

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O TRABALHO DA MULHER E A PROPOSTA DE UM ESTATUTO JURÍDICO
PRÓPRIO: A CONDIÇÃO FEMININA NO MUNDO DO TRABALHO**

BEATRIZ MOREIRA SOUZA

Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE

BEATRIZ MOREIRA SOUZA

**O TRABALHO DA MULHER E A PROPOSTA DE UM ESTATUTO JURÍDICO
PRÓPRIO: A CONDIÇÃO FEMININA NO MUNDO DO TRABALHO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliane Caravieri Martins Gamba.**

**Rio de Janeiro
2016 / 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

M719t Moreira Souza, Beatriz
 O trabalho da mulher e a proposta de estatuto
 jurídico próprio: a condição feminina no mundo do
 trabalho / Beatriz Moreira Souza. -- Rio de
 Janeiro, 2016.
 76 f.

 Orientador: Juliane Caravieri Martins Gamba .
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2016.

 1. Direito do Trabalho. 2. Igualdade de gênero
 no trabalho. 3. Princípio da não discriminação . 4.
 Direito das Mulheres . 5. Medidas protetivas ao
 trabalho feminino . I. Caravieri Martins Gamba ,
 Juliane , orient. II. Título.

CDD 341.6

BEATRIZ MOREIRA SOUZA

**O TRABALHO DA MULHER E A PROPOSTA DE UM ESTATUTO JURÍDICO
PRÓPRIO: A CONDIÇÃO FEMININA NO MUNDO DO TRABALHO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Juliane Caravieri Martins Gamba.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Juliane Caravieri Martins Gamba

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2016 / 1º SEMESTRE**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me sustentar nos momentos de incertezas e desalento.

Aos meus pais e meu avô por acreditarem mais em mim do que eu mesma e me proporcionarem condições de prosseguir nos meus estudos jurídicos e na busca de meus sonhos.

Ao meu companheiro por ser o meu grande incentivador e por ter feito despertar o melhor de mim.

A minha orientadora pela ajuda, dedicação e ideias na elaboração deste trabalho. Além de acreditar na minha capacidade para chegar até aqui.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa abordar a efetividade das normas trabalhistas no tocante às mulheres, sustentando a necessidade da criação de um Estatuto Trabalhista específico para tutela do labor feminino com base em suas peculiaridades. Para isso, é feita uma análise histórica do direito trabalhista com objetivo de abordar a inserção da mulher no mercado de trabalho. Em seguida, será dado enfoque ao direito do trabalho como um direito social e fundamental e as proteções constitucionais sobre o tema. Estudar-se-ão alguns dos dispositivos sobre a tutela da mulher na Consolidação das Leis do Trabalho e legislações esparsas sobre o assunto, sempre com enfoque na sua efetividade material. Após será proposta a criação de um direito feminino laboral unificado e específico, à luz do denominado direito das mulheres, haja vista os mandamentos constitucionais e a legislação infraconstitucional não serem eficazes materialmente na garantia dos direitos femininos trabalhistas

Palavras chave: Trabalho Da Mulher, Condição Feminina, Não Discriminação, Igualdade De Gênero, Estatuto Jurídico, Estatuto Trabalhista Feminino, Direito das Mulheres, Igualdade de Gênero Laboral.

ABSTRACT

This academic work seeks Addressing the effectiveness of labor standards in relation to women. For this, a historical analysis of labor law is made to address the insertion of women in the labor market. Next, focus will be given to labor law as a social and fundamental right and constitutional protections on the subject. Next, we will study the provisions of women's protection in the Consolidation of Labor Laws and sparse legislations on the subject, always focusing on their material effectiveness. Afterwards, it will be proposed to create a specific and unified feminine labor law, inspired in women's law, considering constitutional injunctions and infraconstitutional legislation are not materially effective in guaranteeing female labor rights

Keywords: Labor Law; Women Rights; Feminine Labor Law; maternity; Gender Equality; Material Equality; Principle of non-discrimination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ASPECTOS HISTÓRICOS E TUTELA DO TRABALHO DA MULHER NAS NORMAS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO	13
1.1. Aspectos históricos do direito do trabalho	13
1.2. A atuação da OIT na proteção do trabalho feminino	16
1.2.1. Convenções da OIT que se referem ao trabalho feminino.....	20
1.2.1.1. Convenção Nº 03 da OIT	20
1.2.1.2. Convenção Nº 04 da OIT	22
1.2.1.3. Convenção Nº 100 da OIT	23
1.2.1.4. Convenção Nº 111 da OIT	23
1.2.1.5. Convenção Nº 171 da OIT	24
1.2.1.6. Convenção Nº 156 da OIT	25
1.2.2. A atuação da OIT na proteção do direito laboral feminino.....	25
2. PROTEÇÃO DA MULHER NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	27
2.1. A constitucionalização do direito do trabalho	27
2.1.1. Princípios constitucionais aplicáveis ao trabalho da mulher	28
2.2. O direito ao trabalho como um direito fundamental e social	30
2.3. A proteção constitucional do trabalho da mulher sob um olhar crítico.....	32
3. TRABALHO DA MULHER NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESTATUTO JURÍDICO PARA A PROTEÇÃO AO TRABALHO FEMININO	38
3.1. A mulher na Consolidação das Leis do Trabalho.....	38
3.1.1. Relação de emprego e de trabalho	39
3.1.2. Licença maternidade e estabilidade provisória no emprego	43
3.1.3. Lei n º 11.770/08 – Programa Empresa Cidadã	48
3.1.3.1. Licença paternidade: Um paralelo	50
3.1.4. O LABOR FEMININO EM JORNADA Extraordinária.....	53

3.2. Lei nº 13.363/16 - Direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante para o advogado que se tornar pai	57
3.3. A condição feminina e a elaboração de um Estatuto jurídico próprio para a regulação do trabalho da mulher	58
CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de monografia objetiva examinar de maneira crítica a efetividade das medidas protetivas trabalhistas no que tange às mulheres, propondo a criação de um Estatuto Trabalhista Feminino.

Apesar da inserção da mulher no mercado de trabalho e as mudanças no ordenamento jurídico ocorridas na última década, no que se refere ao assunto, é inegável que as mulheres trabalhadoras ainda são vítimas das mais diversas formas de preconceito no ambiente laboral, além de serem vistas com capacidades inferiores aos homens.

Os indicadores sociais e econômicos confirmam que a desigualdade de gênero prevalece no Brasil, apesar da evolução legislativa. Esta demonstra-se em diversos aspectos, como a diferença salarial, tempo gasto com trabalho doméstico e dificuldade de ascensão nas empresas.

Neste sentido, destaca-se trecho da pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, divulgada pelo IBGE em 2013¹:

No Brasil, as mulheres são maioria da população, passaram a viver mais, têm tido menos filhos, ocupam cada vez mais espaço no mercado de trabalho e, atualmente, são responsáveis pelo sustento de 37,3% das famílias. Dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, divulgada pelo IBGE em 2013, indicam que viviam no Brasil 103,5 milhões de mulheres, o equivalente a 51,4% da população.

Um estudo levantado pela Câmara dos Deputados sobre as mulheres no mercado de trabalho de 2016 concluiu que ²

De 2004 a 2014, houve crescimento da renda do trabalho no Brasil, com redução nas desigualdades salariais entre homens e mulheres. A valorização do salário mínimo parece ter desempenhado papel relevante nesse processo. No entanto, esse movimento de aproximação dos rendimentos ainda se mostra lento e desigual entre os grupos. As mulheres ganham menos que os homens, mesmo possuindo

¹ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40. Acesso em: 02 dez. 2016.

² ANDRADE, Tânia. Mulheres no mercado de trabalho: Onde nasce a desigualdade. Estudo técnico. Julho/2016. Câmara dos Deputados – Consultoria legislativa. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema7/2016_12416_mulheres-no-mercado-de-trabalho_tania-andrade. Consultado em: 02 dez. 2016.

escolaridade mais elevada. Também são a maioria nos postos de trabalho precário. Por força desse quadro, o Brasil está situado entre as piores posições nos ranqueamentos internacionais que mensuram as desigualdades de gênero no mundo, demonstrando que há um longo e árduo caminho a percorrer.

Não obstante a evolução de medidas protetivas relativas ao tema e o mandamento constitucional da não discriminação, verifica-se que no plano fático as mulheres ainda sofrem discriminações, bem como assédio moral/sexual em razão de seu gênero.

Ao decorrer do presente trabalho será feita uma breve retrospectiva histórica do direito do trabalho no mundo e no Brasil, em paralelo com os primórdios da inserção feminina no ambiente laboral. Em seguida, estudar-se-á este ramo do direito como direito fundamental, direito social e os Fundamentos Constitucionais de Proteção ao Trabalho da mulher.

No âmbito histórico e legislação internacional será demonstrado, de forma breve, a importância da OIT com suas Convenções na vanguarda dos direitos laborais femininos.

Após este estudo, podemos dizer, mais histórico e exemplificativo sobre o tema, será analisada a proteção constitucional do trabalho feminino, sob um olhar mais crítico, chegando-se a um dos objetos mais importantes deste trabalho acadêmico que é a defesa da criação de um Estatuto Trabalhista Feminino.

Observa-se que a criação de leis e estatutos com foco no grupo de pessoas específicos como idosos, crianças e consumidores é realidade no universo jurídico brasileiro, não sendo então, a proposta de um estatuto trabalhista destinado às mulheres ideia inaplicável.

A criação de uma legislação trabalhista específica para as mulheres tem inspiração no denominado Direito das Mulheres defendido pela autora norueguesa Tove Stang Dahl. Sobre o assunto explica-se que *o objetivo do direito das mulheres é descrever, explicar e entender a situação jurídica das mulheres com objetivo preciso de melhorar o estatuto das mulheres na Lei e na sociedade.*³

Objetiva-se a análise das condições peculiares inerentes à mulher na elaboração das normas trabalhistas, sendo para isso necessárias ações de discriminação positiva.

³ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**, Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21.

De acordo com o que já defendia Mario de La Cueva⁴, sobre as normas protetivas ao trabalho da mulher:

Não deverá interpretar-se nunca como sintoma de debilidade ou inferioridade, pois seus únicos propósitos são os que acabamos de mencionar, isto é, a necessidade de assegurar a sua saúde em benefício do futuro nacional e dar-lhes oportunidade de cuidar suas famílias. [Mais adiante, esclarece o professor mexicano que] entre os serviços perigosos estão os que são suscetíveis de afetar a sua moralidade ou seus bons costumes. Por isso a doutrina fala, atualmente, em três grupos de proibições, sendo o terceiro formado pelas tarefas anti-sociais.

Em prosseguimento, será analisado a proteção da mulher na legislação infraconstitucional, expondo os dispositivos previstos na CLT e em legislações esparsas, como a Lei nº 11.770 (Lei da empresa cidadã) a qual prorroga o prazo da licença maternidade em 60 (sessenta) dias para as mulheres empregadas das empresas que aderem o programa. Esclarece-se que o estudo da legislação será pautado na avaliação material de seus resultados efetivos na proteção da mulher no dia a dia laboral.

⁴ DE LA CUEVA, Mario. Panorama do direito do trabalho. Porto Alegre, Sulina, 1965, p.114. [Trad.: Carlos Alberto Gomes Chiarelli.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DO TRABALHO DA MULHER NAS NORMAS ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

1.1.Aspectos históricos do direito do trabalho

O direito do trabalho caracteriza-se por uma junção de institutos, princípios e normas jurídicas os quais são frutos de um determinado momento e conjuntura histórica. Faz-se necessário abordar alguns aspectos da criação e evolução deste ramo do direito.

Cumprido esclarecer, inicialmente, que o direito do trabalho é um fenômeno essencialmente do século XIX, conforme leciona de Maurício Godinho Delgado:⁵

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna, contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia. Esse instante de hegemonia – de generalização e massificação da relação de emprego no universo societário – somente se afirma com a generalização do sistema industrial na Europa e Estados Unidos da América, somente se afirma, portanto, ao longo do século XIX.

O Direito do Trabalho é produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas viciadas nesta conjuntura histórica. Todas essas transformações colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do direito do trabalho.⁶

⁵ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 83 e 89.

⁶ *Ibidem*.

No que se refere ao Direito do Trabalho dos principais países capitalistas ocidentais aponta alguns pontos fundamentais em comum. Um desses marcos fundamentais está no “Manifesto Comunista”, de Marx e Engels, em 1848. Outro dos marcos que muitos autores tendem a enfatizar está, na Encíclica Católica *Rerum Novarum*, de 1831. Um terceiro marco usualmente considerado relevante pelos autores reside no processo da Primeira Guerra Mundial e seus desdobramentos, como por exemplo, a formação da OIT – Organização Mundial do Trabalho (1919) e a promulgação da Constituição Alemã de Weimar (1919). É também desse período a Constituição Mexicana (1917). As duas Constituições mencionadas foram pioneiras na inserção em texto constitucional de normas trabalhistas ou, pelo menos, pioneiras no processo jurídico fundamental de constitucionalização do Direito do Trabalho, que seria uma das marcas distintivas do século XX.⁷

A terceira fase do Direito do Trabalho, como já mencionado, teve como marco inicial o término da Primeira Guerra Mundial, caracterizando como uma fase de institucionalização deste novo ramo do direito.

Como explica Maurício Godinho Delgado, nesta fase o Direito do Trabalho ganha cidadania nos países de economia central, passando a ser um ramo jurídico vinculado à estrutura e dinâmica institucionalidade da sociedade civil e do Estado. Neste momento, há a formação da Organização Internacional do Trabalho; a *constitucionalização*⁸ Direito do Trabalho ganha contornos e a legislação trabalhista (autônoma ou heterônoma) ganha consistência e independência no universo jurídico do Século XIX.⁹

No Brasil, é correto falar em Direito do Trabalho, a partir do fim da abolição da escravidão em 1888, sendo esta a primeira fase do direito laboral brasileiro (1888 a 1930), tendo por principal característica a esparsidade das normas. A segunda, 1930 a 1945, constitui-se pela institucionalização do direito do trabalho.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Conforme pensa Luiz Marcelo Góis “a crise que asfixia o Direito do Trabalho pode ser solucionada a partir dessa nova ventilação constitucional. O convite que fazemos é emergirmos das profundezas do Direito do Trabalho para essa superfície constitucional translúcida e, uma vez lá, respirarmos novos ares, revigorarmos nossos pulmões, para, dotados de novo fôlego, mergulharmos novamente a espessura da disciplina trabalhista e nela espalharmos todo o oxigênio axiológico apreendido no caminho.”- GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **A caminho de um direito trabalhista constitucional**. São Paulo: LTr, 2010. p. 46.

⁹ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.93.

Sobre o assunto Maurício Godinho Delgado entende que¹⁰:

A reflexão comparativa entre as duas primeiras fases do Direito do Trabalho no país evidencia que se passou, a de um salto, da fase de manifestações incipientes e esparsas para a fase da institucionalização do ramo jurídico trabalhista, sem a essencial maturação político-jurídica propiciada pela fase da sistematização e consolidação (à diferença dos exemplos europeus mais significativos).

Na mesma linha de pensamento Sérgio Pinto Martins afirma que existiam diversas normas esparsas sobre diferentes assuntos trabalhistas, havendo a necessidade de sistematizá-las. Isto levou a edição do Decreto-lei nº5.452/46, aprovando, então a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho). Em suas palavras: “O objetivo da CLT foi apenas o de reunir as leis esparsas existentes na época, consolidando-as.”¹¹

Desta forma, as transformações que vinham ocorrendo na Europa devido à Primeira Guerra Mundial e o surgimento da OIT incentivaram a criação de normas laborais no Brasil. O grande número de imigrantes originaram os movimentos operários reivindicando melhores condições de trabalho e salário. Neste momento, começa então surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas¹².

No que concerne, especificamente, ao labor da mulher, explica-se que marco predominante do trabalho feminino foi a Revolução Industrial (século XVIII), tendo a mulher pouca ou quase nenhuma importância em atividades que não fossem restritas ao ambiente familiar. Na Antiguidade Clássica, por exemplo, o trabalho feminino concentrava-se no seio domiciliar, cultura da terra e colheita de alimentos. Na Idade Média as atividades eram voltadas para confecção de roupas e vestuários.

Este cenário mudou com o fenômeno da Revolução Industrial. Resumidamente, explica-se que a Inglaterra foi a precursora na revolução industrial em decorrência de fatores como a presença de uma poderosa burguesia, existência de uma zona de livre comércio europeu, êxodo rural¹³ e uma posição geográfica estratégica (proximidade ao mar).

¹⁰ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.108.

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

¹³ Explica-se que o insucesso do sistema doméstico e o denominado *enclosure* contribuíram para o êxodo rural inglês.

O período foi marcado pela desgastante exploração do proletariado com jornadas excessivas de trabalho, péssimas condições de higiene nas fábricas, ausência de normas protetivas à saúde e segurança do trabalhador, dentre outras condições sub-humanas as quais os empregados estavam submetidos.

Ademais as mulheres trabalhassem na mesma intensidade que os homens, estas recebiam salários muito inferiores, além de estarem sujeitas ao assédio sexual de seus empregadores. Além disso, não existiam medidas protetivas com relação à maternidade ou demais peculiaridade inerentes ao gênero feminino.

Diante das peculiaridades do trabalho feminino e as condições a elas expostas, fez-se necessário a criação de normas protetivas específicas.

De acordo com o que já defendia La Cueva, sobre as normas protetivas ao trabalho da mulher, cumpre mencionar que¹⁴:

Não deverá interpretar-se nunca como sintoma de debilidade ou inferioridade, pois seus únicos propósitos são os que acabamos de mencionar, isto é, a necessidade de assegurar a sua saúde em benefício do futuro nacional e dar-lhes oportunidade de cuidar suas famílias. [Mais adiante, esclarece o professor mexicano que] entre os serviços perigosos estão os que são suscetíveis de afetar a sua moralidade ou seus bons costumes. Por isso a doutrina fala, atualmente, em três grupos de proibições, sendo o terceiro formado pelas tarefas anti-sociais.

1.2. A atuação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) na proteção ao trabalho feminino

Em primeiro lugar, buscar-se-á compreender como é feita a internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, sendo estudado, em seguida, a atuação da OIT e algumas de suas Convenções referentes ao labor feminino.

A convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969) estabelece que Tratado é o acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional¹⁵.

¹⁴ DE LA CUEVA, Mario. **Panorama do direito do trabalho**. Porto Alegre, Sulina, 1965, p.114. [Trad.: Carlos Alberto Gomes Chiarelli.]

¹⁵ 1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

Destaca-se que em 1986 uma Convenção ampliou este conceito, determinando que as Organizações Internacionais também têm a competência de celebrar tratados internacionais com outras Organizações Internacionais e Estados.¹⁶

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer como é feito o processo de internalização dos tratados no universo jurídico brasileiro. O art. 5º, parágrafo 2º da Constituição determina que: 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.

Com isso indaga-se qual é o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre assunto existem quatro correntes doutrinárias, sendo estas: (i) a natureza supranacional dos tratados internacionais de direitos humanos¹⁷; (ii) natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos¹⁸, (iii) natureza ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos e (iv) caráter supralegal dos tratados, sendo a última o entendimento atual do STF (Supremo Tribunal Federal).

Explica-se que os tratados são infraconstitucionais, contudo, diante de seu caráter peculiar e especial em relação aos demais tratados internacionais, também seriam dotados de um atributo superior a lei ordinária. Esse posicionamento justifica-se no fato de que os tratados de direitos humanos não podem afrontar a supremacia da Constituição, contudo, ao mesmo tempo devem ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹

Neste sentido, este é posicionamento sustentado por Valério Mazzuoli ²⁰:

Este é o posicionamento defendido por Valério Mazzuoli: Fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Consultado em: 02 dez. 2016.

¹⁶ GUERRA, Sidney; REIS Suelen Agum dos. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil após a Emenda Constitucional Nº 45/2004. P. 1555.

¹⁷ Entendimento do doutrinador Celso Albuquerque de Melo

¹⁸ Entendimento da doutrinadora Flávia Piovesan.

¹⁹ GUERRA, Sidney; REIS Suelen Agum dos. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil após a Emenda Constitucional Nº 45/2004. P. 1555.

²⁰ GUERRA, Sidney; REIS Suelen Agum dos. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil após a Emenda Constitucional Nº 45/2004. P. 1555; Apud MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia”. Revista Forense, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, p. 89-109.

humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já têm status de norma constitucional, nos termos do § 2º do art. 5º, poderão ainda ser formalmente constitucionais (ou seja, ser equivalentes às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3º do mesmo art. 5º da Constituição.

Desta forma, no julgamento do RE 466.343-1 SP, o STF entendeu que:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante²¹.

Esclarece-se que as Convenções Internacionais do Trabalho²² são tratados de direitos humanos, em sentido estrito, portanto, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com status materialmente constitucional, à luz do art. 5º parágrafo segundo da Constituição. Caso forem aprovadas pelo quórum do parágrafo 3º do art. 5º da CF, tornam-se formalmente constitucionais.²³

É interessante notar que a interpretação contemporânea dos tratados de direitos humanos leva à aplicação do princípio *pro homine* e do “diálogo das fontes” como meios não rígidos de solução de antinomias, pelos quais os juízes cotejam os textos das normas internacionais e internas de proteção.

Vale explicar que a OIT (Organização Internacional do Trabalho) é um organismo de caráter supranacional, sendo criada como sendo parte integrante do Tratado de Versalhes em 1919. O objetivo precípua da instituição é a busca pela justiça social por meio da disciplina

²¹ STF - Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

²² A constituição da OIT determina que sejam aplicadas sempre as normas mais favoráveis aos cidadãos, não importando se ela são internas ou internacionais.

Art. 19. 8 da Constituição da OIT

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação

OIT BRASIL-

Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em: 02 dez. 2016.

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e FILHO Georgenor de Sousa Franco. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 13ª Região. João Pessoa, v.1. n.1, p. 3-16, jan. /jun.2016.

das normas internacionais do trabalho e a garantia dos princípios da valorização do trabalho humano e da dignidade do trabalhador. Conforme entendimento de Flávia Piovesan, a OIT é um dos primeiros precedentes do processo de internacionalização dos direitos humanos.²⁴

Possui uma estrutura tripartite a qual é composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e trabalhadores. A instituição responsabiliza-se pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho. Destaca-se que o Brasil é um dos membros fundadores, tendo participado de sua primeira reunião.²⁵

A título de curiosidade, esclarece-se que em 1944 a Declaração de Filadélfia foi anexada à sua Constituição, sendo até hoje a carta de princípio e objetivos da OIT (Organização Internacional do Trabalho). A declaração citada antecipou em 4 (quatro) meses a adoção da Carta das Nações Unidas (1946) e em 4 (quatro) anos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), servindo para estas como referência.²⁶

Os valores e princípios norteadores da instituição determinam que o trabalho deve ser fonte de dignidade, não sendo uma mercadoria, que a pobreza é uma ameaça à prosperidade e que todos os seres humanos têm o direito de buscar o seu bem-estar material em condições de liberdade e dignidade, segurança econômica e igualdade de oportunidades.²⁷

A OIT, ao longo de sua história, tem um papel fundamental no referente à busca de igualdade de gênero no ambiente de trabalho, podendo-se afirmar que ela foi precursora no que diz respeito à dignidade e não discriminação do trabalho feminino, pois desde do ano de sua criação busca normatizar medidas de proteção ao trabalho da mulher. Neste sentido, explica-se que foram promulgadas diversas Convenções que versam sobre a igualdade de gênero, sendo estas: A Convenção²⁸ sobre Igual Remuneração (nº 100), a Convenção sobre

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.117.

²⁵ A primeira delas respondia a uma das principais reivindicações do movimento sindical e operário do final do século XIX e começo do século XX: a limitação da jornada de trabalho a 8 diárias e 48 semanais. As outras convenções adotadas nessa ocasião referem-se à proteção à maternidade, à luta contra o desemprego, à definição da idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria e à proibição do trabalho noturno de mulheres e menores de 18 anos. OIT BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁶ OIT BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 19 nov. 2016.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Entende-se por Convenção, o termo para designar atos multilaterais, oriundos de conferencias internacionais e que versem sobre assunto de interesse geral. É um tipo de instrumento internacional destinado em geral a

Discriminação no Trabalho e no Emprego (nº 111) e a Convenção sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família (nº 156).²⁹

Vale ressaltar que a atuação da OIT (Organização Internacional do Trabalho), na proteção da mulher, possui duas formas. A primeira, compreendida entre 1919 a 1950, consistiu na proteção da saúde da mulher empregada, não se preocupando com a questão de discriminação e igualdade de gênero. Pode-se afirmar que a preocupação primordial era da manutenção do *status* da mulher como mãe e dona de casa.

A segunda fase de proteção, a partir de 1951, em uma linha evolucionista de direitos, atentou-se para a questão da igualdade entre homens e mulheres e não discriminação com as Convenções de nº 100 (Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor) e nº 111 (Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação).

A seguir serão analisadas e expostas as Convenções da OIT referentes ao trabalho da mulher.

1.2.1. Convenções da OIT referentes a proteção do trabalho feminino

1.2.1.1. A Convenção relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto - Proteção à maternidade. (Convenção nº 03 da OIT)

A primeira Convenção sobre a participação das mulheres no ambiente laboral foi a de nº. 3 da OIT, de 1919, em vigor a partir de 13 de junho de 1921. Foi ratificada por alguns países e aplicável, com modificações, em poucos territórios. O campo de atuação foi restrito às empregadas de estabelecimentos industriais e comerciais, não se aplicando às oficinas familiares. A convenção assegurou à mulher empregada, independente do estado civil, uma

estabelecer normas para o comportamento dos Estados em uma gama cada vez mais amplas de setores. SERPRO. Disponível em: < <http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tipos-de-atos-internacionais/>> Acesso em 02 dez.2016.

²⁹ RABELO, Janaina da Silva e LIMA Romana Missiane Diógenes. **A atuação da Organização Internacional do Trabalho no combate à discriminação do trabalho da mulher.**

licença remunerada compulsória de seis semanas antes e seis semanas depois do parto, bem como dois intervalos de trinta minutos destinados a amamentação³⁰.

O artigo 2º da citada convenção determina que o termo mulher designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou nacionalidade, casada ou não, e o termo “filho” designam todo o filho, legítimo ou não.

Observe-se que a convenção se preocupou com eventuais discriminações que poderiam surgir no que se refere aos filhos, ao estabelecer que este pode ser “ legítimo ou não”. Além disso, a convenção elimina qualquer restrição com relação a mulher que não fosse casada, medida a qual representa grande proteção, haja vista a conjuntura histórica da elaboração da norma.

O artigo 3º inova ao estabelecer que a mulher não será autorizada a trabalhar durante um período de seis semanas depois do parto, podendo, ainda, mediante um atestado médico, deixar o trabalho com antecedência de 6 semanas anteriores a provável data do nascimento do filho.

A convenção segue com as medidas protetivas ao estabelecer que a mulher tem direito a receber uma indenização para manutenção de seu sustento e do filho durante o período de afastamento, bem como possui direito a um médico ou uma parteira para realizar o parto. Assegurando, ainda, duas folgas diárias de trinta minutos destinadas a amamentação.

Explana-se abaixo o texto legal da referida Convenção:

Art.2º.: Para a aplicação da presente Convenção, o termo "mulher" designa toda a pessoa do sexo feminino, qualquer que seja a idade ou a nacionalidade, casada ou não, e o termo "filho" designa, todo o filho, legítimo ou não.

Art3º.: 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 medico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

³⁰ BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo,LTr, 1995, p. 40.

c) receberá, durante todo o período em que permanecer ausente, em virtude dos parágrafos (a) e (b), uma indemnização suficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de higiene; a referida indemnização, cujo total exato 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 indemnização, á qual tem direito a contar da data do atestado medico até aquela em que se produzir o parto;

d) terá direito em todos os casos, si amamenta o filho, duas folgas de meia hora que lhe permitam o aleitamento.

Art.4º.: No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos parágrafos (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou dele se afaste, por um período mais longo, depois de uma doença provada por atestado medico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será ilegal, para o seu patrão, até que a sua ausência tenha atingido uma duração máxima, fixada pela autoridade competente de cada país, notificar à sua, dispensa, durante a referida ausência ou em uma data tal que, produzindo-se o pré-aviso expire o prazo no decurso da, ausência acima mencionada.

Posteriormente, em 1952, a Convenção de nº 3 da OIT foi revista pela Convenção de nº 103. Esta ampliou o campo de aplicação das normas de tutela à maternidade, estendendo-as às empregadas de setores não industriais, às empregadas agrícolas, domésticas e às que trabalham em domicílio. A nova convenção facultou à legislação nacional isentar a aplicação às oficinas de família, ao passo que a de Convenção de nº 3 não se aplicava a elas. Ressalta-se que foram garantidas a licença médica antes, durante e após o parto, licença integral no caso de parto prematuro e prorrogação dos dois períodos de licença, em caso de doença.³¹

1.2.1.2. A Convenção relativa ao trabalho noturno das mulheres (Convenção nº 04 – 1919)

A convenção de nº 04 (quatro) versa sobre o trabalho noturno da mulher. Basicamente define o define, flexibilizando-o conforme as peculiaridades de casa país. O artigo 3º proibiu que as mulheres trabalhassem durante a noite, independente do estabelecimento, excetuando os locais onde os empregados são membros de uma mesma família.

Art. 3º.: Sem distinção de idade, as mulheres não poderão ser empregadas durante a noite em nenhum estabelecimento industrial público ou privado, como tão pouco em qualquer dependência de um desses estabelecimentos, exceção feita dos estabelecimentos onde são só empregados os membros de uma mesma família.

³¹ BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1995, p. 44.

Art. 4º.: Não se aplicará o artigo 3º.

a) em caso de força maior, quando em uma empresa se verificar uma interrupção de funcionamento impossível de prever e que não tenha caráter periódico;

b) no caso em que o trabalho se aplicar seja a matérias primas, seja a matérias em elaboração, susceptíveis de muito rápida alteração quando isso se tornar necessário, afim de salvar, essas matérias, de perda inevitável.

1.2.1.3. A Convenção de Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor (Convenção de nº 100 da OIT)

A convenção evolui na linha de medidas protetivas ao trabalho feminino determinando a igualdade de remuneração da mão de obra masculina e feminina por um trabalho de igual valor, constituindo um marco na história dos direitos da mulher na OIT e foi até hoje ratificada por 166 (cento e sessenta e seis) países.³² Ratifica em seu artigo. 2º que cada país membro deve assegurar a aplicação a todos os trabalhadores o princípio de igualdade de remuneração para mão de obra masculina e feminina por trabalho de igual valor.

Art. 1º.: Para os fins da presente convenção:

a) o termo ‘remuneração’ compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou in natura pelo empregador ou trabalhador em razão do emprego deste último;

b) a expressão ‘*igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor*’, se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo. (Grifo Nosso)

Art. 2º 1. Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

1.2.1.4. A Convenção sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (Convenção de nº 111 da OIT)

A Convenção visa a igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego, determinando, bem como a não discriminação no emprego por motivo de motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião pública, ascendência nacional e origem social.

³² Em defesa dos interesses das mulheres: 90 anos de acção da OIT. A igualdade de gênero no coração do trabalho digno. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/gender_especial.pdf> Acesso em: 02 dez. 2016.

Considera que a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais, além de apreciar, que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.³³

Art. 1º.: Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, *sexo* (Grifo Nosso), religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade 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.

1.2.1.5.A Convenção sobre trabalho noturno feminino (Convenção nº 171 da OIT)

Mais uma vez a OIT sai na vanguarda da proteção ao labor feminino, proibindo o trabalho noturno para empregadas durante a gravidez e no período pós-parto, durante 16 (dezesseis) semanas, sendo 8 (oito) antes do parto.

Art. 7º. Deverão ser adotadas medidas para assegurar que existe uma alternativa do trabalho noturno para as trabalhadoras que, à falta dessa alternativa, teriam que realizar esse trabalho:

- a) antes e depois do parto, durante o período de, pelo menos, dezesseis semanas, das quais oito, pelo menos, deverão ser tomadas antes da data estimada para o parto;
- b) com prévia apresentação de certificado médico indicando que isso é necessário para a saúde da mãe ou do filho, por outros períodos compreendidos:

I) durante a gravidez;

II) durante um lapso determinado além do período posterior ao parto estabelecido em conformidade com o item a do presente parágrafo, cuja duração será determinada pela autoridade competente com prévia consulta junto às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores.

2. As medidas referidas no parágrafo 1 do presente Artigo poderão consistir da colocação em trabalho diurno quando for viável, a concessão dos benefícios de seguridade social ou a prorrogação da licença-maternidade.

³³ OIT BRASIL.. Disponível em: < <http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> consultado em: 02.dez.2016.

1.2.1.6. A Convenção Sobre Igualdade De Oportunidades e De Tratamento Para Trabalhadores E Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares (A Convenção nº 156 da OIT)

A OIT deu um passo importante, em 1981, ao aprovar a referida Convenção³⁴, visando atingir a questão dos trabalhadores com responsabilidades familiares. Na elaboração desta Convenção foram considerados alguns fatores fundamentais em sua elaboração, tais como: (i) a declaração sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para trabalhadoras e o objetivo da promoção da igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadoras adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho em 1975; (ii) a Convenção e recomendação sobre igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor (1951) e (iii) a Convenção e recomendação sobre matéria de discriminação em matéria de emprego e ocupação (1958), considerando que ela não faz referências expressas as distinções baseadas nas responsabilidades familiares³⁵.

O objetivo principal da Convenção de nº 156 é estabelecer uma efetiva igualdade de oportunidade entre homens e mulheres, para tanto faz-se necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família. Contudo, infelizmente, esta Convenção da OIT ainda não foi ratificada pelo Brasil.

1.2.2. A atuação da OIT na proteção do direito laboral feminino

Apesar da influência das referidas convenções sobre as legislações de diversos países, o número de ratificações foi limitado. As razões econômicas, sociais e demográficas vinculam-se estreitamente com o tema de proteção ao trabalho feminino, impossibilitando, infelizmente, a inserção total das convenções e recomendações da OIT.³⁶

Contudo, a vanguarda da OIT sobre o direito das mulheres, sem dúvidas, foi positivo, pois serviu de guia para criação de futuras garantias ao trabalho feminino em diversos países do mundo. Especificamente, no que toca a influência das convenções de nº 3 e 103 da OIT

³⁴ Conferir a Convenção Nº 156 da OIT, na íntegra, no ANEXO 01 do presente trabalho.

³⁵ Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf.> Acesso em 02 dez. 2016.

³⁶ BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1995, p. 49.

nos países em geral, fez-se sentir no campo de aplicação da norma, na obrigatoriedade e distribuição da licença maternidade.

A Organização Mundial do Trabalho tem sido muito ativa quanto à problemática da adequada inserção da mulher no mercado de trabalho. A Organização tem desempenhado seu papel de forma determinada, apresentando reais soluções aos problemas propostos, contudo falta aos Estados membros o necessário compromisso com as Convenções.³⁷

O Brasil deve adotar todos os meios possíveis para erradicar a desigualdade, haja vista que ao descumprirem os mandamentos jurídicos internacionais citados ferem a Constituição e os direitos fundamentais das mulheres à igualdade e liberdade.³⁸

³⁷ RABELO, Janaina da Silva e LIMA Romana Missiane Diógenes. **A atuação da Organização Internacional do Trabalho no combate à discriminação do trabalho da mulher.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e2bc7a52e896193e>. Acesso em: 02 dez. 2016.

³⁸ Ibidem

2. PROTEÇÃO DA MULHER NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. A constitucionalização do direito do trabalho

A Constituição de 1988 é um marco na história política, jurídica e social do Brasil. Especialmente no que se refere ao foco dado à pessoa humana e ao direito fundamental do trabalho.

Conforme Gabriela Neves Delgado: *“Os destaques acentuados à pessoa humana e ao trabalho são visualizados na nova topografia desenhada pela Constituição e pela compreensão normativa e teórica do paradigma constitucional de 1988, a partir do conceito de dignidade.”*³⁹

Explica-se que, topograficamente, houve uma inovação no que se refere ao direito fundamental ao trabalho. O legislador constituinte inseriu os direitos dos trabalhadores no Título dedicado aos “Direitos e Garantias Fundamentais” e no Capítulo referente aos “Direitos Sociais”. Ou seja, na Constituição de 1988 os direitos dos trabalhadores ganharam status de direitos humanos fundamentais.⁴⁰ Neste sentido, explica Gabriela Neves Delgado que:⁴¹

Os dispositivos constitucionais específicos sobre os direitos sociais trabalhistas revelam a fundamentação teórica do novo paradigma constitucional, vez que todos eles, de forma direta ou indireta, exaltam o conceito de dignidade humana.

Neste mesmo sentido, preceitua Luís Roberto Barroso sobre o tópico abordado⁴²:

Pode-se concluir que a Constituição de 1988 age como um filtro da CLT. Ou seja, o olhar positivado trazido pela consolidação ganha um viés mais democrático e social, indo ao encontro dos direitos fundamentais. Nas palavras de Pedro Augusto Gravatá Nicoli : “a diretriz da Constituição de 1988 no sentido de vedar práticas

³⁹ Sobre o tema da dignidade, consultar: DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

⁴⁰ Nas palavras de Ingo Sarlet: “No limiar do terceiro milênio, podemos afirmar que os direitos fundamentais são construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade.” SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. Revista diálogo jurídico. Ano I – Vol. I - Nº. 1 – Abril de 2001 – Salvador - Bahia – Brasil.

⁴¹ DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006, p. 106.

⁴² BARROSO, Luís Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p.376,377 e 387.

, apud GRAVATÁ, Pedro Augusto **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011. p. 104.

discriminatórias é resultado de um processo de amadurecimento da proteção à pessoa humana”

A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico de irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre atuação dos três poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com particulares. Porém, mais original, ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.

A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual (constitucionalização).

Neste ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si - com a sua ordem, unida e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como a sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

A carta magna de 1988 introduziu no rol de seu art. 7º diversos direitos trabalhistas como fundamentais. Os destaques acentuados à pessoa humana e ao trabalho são visualizados na nova topografia desenhada pela Constituição e pela compreensão normativa e teórica do paradigma constitucional de 1988, a partir do conceito de dignidade.

2.1.1.Princípios constitucionais aplicáveis ao trabalho da mulher

Conforme leciona Maurício Godinho Delgado, os princípios correspondem à noção de proposições ideais, fundamentais, construídas a partir de uma certa realidade e que direcionam a compreensão da realidade examinada.⁴³

Para a ciência do direito, os princípios conceituam-se como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. Ou seja, são *diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico* e que, após inferidas, a eles se reportam, informando-o.⁴⁴

Eles atuam como *proposições ideais*⁴⁵ que norteiam a interpretação da regra de direito, sendo *veios iluminadores à compreensão da regra jurídica construída*.⁴⁶

Como ensina o Maurício Godinho Delgado ⁴⁷:

⁴³ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.179-180.

⁴⁴ Ibidem

⁴⁵ Ibidem

⁴⁶ Ibidem .

⁴⁷ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013,p.189.

Cumprem, aqui, sua função mais clássica e recorrente, como veículo de auxílio à interpretação jurídica. Nesse papel, os princípios contribuem no processo de compreensão da regra e institutos jurídicos, balizando-os à essência do conjunto do sistema de direito. São chamados de princípios descritivos ou informativos, na medida em que propiciam uma leitura reveladora das orientações essenciais da ordem jurídica analisada.

Tal função normativa específica aos princípios seria resultante da dimensão fundamentadora de toda ordem jurídica. Essa dimensão passa, necessariamente, pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de ordem jurídica efetiva e não simples enunciado programático não vinculante.

Explica-se que a centralidade do ser humano na ordem política, social e jurídica é conquista recente, estando relacionada com o desenvolvimento da democracia. O paradigma de que a pessoa humana é elemento central na sociedade caracteriza-se por ser um dos avanços jurídicos mais claros da história jus política da humanidade.⁴⁸

Nesta conjuntura, a Constituição 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio. Transportou-o ao núcleo do sistema constitucional do país e ao núcleo de seu sistema jurídico, político e social. A dignidade, nesta ordem constitucional tem status de princípio fundamental.⁴⁹

A dignidade humana⁵⁰ passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda ordem econômica.⁵¹

A aplicação dos princípios gerais ao Direito do Trabalho passará por uma análise de compatibilidade com os princípios e regras próprias dessa disciplina, afim de que não haja conflito ente a diretriz geral e a especificidade inerente ao ramo justrabalhista. Maurício Godinho Delgado afirma que: *Esse processo de adequação será, obviamente, mais extenso naqueles específicos pontos objetivados pelo princípio geral em que, topicamente, se realçar a identidade singular do Direito do Trabalho perante o conjunto do sistema jurídico em geral.*⁵²

⁴⁸ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 119

⁴⁹ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.120

⁵⁰ A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 ganha funções de fundamento, princípio e objetivo.

⁵¹ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.121.

⁵² GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.185

2.2. O direito ao trabalho como um direito fundamental e social

Ingo Sarlet conceitua os Direitos Fundamentais de maneira genérica e universal, permitindo, assim a permanente adaptação ao Direito Constitucional Positivo. Inspirou-se no conceito de Robert Alexy para propor a seguinte definição, a qual não esquece de considerar a abertura material consagrada pelo direito constitucional positivo pátrio⁵³:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵⁴, adotada em 10 de dezembro de 1948, pela Organização das Nações Unidas, em Assembleia Geral, consagra em seu art. XXII, que: *Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.*

Sobre o tema introduzido acima é necessário, inicialmente, tecer a diferença básica entre direitos humanos e direitos fundamentais, frisando-se, contudo, que não há pretensão de esgotar o tema constitucional.

Os direitos humanos situam-se no plano de aplicação internacional, não sendo vinculado a ordem jurídica interna. Por sua vez, os direitos fundamentais são os positivados internamente por meio de uma constituição dentro do Estado Soberano.

⁵³SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77.

⁵⁴ Após a Segunda Guerra Mundial, mediante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, os Estados Membros das Nações Unidas, reunidos na Assembleia Geral de São Francisco, nos EUA, firmaram o compromisso pelo “respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades fundamentais do homem”. LEDUR, José Felipe, **A realização o direito ao trabalho**, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre 1998.

Sobre a diferença, o ilustre doutrinador Ingo Sarlet explica⁵⁵:

Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem as posições jurídicas e conhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico positiva interna. Com efeito, ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5º, § 2º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Como doutrina Alexandre de Moraes: os direitos sociais são direitos fundamentais do homem, sendo verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória e um estado social de direito, objetivando perseguir a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, bem como está sempre visando à concretização da igualdade social, e foram consagrados no art.1º, IV da CF de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito⁵⁶, como pode ser observado abaixo no texto constitucional.

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:

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Os direitos sociais são normas de ordem pública, sendo imperativas e invioláveis, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista, como conclui Arnaldo Süssekind.⁵⁷

Essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, atinente ao trabalhador, que é intenso na formação e no curso da

⁵⁵ Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988- Revista Diálogo Jurídico - **Ano I – Vol. I – N 1** – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasi

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Altas. São Paulo, 2011, p. 206.

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Altas. São Paulo, 2011, p.207, Apud SÜSSEKIND, Arnaldo.

relação de emprego e que não se confunde com a transação, quando há *res dúbia* ou *res litigiosa* no momento ou após a cessação do contrato de trabalho.

Neste sentido José Gomes Canotilho e Vital Moreira Gomes defendem que⁵⁸:

A individualização de uma categoria de direitos e garantias dos trabalhadores, ao lado dos de caráter pessoal e político, reveste um particular significado constitucional, do ponto em que ela traduz o abandono de uma concepção tradicional dos direitos, liberdades e garantias como direitos do homem ou do cidadão genéricos e abstractos, fazendo intervir também o trabalhador (exatamente: o trabalhador subordinado) como titular de direitos e igual dignidade.

Concluindo este tema de estudo, explica-se que os direitos sociais enumerados exemplificativamente no Capítulo II do Título II do texto constitucional não acabam com os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que eventualmente quedem-se espalhados pela Constituição.⁵⁹

2.3. Proteção ao trabalho da mulher sob um olhar crítico

Em uma pequena retrospectiva da evolução social da mulher, observa-se que esta percorreu um longo e difícil caminho até chegar a sua atual posição social.

Como já estudado em tópicos anteriores, a mulher até a Revolução Industrial, no século XIX, quedava-se predominantemente no ambiente familiar, realizando tarefas domésticas. Ao longo das décadas alguns fatores intensificaram ainda mais a participação da mulher no mercado de trabalho, tais como o ingresso forçado das mulheres no mercado de trabalho durante a segunda guerra; diminuição do percentual de fecundidade, ampliação do grau de instrução e da formação profissional, razões econômicas como o urbanismo.

Nesta conjuntura, um novo conceito de filosofia social ganha espaço. Esta integra o trabalho feminino e o interesse da sociedade em proporcionar às mulheres, que vem ganhando ciência dos direitos civis e políticos, o acesso à educação, com objetivo de possibilitá-las mais oportunidades de emprego, sobretudo sem distinção fundada em sexo.⁶⁰

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Altas. São Paulo, 2011, p.206. (Apud CANOTILHO, J.J. Gomes; Moreira, Vital).

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Altas. São Paulo, 2011, p.208.

⁶⁰ BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1995, p.134.

Sobre o trabalho da mulher, vale citar o exposto por Alice Monteiro de Barros:⁶¹

Torna-se indispensável um planejamento estruturado na educação das mulheres, desde a infância até a maturidade, com o objetivo de torna-las confiantes em sua capacidade, de elevar suas aspirações, condendo-lhes a possibilidade de aumentar a auto-estima, para que possam desenvolver potencial humano, como melhor lhes aprouver. A ruptura com papéis tradicionais que a reprodução de padrões culturais lhes destinou, incentiva as mulheres a assumirem novas atividades e novas responsabilidades, necessárias a uma participação efetiva e não transitória, que lhes proporcionará uma igualdade substancial.

Não se trata, frise-se, de menosprezar o trabalho doméstico, mas de ressaltar as implicações que o trabalho no mercado possui como fator de emancipação feminina. E a escolaridade é um dos fatores mais importantes na maior participação da mulher na população economicamente ativa.

A Constituição de 1988, em seu art. 3º, inciso IV, determina que deve “promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A proteção contra qualquer forma de discriminação é uma medida normativa geral antidiscriminatória, devido ao histórico de marginalização do trabalho realizado por mulheres, menores, deficientes físicos, entre outros.

Conforme Maria Sbalqueiro Lopes⁶²:

Após a promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de adaptação das regras jurídicas aos novos princípios: proibição de discriminação em relação a sexo e abolição da chefia da sociedade conjugal. O primeiro passo foi a eliminação das normas pseudoprotetoras mediante revogação expressa da legislação incompatível.

É cediço que princípio da não discriminação⁶³ emana do princípio da isonomia consagrado no artigo 5º, *caput* da Constituição.

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:

Há na doutrina estudos sobre a diferença entre o princípio da não discriminação e da isonomia os quais valem ser analisados com um pouco mais de detalhe no presente tópico.

⁶¹ BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 1995, p.209

⁶² LOPES, Maria Sbalqueiro Lopes. **Reforma Trabalhista e Previdenciária e Direitos da Mulher - As Perspectivas da Relação de Trabalho no Brasil: As Reformas Sindical e Trabalhista**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006, p. 55.

⁶³ Nas palavras de Dworkin, discriminação é aquele membro de um grupo considerado menos digno de respeito, como grupo, que outros. “**Uma Questão de Princípio**”, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 450.

O princípio da não-discriminação caracteriza-se pela proteção e resistência, sendo um denegatório de conduta que se considera gravemente censurável. Portando, situa-se sobre um piso de civilidade mínimo para convivência entre os indivíduos. Por sua vez, o princípio da isonomia é mais amplo e impreciso.⁶⁴

Sobre o tema, leciona Maurício Godinho Delgado⁶⁵

Ela ultrapassa, sem dúvida, a mera não discriminação, buscando igualizar o tratamento jurídico a pessoas ou situações que tenham relevante ponto de contato entre si. Mas não é, necessariamente, (embora em certas situações concretas possa se confundir com isso), princípio de resistência básica, que queria essencialmente evitar conduta diferenciadora por fator injustamente desqualificante. A isonomia vai além, podendo seu comando igualizador resultar de mera conveniência política, cultural ou de outra natureza (embora estas também sejam importantes, é claro), sem comparecer, no caso, fundamentalmente para assegurar um piso mínimo de civilidade para as relações entre as pessoas.

É exemplo de aplicação do princípio não-discriminatório no Direito do Trabalho a proibição de tratamento jurídico-contratual desigual à empregada em desfavor do empregado, em face de ser ela mulher.

Hoje, a diferença sexual não pode ser utilizada, em si, como critério de valoração; hoje, se essa diferença for utilizada como fator desqualificante será tida como fator injusto, inaceitável, discriminatório. Rejeitar a ordem jurídica tal diferenciação significa, pois, estar ela assegurando, de fato, um piso mínimo de civilidade para as relações contratuais entre os pactuantes.

Sobre o princípio da igualdade, José Gomes Canotilho escreve que⁶⁶:

“O princípio da igualdade reduzido a um postulado de universalização pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo “...”consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material”...; passa-se a interpretar o princípio da igualdade reportando-se à concepção aristotélica de justiça, segundo a qual “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente.” Ocorre que deste princípio não emerge critério capaz de distinguir o igual do desigual.

A igualdade apresenta conexão com a “justiça social” e com a concretização dos mandamentos constitucionais que visam à efetivação dos direitos sociais. Por outro lado, a igualdade é também inerente ao conceito de igual dignidade das pessoas, fundamento contra a discriminação.

Américo Plá Rodriguez diz ser o princípio da não-discriminação “a versão mais modesta ou simples” do princípio da igualdade (ou isonomia); por este princípio “proíbe-se introduzir diferenciações por razões não admissíveis”. Pela proposição não discriminatória

⁶⁴ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.122/123

⁶⁵ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.122/123.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, pp. 575,576.

excluem-se “todas aquelas diferenciações que põem um trabalhador numa situação de inferioridade ou mais desfavorável que o conjunto, e sem razão válida nem legítima.”⁶⁷

No que concerne especificamente a discriminação em razão do gênero feminino, apesar dos textos constitucionais anteriores vedassem discriminação em função de sexo, a cultura jurídica dominante não considerou que a Constituição pudesse suprimir condutas discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego.⁶⁸

A CF/88, entretanto, tenta eliminar do direito brasileira as práticas discriminatórias contra a mulher no contexto laboral, revogado inclusive alguns dispositivos da CLT que, sob o aparentemente aspecto protetor a mulher, produziam consequências discriminatórias à mulher trabalhadora.⁶⁹

Na proteção ao trabalho ao trabalho feminino, sobressai-se, o artigo 5º, X ao versar da inviolabilidade da intimidade e da vida privada a honra e a imagem das pessoas, o que é aplicado no caso das revistas íntimas . Outro destaque é art. 5º, inciso XLI o qual determina a punição de qualquer discriminação que atente contra os direitos e garantias fundamentais.

Art. 5º.:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Adiante o art. 6º da Constituição traz normas protetivas a maternidade e o art. 7º traz um rol de diversos direitos trabalhistas, destacando-se, no caso específico das mulheres, os seguintes incisos:

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

⁶⁷ RODRIGUEZ, A.P., “**Princípios do direito do trabalho**”, cit. 3ª edição., p.445

⁶⁸ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr , 2013, p. 129/130.

⁶⁹ *Ibidem*.

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
 XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Podemos citar a licença paternidade a qual não possui paralelo no direito estrangeiro um aspecto protetivo ao trabalho feminino. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos⁷⁰:

(...) sem similar no Direito estrangeiro, a licença-paternidade constitui uma forma de proteger a maternidade. Funciona, portanto, como direito-meio, com vistas a alcançar o direito-fim, qual seja, o de permitir que o pai do nascido se afaste do serviço por alguns dias, para ajudar a mulher nos cuidados com o novo filho e nas tarefas do lar, cuja normalidade sofre alterações com o nascimento da criança.

Não há dúvidas que na seara dos preceitos Constitucionais protetivos à mulher, o art. 7º, XX da CF/88, já exposto acima, garante a proteção do mercado da mulher, por meio de incentivos específicos. Consoante, José Afonso da Silva —tem por fim dar condições de competitividade no mercado de trabalho, sem discriminação.⁷¹

O conjunto destas normas constitucionais objetivam combater a discriminação do trabalho feminino, assunto que se encontra no princípio constitucional da isonomia. Contudo, infelizmente, os preceitos de igualdade inseridos nos textos legais não se demonstram eficazes para que este ideal se transforme em realidade fática, porque não obstante toda construção legal, a discriminação com relação ao labor das mulheres, ainda, encontra-se enraizados na sociedade.⁷²

Por derradeiro, evidencia-se que a Constituição possui um caráter densamente protetivo em relação ao trabalho da mulher, todavia, a eficácia destas normas ainda não ocorre de maneira integral no dia-a-dia trabalhista brasileiro.

À guisa de conclusão, valem-se das palavras de Juliane Caravieri Martins Gamba e Zélia Maria Cardoso que definem os direitos fundamentais “...como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça. Este é o

⁷⁰ BULUS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 626.

⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 295.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 295.

núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, aquilo que identifica a fundamentalidade dos direitos. Poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa. A Carta Constitucional de 1988 reconheceu o trabalho como instrumento de afirmação da dignidade humana do trabalhador, tanto no âmbito de sua individualidade como pessoa, bem como em seu contexto familiar e social, incluindo as mulheres.⁷³

⁷³ GAMBA, Juliane Caravieri Martins e MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **O trabalho da mulher e a emenda constitucional N° 72/2013.**

3. A PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESTATUTO JURÍDICO PARA PROTEÇÃO DO TRABALHO FEMININO

3.1. A mulher na Consolidação das Leis do Trabalho

A Constituição, como vem sendo estudado, garantiu a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei (art. 5º, I), também proibindo a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX da CF). Desta forma, a legislação ordinária disciplinou uma série de medidas, no sentido que a mulher não fosse discriminada.⁷⁴

O art. 373ª da CLT, por exemplo (acrescentado pela lei 9.799/99)⁷⁵ impôs uma série de limitações ao empregador no sentido de permitir o acesso a mulher ao mercado de trabalho tais como: a vedação de anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, a recusa de emprego, promoção var a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo incompatibilidade notória, III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional, além determinar que o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;⁷⁶

Proibiu ainda a exigência de exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego e a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

⁷⁴ SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Série Concursos Públicos**. 14ª Ed. São Paulo: Método, 2012, p. 355 e 346.

⁷⁵ Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências.

⁷⁶ PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/cCivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em: 05 dez. 2016.

A lei 7.855/89⁷⁷ revogou os artigos 378 a 380 que proibiam o trabalho noturno da mulher e especificam diversas condições para o seu exercício, bem como extinguiu os artigos 374 e 375 que tratavam na prorrogação e compensação do trabalho do trabalho feminino. Revogando o artigo 387 que versava sobre a proibição do trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolos, nas pedreiras e obras da construção civil, pública e particular e nas atividades perigosas e insalubres.

A lei 9029/95⁷⁸ ainda proibiu diversas práticas discriminatórias em relação à mulher, cabendo destacar a vedação exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, considerando crime a prática de exigência de teste de gravidez, perícia, atestado, exame ou outro procedimento relativo à esterilização ou estado de gravidez e a adoção de quaisquer medidas de iniciativa do empregador que configurem indução ou instigação à esterilização genética, bem como a promoção do controle de natalidade.

3.1.1. Relação de trabalho e relação de emprego

Em primeiro lugar, entende-se por necessário expor alguns pontos do direito material do trabalho como o conceito de relação de emprego.

Pode-se definir a diferença entre relação de trabalho e emprego pelo critério de gênero e espécie. A relação de emprego é espécie do gênero relação de trabalho, podendo este envolver qualquer forma de labor, como por exemplo, o eventual, autônomo, avulso, etc. O contrato de emprego, por sua vez, trata da relação de empregado e empregador e possui alguns requisitos específicos, os quais serão explanados, como a subordinação, não-eventualidade, onerosidade, pessoalidade e deve ser necessariamente executado por pessoa física.

Mariângela Guerreiro Milhoranza e Maurício de Carvalho Góes explicam que: “(...) relação de trabalho é o gênero do qual a relação de emprego é uma espécie, vale dizer, toda a

⁷⁷ PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7855.htm. Acesso em 05 dez 2016

⁷⁸ Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho.

relação de emprego é relação de trabalho, mas a contrário sensu, nem toda relação de trabalho é relação de emprego”.⁷⁹

Como determina o art. 3º da CLT: “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”

Alice Monteiro de Barros leciona que empregado é pessoa física que presta serviços de natureza não-eventual a empregado e mediante salário e subordinação jurídica. Os serviços prestados podem ser natureza intelectual, manual ou técnica.⁸⁰

Deste modo, existem requisitos específicos para caracterização de uma relação de emprego os quais serão explicados brevemente nos parágrafos abaixo.

Necessariamente, o contratado deve ser uma pessoa física, sendo impossível a caracterização de uma relação de emprego se a parte contrata for uma pessoa jurídica. É necessário que o empregado trabalhe de maneira contínua, devendo existir continuidade nesta relação jurídica.

Outro requisito inerente ao este contrato é a onerosidade. Contudo, frisa que a expectativa de receber o salário (*ius contrahendi*) supre o requisito. Além disso, a pessoalidade do empregado também é elemento essencial, sendo vedada a fungibilidade devido ao seu caráter *intuitu personae*.

Por último, e não menos importante, a subordinação é o requisito principal para caracterização de uma relação de emprego. Frisa-se que a subordinação é tão somente jurídica, não importando os aspectos técnicos ou econômicos.

Sobre este requisito caracterizador, Nascimento explica que⁸¹:

⁷⁹ MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; GÓES, Maurício de Carvalho. **Notas sobre a distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego**. In: Justiça do Trabalho, Ano 25, n. 290, Porto Alegre: HS, 2008, p. 65.

⁸⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 237.

⁸¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 105.

Subordinação é uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia da sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.

Acerca do empregador o art. 2º § 1º da CLT dispõe que:

Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

Amauri Mascaro Nascimento explica que “empregador é o ente, dotado ou não de personalidade jurídica, com ou sem fim lucrativo, que tiver empregado.”⁸² A legislação concedeu ao empregador o chamado poder diretivo. Ou seja, o empregador dirige a prestação dos serviços, bem como tem o dever de fiscalizá-lo.

É impensável imaginar que a mulher não podia sequer contrair um contrato de vontade por vontade própria. O Código civil de 1916 estabelecia que a mulher se tonava absolutamente capaz aos 21 anos, passando a estar apta a praticar os atos da vida civil, contudo o casamento a colocava novamente na condição de relativamente incapaz, pois para que a mulher casada pudesse trabalhar, o marido deveria consentir. Permanecendo tal condição até a promulgação do Estatuto da Mulher casada (Lei nº 4.121/62). Esta lei permitiu que a mulher trabalhasse fora do lar, contudo o marido poderia rescindir o contrato de trabalho a qualquer tempo.⁸³

Especificamente, no que concerne à contratação do trabalho da mulher, esclarece-se que o art. 446 da CLT não está mais em vigor. Este determinava que:

Art. 446 - 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. (Revogado pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

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

⁸² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 137.

⁸³ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito e mudança social: O direito como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito// N° 2, segundo semestre de 2014, p.36.

física ou moral para o menor. (Revogado pela Medida provisória nº 89, de 1989) (Revogado pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989)

Observe-se que este dispositivo somente foi revogado em 1989 com a edição da Lei nº 7.855/89.

Não mais à presunção de autorização do trabalho da mulher casada, pois com dezoito anos mulheres e homens adquirem capacidade plena para fins trabalhistas.⁸⁴

Do ponto de vista constitucional e legal a diferença salarial entre homem e mulher, de acordo com art. art. 7º, XXX da Constituição Federal, assim como no art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, não é permitida. Igualmente, as peculiares relativas à equiparação salarial são disciplinadas pelo art. 464 da CLT, não havendo nenhuma distinção com relação ao gênero do empregado.⁸⁵

Também não há normatização diferente no que diz respeito aos intervalos (intrajornada e interjornada) dos homens e mulheres. Somente no caso de jornada extra que deverá ser concedido a mulher um intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos antes de seu início, conforme disposto no art. 384 da CLT e de descanso semanal remunerado de 24 horas (art. 385, caput da CLT), e a preferência de descanso aos domingos e feriados, segundo ordena a CLT nos artigos 385, § único e 386, sucessivamente.⁸⁶

Conclui-se que CLT não traz diferenças quanto ao trabalho feminino e masculino. Porém, o diploma legal leva em conta as condições fisiológicas peculiares à mulher, especialmente no concernente à maternidade, pois esta nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

Tem uma função social, pois dela depende a renovação das gerações. As medidas destinadas a proteger as mulheres em decorrência de gravidez ou de parto, vinculadas a um contrato de trabalho, não constituem discriminação; seu fundamento reside na salvaguarda da saúde da mulher e das futuras gerações.

⁸⁴ Informa-se que o instituto já havia disso revogado de maneira indireta pelo estatuto da mulher casada. MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 577.

⁸⁵ JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho - Tomo II**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 941.

⁸⁶ JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho - Tomo II**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 941.

3.1.2. Licença maternidade e estabilidade provisória no emprego

A maternidade desencadeia mudanças psicológicas, sociais e fisiológicas na vida da mulher, fazendo com que sejam necessárias medidas protetivas trabalhistas específicas para que seus direitos sejam resguardados.

Os cuidados começam logo na gestação, com a realização de exames pré-natais, por exemplo, e depois se estendem até os primeiros meses de vida da criança. Essas especificidades da gestação fazem com que a empregada necessite se ausentar do trabalho durante a gravidez e no período pós-parto. Como não é possível contar com a sensibilidade e entendimento dos empregadores para com as mulheres mães, neste período da vida, fez-se e (faz-se) necessária a atuação legislativa para salvaguardar os direitos femininos.

A proteção à maternidade alcançou *status* de direito social. O caráter social não diz respeito somente ao amparo às mulheres, mas também se relaciona com à defesa da família e das crianças.

As medidas protetivas, ainda, devem visar o combate da discriminação contra o trabalho feminino, pois este, infelizmente, tem tendência a ser agravado no período gestacional. Este que é um momento no qual o salário é imprescindível na vida da mulher, além ser o período de maior dificuldade para conseguir um novo emprego, devido, infelizmente, ao simples fato da mulher quedar-se em estado gestacional.

Além da preocupação com mulher, há também o direito do nascituro de possuir a presença constante da mãe, nos primeiros meses de vida, haja vista que por aspectos fisiológicos somente esta pode amamentá-lo, bem como o contato com a figura materna ajuda no desenvolvimento sensorial e motor da criança.

Neste sentido, explica Luciano Martinez⁸⁷

Perceba-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção. O art.

⁸⁷ MARTINEZ, Luciano. Curso de **Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 683

201, II, do texto Constitucional é claríssimo nesse sentido. Dispõe que a previdência social oferecerá “proteção à maternidade, especialmente à gestante”⁸⁸.

Ainda nesta defesa de raciocínio, Amauri Mascaro Nascimento sustenta que⁸⁹:

Fundamento Social: interessa à sociedade a defesa da família, daí por que o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido, de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais. O filho em idade de amamentação precisa da presença da mãe. A mulher, por ocasião do parto, precisa de repouso conveniente. O tempo dedicado pela mulher ao trabalho fora de casa não deve ser um entrave a impossibilitar-lhe o cumprimento dos seus deveres domésticos.

Conclui-se que pelos motivos acima expostos, o direito deve agir afim de promover e resguardar as mulheres, neste momento da vida, bem como a da criança que nasce, visando, em concomitância, combater a discriminação.

Historicamente, a mulher sempre foi vítima de preconceito e discriminação, no meio social, familiar e ambiente de trabalho.

A revolução industrial, iniciada no século XVIII, e, posteriormente nos períodos da primeira e segunda guerra mundial, no século XX, desencadeou uma explosão de mulheres no mercado de trabalho. Frisa-se que este fenômeno ocorreu não por motivos de inserção, mas devido à necessidade de mão de obra, nestes momentos históricos. Contudo, o grande número de mulheres no mercado de trabalho não impediu a exploração, mediante excessivas jornadas de trabalho e a discriminação.

No tocante a maternidade, a proteção legislativa sempre caminhou de forma lenta. Uma das pioneiras na luta pelos direitos da gestante, foi a professora primária Briget Peixoto de Nova York. Ela fora demitida da escola onde trabalhava por estar grávida, sob alegação de “negligência do dever com propósito de dar à luz.” A mulher não aceitou a demissão e declarou que⁹⁰:

⁸⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 683.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 898.

⁹⁰ New York Times, 29 de Maio de 1913, pág.7; NYT 11 de Junho de 1913; NYT 23 Junho de 1913; NYT 26 Julho de 1913; NYT 11 de Janeiro de 1914; NYT 2 de Novembro de 1914; NYT 15 de Dezembro de 1914; NYT 12 de Janeiro de 1915; NYT 12 de Abril de 1972.

Contestarei o caso até ao fim. O Conselho Educativo, ao permitir que mulheres casadas ensinem ao mesmo tempo que as proíbe de cumprirem uma função fundamental do casamento, está a agir de forma ilegal. É absolutamente imoral e não será apoiado por nenhum tribunal. Em nenhum lado se pode proclamar a maternidade como uma negligência do dever. É permitido às mulheres casadas ensinarem nas escolas públicas, mas negasse-lhes tempo para que tenham filhos.

Em uma decisão judicial histórica, em janeiro de 1925, Bridget é reabilitada na sua função, além de direito ao pagamento de indenização.⁹¹

Especificamente no que diz respeito à evolução das medidas protetivas à gestante no Brasil, a licença maternidade surgiu no Brasil em 1943, com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, a CLT. Lembra-se que a licença era de 84 dias e tinha que ser paga pelo empregador, o que gerava uma restrição das mulheres no mercado de trabalho.

As décadas seguintes trouxeram um período conquistado para as mulheres em termos de liberdade e espaço profissional. Para garantir esse movimento, a Organização Internacional do Trabalho recomendava que os custos da licença maternidade passassem a ser pagos pela Previdência Social. A partir de 1973, isso aconteceu no país. Mas, infelizmente, a mulher gestante não tinha garantia de emprego, e muitos empregadores dispensavam as grávidas, mesmo que a Previdência arcasse com a licença.

A constituição de 1988, foi um marco no que se refere ao assunto estudado. A seguir, será analisado como a licença maternidade e estabilidade provisória no emprego é hoje tratada no Brasil.

No Brasil, antes da licença maternidade e estabilidade provisória, serem garantias constitucionais, eram regulamentados por lei ordinária, sendo de 90 (noventa) dias o prazo da licença. A CLT versava: no seu artigo 393, “caput”: *“É proibido o trabalho da mulher grávida no período de 4 (quatro) semanas antes e 8 (oito) semanas depois do parto”*. Contudo, a Lei Magna ampliou o prazo da licença maternidade para 120 (cento e vinte) dias, conforme previsto no art. 7º, inciso XVIII. Além disso, a Constituição criou a licença

⁹¹ Referências a Bridget Peixotto e ao seu caso: The Public Papers of Margaret Sanger / Her Works Praise Her: A History of Jewish Women in America from Colonial Times to the Present / JSTOR: The Elementary School Journal: Vol. 25, No. 9 (May, 1925), pp. 692-695 / Everybody’s Paid But the Teacher ... / DISMISSAL OF TEACHER BECAUSE OF PREGNANCY

paternidade, cuja regulamentação será estabelecida em lei, sendo o período de duração desta licença fixado, provisoriamente, em cinco dias (ADCT, art. 10, § 1º).

Sobre a licença paternidade, esclarece Maurício Godinho Delgado⁹²

No que tange à licença paternidade (5 dias: art. 10, parágrafo 1º do ADCT), a diferença de prazo da licença gestante em face da elevação concedida pelo art. 7º, XVIII, CF/88, surgiu polêmica, logo após 5.10.88, sobre o efeito imediato dos dispositivos instituidores de tais parcelas. Contudo, sempre nos pareceu inquestionáveis que as normas respectivas ingressaram com imediata vigência na ordem jurídica, tão logo promulgada a nova Constituição. Assim, caberia ao empregador o ônus de garantir tais parcelas, até que a regra previdenciária específica transferisse ao INSS a responsabilidade pelas verbas constitucionais instituídas. A vigência imediata dos preceitos do art. 7º constitucional era determinação da mesma Constituição (art. 5º, parágrafo 1º, da CF) que excepuava somente as hipóteses normativas em que a própria norma instituidora condicionasse sua incidência e eficácia à publicação de diploma infraconstitucional regulamentador. No caso da licença paternidade, isso claramente não ocorreu, à luz do próprio caráter transitório do art. 10, parágrafo 1º, do ADCT (que fixava provisoriamente, em cinco dias, o prazo da licença paternidade).

No referente ao custeio da licença maternidade, a Lei nº 6.332/76⁹³ alterou a Lei nº 6136/74, transformando a Previdência Social no sujeito passivo da obrigação do pagamento dos salários e demais verbas que a mulher faz jus no período de licença maternidade. Esta reembolsa o empregador quantias pagas no mencionado período, por desconto ou compensação nas guias de recolhimento, naqueles meses em que tais ocorrências se verificavam. Explica-se que antes da lei 6.332/76, o empregador era responsável pelo pagamento de todos os encargos, fato que prejudicava ainda mais a inserção e discriminação da mulher no mercado de trabalho, pois o empregador não queria correr o risco da empregada ficar grávida e ter que arcar com as despesas.

A seguir segue o texto da Lei 6.332/76 que regulamenta o assunto estudado acima:

Art. 9º O artigo 2º da Lei número 6.136, de 7 de novembro de 1974, passa a vigorar com a seguinte redação.

"Art. 2º O salário-maternidade, que corresponderá à vantagem consubstanciada no artigo 393 da Consolidação das Leis do Trabalho, terá sua concessão e manutenção pautadas pelo disposto nos artigos 392, 393 e 395 da referida Consolidação, cumprindo às empresas efetuar os respectivos pagamentos.

⁹² GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.384.

⁹³ Autoriza reajustamento adicional de benefícios previdenciários, nos casos que especifica, altera tetos de contribuição e dá nova redação a dispositivos da Lei nº 6.136, de 7 de novembro de 1974, que "inclui o salário-maternidade entre as prestações da Previdência Social".

§ 1º O valor bruto do salário-maternidade pago à empregada, aí incluída a contribuição dele descontada para a previdência social, será deduzido do montante que as empresas recolhem mensalmente ao INPS a título de contribuições previdenciárias.

§ 2º Não se aplicam ao cálculo do valor do salário-maternidade as restrições contidas no § 4º, do artigo 3º, da citada Lei número 5.890, e no inciso III, do seu artigo 5º.

§ 3º Serão fornecidos pela previdência social os atestados médicos de que tratam os §§ 1º e 2º do artigo 392, da Consolidação das Leis do Trabalho."

A Constituição determina no art. 195, parágrafo 5º da CF que: *“nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio social”*. Logo, a Previdência Social não podia, sem lei específica, assumir a responsabilidade pelo pagamento do acréscimo relativo ao afastamento da gestante. Esta responsabilidade ficava a encargo do próprio empregador: *“É que o direito ao afastamento remunerado, instituído com vigência imediata, deriva da relação de emprego”*, nas palavras de Godinho.⁹⁴

Conclui-se que o lapso de afastamento se constituía em simples interrupção da prestação de serviços, até que norma distinta lhe conferisse outra qualidade jurídica, transferindo os ônus à Previdência Social.

A partir de 27.07.91, mediante a lei nº 8.213/91 (Lei dos planos de benefícios da previdência), conforme o texto legal transcrito abaixo:

Art. 73. Assegurado o valor de um salário-mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas, pago diretamente pela Previdência Social, consistirá: (Redação dada pela Lei nº 10.710, de 5.8.2003)

I - em um valor correspondente ao do seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial; (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas. (Incluído pela lei nº 9.876, de 26.11.99)

A gestante desde a confirmação da gravidez, até 5 meses após o parto, tem estabilidade no emprego, não podendo sofrer despedida arbitrária ou sem justa causa, somente sujeita à dispensa por motivos de ordem técnica, econômico-financeira ou disciplinar (falta grave).

⁹⁴ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p.384.

A doutrina e jurisprudência adotaram como regra a chamada teoria objetiva para configuração da estabilidade da gestante sendo relevante apenas a confirmação da gravidez pela própria gestante, não importando se o empregador tinha ou não conhecimento da gravidez da obreira. O *simples fato de estar grávida* (nosso grifo) já confere à empregada gestante o direito à estabilidade. Vale mencionar que a Constituição garante à gestante o emprego, e não meramente a indenização dos salários de período de estabilidade. Portanto, quando a gestante for dispensada arbitrariamente deverá postular na Justiça do Trabalho sua reintegração e não somente a indenização dos salários do período.

Sobre o tema estudado, cabe destacar a súmula 244 do TST, com redação dada pela Súmula 244

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.

Nos termos da Súmula 244 do TST, acima transcrita, a garantia de emprego à gestante só autoriza a sua reintegração se está se der no período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Provando a empregada que já se encontrava grávida antes da concessão de aviso prévio, mesmo tendo sido o aviso indenizado, fará jus à estabilidade.

3.1.3. A lei 11.770/08 - Programa Empresa Cidadã

A licença-maternidade de seis meses é um projeto oriundo da Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), em parceria com a senadora Patrícia Saboya. O doutor Dioclécio Campos Júnior – então presidente da SBP (sociedade brasileira de pediatria), em julho de 2005, foi o idealizador da proposta e escreveu o anteprojeto de lei e entregando-o para a senadora Patrícia Saboya. Desta forma, iniciou-se a campanha “*Licença-maternidade. Seis meses é melhor!*”. Em agosto de 2005, a senadora Patrícia apresentou o PL ao Congresso Nacional, sendo aprovado somente em 2008. Em dezembro de 2009, o ressarcimento fiscal às empresas foi

previsto no Orçamento da União. Com isso, o Programa Empresa Cidadã foi regulamentado, pelo Decreto Nº 7.052, de 23 de dezembro de 2009, publicado no Diário Oficial da União. Em janeiro de 2010, veio a regulamentação da Receita Federal.⁹⁵

A Constituição prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias de licença maternidade, conforme art. 7º, inciso XVIII⁹⁶. Contudo, a Lei nº 11.770/08 inovou em relação à licença maternidade, pois concedeu um período adicional de 60 (sessenta) dias de licença, perfazendo, portanto, um total de 180 (cento e oitenta) dias. Isto desde que a empresa faça parte do programa empresa cidadã, sendo sua adesão facultativa às empresas. As que decidirem por aderi-lo, restará a obrigação de prorrogação do prazo da licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias. Explica-se, ainda, que durante o período prorrogado, a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios devido à gestante é da empresa e não da previdência pública. Contudo, a empresa auferirá a vantagem de deduzir o respectivo valor do imposto de renda.

Conforme determinação legal, é necessário que a empregada deva requerer a prorrogação até o final do primeiro mês após o parto, sendo esta concedida imediatamente após a fruição da licença maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal. A lei 11.770/08 também garante o aumento do lapso temporal da licença à empregada que adotar ou obtiver a guarda judicial para fins de adoção da criança. A obreira terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); contudo a empregada não poderá exercer nenhuma atividade remunerada durante o período do afastamento, sob pena de perder o direito à prorrogação.

Destaca-se abaixo os artigos da lei que versam sobre o exposto acima:

Art.1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
 I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
 II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições

⁹⁵ Consultado em: <http://www.sbp.com.br/campanhas/em-andamento/licenca-maternidade-6-meses-e-melhor/>. Acesso em. 26 de nov 2016.

⁹⁶ Ver art. artigo 392 da CLT

Constitucionais Transitórias. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

§ 1º A prorrogação de que trata este artigo: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

I - será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e será concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - será garantida ao empregado da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que o empregado a requeira no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 2º A prorrogação será garantida, na mesma proporção, à empregada e ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

Art. 3º Durante o período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

I - a empregada terá direito à remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS); (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

II - o empregado terá direito à remuneração integral. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 4º No período de prorrogação da licença-maternidade e da licença-paternidade de que trata esta Lei, a empregada e o empregado não poderão exercer nenhuma atividade remunerada, e a criança deverá ser mantida sob seus cuidados. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. Em caso de descumprimento do disposto no **caput** deste artigo, a empregada e o empregado perderão o direito à prorrogação. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada e do empregado pago nos dias de prorrogação de sua licença-maternidade e de sua licença-paternidade, vedada a dedução como despesa operacional. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Parágrafo único. (VETADO)

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º O Poder Executivo, com vistas no cumprimento do disposto no inciso II do caput do art. 5º e nos arts. 12 e 14 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, estimará o montante da renúncia fiscal decorrente do disposto nesta Lei e o incluirá no demonstrativo a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição Federal, que acompanhará o projeto de lei orçamentária cuja apresentação se der após decorridos 60 (sessenta) dias da publicação desta Lei.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do exercício subsequente àquele em que for implementado o disposto no seu art. 7º.

3.1.3.1.Licença paternidade: Um paralelo

Assim como as mulheres têm direito à licença-maternidade e ao salário maternidade, os homens trabalhadores também fazem jus à licença paternidade⁹⁷ de 5 (cinco) dias, conforme determina o Art.7º, XIX Constituição Federal de 1988, e art. 10, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O objetivo é que o homem esteja mais próximo do bebê recém-nascido e ajude a mãe nos processos pós-operatórios.

A recente Lei 13.257/16, estabeleceu princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de *políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano*, indo ao encontro dos princípios previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A referida Lei 13.257/2016 também alterou, dentre outras, a Lei 11.770/2008, bem como acrescento os incisos X e XII ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho, abaixo expostos:

Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário: Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)
 X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
 XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

Sobre o tema, a Lei nº 13.257/2016, alterando a Lei nº 11.770/08, passou a prever que é instituído o *Programa Empresa Cidadã*, destinado a prorrogar, além dos 60 (sessenta) dias da licença maternidade, a licença paternidade por 15 dias. Além dos cinco dias estabelecidos no art. 10, § 1º, do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Para tanto o empregado deve requerer a prorrogação no prazo de 2 (dois) dias úteis após o parto e *comprove participação em programa ou atividade de orientação sobre paternidade responsável*.

Destaca-se que a prorrogação é garantida na mesma proporção que ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança. Além disso, a referida licença e eventual prorrogação não é benefício previdenciário, mas sim interrupção⁹⁸ do contrato de

⁹⁷ Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a conceder o benefício da licença-paternidade, ainda que não seja efetivamente considerado como modalidade de política pública.

⁹⁸ Sobre o tema interrupção do contrato de trabalho, Sérgio Pinto Martins leciona que: “Haverá interrupção quando o empregado for remunerado normalmente, embora não preste serviços, contando-se também seu tempo

trabalho, haja vista a ausência de prestação de serviço pelo empregado, sendo então o salário pago pelo empregador.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁹⁹:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO PATERNIDADE. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). Incide contribuição previdenciária a cargo da empresa sobre os valores pagos a título de salário paternidade. Esse salário refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (arts. 7º, XIX, da CF; art. 473, III, da CLT; e 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário-maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária. Ademais, ressalte-se que o salário paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários. Precedente citado: AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218-SP, Segunda Turma, DJe 9/11/2009. STJ – 1ª Seção. REsp 1.230.957-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 26/2/2014.

Assim como na licença maternidade, na licença paternidade o empregado não está autorizado a exercer nenhuma atividade remunerada, e a criança deve ser mantida sob seus cuidados, sob pena de perda da prorrogação do benefício.

Faz-se necessário analisar possibilidade de prorrogação da licença-paternidade à luz das medidas protetivas ao direito da mulher, pois a sobrecarga do trabalho no lar impacta diretamente o trabalho da mulher.

Sobre o assunto, a coordenadora de Igualdade e Gênero do IPEA - Natália Fontoura - sugere uma licença paternidade maior, bem como licenças paternas que tanto mulheres quanto homens poderiam usar para resolver emergências dos filhos. “Isso muda a visão do empregador. Se qualquer um pode tirar essa licença, na hora de escolher entre uma mulher ou um homem, a mulher não será mais discriminada, além de o pai ganhar mais tempo para a família”.¹⁰⁰

de serviço, mostrando a existência de uma cessação provisória e parcial dos efeitos do contrato de trabalho.” MARTINS, Sérgio. *Direito do Trabalho*, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2003. p.317.

⁹⁹ Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=REsp.+1.230.957%2FRS.&c=>. Acesso em 28 nov. 2016.

¹⁰⁰ IPEA -Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=825:sobrecarga-no-lar-impacta-ascensao-feminina-no-trabalho&catid=10:disoc&directory=1. Acesso em 02 dez. 2016.

3.1.4. O labor feminino em jornada extraordinária

Neste ponto da presente monografia será estudada a jornada de trabalho da mulher, analisando o texto legal da CLT, as especificidades e evolução deste assunto no que se refere ao trabalho feminino. Por derradeiro será analisado a evolução jurisprudência referente ao art. 384 da CLT.

Em primeiro lugar, entende-se por necessário realizar uma breve explanação sobre as características da jornada de trabalho, especialmente no que que tocante ao labor extraordinário.

Explica-se que as horas extras são aquelas prestadas além do horário contratual, legal ou normativo, que devem ser remuneradas com adicional respectivo. A hora extra pode ser realizada tanto antes do início do expediente, como após seu término normal ou durante os intervalos destinados a repouso e alimentação. Observe-se que as horas extras também podem ser denominada de horas extraordinárias ou horas suplementares.¹⁰¹

O acordo para realização de horas extras é um ajuste de vontade feito pelas partes para que a jornada de trabalho possa ser prorrogada além do limite legal, mediante o pagamento de adicional de horas extras, como determina o art. 7º, XVI da CF/88: *a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.*¹⁰²

O art. 59 da CLT permite que as partes pactuem a prorrogação da jornada de trabalho. O acordo deve ser necessariamente escrito, contudo poderá ser um adendo ao referido contrato ou inserido no próprio pacto laboral. Pode, ainda, ser feito por meio de acordo ou convenção coletiva. Mesmo que não haja acordo entre as partes para prorrogação da jornada, o empregado poderá reivindicar em processo trabalhista as horas extras como adicional.¹⁰³

No tocante às mulheres é necessário um parêntese especial sobre a evolução legislativa sobre o assunto e como é a previsão da CLT atualmente. Frisa-se que aos 18 (dezoito) anos, a mulher adquire a capacidade plena para os fins trabalhistas. *Não mais vigora o art. 446 da*

101 MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. – 2012. p.533.

102 Ibidem.

103 Ibidem.

CLT (Grifo Nosso), que presumia autorizado o trabalho da mulher casada, pois este dispositivo já estava revogado indiretamente pelo Estatuto da mulher casada (Lei nº 4.121/62). No entanto, a Lei nº 7.855/89 revogou definitivamente este artigo. Sendo a duração de trabalho da mulher é igual à de qualquer outro trabalhador, sendo 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, conforme art.7º, XIII da Constituição.

A lei nº 7.855/89 revogou os artigos 374 e 375 da *CLT*, que tratavam da prorrogação e compensação da jornada da mulher. Quanto à compensação, ela só pode ser feita mediante acordo ou convenção coletiva, como já era a previsão do art. 374 da *CLT* e da Súmula 108 do TST. A mulher pode livremente prorrogar a sua jornada de trabalho, não tendo como pré-requisito casos excepcionais ou de força maior, fazendo horas extras, tendo sido o art. 376 da *CLT* revogado pela Lei nº 10.244/01.¹⁰⁴

Sobre a prorrogação de jornada, leciona Maurício Godinho Delgado¹⁰⁵:

O art. 376 da *CLT* estabelecia que “somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convenicionado. O art. 375 colocava como pré-requisito à dilação da jornada da mulher, a liberação da obreira mediante atestado médico oficial. Este dispositivo foi expressamente revogado pela Lei n.7855/89 (lei que procurou adaptar a *CLT* aos preceitos constitucionais de 1988, dentre outros).

O art. 384 da *CLT* está localizado no capítulo que versa sobre a proteção ao trabalho da mulher e dispõe que: Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

Explica-se que a determinação do referido acima já foi considerada inconstitucional pelo TST, conforme demonstrado no julgado sobre o tema:

RECURSO DE EMBARGOS. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NO R MAL. ARTIGO 384 DA *CLT*. NÃO RECE P ÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA *CLT* RECONHECIDA . O art. 384 da *CLT* está inserido no capítulo que se destina à proteção do trabalho da mulher e contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infra constitucional não

¹⁰⁴ MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 28ª Ed. São Paulo: Atlas S.A. – 2012. p.621.

¹⁰⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª Ed. São Paulo: LTr – 2012. p. 941.

foi recepcionado pela Constituição Federal ao consagrar no inciso I do art. 5º, que homens e mulheres -são iguais em direitos e obrigações-. A história da humanidade, e mesmo a do Brasil, é suficiente para reconhecer que a mulher foi expropriada de garantias que apenas eram dirigidas aos homens e é esse o contexto constitucional em que é inserida a regra. Os direitos e obrigações a que se igualam homens e mulheres apenas viabilizam a estipulação de jornada diferenciada quando houver necessidade da distinção, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica. As únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher diz respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não é o caso, quando se examina apenas o intervalo previsto no art. 384 da CLT, para ser aplicado apenas à jornada de trabalho da mulher intervalo este em prorrogação de jornada, que não encontra distinção entre homem e mulher. Embargos conhecidos e providos.(TST - E-RR: 3886003120005090071 388600-31.2000.5.09.0071, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 31/03/2008, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais,, Data de Publicação: DJ 25/04/2008.)¹⁰⁶

Contudo, o entendimento acima não prevaleceu, pois, o Pleno do TST rejeitou o incidente de inconstitucionalidade do artigo estudado, como fica exposto na ementa exposta abaixo:

II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 384 DA CLT. O Tribunal Pleno desta Corte Superior, no julgamento do TST-IIN-RR - 154000-83.2005.5.12.0046, ocorrido na sessão realizada aos 17/11/2008, decidiu que o artigo 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal, pois a concessão de condições especiais à mulher não fere o princípio da igualdade entre homens e mulheres, contido no artigo 5º, I, da Constituição Federal. Por outro lado, a consequência da não concessão do intervalo previsto no art. 384 da CLT é o pagamento do período correspondente com adicional de pelo menos 50%, por analogia ao art. 71, § 4º, da CLT. Precedentes desta Corte. Inviável o processamento do recurso de revista, nos termos do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333 desta Corte. Recurso de revista de que não se conhece. 2. ASSÉDIO. TRANSFERÊNCIA DE CIDADE. COLOCAÇÃO DO EMPREGADO COMO RESERVA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. O ato da empresa tido como ofensivo consistiu na transferência da empregada a outro município e na sua colocação como reserva, cobrindo faltas de outros vigilantes. Apesar de o E. Regional mencionar a ocorrência de assédio moral e perseguição, não há, no v. acórdão, elementos fáticos que amparem essa conclusão, tratando-se, pois, de mera ilação com base na transferência havida. Por outro lado, mesmo considerada a transferência como um ilícito trabalhista para fins de aplicação da rescisão indireta, a determinação patronal não traz em seu bojo, de modo objetivo, tampouco presumido, ou indireto, qualquer conduta discriminatória, autorizadora de reparação indenizatória, nos termos a que alude o art. 5º, X, da Constituição Federal. A jurisprudência desta C. Corte é firme no sentido de que o mero descumprimento de obrigações trabalhistas, por si só, não enseja o reconhecimento de dano moral, o qual somente se concretiza quando demonstrada a conduta discriminatória perpetrada pelo empregador, circunstância essa não ocorrida no presente caso. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2013980/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-3886003120005090071-388600-3120005090071/inteiro-teor-10363940>. Acesso em: 28 nov. 2016.

¹⁰⁷ TST - Disponível em: <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186840310/recurso-de-revista-rr-36875820135120005>. Acesso em: 28 nov. 2016.

(TST - RR: 36875820135120005, Data de Julgamento: 06/05/2015, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015)

Na mesmo sentindo, em 2014, o STF ratificou o entendimento pela constitucionalidade ao intervalo de 15 (quinze) minutos que antecedem a jornada extraordinária feminina.

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso não provido. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 528 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na internet. 2. O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras. (STF - RE: 658312 SANTA CATARINA, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/11/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 10/02/2015)¹⁰⁸

A Constituição de 1988 estabeleceu cláusula a específica de igualdade de gênero, admitindo, contudo, em paralelo a possibilidade de tratamento diferenciado, devido à “histórica exclusão da mulher do mercado de trabalho”; a existência de “um componente orgânico, biológico, inclusive pela menor resistência física da mulher”; dupla jornada realizada pelas mulheres trabalhadoras, ou seja, o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no trabalho – “que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma”, conforme o ministro Dias Toffoli no julgamento do RE 658.312 SC.¹⁰⁹

Há que se concluir que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Carta Magna. O trabalho contínuo impõe à mulher o necessário período de descanso, para que ela se recupere e se mantenha apta a continuar com suas atividades laborais em regulares condições de segurança, ficando protegida, inclusive, riscos de acidentes e de doenças profissionais, acrescido ao fato que o período de descanso contribui para a melhoria do meio ambiente de

¹⁰⁸ STF. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630607/recurso-extraordinario-re-658312-santa-catarina/inteiro-teor-311630613>. Acesso em: 28. Nov. 2016.

¹⁰⁹ STF. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311630607/recurso-extraordinario-re-658312-santa-catarina/inteiro-teor-311630613>. Acesso em: 28. Nov. 2016.

trabalho, conforme exigências dos arts. 7º, inciso XXII e 200, incisos II e VIII, da Constituição Federal.¹¹⁰

Portanto, entende-se que o dispositivo não viola o art. 7º, inciso XXX, da Constituição Federal, uma vez em que não diz respeito a tratamento diferenciado quanto ao salário a ser pago a homens e mulheres, a critérios diferenciados de admissão, ou mesmo a exercício de funções diversas entre diversos gêneros, não gerando, no plano de sua eficácia, prejuízos ao mercado de trabalho feminino. Ademais, o intervalo previsto no art. 384 da CLT só tem cabimento quando a trabalhadora labora, ordinariamente, com jornada superior ao limite permitido pela lei e o empregador exige.¹¹¹

3.2. Lei 13.363/16 - Direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante e para o advogado que se tornar pai

O artigo da Lei 13.663/16 altera a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), estabelecendo a advogada gestante que entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X; r reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais; preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia, mediante comprovação de sua condição; adotante ou que der à luz, suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, desde que haja notificação por escrito ao cliente.

A lei ainda altera o artigo 313 do CPC (Código de Processo Civil) estabelecendo que haverá suspensão dos prazos processuais por 30 (trinta) dias pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa e suspensão de 8 (oito) dias quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai. Ambas as suspensões necessitam apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente¹¹²

A lei 13.663/16 é uma conquista no ordenamento jurídico para as mulheres advogadas. A norma foi proposta pela advogada Daniela Teixeira, após um episódio, no exercício de sua profissão, evidentemente, indigno para sua condição gestacional. Ocorre que com 29 semanas

¹¹⁰ STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2016.

¹¹¹ Ibidem

¹¹² PLANALTO. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13363.htm. Acesso em: 02 dez 2016.

de gravidez, na realização de uma sustentação oral no CNJ (Conselho Nacional de Justiça) foi-lhe negado o direito de preferência, tendo que esperar horas ver seu processo ser apregoadado. Fato que desencadeou o nascimento prematuro de sua filha, notando-se que a origem da referida lei reside na ausência de sensibilidade e garantia de direitos para a condição gestacional da mulher¹¹³.

3.3. A condição feminina e a elaboração de um Estatuto próprio para o trabalho para regulação do trabalho da mulher

A Constituição de 1988 firmou o compromisso de construir uma sociedade democrática e pluralista, que promova o bem de todos, bem como exaltou o princípio da dignidade humana e visa a não discriminação. Porém é necessário fazer uma análise crítica, observando como o direito desempenha seu papel, na promoção de uma sociedade mais igualitária, especificamente no que concerne à igualdade de gênero.

Como vem sendo estudado, as mulheres na Constituição de 1988 tiveram diversos direitos garantidos formalmente, tais como a licença maternidade, a determinação de incentivos específicos ao seu mercado de trabalho, o mandamento da não discriminação e até mesmo a licença paternidade.

Sobre o assunto a mulher na Constituição, explica Marlise Matos que¹¹⁴:

A Constituição de 1988 sofreu forte influência do movimento feminista, que ganhara força em todo mundo nas décadas que antecederam sua edição. O feminismo reconstruiu as bases de uma ativa participação das mulheres, dessa vez especialmente organizadas em movimentos sociais para fazer o legítimo enfrentamento às ditaduras e, depois, com sua queda, participar efetivamente da sua superação e reconstrução da nação.

Ainda sobre o tema explica Patrícia Tuma Martins Bertolin considera que a Constituição de 1988 garantiu o direito à igualdade entre homens e mulheres e ampliou os direitos da maternidade (licença da gestante, estabilidade provisória da gestante, assistência aos filhos em creches e pré-escolas). O art. 7º, XXX da CF/88 proibiu a discriminação em

¹¹³MIGALHAS. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI249628,31047-Nova+lei+altera+CPC+e+Estatuto+da+Advocacia>. Acesso em: 02 dez. 2016.

¹¹⁴ MATOS, Marlise. **Recentes dilemas as Democracias e do desenvolvimento: por que precisamos de mais mulheres na política?** In Sinais Sociais. Sesc – Serviço Social do Comércio, Administração Nacional. Vol. 5, Nº 17, setembro-dezembro/2011, p.112.

razão de sexo, bem como o art. 7º, XX da CF/88 trouxe o mandamento de proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.¹¹⁵

Contudo, apesar de todas essas garantias legais, a mulher ainda é discriminada no mercado de trabalho, possuem salários inferiores aos dos homens e é, infelizmente, vítima de preconceito devido à maternidade. No que se refere à maternidade, muitas, apesar da garantia da licença constitucional de 120 (cento e vinte) dias, sentem-se impelidas a voltar o mais o rápido ao mercado de trabalho por medo de ficarem para “trás” na vida profissional ou até mesmo com receio de serem demitidas, assim que o prazo da licença chegar ao fim.

Sobre a posição da mulher no espaço social, destaca Pierre Bourdieu¹¹⁶:

Qualquer que seja a sua posição no espaço social, as mulheres têm em comum o fato de estarem separadas dos homens por um coeficiente simbólico negativo, que tal como a cor da pele para os negros, ou qualquer outro sinal de pertencer a um grupo social estigmatizado, afeta negativamente tudo o que elas são e fazem, e está na própria base de um conjunto de diferenças homólogas...

Nesta linha de pensamento, evidencia-se que o trabalho das mulheres, infelizmente, ainda possui o estigma da desigualdade, apesar da evolução legislativa concernente o tema. Elas estão mais sujeitas a trabalhar na informalidade, a realizar os trabalhos domiciliares, assim como estão expostas à segregação ocupacional e ao desemprego. Tudo isso somado ao fato de que as mulheres se dividem entre responsabilidades familiares e profissionais, estando sujeitos a várias jornadas, dependendo, muitas vezes, do consentimento da família para alcançar o sucesso profissional.¹¹⁷

Sobre a habilidade natural para o trabalho doméstico e a naturalidade do exercício da dupla jornada, destaca Pascale Molinier¹¹⁸

Em outras palavras, a ética do care não emana somente das mulheres. Trata-se aqui de um ponto importante, pois ele desnaturaliza duplamente aquela voz diferente,

¹¹⁵ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito e mudança social: O direito como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito// N° 2, segundo semestre de 2014, p.36.

¹¹⁶ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 10ª ed. RJ: Bertrand Brasil, 2011, p.111.

¹¹⁷ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito e mudança social: O direito como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito// N° 2, segundo semestre de 2014, p.37.

¹¹⁸ MOLINIER, Pascale. Ética e trabalho do care, In HIRAT, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araújo (org.) **Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho care**. SP.: Ed. Atlas, 2012, pp. 29-59,

primeiramente situando seu surgimento não numa pretensa natureza biológica (das mulheres), mas numa atividade, o trabalho doméstico e de care, e também operando divisões sociais no grupo das mulheres

Diante do questionamento sobre o papel do Direito ante a igualdade de gênero, conforme se verifica no presente estudo, ele pode atuar como instrumento de poder e opressão de grupos minoritários. O direito assegurou com as suas normas uma sociedade androcêntrica e que só, recentemente, a partir da Constituição de 1988, se comprometeu em construir uma sociedade mais igualitária.¹¹⁹

Nesta linha de pensamento, qual seja, a construção de uma sociedade igualitária entre homens e mulheres e livre de discriminação, faz-se necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade. Neste domínio, uma correta avaliação do Direito só é possível, se para além da letra da lei, analisarem-se as consequências para o indivíduo¹²⁰.

As necessidades e pensamentos dos homens dominam de forma predominante o universo legislativo, sendo “*a diferença entre sexos tão profunda que quase se torna invisível*”, nas palavras de Firestone¹²¹.

Com base nisso, será defendido o direito das mulheres, a partir de discriminações positivas, com a criação de normas específicas que observam suas peculiaridades

Nas palavras de Tove Stang Dahl¹²²:

O objetivo do direito das mulheres é descrever, explicar e entender a situação jurídica das mulheres com objetivo preciso de melhorar o estatuto das mulheres na Lei e na sociedade.

Os estudos sobre as mulheres têm dedicado grande atenção à natureza e às formas de opressão das mulheres. Como resultado dessa análise, foram descritas e explicadas numerosas disparidades injustificáveis entre mulheres e homens, e entre as próprias mulheres. Neste sentido, até agora, os estudos sobre as mulheres têm sido, em grande medida, estudos da desgraça. E o mesmo pode dizer-se do Direito das

¹¹⁹ BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito e mudança social: O direito como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito// N° 2, segundo semestre de 2014, p.38.

¹²⁰ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.4.

¹²¹ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21, Apud FIRESTONE, Sulamith. *The Dialectics of sex*. New York: Wiliam Morrow.

¹²², DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**, Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21.

Mulheres que tem revelado a existência de grandes desigualdades entre os direitos das mulheres e os dos homens, por exemplo, nos domínios do Direito da Segurança Social e do *Direito do trabalho remunerado* (Grifo nosso). Também tem sido matéria de estudo a forma como as mulheres são vítimas da violência masculina e de coação sexual.

Na mesma linha de pensamento Maria Garcia¹²³ explica que:

Como ciência jurídica, o Direito das Mulheres dirige-se a representar uma disciplina jurídica interdisciplinar, centrada na pessoa: a importância da personalidade, estado e capacidade, que quanto aos direitos individuais em geral, que quanto ao estatuto jurídico dos grupos em especial, princípios orientadores das políticas, na perspectiva das mulheres.

Neste sentido, com enfoque nas condições da mulher no direito do trabalho, sustenta-se a necessidade da criação de um Estatuto trabalhista feminino, inspirado no Direito das Mulheres, conforme explicado acima. O objetivo do estatuto seria o de melhorar a situação da mulher no mercado de trabalho, levando em consideração todos os aspectos peculiares do gênero feminino, como a maternidade aspectos fisiológicos que lhe são inerentes como, por exemplo, alterações hormonais.

A criação de um Estatuto Trabalhista somente para mulheres poderá ser alvo críticas, sob argumento da prévia existência de diversas leis e mandamentos constitucionais que garantem os seus direitos. Contudo, este pensamento pode ser facilmente superado, pois evidencia-se que a pulverização de leis infraconstitucionais¹²⁴ sobre o assunto e, até mesmo, os mandamentos constitucionais da não discriminação e incentivo ao mercado de trabalho feminino, não se mostram suficientes e eficazes na garantia material de direitos.

Afirma-se que isso ocorre pois, na realidade, historicamente o interesse da mulher vem sendo pensado e legislado por homens, sendo necessário uma visão feminista na criação do direito. Sobre o tema, defende Tove Stang Dahl que:

À medida que as mulheres forem aumentando a sua participação no Estado – como políticas, beneficiárias da Segurança Social e trabalhadoras remuneradas – é bem possível que a lógica subjacente a um paternalismo generalizado, determinado pelo gênero, vá enfraquecendo¹²⁵.

¹²³ GARCIA, Maria, GAMBÁ, Juliane Caravieri e MONTAL Zélia Cardoso (Orgs). **Biodireito constitucional: Questões atuais**. Ed. Elsevier, 2012., p. 429.

¹²⁴ Sobre a legislação do trabalho brasileira que versa sobre o trabalho feminino, ver capítulo 03.

¹²⁵ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**, Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21.

Valendo-se do entendimento de Maria Garcia, expostos todos os pressupostos, circunstâncias e abrangências, acima estudados, entende-se que a condição feminina peculiar no mercado de trabalho enseja a criação de um Estatuto Trabalhista da Mulher.¹²⁶

Como demonstrado, ao longo deste trabalho, existem diversas leis infraconstitucionais e mandamentos constitucionais que versam sobre o direito do trabalho feminino, contudo esta pluralidade de legislações esparsas no ordenamento jurídico não é eficaz materialmente em assegurar os direitos da mulher.

Além disso, o proposto Estatuto Trabalhista da Mulher deve trazer incentivos para quebra do paradigma social de que somente a mulher é responsável pelos cuidados do lar, dos filhos, demais parentes, nos moldes da Convenção Nº 156 da OIT.

Sobre a necessidade de políticas públicas que objetivem a afastar o padrão de comportamento das mulheres considerado comum no Brasil, qual seja: o exercício das atribuições domiciliares sem colaboração de seus companheiros, destaca-se um trecho sobre ao assunto de uma pesquisa realizada pelo IPEA¹²⁷:

O IPEA concluiu que apesar de ocuparem cada vez mais postos no mercado de trabalho, 86% das mulheres ainda são responsáveis pelos trabalhos em casa, enquanto os homens são 45%, segundo dados de 2008 do IBGE. Elas dedicam em média quase 24 horas por semana aos afazeres domésticos. E os homens, apenas 9,7 horas. O estudo trata, ainda, das consequências dessa naturalidade em atribuir às mulheres os afazeres domésticos. Os efeitos vão desde a menor disponibilidade da mulher às jornadas de trabalho que exijam mais tempo, à ação dos estereótipos e a ocupação de 42% das mulheres em posições precárias, em comparação com 26% dos homens.

Somente com a conjugação de políticas sociais e legislativas sobre o tema, alcançar-se-á a igualdade entre homens e mulheres no mundo do trabalho.

Isto exposto, defende-se a criação de um Estatuto Trabalhista próprio para as mulheres o qual deve levar em consideração, necessariamente, as condições peculiares e inerentes ao universo feminino. Isso permitiria o desenvolvimento de ações políticas coordenadas entre

¹²⁶ GARCIA, Maria, GAMBÁ, Juliane Caravieri e MONTAL Zélia Cardoso (Orgs). **Biodireito constitucional: Questões atuais**. Ed. Elsevier, 2012., p. 429 (PRECISO DO NOME DO LIVRO)

¹²⁷ IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=825. Acesso em 02 dez. 2016.

Estado e setor privado em prol da valorização do trabalho da mulher na sociedade contemporânea.

CONCLUSÃO

Inicialmente, traçamos um panorama histórico sobre a origem e desenvolvimento do direito trabalho. Foi explicado que este ramo do direito foi fruto das transformações sócio econômicas do século XIX, devido ao fenômeno da Revolução Industrial. Além disso, foi esclarecido que no Brasil somente é correto em falar sobre direito trabalhista com a abolição da escravidão, em 1888, havendo ainda duas fases do direito laboral em nosso país.

Em seguida, foram abordadas as condições iniciais do labor feminino. Mais uma vez, a Revolução Industrial é considerada como um marco para inserção das mulheres no mercado de trabalho. Neste período, as mulheres trabalhavam em condições degradantes, eram submetidas a jornadas de trabalho extenuantes, sendo submetidas a diversas formas de assédio de seus empregadores, além de inexistirem qualquer norma que protegesse a maternidade.

Haja vista a condição das mulheres no mercado de trabalho, expostas ao longo deste trabalho, a OIT saiu na vanguarda na proteção dos direitos femininos laborais. Explica-se que a proteção da organização para com as mulheres têm duas fases. A primeira foi marcada pela preocupação com a saúde da mulher, não havendo nenhum tipo incentivo a igualdade. Podemos afirmar que neste momento a Convenções para tutela do trabalho feminino possuíam mais interesse na manutenção do status quo da mulher – cuidar do lar e da família.

Posteriormente, com as Convenções de nº 100, 111 e 156 da OIT percebe-se que o enfoque passou a ser a não discriminação, igualdade de gênero, igualdade de remuneração entre homens e mulheres.

O capítulo dois do presente trabalho analisou a proteção da mulher na ordem constitucional. Inicialmente, foi estudado a constitucionalização do direito do trabalho, os princípios constitucionais e sua aplicação ao direito laboral.

Sobre o assunto – constitucionalização do direito do trabalho, explica que os direitos de segunda geração - direitos sociais- são direitos fundamentais e que juntamente com os princípios fundamentais da República, constituem a base sobre a qual se assenta a ordem jurídica brasileira. Como doutrina Alexandre de Moraes: os direitos sociais são direitos

fundamentais do homem, sendo verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória e um estado social de direito, objetivando perseguir a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, bem como está sempre visando à concretização da igualdade social, e foram consagrados no art.1º, IV da CF de 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito¹²⁸.

Evidencia-se que a dignidade da pessoa humana, com a Constituição de 1988, passou a ser norma-jurídico positiva obrigando o Estado a preservá-la e a protegê-la. Ao estado passou a incumbir deveres positivos voltados para proteção da dignidade, sendo inalcançável quando o trabalho humano é valorização adequadamente e justamente remunerado.¹²⁹

No que concerne ao princípio da igualdade, especificamente em razão do gênero, apesar dos textos constitucionais anteriores vedarem discriminação em função de sexo, a cultura jurídica dominante não considerou que a Constituição pudesse suprimir condutas discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego.¹³⁰ A CF/88, entretanto, tenta eliminar do direito brasileiro as práticas discriminatórias contra a mulher no contexto laboral, contudo os preceitos de igualdade e da não discriminação nela inseridos não se demonstram eficazes para que este ideal se transforme em realidade fática, porque não obstante toda construção legal, a discriminação com relação ao labor das mulheres, ainda, encontra-se enraizados na sociedade.¹³¹

Concluindo-se que a inserção da cláusula geral da igualdade na Carta Magna não trouxe a igualdade ente os sexos no mundo dos fatos. Não é suficiente a previsão de uma igualdade formal, mas é necessário garantir no plano fático a igualdade substancial às mulheres por meio de ações positivas.

Portanto, apesar da Constituição possuir um caráter densamente protetivo em relação ao trabalho da mulher, todavia, a eficácia destas normas ainda não ocorre de maneira integral no dia-a-dia trabalhista brasileiro.

¹²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011, p. 206.

¹²⁹ LEDUR, José Felipe. **A realização do direito do trabalho**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 95.

¹³⁰ GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013, p. 129/130.

¹³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 295.

Esclarece-se que no referente à busca pela igualdade material, as disposições constitucionais e infraconstitucionais não impedem a adoção de tratamentos diferenciados, desde que existam elementos legítimos para tal e que as garantias sejam proporcionais às diferenças¹³², ou definidas por algumas conjunturas sociais provenientes do Estado, juntamente com ação coordenada do setor privado (empresariado).

Como analisado acima, apesar da previsão de mandamentos constitucionais, tais como: a licença maternidade, a licença paternidade, o mandamento da não discriminação e dos incentivos específicos ao trabalho da mulher, foi concluído que materialmente estas previsões não são suficientes para assegurar os direitos femininos no mercado de trabalho, pois com base em pesquisas específicas do IBGE e IPEA, a mulher ainda possui remuneração inferior ao dos homens, está submetida a dupla jornada, tem difícil acesso aos cargos de chefia e não ascende na carreira devido à sobrecarga das responsabilidades familiares que lhe são impostas.

Chegou-se à conclusão que as mulheres que têm um trabalho doméstico e um trabalho remunerado fora de casa estão numa posição mais vulnerável do que o homem no mercado de trabalho. Quando entram no mercado de trabalho, muitas vezes, são demitidas com mais frequência do que os homens. Acresce-se que a disponibilidade das mulheres para o mercado de trabalho é dificultada pela vida familiar, devido à ausência de compartilhamento das tarefas domésticas entre homens e mulheres, sendo comum que a mulher que deixe de ter um trabalho remunerado devido ao nascimento dos filhos. Portanto, é comum que a vida familiar, o cuidar dos filhos e a falta de creches e jardins de infância para os filhos dificultam, muitas vezes, a disponibilidade das mulheres para o mercado de trabalho. Nesta linha de raciocínio, evidencia-se que é corriqueiro o tratamento diferenciado com base no sexo no mercado de trabalho.¹³³

¹³² STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2016.

¹³³ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 215, 222-223, 235 e 258.

Sobre este ponto peculiar que dificulta o labor feminino, a convenção nº 156 da OIT se aplica “*aos trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades para com os filhos a seu cargo, quando essas responsabilidades limitem as suas possibilidades de se prepararem para a atividade econômica, de ascenderem a ela, de nela participarem ou progredirem.*” (Artigo 1º, par.1). *As disposições desta Convenção aplicar-se-ão também a homens e mulheres com responsabilidades com relação a outros membros de sua família direta com necessidade de seus cuidados e sustento, quando essas responsabilidades restringirem possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e de nela ingressar, participar ou progredir*”. (Artigo 1º, par.2)

É de conhecimento comum que a vida familiar, o cuidar dos filhos e o maior investimento de tempo e afeto ficam a encargo das mulheres devido à um paradigma social que necessita ser modificado. Portanto, A ratificação da Convenção 156 é fundamental para as mulheres trabalhadoras. É imprescindível defender que as mulheres com responsabilidades familiares possam ter emprego ou ocupação sem que sejam objeto de discriminação e conflito, por meio de políticas que estabeleçam uma efetiva igualdade de oportunidades entre homens e mulheres responsabilidades familiares.

Explica-se que caso o país ratifique a Convenção, haverá o estabelecimento de um compromisso formal em colocar as ações por ela previstas em prática. Devem, ainda, ser implementadas, medidas regulamentadoras que garantam a aplicação das determinações da Convenção 156, além da sua elevação ao *status* de norma supralegal com a ratificação.

No tocante ao Estado, este tem o dever de implementar políticas públicas para as crianças, idosas/os e demais pessoas que necessitem de cuidados, para que estas não fiquem sob única e total responsabilidade das famílias, e em particular, das mulheres, devendo, ainda, o setor empresarial deve assumir compromissos com propostas e ações que visem a não discriminação das mulheres no acesso e permanência no mercado formal de trabalho pelo fato de terem responsabilidades familiares.

É importante considerar que: “*A luta pelo fim da discriminação contra a mulher deve ser materializada com medidas que promovam a igualdade, como a ratificação da 156 e a*

efetiva implementação da Convenção 100 da OIT, que trata da remuneração igual para trabalho de igual valor”¹³⁴

Devido à desigualdade referente ao labor feminino, com base no exposto acima, foi proposto, à luz do direito das mulheres¹³⁵, a criação de um Estatuto Trabalhista Feminino específico para tutelar dos direitos laborais da mulher, haja vista que a pluralidade e pulverização de legislações esparsas no ordenamento jurídico não é eficaz materialmente em assegurar os direitos da mulher, devendo o proposto Estatuto trazer incentivos para quebra do paradigma social de que somente a mulher é responsável pelos cuidados do lar, dos filhos e dos demais parentes, nos moldes da Convenção Nº 156 da OIT, bem como levar em consideração, necessariamente, as condições peculiares e inerentes ao universo feminino.

Sobre o Direito das Mulheres, explica-se que o objetivo do direito das mulheres é descrever, explicar e entender a situação jurídica das mulheres com objetivo preciso de melhorar o estatuto das mulheres na Lei e na sociedade. De acordo com a autora norueguesa Tove Stang Dahl, os estudos sobre as mulheres têm dedicado grande atenção à natureza e às formas de opressão das mulheres. Como resultado dessa análise, foram descritas e explicadas numerosas disparidades injustificáveis entre mulheres e homens, e entre as próprias mulheres. Neste sentido, até agora, os estudos sobre as mulheres têm sido, em grande medida, estudos da desgraça. E o mesmo pode dizer-se do Direito das Mulheres que tem revelado a existência de grandes desigualdades entre os direitos das mulheres e os dos homens, por exemplo, nos domínios do Direito da Segurança Social e do Direito do trabalho remunerado.¹³⁶

Com nestes argumentos, defende-se a criação de um Estatuto Trabalhista próprio para as mulheres o qual deve promover a igualdade de gênero, a observância das peculiares do trabalho feminino com normas protetivas que possibilite autodeterminação feminino na vida laboral.

¹³⁴ CUT - Convenção 156: igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares / Central Única dos Trabalhadores, Secretaria Nacional da Mulher Trabalhadora. – São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2011.

¹³⁵ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21.

¹³⁶ DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 12 e 21.

Sublinha-se que o objetivo do referido Estatuto é a busca pela igualdade material da mulher no mercado do trabalho, buscando a valorização da condição feminina e a não discriminação de gêneros em ambiente laboral. Para tanto é importante a quebra do paradigma social da desvalorização do trabalho feminino e que este tende a prejudicar a vida familiar, podendo este objetivo ser alcançado por meio de políticas de igualdade de gênero realizadas pelo Estado em parceria com o setor privado.

Por fim afirma-se que as pulverizações de normas de tutela ao trabalho feminino não se mostram capazes de materializar a igualdade de gênero. Devido a esta incapacidade, defende-se a elaboração de um Estatuto trabalhista específico para as mulheres criado, pensado e elaborado com desígnio pela busca da igualdade, não discriminação e valorização do labor da mulher.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tânia. **Mulheres no mercado de trabalho: Onde nasce a desigualdade.** Estudo técnico. Julho/2016. Câmara dos Deputados – Consultoria legislativa. Consultoria legislativa. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema7/2016_12416_mulheres-no-mercado-de-trabalho_tania-andrade. Consultado em: 02 dez. 2016.

BARROS, Alice Monteiro. **A mulher e o direito do trabalho.** São Paulo, LTr, 1995.

BARROSO, Luís Barroso. **Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito e mudança social: O direito como instrumento para a promoção da igualdade de gênero no Brasil.** Revista da Faculdade de Direito// N° 2, segundo semestre de 2014.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** 10ª ed. RJ: Bertrand Brasil, 2011.

BULUS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 5ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CUT - **Convenção 156: igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares** / Central Única dos Trabalhadores, Secretaria Nacional da Mulher Trabalhadora. – São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2011.

DAHL, Tove Stang. **O Direito das mulheres: Uma introdução à teoria feminista**. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DE LA CUEVA, Mario. **Panorama do direito do trabalho**. Porto Alegre, Sulina, 1965. [Trad.: Carlos Alberto Gomes Chiarelli.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIRESTONE, Sulamith. *The Dialectics of sex*. New York: Wiliam Morrow.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Tutela jurídica do trabalho da mulher: aspectos relevantes, **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 152, p. 65-86, 2013.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Tutela do trabalho da mulher: principais aspectos da condição feminina no mundo do trabalho, **Revista de Legislação do Trabalho**, São Paulo: LTr, v. 77, p. 1083-1091, 2013.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, rediscutindo paradigmas, **Revista Trabalhista da ANAMATRA**, São Paulo: LTr, v. 41, p. 62-79, 2012.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **O trabalho da mulher e a emenda constitucional nº 72/2013**, in: CONPEDI/UNINOVE (Org.). **Direito do trabalho I**, Florianópolis: FUNJAB, v. 23, p. 425-453, 2013.

GARCIA, Maria. O aborto e a condição feminina: Nem legalização, nem criminalização. Educação e apoio social: O Estatuto da Mulher. GARCIA, Maria; GAMBA,

Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Orgs.). **Biodireito constitucional: questões atuais**, Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2010.

GODINHO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.

GÓIS, Luiz Marcelo Figueiras de. **A caminho de um direito trabalhista constitucional**. São Paulo: LTr, 2010.

GRAVATÁ, Pedro Augusto **A Condição Jurídica do Trabalhador Imigrante no Direito Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2011.

JORGE, Francisco Ferreira Neto; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho - Tomo II**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES, Maria Sbalqueiro Lopes. **Reforma Trabalhista e Previdenciária e Direitos da Mulher - As Perspectivas da Relação de Trabalho no Brasil: As Reformas Sindical e Trabalhista**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: Série Concursos Públicos**. 14ª Ed. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988**. Revista diálogo jurídico. Ano I – Vol. I - Nº. 1 – Abril de 2001 – Salvador - Bahia – Brasil.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEDUR, José Felipe, **A realização o direito ao trabalho**, Sergio Antonio Fabris editor, Porto Alegre 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Marlise. **Recentes dilemas as Democracias e do desenvolvimento: por que precisamos de mais mulheres na política?** In Sinais Sociais. Sesc – Serviço Social do Comércio, Administração Nacional. Vol. 5, Nº 17, setembro-dezembro/2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e FILHO Georgenor de Sousa Franco. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT da 13ª Região. João Pessoa, v.1. n.1, p. 3-16, jan. /jun.2016.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; GÓES, Maurício de Carvalho. **Notas sobre a distinção entre Relação de Trabalho e Relação de Emprego**. In: Justiça do Trabalho, Ano 25, n. 290, Porto Alegre: HS, 2008.

MOLINIER, Pascale. Ética e trabalho do care, In HIRAT, Helena; GUIMARÃES, Nadya Araújo (org.) Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho care. SP.: Ed. Atlas, 202.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27ª Edição. Editora Atlas. São Paulo, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____ **Curso de Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2016.

OIT BRASIL: Disponível em [:http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf). Acesso em: 02 dez. 2016.

OIT BRASIL. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>. Acesso em: 19 nov. 2016

SERPRO GOV. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tipos-de-atos-internacionais/>> Acesso em 02 dez.2016.RABELO, Janaina da Silva e LIMA Romana Missiane Diógenes. **A atuação da Organização Internacional do Trabalho no combate à discriminação do trabalho da mulher.**

IBGE. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40. Acesso em: 02 dez. 2016.

IPEA Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=825:sobrecarga-no-lar-impacta-ascensao-feminina-no-trabalho&catid=10:disoc&directory=1. Acesso em 02 dez. 2016. Acesso em: 02 nov. 2016.

JUS BRASIL. Disponível em [:http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2013980/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-3886003120005090071-388600-3120005090071/inteiro-teor-10363940](http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2013980/embargo-em-recurso-de-revista-e-rr-3886003120005090071-388600-3120005090071/inteiro-teor-10363940).> Acesso em: 28 nov. 2016.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. Disponível em [:http://www.sbp.com.br/campanhas/em-andamento/licenca-maternidade-6-meses-e-melhor/](http://www.sbp.com.br/campanhas/em-andamento/licenca-maternidade-6-meses-e-melhor/).> Acesso em. 26 de nov 2016.

OIT BRASIL. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>.>
Acesso em 28 nov. 2016.