFTC).

2 Diretora Acadêmica da Universidade Salgado de Oliveira (Universo). Professora das cadeiras de Direito Empresarial, Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Tecnologia e Ciências (UniFTC) e da Universo. Juíza Leiga da 4ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica de Salvador (UCSal). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Salvador (Unifacs). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Licenciada em Matemática pela Unifacs.

ou a vida do nascituro que merece proteção? Qual o objetivo do legislador ao mitigar o princípio da igualdade? Quais os possíveis reflexos para a família advindos da aplicabilidade extensiva ao homem, com vista a salvaguardar o bem da vida do nascituro? O objetivo do que se pretende proteger realmente está sendo cumprido ao se aplicar o dispositivo somente à empregada gestante? Como vem sendo aplicado o referido dispositivo constitucional?

Nessa perspectiva, a escolha do tema “estabilidade gestacional provisória extensiva ao homem” justifica-se pela compreensão de que o dispositivo ora analisado tem ampla discussão que perpassa a primeira inferência de que a proteção nele contida visa assegurar, tão somente, o emprego da empregada gestante. Afastando o primeiro foco, compreende-se que o principal bem a ser resguardado é a vida do nascituro, pela percepção de que a aplicabilidade do ADCT somente cumprirá sua efetiva função no momento em que for extensiva ao homem, visto que, diante de situação de desemprego do companheiro, no momento que a família está sendo ampliada, a estrutura de renda familiar é comprometida de forma significativa.

Nesse contexto, o objetivo geral deste estudo é analisar a estabilidade gestacional provisória extensiva ao homem e seus possíveis reflexos à luz do princípio constitucional da igualdade. Tendo como objetivos específicos: avaliar a aplicabilidade do ADCT; verificar o impacto do dispositivo constitucional, quando aplicado de forma extensiva ao homem, no que tange à proteção do bem da vida; analisar o ADCT com foco no conceito da igualdade assegurado pela Constituição Federal.

A metodologia utilizada para realização desta pesquisa foi qualitativa e será fundamentada por levantamentos bibliográficos e documentos científicos. Segundo Minayo (2001, p. 22), os métodos qualitativos são apropriados quando o fenômeno em estudo é complexo, de natureza social e não tende à quantificação. Em situação normal, são empregados na percepção do contexto social e cultural e são um elemento de suma importância para a pesquisa. Para isso, foi realizado estudo teórico a partir de revisão bibliográfica. Em relação aos aspectos éticos, as normas de autoria foram respeitadas, e todas as obras utilizadas possuem seus autores citados. O artigo está organizado em três partes relativas à introdução, ao referencial teórico e à análise do tema proposto.

2 · EVOLUÇÃO DO DIREITO TRABALHISTA

Para melhor compreender a temática, é necessário traçar um panorama dos principais pontos de luta do trabalhador para a conquista dos direitos trabalhistas atuais, a fim de perceber a necessidade de proteção do hipossuficiente na relação de trabalho, ou seja, do empregado/trabalhador.

Dessa forma, cabe trazer o entendimento da origem da palavra “trabalho”, que, para Cassar (2009, p. 3):

Do ponto de vista histórico e etimológico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim – *tripalium*, espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, os senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo. A partir daí, decorreram variações como *tripaliare* (trabalhar) e *trepalium* (cavelete de três paus usado para aplicar a ferradura aos cavalos).

A partir do estudo etimológico da palavra, nota-se distinção entre a definição originária da palavra e a definição que temos hoje. A máxima “o trabalho dignifica o homem”, remete à reflexão de que a atividade laboral sempre esteve presente na história de todas as civilizações. Somente nos tempos modernos surge a ideia de que cumprir um papel no mundo trabalhista traz dignidade às pessoas, por ser fruto das revoluções industriais que nos trouxeram um novo tipo de convivência social.

Na Antiguidade, o trabalho também tinha concepção muito diversa da que temos atualmente: a prestação de serviço era relegada às camadas mais pobres da população, tidas como escravos, além de não serem sujeitos de direitos, como bem explica Martins (2008, p. 4):

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do *dominus*. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

A Revolução Industrial chega a todo vapor com inovação tecnológica e desenvolvimento de máquinas. A questão social era ausente nesse período, as péssimas condições de vida e trabalho levaram a classe operária e os menos favorecidos, que não gozavam de nenhum amparo jurídico, a exigir direitos e democracia política. Após o surgimento dos sindicatos, os trabalhadores foram alcançando maiores conquistas, melhores condições de trabalho, e defendendo seus interesses.

No Brasil, as conquistas sociais relativas ao trabalho são tardias devido ao reflexo do desligamento da escravidão. Somente por volta de 1880, há um grande crescimento industrial que leva à multiplicação de estabelecimentos industriais e a um conseqüente aumento na quantidade de trabalhadores, formando uma classe desunida, dispersa, que não partilhava interesses comuns.

Para Nascimento (2012, p. 44):

O direito do trabalho nasce com a sociedade industrial e o trabalho assalariado [...]. A principal causa econômica foi a Revolução Industrial do século XVIII, conjunto de transformações decorrentes da descoberta do vapor como fonte de energia e da sua aplicação nas fábricas e meios de transportes. Com a expansão da indústria e do comércio, houve a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado em larga escala, do mesmo modo que a manufatura cedeu lugar à fábrica e, mais tarde, à linha de produção.

Os direitos sociais ganharam realmente força no século XX, passando a ser sistematizados, adquirindo o *status* de direitos constitucionais. A Constituição brasileira de 1824 inicia o histórico da incorporação gradual das normas trabalhistas no ordenamento jurídico. *A posteriori*, a Constituição de 1891 foi promulgada sob a influência da Constituição americana, reconhecendo poucos direitos no âmbito trabalhista.

Cabe destacar que o México e a Alemanha tiveram papel importante na conquista dos direitos trabalhistas. Os primeiros direitos trabalhistas, que eram chamados de “sociais”, se consolidaram em 1917, no México. Logo após a experiência mexicana, a Constituição de Weimar (Constituição do Império Alemão) de 1919 foi promulgada e também garantia “direitos sociais”, numa ruptura com o Estado liberal e uma

tentativa de ascensão do Estado social. Esses direitos trabalhistas seguiam as convenções da recém-criada Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na estipulação de leis que vinham para combater a lógica liberal e formalista que se assentou no ordenamento jurídico brasileiro – e, conseqüentemente, refletiu nas relações sociais, políticas, econômicas e trabalhistas – percebe-se um avanço no debate acerca da questão social, principalmente, voltada para a relação empregador e empregado. O aprimoramento da justiça trabalhista no Brasil veio, então, com a Constituição de 1934 (art. 122), mas sua regulamentação somente ocorreu em 1940 (Decreto n. 6.596).

Na Constituição de 1937, mesmo com a consagração de direitos aos trabalhadores, houve delicado intervencionismo do Estado, marcado pelo então governo de Getúlio Vargas, ocorrendo retrocesso. Contudo, a criação da carteira profissional foi um momento importante na tentativa de dignificação do trabalho, que originou a atual Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), através do Decreto n. 21.175/1932, passando o trabalhador a ter uma identidade, ou seja, ele passou a ser alguém; e as mulheres conquistaram o direito do voto, passando a assumir papéis fundamentais em todos os campos de atuação.

Todos esses acontecimentos contribuíram para que o Direito do Trabalho adquirisse reconhecimento mundial, resultando em terreno fértil para o seu desenvolvimento.

No Brasil, a Lei Áurea, sancionada em 13 de maio de 1888, foi o diploma legal que extinguiu a escravidão. Segundo Monteiro (2012), com a abolição da escravidão, os escravos se viram livres do jugo dos seus senhores, do trabalho forçado e dos castigos cruéis no tronco e nas senzalas aos quais foram submetidos desde o descobrimento. Em suma, na história do Brasil houve mais anos de escravidão do que de trabalho remunerado livre.

A Constituição Federal de 1988 expressa em seu art. 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho, conferindo-lhe, em seu art. 6º, o *status* de direito social, sendo um marco nas conquistas da classe trabalhadora. Assim, o Direito do Trabalho tem como fundamento basilar a Magna Carta.

Santos (2005, p. 86-87) afirma que

a luta por direitos se realiza enquanto ação política, na medida em que a regulamentação de um determinado direito numa sociedade fundada no antagonismo de classe não acontece naturalmente, mas é, na maioria das vezes, produto da organização coletiva, da correlação de forças e da articulação entre luta institucional, parlamentar e luta popular, extraparlamentar.

Tudo isso foi possível pela luta da classe trabalhadora que expressou, historicamente, um meio de garantir e efetivar direitos numa sociedade pautada na desigualdade social e na injustiça, concretizando a conquista de direitos.

Inclusive, cabe destacar que a OIT foi criada pela Conferência da Paz, assinada em Versalhes, em junho de 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial, e teve como objetivos promover a justiça social e, em particular, respeitar os direitos humanos no mundo do trabalho. Desde a sua criação, portanto, a OIT está assente no princípio, inscrito na sua Constituição, de que não pode haver paz universal duradoura sem justiça social.

A partir do contexto de marginalização de grande parte da população do sistema eleitoral e da participação política, surgem as greves e as insurreições, com fundamentos voltados para a reivindicação de direitos políticos, de participar da vida e das decisões políticas do país, tendo como objetivo expor a demanda dos trabalhadores industriais, como expressão de formas de se comunicar socialmente e influir politicamente.

Os avanços no campo trabalhista foram conquistados também pelos sindicatos, que tiveram início após a abolição da escravatura com a chegada dos imigrantes para substituir a mão de obra escrava. Portanto, no momento em que há compreensão de formação de uma classe operária, faz-se necessária a continuação da luta para a aquisição de outros direitos trabalhistas.

Da escravidão aos dias atuais, muitas conquistas no âmbito do Direito Trabalhista foram alcançadas, porém ainda há desigualdades. Infelizmente, são comuns situações de abuso do trabalhador relativas a jornadas de trabalho excessivas, local impróprio para o exercício das atividades, tratamento desrespeitoso, entre outras. Por isso a importância de o cidadão conhecer a legislação trabalhista para conhecer o próprio direito, a relação de contrato etc.

Hoje, o trabalho é valorizado como condição essencial para a ordem social, sendo um direito fundamental inalienável para a condição de realização da pessoa humana, de sua dignidade e senso de cidadania. E segue na sua institucionalização como formador da dignidade do homem, pois agora a todos é garantido o direito de subsistir, e o Estado possui o dever de proteger, possibilitando condições favoráveis e meios de defesa a esse trabalho.

Nas últimas décadas do século XX, houve um fato marcante na sociedade brasileira, que foi a inserção, cada vez mais crescente, da mulher no campo do trabalho, que se explica pela combinação de fatores econômicos, culturais e sociais.

Em razão do avanço e do crescimento da industrialização no Brasil, ocorreram a transformação da estrutura produtiva, o contínuo processo de urbanização e a redução das taxas de fecundidade nas famílias, proporcionando a inclusão das mulheres no mercado de trabalho. Contudo, o papel ocupado pela mulher no mundo do trabalho ainda não é motivo de tanta comemoração, pois, segundo a Organização Internacional do Trabalho, elas estão mais presentes nas vagas de emprego, embora ainda abaixo dos homens.

O estudo também mostra que as mulheres enfrentam desigualdades significativas na qualidade do emprego que possuem. Por exemplo, em comparação com os homens, as mulheres ainda têm mais que o dobro de chances de serem trabalhadoras familiares não remuneradas. Isso significa que elas contribuem para um negócio familiar voltado para o mercado, muitas vezes sujeitas a condições de emprego vulneráveis, sem contratos escritos, respeito pela legislação trabalhista ou acordos coletivos. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2018).

Inclusive, o dado é confirmado pelo Ministério do Trabalho no Brasil,³ que aponta o crescimento da ocupação feminina em postos formais de trabalho de

3 Cf. Mulheres ganham espaço no mercado de trabalho. *Portal Brasil*, Brasília, 12 mar. 2017. Disponível em: <https://www.douradosagora.com.br/noticias/economia/mulheres-ganham-espaco-no-mercado-de-trabalho>. Acesso em: out. 2020.

40,8% em 2007 para 44% em 2016. Apesar do avanço, o dado não condiz com o percentual de mulheres na população brasileira. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), elas já são maioria por aqui, e representam 51,03% da população (SBCOACHING, 2019).

Um dos fatores preponderantes para a conservação desse quadro desigual envolve aspectos históricos, culturais e sociais. As mulheres continuam sendo as principais responsáveis pelas tarefas domésticas, pelo cuidado com os filhos e pelas demais responsabilidades familiares, ou seja, acumulando papéis mesmo quando inseridas com sucesso no mercado profissional. Logo, conciliar a vida profissional e as atividades da vida pessoal ainda é um desafio muitas vezes impossível para as mulheres trabalhadoras.

Outro fator reside na rejeição do mercado de trabalho à mulher com responsabilidades familiares. A mulher que possui filhos, muitas vezes, é preterida em seleções de emprego ou para cargos de chefia.

Em 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, as mulheres conquistaram o direito do voto e desde então passaram a possuir papéis fundamentais em todos os campos de atuação. Mas para que homens e mulheres sejam iguais como a lei determina, tanto na teoria quanto na prática, é preciso continuar dando voz e vez aos movimentos feministas, ou seja, aos pensamentos iniciados lá no século XIX, quando a mão de obra feminina foi transferida para as fábricas, devido à consolidação do sistema capitalista e à ascensão do desenvolvimento tecnológico.

Como exemplo, a diminuição do abismo que ainda separa homens e mulheres no mercado de trabalho pode vir de políticas públicas que priorizem abertura de vagas e ampliação do número de pré-escolas, creches e escolas de tempo integral. Além disso, é necessário e inadiável nutrir o debate e a desconstrução dos papéis sociais de gênero a fim de edificar um mercado de trabalho e uma sociedade mais igualitários em condições e oportunidades para homens e mulheres.

Assim, haverá diminuição de algumas formas de exploração que ainda se mantêm, como jornadas entre quatorze e dezoito horas e diferenças salariais acentuadas, justificadas pelo pensamento de que é o homem quem deve trabalhar para sustentar a casa, os filhos e a mulher.

Nota-se que, no Brasil, a trajetória da mulher no mercado de trabalho vem sendo apresentada a cada ano com o aumento no nível de instrução da população feminina e com a queda da taxa de fecundidade. Para conquistar posição e colocação no mercado, a mulher adia projetos pessoais que, na verdade, são pessoais na visão da sociedade machista, como o casamento e a maternidade.

Todo esse cenário reflete no surgimento de um ramo jurídico denominado Direito Trabalhista, que possui autonomia, tendo um rol de normas e princípios com vista a regulamentar a relação trabalhista, bem como salvaguardar os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras que outrora não possuíam nenhum.

Este artigo tem como objeto estudar uma dessas normas, que só existe hoje dada a luta histórica dos trabalhadores que com muitas batalhas conseguiram fazer constar na Constituição Federal vários dispositivos assecuratórios dos seus direitos, que é o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que versa sobre o direito da empregada gestante, conforme discorrido no tópico seguinte.

3 - ANÁLISE DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, em seu art. 10, inciso II, alínea *b*, versa que “é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa, da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”. Nessa perspectiva, a proteção à maternidade é um direito fundamental que conta com a intervenção do Estado para que seja garantido.

Nesse mesmo sentido existe o aceno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) ao elaborar a Súmula n. 244, que amplia a aplicabilidade do ADCT, assegurando que o desconhecimento, por parte do empregador, do estado gravídico da servidora não é motivo para a não aplicação do dispositivo constitucional.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012, *DEJT* divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT).

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

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

A Carta Magna é repleta de dispositivos que visam proteger a maternidade. O art. 6º trata a condição como um direito social que, como tal, merece todo o protecionismo do Estado como garantidor dos mecanismos necessários para que se alcance a proteção enunciada no referido dispositivo.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Ainda nessa linha, pode-se observar a garantia constitucional trazida pelo inciso II do art. 201, quando assegura proteção à maternidade, especialmente à gestante. O que se extrai do art. 203, I, é a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice.

Nesse sentido, o art. 391-A da Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, assegura que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória.

Notadamente, existe o aceno constitucional para que haja uma proteção especial aos pilares basilares da sociedade, pilares estes que aqui chamaremos simplesmente de família.

Assim, é possível perceber o amplo leque de dispositivos que trazem o amparo à maternidade com vista a salvaguardar o direito à vida. Nesse sentido, um questionamento comum surge acerca da aplicabilidade da licença-maternidade e da estabilidade provisória garantida à gestante: trata-se de um direito personalíssimo, certo?

Para tentar elucidar um pouco as dúvidas acerca de como vêm sendo aplicados os dispositivos legais, necessário se faz visitar alguns diplomas. Em primeiro plano, será avaliada a possibilidade de licença-maternidade; para tanto, vejamos a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que, em seu art. 392-B, traz o seguinte ensinamento:

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.

No que tange à estabilidade gestacional, a Lei Complementar n. 146/2014 entende que tal proteção pode vir a deixar de ser um direito personalíssimo da gestante, passando a ser um direito de quem for o responsável legal pela guarda e proteção do filho deixado por ela: “Art. 1º O direito prescrito na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos casos em que ocorrer o falecimento da genitora, será assegurado a quem detiver a guarda do seu filho”.

Quando o assunto é adoção, as garantias também estão presentes. A CLT assegura que à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade. Assegura ainda que, tratando-se de adoção ou guarda judicial conjunta, ensejará a concessão de licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiães (empregado ou empregada). Em suma, se o assunto é guarda e proteção do filho, pouco importa o gênero, não é algo simplesmente voltado à maternidade. Historicamente é a mãe quem assume a responsabilidade da guarda e da criação do menor, mas esse cenário vem mudando paulatinamente. Nesse contexto, vale uma análise acerca da importância de alcançar a paternidade responsável.

Antes de adentrarmos no tema, faz-se necessário avaliar o sentido da expressão paternidade, bem como entender seu conceito. Para isso, é preciso observar o que ensina Paulo Luiz Netto Lôbo quando assegura que a paternidade se dá pela constituição de valores e pela singularidade da pessoa humana adquiridas principalmente na convivência familiar durante a infância e a adolescência. Logo, pai é um ato de escolha, de mútua vontade de amar e ser amado, é quem assumiu esses deveres, ainda que não seja o genitor (LÔBO, 2006, p. 796 *apud* RODRIGUES, 2016).

Assim, fica a compreensão de que a paternidade, natural ou não, possui bases no afeto e na responsabilidade em relação àquele que é carecedor da plenitude do comprometimento, em seu desenvolvimento digno, de quem lhe deu a vida ou o escolheu para ser seu filho.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher e a família constituída de um dos pais com seus filhos, além da família oriunda do matrimônio. Considera a família a base da sociedade, como bem apresenta o art. 226: “[...] a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Ainda enfatiza no inciso V do mesmo artigo que “[...] os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O art. 226, § 7º, da CF define o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, bem como na utilização de recursos educacionais e científicos, para sua realização. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado

por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A Lei n. 9.263, sancionada em 12 de janeiro de 1996, regulamentou também o planejamento familiar no Brasil e estabeleceu em seu art. 2º que “entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. É considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas.

Em 1995, o Brasil participou da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Beijing, na China. No item 96 do acordo firmado entre os países presentes, ficou estabelecido: as relações igualitárias entre a mulher e o homem, a respeito das relações sexuais e da reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade pessoal, exigem o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade e as consequências do comportamento sexual.

Quando se tratar de norma específica, pode-se observar o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990, que traz expressamente o princípio da paternidade responsável: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

E ressalta:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O planejamento familiar associado à paternidade responsável compreende não só decidir sobre o número de filhos, mas também quanto a aumentar o intervalo entre as gestações. E se utiliza das técnicas de reprodução assistida como recurso à procriação, não praticando a seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos, bem como para suprimir a filiação por meio da monoparentalidade, entre outros.

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação, serão respeitados.

Nesse contexto, cabe esclarecer que o princípio da paternidade responsável inicia na concepção, e é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, colocando-os a salvo de toda forma de discriminação, vedando expressamente as designações discriminatórias relativas ao estado de filiação.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, dispõe no artigo 7º que: “A criança será registrada

imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”.

Como forma de garantir maior efetividade ao exercício do direito de filiação, bem como maior obrigatoriedade ao princípio da paternidade responsável, surge a Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, prevendo que o reconhecimento dos filhos é irrevogável, além de indicar as formas de reconhecimento.

Infelizmente, ainda na sociedade moderna, as mães são vistas como as principais responsáveis por educar e cuidar de suas crianças, enquanto os pais adquirem um papel secundário na criação dos filhos. Para mudar esse cenário, é preciso investir em educação e políticas públicas que promovam um papel igualitário para pais e mães, inclusive na extensão de direitos até então inerentes somente ao sexo feminino.

Não se pode deixar de afirmar que avanços são visíveis na relação maternidade e paternidade,⁴ porém ainda está longe de alcançar o tratamento igualitário no cuidado das crianças; a fim de que isso ocorra, são necessárias amplas mudanças para que homens e mulheres se dediquem de maneira equitativa à vida reprodutiva. Há exemplos de alguns avanços, como a licença-paternidade,⁵ que em alguns estados e municípios pode atingir um mês. Entretanto, ao se comparar com o tempo da licença-maternidade, que varia de quatro a seis meses, a diferença ainda coloca as mulheres como as principais ou únicas responsáveis pelo cuidado das crianças.

Em suma, é fato que a família sofreu modificações: a mulher trabalha, as tarefas são mal distribuídas, não há nenhum elemento de submissão entre o casal, e, acompanhando tais modificações, surgiram modelos familiares monoparentais, nos quais existe a figura de apenas um adulto e seus filhos. Tal situação pode ser gerada por divórcio, viuvez, geração independente por parte de uma mulher ou mesmo de um homem. Assim, futuramente, a família poderá alterar-se novamente consoante a evolução da sociedade, já que é um dos seus elementos constitutivos (ESTEVES, 2013).

A desigualdade de gênero impacta significativamente na diferença entre os papéis sociais de pais e mães. A partir do momento em que se estabelecerem papéis rígidos sobre o que é ser mulher-mãe e ser homem-pai, não haverá questionamentos sobre as desigualdades de gênero nem sobre o cumprimento dos seus direitos e deveres. Isso ainda reforça a necessidade de o ser masculino adquirir certos direitos de caráter extensivo, a fim de diminuir essas diferenças de papéis.

Daí a relevância da discussão da estabilidade gestacional extensiva ao homem como forma de diminuir a desigualdade de gênero e de garantir ao nascituro o direito à vida, mesmo porque a família tradicional, formada por pai, mãe e filhos não é a única possibilidade, nem o casamento é regra para que uma família se inicie. Famílias paralelas, reconstituídas, monoparentais, multiparentais ou mesmo

4 Cf. SITUAÇÃO da paternidade no mundo: falta licença, sobra trabalho. *Lunetas*, São Paulo, 1º jul. 2019. Disponível em: <https://lunetas.com.br/situacao-da-paternidade-no-mundo-2019/>.

5 Cf. PERASSOLO, João. Licença-paternidade maior reduz uso de remédios por mães. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 4 jul. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2019/07/licenca-paternidade-maior-reduz-uso-de-remedios-por-maes.shtml>.

unipessoais encontram respaldo na lei, na doutrina e na jurisprudência, uma vez que o direito deve atender aos anseios sociais.

Quanto ao princípio da paternidade responsável, é interessante analisar seu alcance diante das diversas conotações do termo: autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos; ou quantos filhos as pessoas desejam ter. Outrossim, também interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos (dever parental).

Segundo Sandri (2006), o direito parental diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidar e provê-los, e ao planejamento familiar, no que diz respeito à autonomia do indivíduo para escolher quanto, não só ao aumento mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle da natalidade, que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos.

Isabela Santos (2013 *apud* OLIVEIRA; RANGEL, 2017) reforça que os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana constituem a base para a composição da família no ordenamento jurídico brasileiro por retratar a ideia de responsabilidade, que deve ser observada tanto na formação como na manutenção da família.

Lado outro, ao transcorrer sobre o instituto dos alimentos, o qual tem fundamental importância no estudo do Direito de Família, pois sua principal finalidade é garantir a sobrevivência, o bem-estar e o sustento do alimentando, na maioria das vezes, a criança ou adolescente, a quem a Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferem absoluta e indiscutível proteção, através da legislação e dos princípios acima comentados, entre outros. (OLIVEIRA; RANGEL, 2017).

O primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, logo, o maior compromisso do Estado é garantir a vida. Junto a isso surge o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana. Saliente-se que a obrigação alimentar se dá quando o genitor deixa de prover o sustento do filho, e, caso a prestação não ocorra de forma espontânea, havendo prova do vínculo de parentesco ou da obrigação alimentar, caberá ação de alimentos para garantir o adimplemento do encargo alimentar, como prevê a referida Lei n. 5.548/1968.

Visto isso, talvez se possa dizer que o primeiro direito fundamental do ser humano é o de sobreviver, e este, sem dúvidas, é o maior compromisso do Estado: garantir a vida. Com isso, surge o direito a alimentos como princípio da preservação da dignidade humana.

Toda essa reflexão sobre o princípio da paternidade responsável remete ao nascituro, pois, para que o feto tenha um crescimento saudável, faz-se necessário a mãe estar bem nutrida, daí a defesa do caráter extensivo ao homem da estabilidade gestacional, visto que existem disposições constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a criança, mas que são flagrantemente desrespeitadas.

A mulher, enquanto gestante, também tem violados seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, a começar pelo fato de que grande parte da sociedade ainda acredita que a sexualidade da mulher está associada à reprodução. A defesa é que os genitores garantam o necessário, visto que o direito à vida está correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Frise-se que o Código Penal tipifica o abandono material no art. 244 e o moral no art. 246 como crimes.

Nesse contexto, pode-se observar a ratificação da responsabilidade solidária entre os membros da família com vista a proteger o novo integrante dela. Apesar de o ADCT expressamente defender o gênero feminino, existem diversos entendimentos e/ou legislações, conforme demonstrado, que afastam a característica personalíssima do direito à estabilidade provisória gestacional para resguardar a vida do nascituro.

4 · O BEM DA VIDA

O direito à vida é garantido a todas as pessoas, sem nenhuma distinção, sendo este o mais importante, já que sem ele os demais ficariam sem fundamento. A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo, e a segunda, de se ter vida digna quanto à subsistência.

Segundo Moraes (2003), o início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois, do ponto de vista biológico. A vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim, a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez.⁶ Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá (*apud* MORAES, 2003, p. 64), o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. É importante ressaltar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

Nesse contexto, cabe a discussão pelo direito do nascituro, que alcança posição de destaque tanto na doutrina quanto nas legislações, principalmente depois do advento do Código Civil Brasileiro, Lei n. 10.406/2002, que lhe confere tratamento especial, bem como para identificar quando se pode chamar o ser de vivo, pois, a partir daí, ter-se-ão a pessoa e, logo, a conquista da personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade é o Código Civil, que em seu art. 2º estabelece: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro”. Observada ainda com o *caput* do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil n. 12.376/2010, que traz a seguinte redação: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

Segundo Venosa (2004), os romanos não possuíam termo específico para designar os sujeitos de direito, pois *persona* é usado nos textos com a significação de ser humano em geral, aplicando-se também aos escravos, que não eram sujeitos da

6 “EMENTA: Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante da titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Jurisprudência TJRS*, C-Cíveis, V-1, T-15, p. 16-25, RJTJRS, V-104/418, 1990).

relação jurídica; eram considerados coisas (*res*). Portanto, a personalidade, conjunto de atributos jurídicos ou aptidões, no Direito Romano e em todas as civilizações antigas, não era atributo de todo ser humano. E a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual se tinha tão somente o feto, que nada mais era que parte da mãe (*portio mulieris viscerum*). Assim, não possuía direitos e/ou quaisquer atributos conferidos ao homem. Contudo, seus interesses eram resguardados, chegando mesmo a equipará-lo ao nascido, não para adquirir personalidade, mas para tutela e proteção.

De acordo com o *Dicionário Jurídico Brasileiro* (SANTOS, 2001, p. 166) nascituro é:

S.m. Ser humano já concebido, mas ainda por nascer. Também chamado feto, por estar ainda dentro do ventre materno. Comentário: Por uma ficção do direito, é considerado provisoriamente com certa capacidade jurídica: direitos do “nascituro”, sendo os mesmos resguardados, desde a sua concepção até o seu nascimento, pela lei civil e penal, quando fala do aborto, que é, no Brasil, considerado assassinio (CC, art. 4º e CP, art. 124).

Nas palavras de Venosa (2004, p. 68):

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entendemos que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva.

Frise-se que a doutrina moderna defende que o direito do nascituro é resguardado desde a concepção, devendo-se nomear curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida, e não tiver o pátrio poder, e pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais, bem como adquirir bens por testamento, conforme, respectivamente, os arts. 1.779, 542 e 1.799, I, do Código Civil Brasileiro.

Observa-se que esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida.

Em suma, o nascituro é o ser que, embora não nascido, já esteja gerado; é vida que depende de outra vida por certo tempo, até que adquira autonomia biológica. Embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade, possui regime protetivo do Direito, tendo proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

5 • CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 é legado da luta histórica dos trabalhadores, e, em seu art. 10, II, *b*, versa que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa “da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”.

Da primeira leitura surge a interpretação que esse dispositivo assegura apenas o emprego da empregada gestante, porém, diante de um quadro gestacional, o bem maior a ser tutelado é a vida do nascituro. Uma vez que o direito à vida é a base principal e somente a partir dele as outras ramificações dos direitos tornam-se possíveis, daí a necessidade de sua proteção por parte não só do Estado, mas também da sociedade e da família.

Nesse contexto, a conclusão de que a aplicabilidade desse dispositivo vem sendo feita de forma equivocada, pois diante da situação do desemprego de qualquer dos pais, no momento em que a família será ampliada, impacta diretamente a vida do feto. Dessa forma, o ADCT, que tem como objetivo fundamental proteger a vida, só terá cumprido sua razão de existir quando empregado de forma extensiva ao homem. Essa ação visa resguardar a manutenção do padrão de vida familiar, assegurando, assim, uma gestação saudável que refletirá no nascituro.

Ademais cabe ressaltar que a paternidade responsável é um princípio assegurado na Constituição Federal, além de ter previsão legal no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil, sendo conceituada como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

Logo, o ADCT não pode continuar a ter aplicabilidade equivocada e restritiva, pois existe a responsabilidade solidária entre os membros da família com vista a proteger seu novo integrante.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. Novo de novo: projeto de lei pretende modificar 310 artigos do novo Código Civil. *Conjur*, São Paulo, 24 jan. 2003. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2003-jan-24/projeto_visa_modernizar_aperfeicoar_codigo_civil. Acesso em: fev. 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009.

ESTEVES, Luísa. A mutação da família. *Entrementes*, [s. l.], 11 abr. 2013. Disponível em: <http://entrementes12c.blogspot.com.br/2013/04/a-mutacao-da-familia.html>. Acesso em: abr. 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). *Pesquisa social*. Teoria, método e criatividade. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MONTEIRO, Patrícia Fontes Cavalieri. Discussão acerca da eficácia da Lei Áurea. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 355-387, jan./jun. 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação do direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Guimarães de; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Princípio da paternidade responsável e sua aplicabilidade na obrigação alimentar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XX, n. 164, set. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/principio-da-paternidade-responsavel-e-sua-aplicabilidade-na-obrigacao-alimentar>. Acesso em: out. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Mulheres ainda são menos propensas a atuar no mercado de trabalho do que os homens na maior parte do mundo, diz OIT. *Notícias OIT*, Genebra, 7 mar. 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_619819/lang--pt/index.htm. Acesso em: maio 2020.

RODRIGUES, Camila Elizabeth. Paternidade responsável. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIX, n. 152, set. 2016. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/>. Acesso em: mar. 2020.

SANDRI, Vanessa Berwanger. *Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle de natalidade*. 2006. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <https://pesquisandojuridicamente.files.wordpress.com/2010/09/principio-juridico-da-paternidade-responsavel.pdf>. Acesso em: abr. 2020.

SANTOS, Bianca Marques. A luta das mulheres no mercado de trabalho. *DireitoNet*, [s. l.], 9 jun. 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10738/A-luta-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>, Acesso em: maio 2020.

SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos. *O pensamento da esquerda e a política de identidade: as particularidades da luta pela liberdade de orientação sexual*. 2005. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27471/1/TESE%20Silvana%20Mara%20de%20Moraes%20dos%20Santos.pdf>. Acesso em: out. 2020.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro: terminologia jurídica com algumas notas, observações e comentários; brocardos latinos (jurídicos e forenses)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SBCOACHING. Mulher no mercado de trabalho: crescimento, importância e fatos. *Blog SBCoaching*, São Paulo, 21 fev. 2019. Disponível em: <https://www.sbcoaching.com.br/blog/mulher-mercado-trabalho/>. Acesso em: maio 2020.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.