

## Salário-Maternidade e Não Discriminação da Mulher

*Ives Gandra da Silva Martins Filho*  
*Subprocurador-Geral do Trabalho*  
*Assessor Especial da Casa Civil da Presidência da República*  
*Mestre em Direito Público pela UnB*

Uma realidade vivenciada por muitas mulheres no mundo moderno é a discriminação que sofrem no mercado de trabalho, mormente em face da possibilidade de que se concretize uma das dimensões mais próprias do mundo feminino: a maternidade.

A Lei 9.029/95 foi um avanço em nosso país, ao penalizar todas as práticas discriminatórias contra a mulher, no que concerne à sua decisão de ser mãe. Assim, passaram a ser crimes a exigência, por parte da empresa, de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, além da adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou instigamento à esterilização genética ou promoção do controle de natalidade.

Se, por um lado, as medidas tendentes a impôr ao empregador um obrigação de não fazer em relação à mulher têm se mostrado eficazes na proteção de seu mercado de trabalho, por outro, a imposição de obrigações de fazer têm apresentado efeitos colaterais indesejáveis.

Com efeito, os encargos sociais instituídos com a finalidade de proteger a mulher frente às exigências de caráter meramente produtivo do empregador, tais como a estabilidade provisória no emprego para a gestante e a licença-maternidade, têm gerado um efeito perverso de restringir, mais do que proteger, o mercado de trabalho da mulher. O próprio art. 7º, XXX, da Constituição Federal, ao estabelecer norma programática no sentido da proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos específicos a serem instituídos por lei, tem, na verdade, mais dificultado do que ajudado a mulher trabalhadora.

Para evitar esse efeito nocivo do protecionismo legal às custas do empregador, a Constituição Federal atribuiu à Previdência Social o encargo de arcar com a principal vantagem social conferida à mulher trabalhadora: o salário-maternidade, isto é, o salário integral da empregada durante o período de 120 dias em que estiver afastada do trabalho pelo nascimento de seu filho (art. 7º, XVIII, e 201, II).

Ocorre que a Emenda Constitucional nº 20/98, que aprovou a reforma da Previdência Social, colocou como teto de qualquer benefício previdenciário o valor de R\$1.200,00 (art. 14). Dando cumprimento a essa orientação geral, o Ministério da Previdência e Assistência Social editou a Portaria nº 4.883/98, limitando a esse teto também o salário-maternidade. Ou seja, o salário da empregada gestante que ultrapassasse esse teto deveria ser pago pelo empregador.

A praxe adotada com base em tal Portaria começou a apresentar os efeitos funestos dessa orientação restritiva do salário-maternidade: considerável número de mulheres passou a sofrer restrições no emprego ao engravidarem ou contraírem matrimônio, diante da perspectiva do empregador ter que arcar diretamente com o salário do período de afastamento, além de ser obrigado a contratar novo empregado durante o período. Casos como o de empregada com salário de R\$4.000,00, passaram a representar R\$2.800,00 de pagamento do salário-maternidade diretamente pelo empregador.

A rigor, a medida restritiva atingiu apenas 5% da força de trabalho feminina, uma vez que 95% das mulheres empregadas recebe menos de R\$1.200,00. No entanto, em relação a esse universo restrito, a discriminação se tornou flagrante e, em termos de redução de custos para o Estado, o benefício não compensava a medida restritiva. O que se conseguiria seria apenas restringir o acesso da mulher ao mercado de trabalho melhor remunerado, não obstante já sofrer severas discriminações quanto à própria admissão ao emprego.

A constitucionalidade de tal orientação do Ministério da Previdência Social, calcada no próprio texto constitucional, foi contestada judicialmente através da ADIn nº 1.946-5-DF, cujo relator foi o Min. SYDNEY

SANCHES, na qual o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária e por unanimidade, decidiu, no dia 29 de abril, deferir a liminar postulada na ação para, dando ao art. 14 da EC nº 20/98 interpretação conforme ao texto constitucional vigente, reconhecer que a Previdência Social deve arcar integralmente com o benefício da licença-maternidade prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição.

A decisão deixou claro que o salário-maternidade é nitidamente benefício previdenciário, pois atribuir parte do ônus do afastamento da gestante ao empregador é discriminar a mulher no mercado de trabalho, restringindo, ademais, sua liberdade de ter os filhos que quiser. É que, aplicado o art. 14 da Emenda ao salário-maternidade, estar-se-ia em conflito com o art. 5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal, uma vez que se estaria promovendo a discriminação entre homens e mulheres na obtenção e manutenção do emprego.

Como é sabido, quanto maior o protecionismo legal em relação à mulher, que onere o empregador, maior será a restrição deste na contratação de mulheres. Assim, diante do conflito de normas constitucionais que se verificou, o Supremo veio a decidir qual a que deveria prevalecer, em hermenêutica sistêmica do texto constitucional, seguindo a lição de Min. FRANCISCO REZEK: "Penso que o Judiciário que se defronta com uma Constituição do gênero da nossa, terá uma responsabilidade não menos expressiva que aquela que a Corte Suprema americana enfrentou no final do século XVIII, ante um texto por demais discreto. Aqui, cuidar-se-á de fazer algo diverso, e que comporta pequenos traumatismos na sua própria execução. Em razão de contradições tópicas que o texto possa ostentar, a corte poderia ser levada a optar entre duas normas constitucionais, dizendo qual delas prevalece" ("Constituição Brasileira 1988 – Interpretações", Forense – 1988 – Rio, pg. 15).

Assim sendo, no debate travado em torno do salário-maternidade, coube ao Supremo Tribunal Federal defender a mulher no seu duplo direito fundamental: de trabalhar e ser mãe, tendo os filhos que quiser.