

ALINA BEGOSSI TEDRUS

**O TRABALHO DA MULHER – UMA DISCUSSÃO SOB A ÓPTICA
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2015

ALINA BEGOSSI TEDRUS

**O TRABALHO DA MULHER – UMA DISCUSSÃO SOB A ÓPTICA
DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada para o curso de
Pós Graduação em Direito do Trabalho e
Direito Processual do Trabalho da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2015

À Banca Examinadora

Monografia para o Curso de Pós Graduação em Direito do Trabalho e
Direito Processual do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo.

Título: O trabalho da mulher – uma discussão sob a óptica do Princípio da
Igualdade

Autora: Alina Begossi Tedrus

Orientadora: Joana Carolina Barros Nunes da Cunha

Joana Carolina Barros Nunes da Cunha

São Paulo /SP, Março de 2015

*“Aqueles que se sentem satisfeitos
sentam-se e nada fazem. Os insatisfeitos
são os únicos benfeitores do mundo.”*

Walter Savage Landor

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a professora Joana Carolina Barros Nunes da Cunha pela orientação durante a confecção do presente trabalho, assim como durante todo o curso.

A PUC – São Paulo, em especial os professores do curso de Pós Graduação da COGEA, por proporcionarem um local de amplo estudo e discussão sobre temas de grande relevância.

A minha família por todo o apoio e incentivo.

RESUMO

O tema apresentado visa uma discussão sobre as peculiaridades das normas destinadas ao Trabalho da Mulher e os Princípios Fundamentais, em especial o Princípio da Igualdade disposto em nossa Constituição Federal. A base histórica do trabalho da mulher, a integração das normas internacionais sobre o assunto e os direitos fundamentais, são abordados para uma melhor compreensão do estudo que objetiva a discussão das normas da mulher sob a óptica do Princípio da Igualdade. São trazidas decisões recentes dos tribunais superiores, aptas a demonstrarem a relevância do tema no Poder Judiciário Brasileiro.

Palavras-chave: Trabalho da Mulher, Princípio da Igualdade, colisão de princípios.

ABSTRACT

The theme aims a discussion of peculiarities of standards for Women's work and the Fundamental Principles, in particular, the Principle of Equality, as provisioned in the Brazilian Constitution. The historical base of women's work, the integration of international standards on the subject and fundamental rights are addressed to a better understanding of the subject from the Principle of Equality. Recent decisions of the higher courts are discussed, demonstrating the relevance of the subject in the Brazilian judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. HISTÓRICO DO TRABALHO DA MULHER	12
1.1 Antecedentes históricos	12
1.2 O contexto histórico para o surgimento de normas protetivas	12
1.3 Do direito protetor ao direito promocional	13
1.4 A proteção no âmbito internacional	14
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS	17
2.1 As gerações dos direitos fundamentais	17
2.1.1 A primeira geração dos direitos fundamentais	18
2.1.2 A segunda geração dos direitos fundamentais	19
2.1.3 A terceira geração dos direitos fundamentais	19
2.2 O conflito entre princípios fundamentais	20
3. O TRABALHO DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	23
3.1 Princípio protetor	23
3.1.1 Princípio <i>in dubio pro operario</i>	24
3.1.2 Princípio da condição mais benéfica	24
3.1.3 Princípio da norma mais favorável	24
3.2 Princípio da Igualdade - Igualdade entre os sexos	25
3.3 Proteção a maternidade	27
3.4 Proibição de diferença de salários (artigo 5º, XXX, CF)	28
3.5 Proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 5º, XX, CF)	29

4. O TRABALHO DA MULHER NAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS	32
4.1 Capacidade para contratar	32
4.2 A duração do trabalho	32
4.3 Trabalho noturno da mulher	33
4.4 Períodos de descanso	33
4.5 Métodos e locais de trabalho	35
4.6 A proteção à maternidade	36
5. A AFIRMAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO	41
5.1 A estabilidade da gestante no contrato por prazo determinado	41
5.1.1 O contrato por prazo determinado	41
5.1.2 A estabilidade provisória	42
5.1.3 Entendimento sumulado pelo TST até setembro de 2012	44
5.1.4 A evolução do entendimento do TST	46
5.2 Intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária	48
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade discutir as medidas protetivas da mulher em relação ao Direito do Trabalho sob a óptica do Princípios Fundamentais, em especial o Princípio da Igualdade. Discute-se, em particular, qual o verdadeiro sentido da igualdade substancial, ou seja, aquela igualdade posta à prática na sociedade.

A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias individuais, trazendo expressamente o direito de igualdade entre homens e mulheres, assim como formas de garantir que esse direito seja exercido na prática. Por sua vez, tanto a Constituição Federal, quanto a Consolidação das Leis do Trabalho e outras Leis de caráter infraconstitucional, trazem um normas especiais de proteção ao trabalho da mulher. São normas que oferecem proteção em razão de alguma peculiaridade, como a maternidade, ou normas contra a discriminação da mulher no mercado. Entretanto, muitas das disposições já foram revogadas, mas outras continuam em vigor, gerando algumas discussões: estão essas disposições de proteção em consonância com as disposições trazidas pela Constituição Federal?

Assim, questiona-se se as normas de proteção ao trabalho da mulher estão em consonância com o Princípio da Igualdade ou se, como alguns defendem, tornam-se fonte de discriminação em face da mulher no mercado de trabalho.

Com essas indagações em mente, de início, aborda-se o contexto histórico dos Direitos Trabalhistas da Mulher. Ora, não é atoa que temos tantas normas de caráter nacional e internacional sobre o tema. Além disso, faz-se necessária uma distinção entre as normas de caráter protecionistas e as de caráter promocional do trabalho da mulher.

Em seguida, discorre-se sobre os Direitos Fundamentais, sua origem na história mundial e na Constituição de 1988, focando-se nos direitos de segunda geração, que, como será oportunamente explicado, dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, abrangendo os direitos trabalhistas. Nesse momento de discussão sobre os direitos fundamentais, argumenta-se sobre o conflito entre Princípios e quais as soluções para essas situações.

Posteriormente passa-se a uma análise das normas protetivas da mulher no Direito do Trabalho elevadas a preceitos constitucionais pela Constituição de 1988. Já no quarto capítulo

passa-se a análise das normas protetivas da mulher no Direito do Trabalho na legislação infraconstitucional, em especial na Consolidação das Leis do Trabalho.

Finalmente, no último capítulo, são analisadas algumas normas trabalhistas e discutido o ponto de vista dos Tribunais Superiores, em especial o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal Federal, nas decisões recentes, que implicam argumentações com base nos direitos fundamentais ou em conflito entre esses direitos e suas soluções.

1. HISTÓRICO DO TRABALHO DA MULHER

1.1 Antecedentes históricos

Desde o início dos tempos as funções na sociedade eram divididas entre homens e mulheres de forma diferente. Segundo Alice Monteiro de Barros, nas sociedades primitivas cabia à mulher o cultivo de frutos enquanto ao homem cabia a pesca. Já na antiguidade as funções das mulheres eram tipicamente relacionadas às vestimentas.

Já nos séculos X ao XIV, ainda conforme a autora, as profissões de homens e mulheres se aproximaram, sendo que as mulheres passaram a realizar atividades que eram consideradas dos homens. Entretanto, com o Renascimento, essa situação se modificou novamente e as mulheres passaram a cuidar de trabalhos domésticos ou trabalhos a domicílio.¹

1.2 O contexto histórico para o surgimento de normas protetivas

A proteção ao trabalho da mulher surge como resultado da discriminação sofrida historicamente. Na revolução industrial, importante marco para o Direito do Trabalho, as mulheres, assim como as crianças, eram contratadas por valores muito inferiores aos valores pagos aos homens, sendo comumente chamadas de meias forças dóceis.

Por ocasião da Revolução Industrial do século XVIII, o trabalho feminino foi aproveitado em larga escala, a ponto de ser preterida a mão-de-obra masculina. Os menores salários pagos à mulher constituíam a causa maior que determinava essa preferência pelo elemento feminino. O Estado, não intervindo nas relações jurídicas de trabalho, permitia, com sua omissão, toda a sorte de explorações. Nenhuma limitação de jornada de trabalho, idênticas exigências dos empregadores quanto às mulheres e homens, indistintamente, insensibilidade diante da maternidade e dos problemas que pode acarretar à mulher, quer quanto às condições pessoais, quer quanto às responsabilidades de amamentação e cuidados dos filhos em idade de amamentação etc. O processo industrial criou um problema que não era conhecido quando a mulher, em épocas remotas, dedicava-se aos trabalhos de natureza familiar e de índole doméstica. A indústria tirou a mulher do lar por 14, 15 ou 16 horas diárias, expondo-a uma atividade profissional em

¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 854/855.

ambientes insalubres e cumprindo obrigações muitas vezes superiores às suas possibilidades físicas.²

Nesse contexto surge a necessidade de normas de proteção ao trabalho da mulher. Num primeiro momento, são criadas leis para proteção à saúde e integridade física da mulher, como, no caso do Brasil, a disposições constantes nos artigos 379 e 387 da CLT que proibiam o trabalho noturno e condições insalubres para as trabalhadoras.

1.3 Do direito protetor ao direito promocional

Essas proibições, referidas acima, eram previstas em artigos na Consolidação das Leis do Trabalho, no Capítulo dedicado à proteção do trabalho da mulher. Entretanto, tais dispositivos não se encontram mais em vigor em razão da revogação expressa trazida pela lei 7.855/89. O motivo para tais revogações é o entendimento de que tais dispositivos trariam, ao contrário de seu objetivo, uma discriminação em relação às mulheres no mercado de trabalho.

(...) Mas evidenciou, também, que ainda é ampla a discriminação contra o trabalho feminino, a refletir-se principalmente no valor dos salários, na designação para cargos de direção, na seleção de trabalhadores para a admissão e na despedida. Mas é inegável que a participação da mulher no mundo do trabalho vem crescendo, sendo que até prepondera em algumas atividades profissionais. São os seguintes as principais causas apontadas para essa discriminação: a) proibição generalizada do trabalho noturno; b) proibição do trabalho em atividades insalubres ou perigosas; (...) ³

Devido aos problemas sofridos em relação ao trabalho feminino, diversas normas protetivas foram criadas, a exemplo das citadas acima. Entretanto, tais normas acabavam por limitar o trabalho da mulher, gerando discriminação.

Nessa esteira, a proteção ao trabalho da mulher passa por um segundo período com normas que visam proteger a mulher em razão de suas peculiaridades e não criar restrições ao trabalho. São as normas que temos em vigor atualmente, como as normas de proteção a gestante.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 726/727.

³ SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 258/259.

Cresceu a ideia de que o direito do trabalho deveria garantir o livre acesso da mulher ao mercado de trabalho eliminando as proibições que antes restringiam a sua atividade profissional, daí as leis afastarem, como a do México, da França, e da Itália, os obstáculos que apresentavam ao impedir a atividade da mulher em períodos noturnos, em atividades insalubres, com periculosidade e outras, sendo essa a característica atual das leis trabalhistas, como também a do Brasil a partir da Lei de 7.855 de 1989.⁴

Assim, a primeira fase de proteção ao trabalho da mulher é marcada por normas tipicamente proibitivas de situações laborais, como resultado das condições degradantes a que foram submetidas: jornadas de trabalho exaustivas, locais de trabalho perigosos e sem condições de higiene, entre outras situações. Já a segunda fase fica marcada por normas que tentam diminuir as desigualdades entre homens e mulheres, focando-se principalmente na maternidade.

[...] É exatamente considerando que a regra, em princípio voltada para a proteção da mulher, era-lhe prejudicial, foi que as mulheres americanas conseguiram abolir, em 1973, em quase todos os Estados americanos, as leis de cunho tutelar, sobretudo as que dispunham a respeito de número máximo de horas de trabalho. Essas leis, que de início tinham caráter protetor, passaram a ser restritivas, pois não seguiram o ritmo das modificações registradas nas condições de trabalho, como consequência da evolução tecnológica. Ademais, essas leis especiais nada mais refletiam do que atitude da sociedade a respeito da divisão do trabalho segundo o sexo, típica da primeira metade do século XX.⁵

1.4 A proteção no âmbito internacional

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) tem fundamental importância no que diz as normas de proteção ao trabalho da mulher. Cabe ressaltar que a própria Constituição da OIT já traz em seu preâmbulo a necessidade de regulamentação de proteção às trabalhadoras:

Considerando que existem condições de trabalho que implicam para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando que é urgente melhorar essas condições no que se refere, por exemplo, à regulamentação das horas de trabalho, à fixação de uma duração máxima do dia e da semana de trabalho, ao recrutamento da mão-de-obra, à luta contra o desemprego, à garantia de um salário que assegure condições de existência convenientes, à proteção dos trabalhadores contra as moléstias graves ou profissionais e os acidentes do trabalho, à proteção das crianças, dos

⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 728.

⁵ TRT 3ª Região. Processo Nº RTSum-0010698-48.2014.5.03.0040. Relator: CARLOS ADRIANO DANI LEBOURG. Publicação: 09/12/2014.

adolescentes e das mulheres, às pensões de velhice e de invalidez, à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro, à afirmação do princípio "para igual trabalho, mesmo salário", à afirmação do princípio de liberdade sindical, à organização do ensino profissional e técnico, e outras medidas análogas.⁶

Diversas Convenções tratando do trabalho da mulher foram aprovadas e inclusive ratificadas pelo Brasil. Como exemplo pode-se citar: a convenção nº 3, de 1919 trata da situação da mulher antes e depois do parto; a convenção nº 4, de 1919 veda o trabalho da mulher em indústrias; a convenção nº 41, de 1934, dispõe sobre o trabalho noturno da mulher; a convenção nº 45, de 1935, proíbe trabalho da mulher em minas e locais subterrâneos; a convenção 89, de 1948 diz respeito ao trabalho noturno da mulher; a convenção 100, de 1951, traz a igualdade de salários para homens e mulheres; a convenção 103, de 1952 trata da proteção à maternidade.

Assim, no âmbito internacional há as duas tendências de proteção ao trabalho da mulher: normas de caráter proibitivo do trabalho da mulher em determinadas situações e normas que tentam promover o trabalho da mulher em razão de desigualdades e peculiaridades. Nesse sentido traz Alice Monteiro de Barros:

No domínio do trabalho da mulher, a ação internacional assumiu dois perfis. O primeiro, de caráter tutelar, articulou-se em duas direções: de um lado, a disciplina dirige-se à mulher no ciclo gravídico-puerperal (Convenções n. 3, 103 e 183 da OIT) e, de outro, impõe restrições ao trabalho da mulher, em geral, proibindo-lhe atividades insalubres, perigosas e penosas, onde se inclui o trabalho noturno nas indústrias (Convenções n; 4, 41 e 89 da OIT), em regime de horas extras e com pesos. O segundo perfil caracteriza-se pela necessidade de se atribuir às mulheres igualdade de remuneração, de oportunidade e de tratamento com os homens no trabalho (Convenções 100 e 111 da OIT). Contraditoriamente, esse novo perfil coexiste com as normas de tutela à mulher, embora haja uma tendência a reduzir o seu rigor, como se infere do Protocolo nº 90 da OIT e da Convenção Internacional n. 171, de 1990, do mesmo organismo, que limita a proibição do trabalho noturno das mulheres àquelas que estiveram no ciclo gravídico-puerperal.⁷

Cabe mencionar que na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pela ONU em 1974 e ratificada pelo Brasil em 1984, é disposto em seu artigo 11 que os direitos relativos ao emprego devem ser assegurados

⁶ Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em: 02/02/2015 às 12h08.

⁷ BARROS, Alice Monteiro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 855.

em condições de igualdade entre homens e mulheres. E ainda coloca que as medidas de proteção à maternidade não deverão ser consideradas discriminatórias.

Verifica-se, portanto, a grande preocupação em relação à proteção do trabalho da mulher, assim como a evolução das normas referentes a esse tema.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são direitos humanos consagrados e positivados na Constituição de cada país, sendo que seu conteúdo pode variar de Estado para Estado.

A Constituição de 1988 usa a expressão direitos fundamentais para aqueles direitos positivados por ela. A expressão direitos humanos são aqueles consagrados em tratados e convenções internacionais.

O marco apontado por alguns doutrinadores para o início dos direitos fundamentais é a outorga da Magna Carta Inglesa de 1215 (Carta de João Sem Terra).

Posteriormente, na Inglaterra, surge a *Bill of Rights* de 1689, um documento de origem do parlamento que assegurava diversos direitos, como a liberdade, a vida, a propriedade privada.

Então foi criada na França que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, seguindo a tendências iluministas da época e a Revolução Americana de 1776. Foi nesse momento que surgiu a expressão “direitos fundamentais”. É um momento importante em que são assegurados diversos direitos aos cidadãos.

A concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e a limitação do poder estatal. É a partir daí que os valores liberais se transformam em verdadeiras normas jurídicas, capazes de serem invocadas perante uma autoridade independente, inclusive contra o próprio Estado.⁸

Com esses eventos e essa nova tendência, há a aprovação da Constituição Mexicana de 1917, incluindo direitos sociais em seu texto, uma grande inovação para os textos constitucionais. Na Alemanha, em 1919, foi aprovada a Constituição de Weimer, também contendo dispositivos sociais.

2.1 As gerações dos direitos fundamentais

⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

Os direitos fundamentais passaram por algumas fases. O Francês Karel Vasak criou uma teoria importante para mostrar as gerações dos direitos fundamentais. Ele foi inspirado na bandeira francesa para desenvolver sua teoria das três gerações dos direitos fundamentais: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

2.1.1 A primeira geração dos direitos fundamentais

A primeira geração dos direitos fundamentais, de acordo com a teoria amplamente difundida de Karel Vasak, é a dos direitos civis e políticos, com fundamento na liberdade. São esses direitos decorrentes das revoluções burguesas.

O Estado até então era absolutista e toda a sociedade era privada de direitos. Não tinham liberdade para escolher sua própria religião, não tinham liberdade de pensamento, não podiam participar das decisões, não tinham direito a voto e eram condenados de formas desumanas e sem contraditório. De outro lado o clero e a nobreza tinham todos os privilégios.

Esse foi o cenário que desencadeou as revoluções burguesas. A burguesia, favorecida pelo comércio internacional passou a ser uma classe com destaque econômico, passando a exigir maior participação política.

Nesse contexto o absolutismo cede lugar ao Estado democrático de Direito, com o pensamento liberal defendido pelos burgueses. Diversos direitos são adquiridos: liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade comercial, liberdade religiosa, entre outras. Além disso, nesse momento também surgem os direitos políticos, resultado dos interesses da classe burguesa de participar da vida política, com direito a voto.

Cabe ressaltar que mesmo que a liberdade tenha sido exigida e proclamada, ela não foi destinada a todos. A escravidão ainda era um cenário existente e o voto era somente para aqueles que tinham posses.

Desse modo, apesar do espírito humanitário que inspirou as declarações liberais de direito e do grande salto que foi dado na direção da limitação do poder estatal e da participação do povo nos negócios públicos, o certo é que essas declarações não protegiam a todos. Muitos setores da sociedade, sobretudo os mais carentes, ainda não estavam totalmente satisfeitos apenas com essa liberdade de “faz de conta”. Eles queriam mais. A igualdade formal, da boca para fora, que não saía do papel era mesmo que nada. Por isso eles pretendiam e reivindicaram também um pouco mais de igualdade e inclusão social. E aí que entram os direitos de segunda geração [...]⁹

⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 46/47.

2.1.2 A segunda geração dos direitos fundamentais

A segunda geração dos direitos fundamentais é formada por direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade. Resultam da revolução industrial e dos diversos problemas causados por elas. Nesse momento os indivíduos não pedem que o Estado deixe de fazer, mas pedem que ele faça algo.

A revolução industrial trouxe um grande crescimento econômico e comercial, mas a duras custas dos trabalhadores, grande parte da população que sofreu muita exploração.

As classes operárias passam a se organizar exigindo melhores condições. Os trabalhadores clamam pelo socialismo e comunismo. A igreja católica crítica as condições dos trabalhadores e apoia a realização de mudanças com a encíclica *Rerum novarum*.

Verifica-se, portanto, a necessidade de mudança: surge o Estado do bem estar social. O intuito é igualdade e condições básicas para todos. Esse é o momento do surgimento dos direitos econômicos, culturais e sociais, entre eles, os direitos trabalhistas.

As Constituições do México e de Weimer foram as primeiras a conter direitos sociais e serviram de modelos para os demais Estados. No Brasil, as Constituição que passaram a prever direitos sociais foram a de 1934 e 1946.

Conforme George Marmelstein os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.¹⁰

São prestações positivas a serem realizadas pelo Estado com o intuito da igualdade substantiva. Aqui se encaixam os direitos trabalhistas e, no caso da finalidade de estudo e análise desse trabalho, dos direitos da mulher trabalhadora.

2.1.3 A terceira geração dos direitos fundamentais

¹⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51/52.

A última geração é formada por direitos de solidariedade, com foco no direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, direitos decorrentes de um movimento mundial de proteção que resultou das atrocidades ocorridas no regime nazista.

Assim os diversos Estados se unem para aprovar tratados internacionais com a defesa de direitos e buscando um padrão global.

No ramo do Direito do Trabalho um importante atuador internacional é a Organização Internacional do Trabalho (OIT) responsável por diversas convenções que visam à melhoria das condições dos trabalhadores.

A Constituição de 1988 reflete esse espírito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, prevendo-os de forma extensiva.

2.2 O conflito entre princípios fundamentais

Quando há no ordenamento o conflito entre regras jurídicas, o próprio ordenamento traz soluções como, por exemplo, lei posterior revoga a lei anterior, lei especial prevalece sobre a lei de caráter geral.

Entretanto, quando há o conflito entre Princípios o ordenamento não diz como se deve proceder. E o que há de mais natural e corriqueiro é a ocorrência desses conflitos. Verificam-se, na área trabalhista, exemplos como o Princípio da Intimidade contra o Poder diretivo do empregador no caso da revista íntima, os Princípios que regem a Administração pública versus os Princípios da Dignidade humana estampados na saúde da criança e da mãe, no caso da estabilidade provisória mesmo no caso de contrato nulo com a administração, como decisão apresentada no Capítulo 5 deste trabalho, entre outras situações.

Nessas situações, a doutrina, amparada por doutrinadores internacionais, defendem formas de resolução desses conflitos.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. [...] O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os

interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. [...] ¹¹

Assim, como forma de solução desses conflitos, na prática, em cada caso, deve-se avaliar qual o Princípio que deve prevalecer diante daquele caso concreto, realizando o sopesamento dos princípios.

Ainda, o Direito Alemão criou a regra da proporcionalidade, que não se confunde com razoabilidade. Essa regra possui passos a serem dados pelo aplicador da norma no caso concreto para analisar qual princípio deve prevalecer.

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade. [...] Apesar de salientar a importância da proporcionalidade “para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”, o Tribunal não parece disposto à aplicá-la de forma estruturada, limitando-se a citá-la. ¹²

Dessa forma, no conflito entre princípios o importante é analisar, no caso concreto, qual princípio prevalece, seja por meio do sopesamento, seja por meio da regra da proporcionalidade, analisando a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, analisando brevemente no tópico 2, admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. ¹³

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição Alemã “Theorie der Grundrechte” publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Editora Melheiros, 2008, p. 93/95.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, 2002, p. 31/32.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, nº 798, 2002, p. 43/44.

Entretanto, no direito brasileiro, as decisões dos tribunais apenas fazem referência à proporcionalidade, muitas vezes confundida com a mera razoabilidade, não sendo tratada como uma regra composta por etapas. Mesmo assim, os tribunais têm evoluído na questão da discussão dos conflitos entre direitos fundamentais, analisando caso a caso qual o princípio prevalece, na forma do sopesamento de princípios, como analisaremos no último capítulo em decisões recentes dos tribunais.

3. O TRABALHO DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A inserção de direitos sociais nos textos constitucionais inaugura uma nova fase no constitucionalismo moderno, tendo como marco as Constituições do México de 1917 e de Weimer de 1919. A Constituição brasileira de 1934 foi fortemente influenciada por esses diplomas e por essa nova fase de direitos e garantias individuais.

A Constituição de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias individuais, trazendo expressamente o direito de igualdade entre homens e mulheres, assim como formas de garantir que esse direito seja exercido na prática.

Por sua vez a Consolidação das Leis do Trabalho traz um capítulo especial de proteção ao trabalho da mulher. São normas de proteção, em razão de alguma peculiaridade, como a maternidade, ou normas contra a discriminação da mulher no mercado. Entretanto, muitas das disposições já foram revogadas, mas outras continuam em vigor, gerando algumas discussões: estão essas disposições de proteção em consonância com as disposições trazidas pela Constituição Federal?

Antes de passar a discussão sobre algumas normas protetivas das empregadas, cabe lembrar que no Direito do trabalho a hierarquia das normas funciona de forma diferente dos demais ramos do Direito. Isso se dá em razão do Princípio Protetor.

3.1 Princípio protetor

De início cabe trazer o Princípio protetor, conhecido também como Princípio Tutelar, Tuitivo ou Protetivo, específico do Direito do Trabalho, decorrente da previsão do artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal, ao lado de outros como o Princípio da norma mais favorável, Princípio da Indisponibilidade das normas trabalhistas, e o Princípio da Condição mais benéfica.

Esse princípio decorre da hipossuficiência do trabalhador perante seu empregador. Há uma desigualdade na relação empregatícia e, por isso, o Direito do Trabalho visa proteger a parte mais fraca da relação.

A doutrina divide esse princípio em três outros: a) o Princípio *in dubio pro operario*; b) Princípio da condição mais benéfica; c) Princípio da norma mais favorável.

3.1.1 Princípio *in dubio pro operário*

Esse princípio também é conhecido como *in dubio pro misero*. Significa que se houver dúvida, deve ser aplicada a interpretação mais favorável ao empregado.

Cabe ressaltar que, como entende a doutrina majoritária, esse Princípio é aplicado apenas ao Direito Material. Em relação ao Direito Processual, em caso de dúvida, devem ser aplicadas as regras de ônus da prova previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil.¹⁴

3.1.2 Princípio da condição mais benéfica

O Princípio da condição mais benéfica protege o empregado de mudanças nas condições de trabalho durante a relação empregatícia. Assim, a cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador adquire condição de direito adquirido.

As cláusulas de um contrato ou regulamento de empresa, aplicadas a relação de emprego de um determinado empregado, só podem ser modificadas por outra que seja mais benéfica.

3.1.3 Princípio da norma mais favorável

Para os fins a que esse trabalho se destina, esse é o Princípio derivado do Princípio Protetor que mais nos interessa.

Esse Princípio traz que a norma mais favorável ao empregado deve prevalecer nas três hipóteses: na elaboração das normas, na aplicação de uma norma mais favorável no confronto com outra menos favorável e, por último, na interpretação das normas.

Segundo Mauricio Godinho Delgado esse Princípio tem três dimensões:

¹⁴ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Na fase pré-jurídica (isto é, fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. [...] Na fase jurídica (após construída a regra, portanto), o mesmo princípio atua, quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras. Como critério de hierarquia, permite eleger como regra prevalecente, em uma dada situação de conflito de regras, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores evidentemente. Como princípio de interpretação do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete duas ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada.¹⁵

Assim, ao utilizar o Princípio da norma mais favorável, o entendimento majoritário é de que não se pode criar uma nova ordem jurídica a partir da junção de diversas normas esparsas. Deve-se analisar a norma mais favorável como um todo, considerando em seu regramento completo.

Essa abordagem dos Princípios, sobretudo o da norma mais favorável, tem relevância no assunto apontado neste trabalho, pois se dedica à proteção das trabalhadoras.

3.2 Princípio da Igualdade - Igualdade entre os sexos

Estabelece a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Entretanto, ao analisar mais atentamente o artigo 5º, em especial seu *caput*, essa previsão parece ser desnecessária, já que ele traz que “todos são iguais perante a lei”.

Parece razoável concluir que o legislador teve a clara intenção de trazer de forma expressa a igualdade entre homens e mulheres. Isso se dá por razões históricas, conforme já dito no primeiro capítulo. Ainda, explica Estevão Mallet:

É significativa a referência apenas à igualdade de tratamento entre pessoas de sexo diferente. Muito mais acertada seria a previsão ampla, excludente de qualquer forma de discriminação, seja a praticada em prejuízo da mulher, seja outra, praticada e detrimento de qualquer pessoa. Seria insuficiente dizer, como se vê em tantas legislações mais recentes, que se deve assegurar igualdade de tratamento entre trabalhadores. A referência apenas à mulher

¹⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 191/192

resulta, no fundo, do peso histórico da discriminação por motivo de sexo, especialmente em matéria remuneratória, mesmo em países com maior tendência à igualdade, bem evidenciado pelo tratamento dado ao tema no plano internacional, com tantos atos normativos cujo objeto específico é a discriminação de gênero.¹⁶

Importante também ressaltar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 5º, também traz expressamente a igualdade entre homens e mulheres ao dispor que “ao trabalho de igual valor corresponderá igual salário, sem distinção de sexo”.

A igualdade está enquadrada dentro dos direitos e garantias individuais na Constituição Federal. Ela é um dos valores jurídicos fundamentais a concretização da dignidade humana.

A igualdade presente no artigo 5º da Constituição Federal e da Consolidação das Leis do Trabalho é a igualdade formal, conceituada por Marcelo Novelino:

[...] consiste no tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial. Além de impor a observância da igualdade jurídica de uma forma geral (CF, art. 5º, caput), a Constituição obriga, de forma expressa, seja conferido um tratamento jurídico isonômico a homens e mulheres (CF, art. 5º, I). A ideia de igualdade vinculada por Aristóteles à ideia de justiça – “o legislador deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de modo desigual, na proporção de sua desigualdade” – possuía um caráter meramente formal.¹⁷

Entretanto, nosso ordenamento jurídico traz, além da igualdade formal, a igualdade material, que é aquela que visa tratamento desigual a indivíduos que estão em situação desigual, para atenuar essas diferenças. Nesse sentido surgem as ações afirmativas e políticas positivas, que são intervenções estatais na igualdade jurídica.

Esse é o caso das normas de proteção a mulher, que, em razão das desigualdades trazidas por aspectos históricos, sociológicos e até mesmo fisiológicos, como, por exemplo, a maternidade, são trazidas pelo legislador, para proteção e promoção do trabalho da mulher.

¹⁶ MALLETT, Estêvão. Discriminação e igualdade de oportunidade no Direito do Trabalho. **Revista do advogado**, nº 121, ano XXXIII, novembro de 2013, p. 80.

¹⁷ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo. Método, 2012, p. 495.

Cabe trazer o conceito de isonomia material proposto por Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Daí a necessidade de evolução para a ideia de isonomia real, em que o legislador, na criação das normas, e o juiz, na sua aplicação, devem levar em conta as peculiaridades de cada sujeito. Quando as pessoas estiverem em situações de igualdade, devem receber tratamento igualitário, mas quando forem diferentes, e estiverem em situação de desequilíbrio, isso deve ser considerado. Uma lei criará situações reais mais justas quando, constatado o desequilíbrio entre pessoas, favorecer as mais fracas, buscando aplinar as diferenças.¹⁸

3.3 Proteção à maternidade

A Constituição Cidadã, além de prever a igualdade material, trouxe também algumas previsões de igualdade material. A proteção à maternidade é um desses casos.

O diploma constitucional de 1934 foi um marco, pois trouxe os direitos de maternidade pela primeira vez, assegurando um descanso remunerado à mulher.

Por sua vez a Constituição de 1988 ampliou essa garantia constitucional, alongando a licença maternidade para 120 dias, conforme artigo 7º, XVIII¹⁹, sem prejuízo do emprego e do salário, incluindo as domésticas, avulsas e rurais.

A proteção à maternidade é defendida de forma majoritária e ampla, em razão da necessidade de proteção da mulher nos momentos da gestação e após a gestação, mas também é uma forma de proteção à criança.

E não é verdade que somente a mulher, até hoje, é biologicamente capaz de gerar uma criança? Segundo a jurista Alice Monteiro de Barros, a gestação inclui muito mais que carregar a criança no ventre. Para ela, “trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto as reservas físicas e psíquicas quanto a sua aptidão para criar uma nova vida”. [...] A mãe adotiva, igualmente, passa por processo psicológico complexo durante o processo de adoção. Certamente, suas reservas físicas e psíquicas são postas à prova. Nesta toada, *não da fragilidade*, mas da própria diferença entre os sexos imposta pela biologia e pela cultura (papel social da

¹⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 66.

¹⁹ XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

mulher), a necessidade de uma legislação especial se impõe. Em particular, no caso da maternidade.²⁰

É exatamente essa a justificativa da proteção a maternidade da mulher: há uma desigualdade material em relação ao homem, tanto no aspecto fisiológico, quanto no aspecto cultural. Em razão disso, necessária a proteção legal.

Importante destacar também a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do artigo 10, II, “b”, do Ato das disposições Constitucionais Transitórias²¹, que caracteriza a estabilidade provisória da gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, traduzindo, mais uma vez, a preocupação legal de proteção da mulher perante certas situações especiais.

3.4 Proibição de diferença de salários (artigo 5º, XXX, CF)

A proibição de diferença de salários entre homens e mulheres é disposta expressamente na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXX.

A Constituição de 1824 já trazia que a lei seria igual para todos. Por sua vez a Constituição de 1981 aboliu as regalias da nobreza, mas não tratou do trabalho da mulher. Já a Constituição de 1934 teve grande importância no que diz aos direitos sociais, trazendo a proibição em relação aos salários.

Entretanto, a Constituição de 1937 autorizou a diferença de 10 % entre os salários de homens e mulheres, sendo um verdadeiro retrocesso. Posteriormente a Constituição de 1967 voltou a proibir a diferença de salários, o que foi mantido pela Constituição Federal.

O Tratado de Versailles também dispõe sobre a igualdade de salários entre homens e mulheres, assim como a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 5º e 461.²²

²⁰ PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção Constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: LTR, 2013, p. 20.

²¹ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

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

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

²² Art. 5º - A todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo.

Art. 461 - Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade.

Esclarece ainda, o artigo 377 da Consolidação das Leis do Trabalho, que a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não justificando, em hipótese alguma, a redução de salários.

Pesquisa feita pelo IBGE em 2012 constatou o aumento da inserção da mulher no mercado de trabalho em diversas áreas, entretanto, contraditoriamente, ainda possuem salários inferiores aos dos homens.²³

3.5 Proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 5º, XX, CF)

A Constituição traz a tona a necessidade de serem implementadas medidas para a proteção do mercado da mulher.

As medidas utilizadas pelo legislador para implementar essa proteção devem ter mente o interesse social, legando ao plano secundário os interesses individuais. Porém, é necessário observar que as medidas tutelares e protetivas em relação ao mercado de trabalho da mulher constituem discriminação positiva, pois representam salvaguarda da verdadeira isonomia, que consiste em tratar desigualmente aqueles que estão em situação desigual.²⁴

Nesse contexto, com intuito de proteger o mercado de trabalho da mulher, é promulgada a Lei 9.799/99 que traz regras que devem ser obedecidas pelos empregadores em relação à mulher. São vedadas discriminações em razão do sexo no momento de divulgação de vagas de emprego e no momento da contratação, assim como fica proibido a exigência de atestado médico para comprovar a esterilidade ou gravidez.

Importante destacar também a Lei 9.029/95 que proíbe a exigência de atestado de gravidez ou esterilidade e práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência no emprego. Inclusive a Lei trata como crime algumas condutas, como a exigência de teste para comprovação de gravidez ou esterilidade.

²³ Salário das Mulheres permanece 28 % inferior aos dos homens nos últimos 3 anos. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2096>. Acesso em 13/01/2015 às 11h58.

²⁴ ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho: tomo III**. São Paulo: LTr, 2008, p. 1249

O próprio empregador - quando se tratar de pessoa física -, seu representante legal, ou ainda, o dirigente de órgãos públicos e entidades das administrações públicas diretas, indiretas e fundacionais de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, podem ser sujeitos dos referidos crimes, podendo ser apenados com detenção de um a dois anos, sem embargo de pagamento de multa, e proibição de empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais, se o crime resultar de preconceito de etnia, raça ou cor.²⁵

Em resumo, o artigo 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho, inserido pela Lei 9.799/99, proíbe a discriminação em anúncio ou admissão de emprego em razão de sexo, cor, idade, salvo quando as circunstâncias exigirem.

No inciso II, proíbe-se a recusa de emprego, promoção ou dispensa do trabalho por motivos de sexo, idade, cor, gravidez.

No inciso III não se permite considerar o sexo, idade, cor e outras situações para determinar o salário.

Assim, as discriminações para admissão ou permanência em razão do sexo são vedadas por nossa legislação, exceto em casos que o cargo exija determinado contratação. Cabe ressaltar que tais discriminações são vedadas tanto no caso de mulheres como no caso de homens.

De qualquer sorte, invertidos os termos da equação, não se pode impor, para fruição de um direito por homem, requisito não estabelecido para mulher, desvinculado completamente do sexo. Foi o que levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a considerar inconstitucional lei estadual que exigia a condição de inválido para o recebimento de pensão pelo marido, em caso de falecimento de sua mulher, exigência não estabelecida para que a mulher pudesse receber o mesmo benefício em caso de falecimento de seu marido. Do mesmo modo, não se pode limitar o exercício de certas funções em que o sexo é irrelevante, apenas às mulheres. Admitir, para o exercício da função

²⁵ RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. A Lei 9.029/95 no combate à discriminação nas relações de trabalho. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8837. Acesso em: 13/01/2015 as 14h47.

de comissário de bordo em aeronaves, somente mulheres e não homens, é ilegal, como decidiu a jurisprudência norte americana.²⁶

²⁶ MALLET, Estevão. Discriminação e igualdade de oportunidade no Direito do Trabalho. **Revista do advogado**, nº 121, ano XXXIII, novembro de 2013, p. 81.

4. O TRABALHO DA MULHER NAS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS

4.1 Capacidade para contratar

Em relação a capacidade de contratar, não há diferenças para a mulher trabalhadora. A idade mínima, conforme o artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal ²⁷, é de 16 anos, salvo na condição de aprendiz aos 14 anos.

Após a maioridade, a mulher tem capacidade plena para empregar-se e para estar em juízo. Cabe trazer que o artigo 446 da CLT, que previa a necessidade de autorização do marido para o trabalho da mulher, foi revogado pela Lei 7.855/89.

Ainda, o artigo 792 da CLT traz expressamente essa capacidade da mulher afirmando que “os maiores de 18 (dezoito) e menores de 21 (vinte e um) anos e as mulheres casadas poderão pleitear perante a Justiça do Trabalho sem a assistência de seus pais, tutores ou maridos”.

Portanto, na atual legislação não há mais diferença alguma em entre homens e mulheres em relação à capacidade de contratar, permanecer contratada ou atuar em juízo.

4.2 A duração do trabalho

A jornada de trabalho da mulher em nada difere do homem, podendo ser de 8 horas diárias ou 44 horas semanais, conforme artigo 7º, XIII, da Constituição Federal. ²⁸

Assim, prescreve o artigo 323 da CLT que “a duração de trabalho da mulher será de oito horas diárias, exceto nos casos para os quais for fixada duração inferior”.

À mulher já foi vedado o trabalho extraordinário e o acordo de compensação.

A CLT proibia horas extraordinárias para o trabalho da mulher por acordo de prorrogação, para conclusão de serviços inadiáveis e recuperação de horas nas quais a empresa permaneceu paralisada, só as permitindo em duas hipóteses: primeira, havendo compensação de horas de modo que o excesso

²⁷ Artigo 7º, inciso XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

²⁸ Artigo 7º, XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

de um dia fosse deduzido na jornada de trabalho de outro dia da mesma semana (art. 374); segunda, na ocorrência de força maior (art. 376).²⁹

Entretanto, tais dispositivos foram expressamente revogados pelas Leis 7.855/89 e 10.244/2001.

4.3 Trabalho noturno da mulher

O trabalho noturno é proibido aos menores de 18 anos, seja do sexo feminino ou masculino, conforme o artigo 7º, XXXIII, CF.³⁰

É sabido que o trabalho noturno é prejudicial à saúde do trabalhador, por isso há o adicional noturno de no mínimo 20%, que visa indenizar o trabalhador pelos prejuízos advindos desse trabalho.

Entretanto, o artigo 379 da CLT vedava o trabalho noturno da mulher. Posteriormente, o artigo foi modificado e passou a proibir o trabalho noturno em atividades ou empresas industriais. Ele trazia algumas exceções, como no caso de mulher que possuía cargo de direção ou de qualificação técnica acentuada.

Tal disposição foi revogada pela Lei 7.855/89, não mais existindo as restrições ao trabalho noturno para a mulher. Alice Monteiro de Barros entende que esse foi um grande avanço, pois dividia as atividades, sem qualquer respaldo científico. A vedação ao trabalho noturno da mulher permanece apenas no caso da gestante.

[...] o que representou um avanço considerável na legislação sobre a matéria, pois a proibição reforçava uma divisão sexista de atividades, sem qualquer respaldo científico. A rigor, do ponto de vista fisiológico, o trabalho noturno é prejudicial tanto à mulher como ao homem e, por isso mesmo, recomenda-se o afastamento do empregado, em geral, desse turno. Persiste a proibição do trabalho noturno para as empregadas no ciclo gravídico-puerperal, durante 16 semanas, sendo 8 semanas antes do parto (Convenção nº 171 da OIT).³¹

4.4 Períodos de descanso

²⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009, p. 730.

³⁰ XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

³¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 857.

A legislação trabalhista dá grande importância aos períodos de descanso, fundamentais à saúde do empregado.

A CLT no artigo 382 traz que, entre duas jornadas de trabalho, deverá existir um intervalo de 11 horas consecutivas. Esse é o intervalo interjornada. Apesar do artigo específico no capítulo destinado à mulher, o mesmo tratamento é dado aos homens.

Cabe ressaltar a importância dada pela Lei a esse descanso. Caso ele não seja concedido integralmente, o entendimento é de que as horas suprimidas devem ser pagas como extras em sua totalidade, acrescida do adicional, conforme OJ 355 da SDI-I TST.³²

Os objetivos dos intervalos interjornadas e intersemanais tendem a ser mais amplos do que os característicos dos intervalos intrajornadas. É verdade que também visam, tais lapsos temporais, recuperar as energias do empregado, em seguida, ao cumprimento diário ou semanal de seu labor. Nesse sentido, também eles se constroem em torno de preocupações voltadas à saúde, higiene e segurança do obreiro – tal como os intervalos intrajornadas. Entretanto, concomitantemente a este primeiro objetivo de suma relevância, visam ainda os intervalos interjornadas e intersemanais assegurar ao trabalhador lapsos temporais diários e semanais mínimos para sua fruição pessoal, inclusive quanto à sua inserção no contexto familiar e comunitário.³³

Ainda, há o intervalo intrajornada para refeição e descanso, com previsão no artigo 383 da CLT. O intervalo deve ser de no mínimo uma hora e não pode exceder a duas horas. Tal previsão é a mesma para os empregados homens, conforme o artigo 71 da CLT.

Esse intervalo também é de grande importância para a saúde do empregado e, se não concedido integralmente, deve ser pago como hora extra, conforme artigo 71, § 4º da CLT.³⁴

Há também o descanso semanal remunerado, assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 7º, XV e pelo artigo 375 da CLT. Esse descanso em nada difere no caso da mulher, devendo ser de 24 horas consecutivas. A esse intervalo de 24 horas soma-se o

³² OJ 355. INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.03.2008)

O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula nº 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

³³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 975/976.

³⁴ Artigo 71, § 4º - Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

intervalo de 11 horas do intervalo interjornada, correspondendo ao total de 35 horas, no mínimo, entre o término de uma semana de trabalho e o início da outra.

Cabe ressaltar que o descanso deve ser preferencialmente aos domingos. Entretanto, há uma diferença no tratamento da mulher nesse aspecto. No caso da mulher, é necessário que o descanso semanal remunerado coincida com o domingo a cada quinze dias, conforme o artigo 386 da CLT.³⁵ Já em relação ao homem, a obrigatoriedade é de que haja no mínimo um descanso a cada sete semanas.

Por último, há um intervalo especial da mulher, previsto no artigo 384 da CLT³⁶, que obriga o descanso de 15 minutos antes da jornada extraordinária. Segundo Mauricio Godinho Delgado, esse intervalo especial não é remunerado.³⁷

No último capítulo, discorreremos mais sobre esse intervalo e o entendimento atual dos tribunais.

4.5 Métodos e locais de trabalho

O artigo 389 da CLT³⁸ traz algumas disposições em relação aos locais de trabalho, reiterando as disposições contidas na própria CLT sobre segurança e medicina do trabalho.

Entretanto, nesse ponto cabe trazer a antiga proibição da CLT de trabalhar em locais insalubres ou perigosos. A Constituição de 1988 é a primeira que não traz proibição às mulheres do trabalho em locais insalubres.

³⁵ Art. 386 - Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical.

³⁶ Art. 384 - 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.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 971.

³⁸ Art. 389 - Toda empresa é obrigada:

I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente;

II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico;

III - a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences;

IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho.

A lei 7.855/89 revogou o artigo 387 da CLT, sendo que agora não é mais proibido o trabalho e subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública e particular. Quanto às atividades perigosas e insalubres, a própria Constituição já não veda o trabalho na última condição, além do que a alínea b, artigo 387, da CLT foi também revogado pela Lei 7.855/89. Temos como consequência que a mulher pode trabalhar em locais perigosos, insalubres ou penosos, mesmo em postos de gasolina, como vem ocorrendo.³⁹

Assim, não há mais proibições em relação ao trabalho da mulher no que toca trabalhos perigosos ou insalubres, assim como em minerações, subsolos, pedreiras ou construções.

É inegável que, durante grande parte do século, a legislação proibitiva, que vedava o acesso da mulher ao trabalho em locais insalubres, perigosos, à noite, em regime de horas extras, em minas de subsolo, na construção civil e em pedreiras, perseguiu objetivos desejáveis, mas, na atualidade, acabou por se tornar discriminatória, pois, além de reforçar a divisão sexista de atividades, reduziu as perspectivas de emprego das mulheres, retirando-lhes a possibilidade de ganharem a mesma remuneração conferida aos homens. A remoção desses obstáculos, ou seja, a revogação da legislação tutelar, acompanhada de uma política administrativa capaz de eliminar ou reduzir riscos reprodutivos ocupacionais ou riscos ocupacionais, poderá contribuir para uma igualdade formal da mulher, tornando mais flexível a utilização da mão de obra feminina, mas não cremos que possa obter efeitos imediatos de igualdade substancial.⁴⁰

Ainda, o artigo 390 da CLT⁴¹ traz a vedação de trabalhos contínuos que exijam força muscular para remoção de peso superior a vinte quilos e, no caso de trabalho ocasional, vinte e cinco quilos. Quando o transporte for feito de forma mecânica que reduzam a força, não há essas restrições.

4.6 A proteção à maternidade

³⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28 ° ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 621.

⁴⁰ BARROS, Alice Monteiro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 862.

⁴¹ Art. 390 - Ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional. Parágrafo único - Não está compreendida na determinação deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

A proteção à maternidade é interesse da sociedade como um todo, haja vista que educar e cuidar das crianças, garantindo um crescimento sadio é um investimento para as gerações futuras. O Brasil sofreu grande influência internacional no que toca a proteção à maternidade.

A legislação sobre a proteção à maternidade, no Brasil, sofreu influência significativa das Convenções da OIT de nº 03, de 1919, e de nº 109, de 1952, que reviu a anterior. A Convenção nº 103, por sua vez, foi revista pela de nº 183, de 1999. Esta última amplia sua esfera normativa estendendo a proteção à maternidade às mulheres que trabalham na economia informal, cuida da proteção à saúde da gestante, fixando em 14 semanas a duração da licença da empregada, com a possibilidade de sua prorrogação na hipótese de enfermidade ou complicações resultantes do parto. Quanto à garantia de emprego e ao custeio das prestações, manteve as disposições contidas na Convenção anterior.⁴²

Como dito antes, a Constituição Federal traz a estabilidade provisória no ato das disposições constitucionais transitórias, em seu artigo 10, II, b. Além disso, traz a licença maternidade no artigo 7º, XVIII, de no mínimo 120 dias. A lei 11.770/08 criou o Programa Empresa Cidadã, ampliando a licença-maternidade, de forma facultativa, para 180 dias. Essa prorrogação é para as empregadas gestantes que trabalham em empresas que aderiram o Programa criado pela Lei.

Entretanto, além dessas previsões constitucionais, a legislação infraconstitucional elenca outras proteções. Vejamos.

As previsões de proteção à maternidade estão dispostas nos artigos 391 a 401 da CLT. Essas previsões são válidas para as empregadas urbanas, rurais, avulsas e domésticas.

De início cabe ressaltar que a CLT protege a mulher que tenha contraído matrimônio ou gravidez, não admitindo a rescisão do contrato por parte do empregador por esses motivos, é o que dispõe o artigo 391.

A CLT, em seu artigo 392, traz o prazo da licença maternidade, de 120 dias, sem prejuízo do emprego ou do salário. Ainda, possibilita o aumento de duas semanas antes e duas semanas depois do parto no caso de necessidade comprovada por atestado médico. O parto antecipado também possui garantia da licença maternidade, bem como a gravidez no curso do aviso prévio, conforme disposição do artigo 391-A.

⁴² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 862.

Importante mencionar o artigo 392, § 4º da Consolidação das Leis do Trabalho que traz proteção especial à maternidade. Ele garante o direito da mulher, durante a gravidez, a transferência de função, quando as condições de saúde a exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho, bem como a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

A mãe adotante também terá direito a licença maternidade nos mesmos moldes da gestante. Apenas em relação ao salário maternidade, havia uma previsão expressa na Lei 10.421/02 que trazia diferenciações na duração do benefício em razão da idade da criança adotada. Entretanto, a Lei 12.873/13 modificou a Lei 8.213/91, concedendo o benefício a adotante de forma igual a da gestante, ou seja, pelo período de 120 dias.⁴³

Para demonstrar a importância da licença maternidade para a nossa legislação, tanto em favor da mãe, mas principalmente em favor do filho, para que tenha um crescimento sadio, a CLT dispõe que no caso de morte da genitora, o genitor terá assegurado o direito a gozar da licença maternidade, aplicando-se também no caso de adoção.⁴⁴

No caso de filhos gêmeos, a legislação não traz nenhuma especificidade. Pontua Alice Monteiro de Barros sobre a diferença da licença nesses casos em outros países:

Por outro lado, o nascimento de filhos gêmeos não altera o período da licença, nem o valor da prestação correspondente à falta de distinção legal a respeito. O direito do Trabalho brasileiro não distingue, como deveria, entre parto simples ou múltiplo para fins de pagamento do salário maternidade, o que já se verifica na legislação de outros países, como o Código de Trabalho da Hungria, de 1992, o Código de Trabalho da França (artigo 122-26, § 2º), a Lei nº 3, de 1989, da Espanha, e o Código do Trabalho do Irã, de 1990, entre outros.⁴⁵

⁴³ Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.

§ 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.

⁴⁴ Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono.

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

⁴⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 871.

A mulher também poderá romper o contrato de trabalho caso seja prejudicial à sua gestação, é o que dispõe o artigo 394 da CLT.⁴⁶

No caso de aborto não criminoso, a gestante terá um direito remunerado de duas semanas, conforme o artigo 395 da CLT.⁴⁷

Para amamentar o filho, a mulher terá direito a dois intervalos de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho, podendo esse período ser prorrogado em caso de necessidade, previsão esta constante no artigo 396 da CLT.⁴⁸

Em relações às instalações, o artigo 400 da CLT⁴⁹ dispõe sobre as destinadas à guarda dos filhos, devendo possuir um berçário, uma sala para amamentação, uma cozinha e instalação sanitária, em complementação ao parágrafo primeiro do artigo 389 da CLT.⁵⁰

Por último, tendo em vista as diferenças entre homens e mulheres, há previsões expressas em nossa legislação para coibir o assédio sexual no ambiente de trabalho.

No afã de combater o assédio sexual, que, além de violar a intimidade do trabalhador, em geral, é considerada uma forma de violência contra a mulher, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Belém do Para/MRE, tornando-a pública por meio do Decreto de Promulgação nº 1973, de 1º de agosto de 1996. Essa norma internacional considera o assédio sexual como violência contra a mulher, nos termos da alínea “b” do artigo 2º. Na mesma direção é a Lei nº 10.778/03, que estabelece “a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que foi atendida em serviços de saúde públicos ou privados”. O artigo 1º, §2º, II, dessa lei entende por violência contra a mulher “o assédio sexual no lugar de trabalho”.

Nesse diapasão, buscando coibir atos que possa ferir a intimidade a mulher, a CLT proíbe a revista íntima na mulher.⁵¹

⁴⁶ Art. 394 - Mediante atestado médico, à mulher grávida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

⁴⁷ Art. 395 - Em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando-lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento.

⁴⁸ Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único - Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

⁴⁹ Art. 400 - Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período da amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

⁵⁰ § 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Tanto a CLT (artigo 373-A, VI) quanto à jurisprudência vedam a revista íntima para mulheres no ambiente de trabalho, haja vista a revista íntima ferir a intimidade da trabalhadora. Ainda, para que o empregador possa proceder à revista aos pertences da trabalhadora, como bolsas, mochilas ou sacolas, é necessário que tal conduta seja estabelecida através de cláusula específica em Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, e depende ainda do ramo de atividade praticado pelo empregador, sob pena de anulação da referida cláusula normativa pelo Poder Judiciário e a consequente condenação do empregador em indenizar por danos morais a trabalhadora submetida à tal situação vexatória.⁵²

⁵¹ Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

⁵² BELLOTI, Aline Carla Lopes. GODOI, Vítor Santos de. **O assédio sexual e a revista íntima no ambiente de trabalho.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197734,31047-O+assedio+sexual+e+a+revista+intima+no+ambiente+de+trabalho>. Acesso em: 16/01/2015 as 11h18.

5. A AFIRMAÇÃO PELOS TRIBUNAIS DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Muito se discute sobre a necessidade do tratamento diferenciado conferido às mulheres no que toca as regras trabalhistas. A importância reside no fato de que, mesmo nos dias atuais, ainda há uma grande discrepância no tratamento em relação à mulher no mercado de trabalho.

Além disso, como demonstrado ao longo do trabalho, muitas dessas diferenciações são necessárias em razão de condições físicas e culturais da mulher, como por exemplo pode-se citar o emprego de força física pela mulher e as fases da maternidade.

Recentemente, os Tribunais vêm tocando no assunto, tomando decisões importantes sobre o tema. Vejamos algumas delas.

5.1 A estabilidade da gestante no contrato por prazo determinado

5.1.1 O contrato por prazo determinado

Os contratos de trabalho em regra são por prazo indeterminado. Entretanto, a Legislação trabalhista prevê algumas exceções nas quais é possível, respeitando-se as regras para enquadramento nas hipóteses, firmar um contrato por prazo determinado.

O artigo 443⁵³ da CLT traz a possibilidade de contratação por prazo determinado. Em seu parágrafo primeiro, o artigo 443 elenca os meios de fixação do termo final do contrato a termo: a) termo pré-fixado; b) execução de serviço especificado; c) realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

⁵³ Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) de contrato de experiência.

Já o parágrafo segundo elenca as hipóteses de pactuação do contrato a termo. São elas: a) serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) atividades empresariais de caráter transitório; c) contrato de experiência.

Há também a hipótese de trabalho temporário, prevista na Lei 6.019/74, sendo uma hipótese de terceirização lícita, ou seja, admitida por nosso ordenamento.

Nesses casos de contratação por tempo certo, as partes já tem conhecimento de seu término. Assim, não há surpresa para nenhuma das partes e por isso os seus efeitos rescisórios são diferentes dos efeitos nos contratos por prazo indeterminado.

5.1.2 A estabilidade provisória

A gestante é detentora da estabilidade provisória disposta no artigo 10, II, “b”, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.⁵⁴ No período que vai da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, a empregada não pode ser dispensada de forma arbitrária ou sem justa causa.

A estabilidade provisória é um direito conferido as empregadas urbanas e rurais, avulsas e domésticas, esta última desde 2006, com o advento do artigo 4º-A da Lei 5.859/72.

Cabe ressaltar que, em relação à doméstica há entendimento divergente, afirmando inconstitucionalidade da norma em razão do conflito com a Inviolabilidade de Domicílio. Apesar disso, o entendimento predominante é da existência de estabilidade provisória para as gestantes empregadas domésticas.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. RITO SUMARÍSSIMO. ESTABILIDADE GESTANTE. EMPREGADA DOMÉSTICA. O desconhecimento do estado gravídico não afasta o direito à estabilidade provisória decorrente da gravidez. Entendimento consolidado no item I a Súmula 244 do c. TST. De outro lado, após a edição da Lei 11.324/2006 não há mais dúvidas acerca da extensão do direito previsto no art. 10, II, b, do ADCT às empregadas domésticas. Recurso de revista conhecido e provido.
55

⁵⁴ Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

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

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

⁵⁵ TST - RR: 788001920105020064 78800-19.2010.5.02.0064, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 14/12/2011, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011.

Ainda, importante destacar que não é necessário o conhecimento sobre o estado gravídico, sendo a garantia prevista de natureza objetiva, protegendo a mulher contra a dispensa sem justa causa desde a confirmação da gravidez.

No caso de dispensa o empregador fica obrigado a reintegrar a gestante. Porém, a reintegração poderá ser convertida em indenização caso o juiz entenda não ser conveniente a reintegração ou quando a sentença for proferida após o período da estabilidade.

Em relação ao aborto, sendo esse de natureza não criminosa, devendo ser comprovado por atestado médico conforme o artigo 395 da Consolidação das Leis do Trabalho, também há a estabilidade, porém, é válida somente no período da gestação até o aborto.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. ABORTO ESPONTÂNEO. APLICAÇÃO DO ART. 395 DA CLT. Estando a reclamante grávida à época da dispensa, é de se declarar nulo o ato jurídico, em face dos precisos termos do art. 10, II, b do ADCT. Contudo, sofrendo ela aborto não criminoso, a garantia de emprego deve se limitar ao prazo previsto no art. 395 da CLT, período em que o legislador presumiu suficiente ao restabelecimento da saúde da mulher. Não se cogita, assim, da extensão da estabilidade ao prazo de cinco meses após o parto, cuja razão de ser encerra o cuidado com o nascituro, que no caso de aborto, não ocorrerá.⁵⁶

Na hipótese de aviso prévio, também prevalece o entendimento da estabilidade provisória da gestante, mesmo sendo o aviso prévio indenizado, haja vista o entendimento de que ele integra o contrato de trabalho para todos os efeitos.

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AQUISIÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O ARTIGO 10, II, “b”, do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. A finalidade teleológica da norma é garantir o emprego contra a dispensa injusta, de modo a impedir que a gravidez constitua causa de discriminação, assegurando a continuidade do contrato de trabalho, além do bem-estar do nascituro. A jurisprudência, a propósito, já se pacificou no sentido de que a referida vedação constitucional decorre do fato objetivo da confirmação da gravidez na vigência do contrato de trabalho, caso em que o direito da obreira à estabilidade provisória prescinde do conhecimento prévio do seu estado gestacional pelo empregador no momento da rescisão contratual (Súmula 244, I, do TST). Entende-se que o aviso prévio indenizado integra o contrato de trabalho, para todos os efeitos, inclusive

⁵⁶ TRT-3 - RO: 02686201204303007 0002686-07.2012.5.03.0043, Relator: Convocado Danilo Siqueira de C.Faria, Terceira Turma, Data de Publicação: 27/01/2014 24/01/2014. DEJT. Página 105. Boletim: Sim.

para a incidência da estabilidade no emprego. Nos termos da OJ 82 da SBDI-I do TST “a data da saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado”, o que evidencia a ampla projeção do aviso prévio no contrato de trabalho. No mesmo sentido, o artigo 487, §1º, in fine, da CLT> Frise-se que, do ponto de vista jurídico, no período de pré-aviso, permanecem inalteradas algumas importantes obrigações das partes, inclusive a lealdade contratual, podendo inclusive ocorrer infração trabalhista por qualquer das partes, apta a transmudar a rescisão contratual em resolução culposa do pacto empregatício, ou seja, a dispensa injusta ou o pedido de demissão em ruptura por justa de uma das partes (art. 490 e 491 da CLT e Súmula 73 do TST). Assim, as disposições do artigo 10, II, “b”, do ADCT são plenamente válidas na hipótese de a concepção ocorrer durante o prazo do aviso prévio indenizado, que não implica a extinção do contrato de trabalho, apenas firmando o prazo para sua terminação (inteligência do art. 489, ab initio, da CLT). Inaplicável, portanto, ao caso dos autos, a Súmula 371 do TST, de caráter restrito, que não pode ser estendida, por interpretação, com o fito de macular ou frustrar direito fundamental estabelecido na Carta Magna. A garantia de emprego, assim fixada, encontra amparo não só no citado artigo 10, II, “b”, do ADCT, mas também em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII, da CF/1988) e todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública.⁵⁷

Por último, em relação à mãe adotante, o entendimento é de que essa não possui a estabilidade provisória. Entretanto, há que se ressaltar a existência de um Projeto de Emenda Constitucional (PEC 146/02) para a alteração e inclusão da estabilidade da mãe adotiva. A última movimentação foi a de admissibilidade da PEC pela Comissão de Constituição e Justiça em 16/07/2014.⁵⁸

Essa mudança se dá em razão da finalidade da estabilidade provisória da gestante que é a proteção tanto da mãe quanto do filho, portanto, a mãe adotiva também deveria gozar dessa proteção, desde o momento da adoção.

5.1.3 Entendimento sumulado pelo TST até setembro de 2012

⁵⁷ TST, AgIn na Rcl no RR 36566-2002-900-06-00.0, 6ª Turma, julgamento 25/11/2009, relator Mauricio Godinho Delgado, DEJT 03.12.2009.

⁵⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=537261>. Acesso: 15/01/2015 às 20h03.

Até setembro de 2012 o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho estampado na Súmula 244⁵⁹ era de que a empregada gestante, admitida por meio de contrato a termo, não possuía direito a estabilidade.

Isso em decorrência da natureza do contrato a termo, conforme dito anteriormente, ou seja, as partes já tinham conhecimento prévio da data do fim do contrato. Assim, a figura da estabilidade provisória era incompatível com a figura do contrato por prazo determinado, na visão do Tribunal Superior do Trabalho.

Esse era o entendimento adotado pelos tribunais, conforme jurisprudência:

ESTABILIDADE GESTANTE - CONTRATO A PRAZO DETERMINADO - INOCORRÊNCIA. É certo que o art. 10, II, b, do ADCT, proíbe que as empregadas gestantes sejam demitidas arbitrariamente ou sem justa causa durante o lapso que medeia a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, conferindo-lhes a chamada estabilidade provisória. Entretanto, tal norma não alcança os contratos a prazo determinado. Isso porque, nos contratos a prazo determinado, por sua natureza, já se sabe antecipadamente e com precisão a data do seu termo final, razão pela qual não geram direito à estabilidade provisória no emprego para a empregada gestante, dada a incompatibilidade existente entre a contratação por prazo determinado e a garantia provisória de emprego. Recurso conhecido e não provido.
60

Por sua vez o Supremo Tribunal Federal passou a firmar seu entendimento no sentido de conferir a estabilidade provisória à empregada gestante mesmo nos contratos por prazo determinado.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CARGO EM COMISSÃO. SERVIDORA GESTANTE. EXONERAÇÃO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. 1. As servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive as contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Precedentes: RE n. 579.989-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Dje de 29.03.2011, RE n. 600.057-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, Dje de 23.10.2009 e RMS n. 24.263, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.5.03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶¹

⁵⁹ Súmula 244, item III, TST - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.

⁶⁰ TRT-15 - RO: 33923 SP 033923/2010, Relator: JOSÉ ANTONIO PANCOTTI, Data de Publicação: 18/06/2010.

⁶¹ STF - AI: 804574 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-178 16-09-2011, EMENT VOL-02588-03 PP-00317.

5.1.4 A evolução do entendimento do TST

Por sua vez, após diversas decisões nesse sentido, em setembro de 2012 o TST modifica sua súmula 244 para constar a previsão de estabilidade provisória no caso de contratação por prazo determinado, nos seguintes termos:

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

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.

Essa alteração foi precedida decisões já no sentido da existência da estabilidade provisória nos contratos a termo, como demonstra a jurisprudência:

RECURSO DE REVISTA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. NORMATIZAÇÃO ESPECIAL E PRIVILEGIADA À MATERNIDADE CONTIDA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. ARTS. 10, II, B, DO ADCT, 7º, XVIII, XXII, 194, 196, 197, 200, I, 227, CF/88. RESPEITO, FIXADO NA ORDEM CONSTITUCIONAL, À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À PRÓPRIA VIDA, AO NASCITURO E À CRIANÇA (ART. 1º, III, E 5º, CAPUT, DA CF). Em princípio, a lógica dos contratos a termo não permite qualquer possibilidade de maior integração do trabalhador na empresa, além de já preestabelecer o final do próprio vínculo empregatício. Em face disso, em regra, o instituto da garantia de emprego é inábil a produzir, no contexto dos contratos a termo, a mesma extensão de efeitos que seguramente propicia na seara dos contratos indeterminados. Por outro ângulo, contudo, é certo dizer que a lógica dos contratos a termo é perversa e contra ela se contrapõe todo o Direito do Trabalho, já que esse ramo jurídico especializado busca aperfeiçoar as condições de pactuação da força de trabalho no mercado. Por essas razões, a legislação busca restringir ao máximo suas hipóteses de pactuação e de reiteração no contexto da dinâmica justrabalhista. Note-se que a CLT não prevê a situação da gravidez como situação excepcional a impedir a ruptura contratual no contrato a termo. Contudo o art. 10, II, do ADCT da Constituição, em sua alínea b, prevê a estabilidade provisória à -empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto-. Estipula, assim, a vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa. Ressalte-se que a maternidade recebe normatização especial e privilegiada pela Constituição de 1988, autorizando condutas e vantagens superiores ao padrão deferido ao homem - e mesmo à mulher que não esteja vivenciando a situação de gestação e recente parto. É

o que resulta da leitura combinada de diversos dispositivos, como o art. 7º, XVIII (licença à gestante de 120 dias, com possibilidade de extensão do prazo, a teor da Lei 11.770/2008, regulamentada pelo Decreto 7.052/2009) e das inúmeras normas que buscam assegurar um padrão moral e educacional minimamente razoável à criança e ao adolescente (contidos no art. 227, CF/88, por exemplo). De par com isso, qualquer situação que envolva efetivas considerações e medidas de saúde pública (e o período de gestação e recente parto assim se caracterizam) permite tratamento normativo diferenciado, à luz de critério jurídico valorizado pela própria Constituição da República. Note-se, ilustrativamente, a esse respeito, o art. 196, que afirma ser a saúde -direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos...-; ou o art. 197, que qualifica como de -relevância pública as ações e serviços de saúde...-, além de outros dispositivos, como os artigos 194, 200, I, e 7º, XXII, CF/88. A estabilidade provisória advinda da licença maternidade decorre da proteção constitucional às trabalhadoras em geral e, em particular, às gestantes e aos nascituros. A proteção à maternidade e à criança advém do respeito, fixado na ordem constitucional, à dignidade da pessoa humana e à própria vida (art. 1º, III, e 5º, caput, da CF). E, por se tratar de direito constitucional fundamental, deve ser interpretado de forma a conferir-se, na prática, sua efetividade. Nesse sentido, correto o posicionamento adotado pelo TRT, que conferiu preponderância ao direito fundamental à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF, e à estabilidade assegurada às gestantes, na forma do art. 10, II, b, do ADCT, em detrimento dos efeitos dos contratos a termo - especificamente em relação à garantia de emprego. Nessa linha, está realmente superada a interpretação exposta no item III da Súmula 244 do TST. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões - que envolvem servidoras públicas admitidas por contrato temporário de trabalho -, em que expõe de forma clara o posicionamento de garantir à gestante o direito à licença-maternidade e à estabilidade, independentemente do regime jurídico de trabalho. Sob esse enfoque, o STF prioriza as normas constitucionais de proteção à maternidade, lançando uma diretriz para interpretação das situações congêneres. Recurso de revista conhecido e desprovido.⁶²

Interessante notar nessa decisão que o relator demonstra os dois lados da equação: de um lado a natureza do contrato por prazo determinado incompatível com a estabilidade provisória. De outro lado, a necessidade de um amparo legal em decorrência do dever do Estado de zelar pela saúde pública. Assim, há um impasse, pois há grandes argumentos para os dois lados.

Entretanto, prevalece a necessidade de proteção à mulher e ao filho sobre as características do contrato a prazo. Isso demonstra a tendência dos tribunais em decidirem questões de conflito entre direitos fundamentais, como comentado no segundo capítulo do presente trabalho, analisando no caso concreto o que deve prevalecer.

⁶² RR - 52500-65.2009.5.04.0010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/03/2012, 6ª Turma, Data de Publicação: 16/03/2012

Nessa esteira, entendimento do TST sobre a necessidade de se afastar as normas do artigo 37 da Constituição Federal em prol do direito à vida da mãe e do nascituro:

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO NULO. EFEITOS. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. PONDERAÇÃO DE VALORES.

“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção” (Robert Alexy). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de natureza principiológica, tutela tanto interesses individuais quanto interesses públicos, sendo certo que, em regra, prevalece a supremacia do interesse público; contudo, quando o interesse individual materializa-se no direito à vida previsto no caput do artigo 5º da CF/1988, vale dizer, a vida uterina e do nascituro, há que se afastar o interesse genérico de toda a sociedade, paralisando, nessa hipótese, os efeitos dos princípios encartados no artigo 37, caput, da CF/1988. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido.⁶³

Nessa decisão, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento de um caso concreto, também precisou avaliar qual o princípio prevalecia naquele caso. De um lado os princípios referentes à Administração Pública e ao Interesse Público, de outro lado os Princípios ligados ao interesse e proteção da mulher e de seu filho. Nesse caso, entendeu-se que prevalecia os direitos relativos à mulher e seu filho.

São decisões nas quais os tribunais, claramente, se utilizam, na prática, do sopesamento de princípios, conforme explicitado no Capítulo 2.

Apesar de causar muita polêmica, a estabilidade provisória da gestante nos contratos por prazo determinado foi uma medida acertada, haja vista que teve como finalidade a proteção da mãe e também do filho, o que se mostra extremamente razoável. Isso porque cabe ao Direito do Trabalho proteger o trabalhador, em especial a empregada mulher, que, conforme visto no início do trabalho, já foi tratada de forma desumana e explorada como trabalhadora.

5.2 Intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária

⁶³ TST, RR 2211-2000-028-01-00.5, 6ª Turma, julgamento 20/05/2009, relator Aloysio Correa da Veiga, DEJT 29/05/2009.

Prescreve o artigo 384 da CLT que a mulher “no caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho”.

Esse intervalo é especial da mulher não possui correspondência para o caso de empregados homens.

Há muita discussão na doutrina sobre a vigência desse dispositivo. Alice Monteiro de Barros entende que esse dispositivo não foi revogado. Nas palavras da ilustre doutrinadora:

Em consequência da revogação expressa do artigo 376 da CLT ⁶⁴, pela Lei nº 10.244, de junho de 2001, está também revogado, tacitamente, o artigo 384 da CLT, que prevê descanso de quinze minutos no mínimo para a mulher, na hipótese de prorrogação da jornada. Ambos os dispositivos conflitavam, sem dúvida, com o artigo 5º, I, da Constituição da República (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos da Constituição). Não foi recepcionado o artigo 384 da CLT pelo preceito constitucional. A diferença entre homens e mulheres não traduz fundamentos para o tratamento diferenciado, salvo em condições especiais, como a maternidade. O intervalo do artigo 384 só seria possível à mulher se houvesse idêntica disposição para os trabalhadores do sexo masculino. A pretensão almejada pelo artigo 384 da CLT poderia caracterizar um obstáculo à contratação de mulheres, na medida em que o empregador deveria certamente admitir homens, pois não teria a obrigação de conceder aquele descanso. Logo, o que seria uma norma protetiva acabaria por se tornar um motivo para preterição. ⁶⁵

Há também quem defenda a inconstitucionalidade do dispositivo, por ferir o Princípio da Igualdade, optando pela solução da aplicação do dispositivo em comento aos homens, com base nos Princípios da norma mais favorável, interpretação mais benéfica e proibição ao retrocesso social.

Diante da igualdade estabelecida pela Constituição, entre homens e mulheres, o art. 384 da CLT resultou em interpretações distintas em relação à sua correta aplicação, vez que se optar pela recepção do artigo pela Constituição, o mesmo continuará a ferir o princípio da igualdade, se ocorrer a não recepção do artigo 384 da CLT haverá no ordenamento jurídico um retrocesso por retirar um direito, o que é proibido. Ademais, a interpretação no sentido de ampliação do direito previsto no artigo 384 da CLT para os

⁶⁴ Art. 376 - Somente em casos excepcionais, por motivo de força maior, poderá a duração do trabalho diurno elevar-se além do limite legal ou convencionado, até o máximo de 12 (doze) horas, e o salário-hora será, pelo menos, 25% (vinte e cinco) superior ao da hora normal.

Parágrafo único - A prorrogação extraordinária de que trata este artigo deverá ser comunicada por escrito à autoridade competente, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro. **Curso De Direito Do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2013, p. 859/860.

homens, tem como argumento o respeito ao princípio da norma mais favorável e o princípio da proibição do retrocesso social, vez que essa ampliação de direitos seria um avanço e um benefício a todos os trabalhadores. Por fim, é nítida a discriminação que o artigo da CLT gera ao ordenamento jurídico brasileiro, ferindo a igualdade entre homens e mulheres. Portanto, o artigo 384 da CLT deve ter seu direito estendido ao homem, em consonância aos princípios da aplicação da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social, trazendo segurança jurídica ao ordenamento e garantia de proteção à saúde e segurança de todos os trabalhadores.⁶⁶

Por outro lado, há aqueles que defendam que o tratamento dado pela norma 384 da CLT está em vigor e em consonância com a Constituição, sendo resultado do Princípio da Igualdade, que, como dito no início deste trabalho, exige tratamento diferenciado para situações desiguais com a finalidade de diminuir essas diferenças.

Ao revés, a proteção específica do trabalho da mulher representa a concretização da máxima do Princípio da Igualdade, segundo o qual os desiguais devem ser tratados na medida de sua desigualdade. Em outras palavras, as questões socioculturais que pesam sobre a mulher são as maiores responsáveis pela necessidade de normas especiais, destinadas a reverter as opressões sociais, mais até do qualquer eventual limitação física. Portanto, é nesse contexto que se encontra a justificativa para normas legais tendentes a compensar a desigualdade entre os gêneros, tal qual ocorre com a obrigatoriedade de concessão de intervalo de 15 minutos às mulheres antes da prorrogação da jornada normal, bem como as "medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres", a instalação nas empresas de "bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários, cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico" (artigos 384 e 389 da CLT).⁶⁷

Esse já era o entendimento defendido por alguns tribunais, inclusive pelo TST. No julgado abaixo, o TST argumenta a favor do dispositivo, afirmando ser ele resultado, na prática, do Princípio da Igualdade. Explica que há diferenças fisiológicas entre homens e

⁶⁶ XAVIER, Camila Estanislau. ROXO, Tatiana Bhering. **O Intervalo Intra jornada Especial Para O Trabalho Da Mulher: Retrocesso ou Evolução?** Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=248>. Acesso em: 15/01/2015. 10h26.

⁶⁷ MAIOR, Leandro Thomaz da Silva Souto Maio; COLY, Sarah Cecília Raulino. **A proteção do Trabalho da Mulher.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI198919,91041-A+protecao+do+trabalho+da+mulher>. Acesso em 15/01/2015 às 14h25.

mulheres, assim como diferenças culturais e sociais existentes em nossa sociedade, que não podem ser negadas. São esses alguns dos argumentos que defendem a vigência do dispositivo do artigo 384 da CLT.

Nesse sentido, decisão do TST sobre o tema:

MULHER. INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 384 DA CLT EM FACE DO ARTIGO 5º, I, DA CF/1988.

O artigo 384 da CLT impõe intervalo de 15 (quinze) minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (artigo 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico.

2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o artigo 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada sua indisponibilidade (conforme OJ 342 da SDI-I TST).

O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (art. 201, § 7º, I e II, da CF/1988). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (artigo 7º, XVIII e XIV, da CF/1988; artigo 10, §1º, do ADCT) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso.

Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas à dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher.

Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão familiar e profissional que

desempenha a mulher trabalhadora corresponde ao bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 (quinze) minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do artigo 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista rejeitado.⁶⁸

Ainda, como se não bastasse, o STF, em decisão recente, decidiu pela Constitucionalidade do artigo 384 da CLT, reconhecendo a repercussão geral do tema e negando provimento ao Recurso Extraordinário. Segue abaixo alguns trechos do voto do relator Dias Toffoli:

Esse dispositivo ingressou neste país na vida jurídica das mulheres com o Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, o qual foi sancionado pelo então presidente Getúlio Vargas durante o período do Estado Novo, no qual não só se unificou toda a legislação trabalhista, como também se inseriram no mundo jurídico novos direitos dos trabalhadores. Temos de lembrar que a cláusula geral da igualdade foi expressa em todas as Constituições brasileiras. Pela leitura esses dispositivos podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: 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 ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs.). O Progresso das Mulheres no Brasil. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. Métodos de trabalho do Direito Constitucional. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et. al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). Não vislumbro ser a espécie um enunciado normativo que retrate mecanismo de compensação histórica por discriminações socioculturais fundado na doutrina do “impacto desproporcional”, tal qual desenvolvida pelo sistema jurídico norteamericano. O art. 384 da CLT levou em consideração os outros dois critérios acima elencados.⁶⁹

⁶⁸ TST, RR 140000-76.2008.5.04.0020, 1ª Turma, julgamento 23/02/2011, relator Lelio Bentes Corrêa, DEJT 18/03/2011.

⁶⁹ STF, RE 658.312, relator Ministro Dias Toffoli, julgamento 27/11/2014. Disponível voto do relator: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE658312.pdf>

Ainda, o nobre julgador tece comentários sobre as diferenças entre homens e mulheres, principalmente diferenças físicas, que, conforme ele relata, são demonstradas cientificamente.

Aliás, não há como negar que há diferenças quanto à capacidade física das mulheres em relação aos homens – inclusive com levantamentos científicos (vide BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. Ltr, 2008, p. 1080; COSTA, Jurandir Freire. Homens e Mulheres. In: Ordem Médica e Norma Familiar. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p.235-261; SZAPIRO, Ana Maria. Diferença sexual, igualdade de gênero: ainda um debate contemporâneo. In: D'Ávila, Maria Inácia, PEDRO, Rosa (Orgs.). Tecendo o Desenvolvimento: saberes, gênero, ecologia social. Rio de Janeiro: Mauad: Bapera, 2003. p.83-94; BENNETT, James T. The Politics of American Feminism: Gender Conflict in Contemporary Society. University Press of America, 2007). Cuida-se de argumento real e que deve ser considerado. Tanto é que o art. 390 da CLT protege a trabalhadora impedindo o empregador de contratar mulher em “serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional”.

Também, se opõe às teses de que tais previsões poderiam gerar uma discriminação contra a mulher, ao contrário de ajudá-las.

Torno a insistir: o *discrímen*, na espécie, não viola a universalidade dos direitos do homem, na medida em que o legislador vislumbrou a necessidade de maior proteção a um grupo de trabalhadores, de forma justificada e proporcional. [...] Aliás, 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, diante de uma necessidade, que se extrapole esse período. Adotar-se a tese da prejudicialidade nos faria inferir, também, que o salário-maternidade, a licença-maternidade, o prazo reduzido para a aposentadoria, a norma do artigo 391 da CLT, que proíbe a despedida da trabalhadora pelo fato de ter contraído matrimônio ou estar grávida, e outros benefícios assistenciais e previdenciários existentes em favor das mulheres acabariam por desvalorizar a mão de obra feminina.

A questão do intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária para as mulheres causa divergências, conforme demonstrado acima. Entretanto, nesse momento é que se conclui que ainda há necessidade de tratamento diferenciado entre homens e mulheres em algumas situações, como no caso do artigo 384 da CLT. Isso porque, de fato, as questões que culturais que recaem sobre a mulher são diferentes do que para os homens. Apesar de hoje em dia as mulheres serem grande parte da massa

trabalhadora, o fato é que, na grande maioria das vezes, possui uma dupla jornada, devendo arcar também com as responsabilidades familiares.

Por isso, o tratamento diferenciado da mulher, nas diversas normas trabalhistas, como por exemplo o intervalo de 15 minutos antes da jornada extraordinária, assunto tratado nesse tópico, possui fundamento nessa diferenciação da mulher em relação ao homem, seja quanto ao aspecto físico, mas também quanto ao aspecto cultural.

CONCLUSÃO

A história do Direito do Trabalho é fruto de episódios que marcaram a história do homem com a luta pela liberdade e dignidade da pessoa humana. Quando explorações acontecem, da forma como ocorreram durante a Revolução Industrial, por exemplo, cabe ao Direito intervir e trazer normas para extinguir essas explorações e garantir o desenvolvimento da sociedade com respeito aos direitos individuais de todos.

Assim, o Direito do Trabalho da mulher também é um fruto dessas explorações e, até os dias atuais, existem normas de diferenciadoras em relação ao trabalho dos homens. Nesse ponto, inicialmente, indaga-se se essa diferenciação consistiria em uma afronta ao Princípio da Igualdade.

Entretanto, em um estudo mais aprofundado do tema, percebe-se o Princípio da Igualdade, em sua finalidade da igualdade substancial, ou seja, aquela igualdade na prática, exige exatamente isso do direito: que se trate desiguais de maneira desigual, para atenuar essas desigualdades.

Assim, um tratamento diferenciado se faz necessário, em razão de condições históricas, sociais, culturais e até mesmo fisiológicas. Não há que se negar o enorme trabalho da mulher como mãe e o desgaste físico que isso gera, além das condições físicas diferentes dos homens. E também não se pode negar a discriminação ainda existente contra a mulher no mercado de trabalho, marcada principalmente pela diferença de salário em relação aos homens.

Nessa esteira, a diferenciação das normas se justifica. Inclusive é esse o entendimento recente dos Tribunais Superiores, em particular o Tribunal Superior do Trabalho, assim como de nossa Corte Suprema, o Superior Tribunal Federal.

O Tribunal Superior do Trabalho modificou seu entendimento estampado na Súmula 244 para incluir as gestantes com vínculo de emprego a termo. Assim, o Tribunal tomou uma decisão analisando os Princípios no caso e qual deveria prevalecer. Com a decisão acertada do Tribunal, os Princípios que regem a saúde e a dignidade da mãe e do filho prevaleceram sobre os Princípios que regem o contrato de trabalho por prazo determinado.

Nesse mesmo sentido decisão do Tribunal Superior do Trabalho que afasta os Princípios da Administração Pública, prevalecendo a estabilidade provisória da gestante, protegendo a mulher e seu filho mesmo no caso do contrato nulo com a administração pública.

Por último a decisão mais recente do STF em relação ao descanso de 15 minutos antes da jornada extraordinária da mulher. O relator demonstra que há diferenças no tratamento entre homem e mulher, mas essa diferenciação se dá por razões sociais, culturais, sociológicas e fisiológicas, como dito anteriormente. Refuta de maneira brilhante os argumentos que afirmam que essas normas protetivas geram discriminação contra a mulher, discutindo a necessidade do tratamento diferenciado da mulher em diversos momentos, não havendo comprovação de que gerem discriminação em face do trabalho da mulher.

Portanto, não há que se negar o tratamento diferenciado da mulher no Direito do Trabalho. Entretanto, esse tratamento diferenciado decorreu de razões históricas e, até hoje, se fundamenta em razões sociais e culturais, que exigem que a mulher possua algumas proteções. Essas proteções não conflitam com o Princípio da Igualdade, pelo contrário, com ele se coadunam. Além disso, essas normas protetivas têm a nítida finalidade de proteção da mulher e também de seu filho, garantindo seu desenvolvimento e crescimento, o que, de forma global, afeta a sociedade como um todo. Por isso, muitas vezes quando na prática há um conflito entre essas proteções e outros Princípios, prevalecem as proteções, como demonstrado pelas decisões trazidas dos Tribunais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª Edição Alemã “Theorie der Grundrechte” publicada pela Suhrkamp Verlag. São Paulo: Editora Melheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 9ª ed. São Paulo. LTR, 2013.

BELLOTI, Aline Carla Lopes. GODOI, Vítor Santos de. O assédio sexual e a revista íntima no ambiente de trabalho. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197734,31047-O+assedio+sexual+e+a+revista+intima+no+ambiente+de+trabalho>. Acesso em: 16/01/2015 as 11h18.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 12ª ed. São Paulo: LTR, 2013.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

IBGE. Salário das Mulheres permanece 28 % inferior aos dos homens nos últimos 3 anos. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2096>. Acesso em 13/01/2015 às 11h58.

MAIOR, Leandro Thomaz da Silva Souto Maio; COLY, Sarah Cecília Raulino. A proteção do Trabalho da Mulher. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI198919,91041-A+protecao+do+trabalho+da+mulher>. Acesso em 15/01/2015 às 14h25.

MALLET, Estêvão. Discriminação e igualdade de oportunidade no Direito do Trabalho. Revista do advogado. Ano XXXIII, novembro de 2013, nº 121.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 2ª ed. Atlas. São Paulo, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28 º ed. Atlas. São Paulo, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2009.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Médoto, 2012.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. Proteção Constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal. São Paulo. LTR, 2013.

RIBEIRO, Ana Beatriz Ramalho de Oliveira. A Lei 9.029/95 no combate à discriminação nas relações de trabalho. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8837. Acesso em: 13/01/2015 as 14h47.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, nº 798, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

XAVIER, Camila Estanislau. ROXO, Tatiana Bhering. O INTERVALO INTRAJORNADA ESPECIAL PARA O TRABALHO DA MULHER: Retrocesso ou Evolução?. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=248>. Acesso em: 15/01/2015. 10h26.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. Curso de Direito do Trabalho: tomo III. São Paulo: LTr, 2008.