

PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: BREVES CONSIDERAÇÕES

PROTECTION OF WOMEN'S WORK IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION: BRIEF CONSIDERATIONS

Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda*

Silvia Teixeira do Vale**

Viviane Christine Martins Ferreira***

RESUMO: O presente ensaio objetiva analisar a proteção ao trabalho da mulher na Constituição Federal de 1988, considerando os paradigmas do neoconstitucionalismo para fundamentar uma perspectiva de igualdade de direitos e de efetividade dos direitos sociais fundamentais. O tema é relevante sob aspecto social e jurídico, porquanto a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres ainda é um desafio candente a ser enfrentado no século XXI, especialmente nas relações laborais. É imperioso destacar que, apesar de a participação das mulheres ter crescido no mundo do trabalho nas últimas décadas, apresentando as profissionais uma escolaridade superior à dos homens, os salários continuam sendo menores; por outro lado, a sobrecarga de trabalho, com o exercício de jornadas duplas, ainda é uma realidade. No primeiro item, são abordados os aspectos propedêuticos do tema, incluindo digressões sobre as normas internacionais que o disciplinam e uma breve contextualização histórica. O segundo item dedica-se ao estudo do princípio da igualdade e da não discriminação, trazendo para a discussão o *leading case* de Ann Hopkins, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1989. Por derradeiro, o artigo debruça-se sobre a garantia de emprego da gestante, verdadeiro fio condutor da proteção do trabalho da mulher na Constituição Federal de 1988. As metodologias utilizadas, precipuamente, foram a pesquisa bibliográfica, em livros, monografias, teses, dissertações, artigos publicados em revistas especializadas, dentre outros, além da pesquisa documental, calcada na investigação da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção ao Trabalho da Mulher. Neoconstitucionalismo. Princípio da Igualdade. Discriminação de Gênero. Garantia de Emprego da Gestante.

* *Procuradora do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 5ª Região; professora adjunta da Universidade Federal da Bahia; mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; doutora em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo; professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, CERS, UCSAL, UNIFACS e das Escolas Judiciais do TRT da 5ª, 6ª, 7ª e 16ª Regiões.*

** *Juíza do trabalho no TRT da 5ª Região; mestra em Direito pela UFBA; doutora pela PUC-SP; pós-doutorado pela Universidade de Salamanca; professora convidada do curso de pós-graduação lato sensu da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS, CEJAS, UCSAL e da Escola Judicial do TRT da 5ª, 6ª, 10ª e 16ª Regiões; diretora da EMATRA5, biênio 2019/2021; membra do Conselho editorial da Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. e do Conselho acadêmico da ENAMATRA, órgão de docência da ANAMATRA; autora de livros e artigos jurídicos.*

*** *Juíza do trabalho no TRT da 5ª Região; pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho.*

DOCTRINA

ABSTRACT: This essay aims to analyze the protection of women's work in the Federal Constitution of 1988, considering the paradigms of neo constitutionalism to support a perspective of equal rights and the effectiveness of fundamental social rights. The theme is relevant from a social and legal aspect, as equal opportunities between men and women are still a burning challenge to be faced in the 21st century, especially in labor relations. It is imperative to highlight that, despite the increased participation of women in the world of work in recent decades, with professionals having higher education levels than men, salaries are still lower; on the other hand, work overload, with the exercise of double shifts, is still a reality. The first item addresses the introductory aspects of the theme, including digressions on the international norms that govern it and a brief historical context. The second item is dedicated to the study of the principle of equality and non-discrimination, bringing to the discussion the leading case of Ann Hopkins, judged by the US Supreme Court in 1989. Finally, the article focuses on job security of pregnant women, a true guiding thread for the protection of women's work in the Federal Constitution of 1988. The methodologies used, mainly, were bibliographic research, in books, monographs, theses, dissertations, articles published in specialized journals, among others, in addition to document research, based on the investigation of jurisprudence.

KEYWORDS: Protection of Women's Work. Neo Constitutionalism. Principle of Equality. Gender Discrimination. Guarantee of Employment for Pregnant Women.

1 – Notas introdutórias

A história das normas protetivas que tratam sobre o trabalho da mulher se confunde com a própria história do Direito do Trabalho, pois as assim chamadas meias-forças foram as primeiras a receber a proteção do Estado.

O trabalho feminino pós-Revolução Industrial chamou tanto a atenção, pela evidente desigualdade e maior exploração, que a “questão feminina” ensejou as primeiras normas internacionais, a exemplo do Protocolo de Berlim, de 1890, a Convenção de Berna, de 1906, e as seguintes Convenções da OIT: ns. 3 e 103 (proteção à maternidade); ns. 4, 31, 89 e Protocolo nº 90 (trabalho noturno); nº 156 (responsabilidades familiares); nº 45 (trabalho nos subterrâneos das minas); ns. 13 e 136 (sobre trabalhos insalubres); ns. 100 e 111 (sobre igualdade de salário e de oportunidades no emprego ou profissão).

No Brasil, o Decreto nº 21.417-A/1932 regulamentou o trabalho da mulher nos estabelecimentos industriais e comerciais, assegurando-lhe diversos direitos que, ao longo das décadas seguintes, foram repetidos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais.

A Assembleia Nacional Constituinte, que redundou no Texto Constitucional Federal mais longo que o Brasil já teve, contou com expressiva participação feminina, se comparada às Assembleias anteriores. Dos 559 deputados constituintes, apenas 25 eram mulheres, o que representava apenas 5% dos parlamentares, mas mesmo assim elas tiveram uma participação ativa,

marcada sobremaneira pela entrega da Carta das Mulheres aos Constituintes, ao então deputado Ulisses Guimarães, em março de 1987, bem assim pelo “lobby do batom”, termo jocoso utilizado pela imprensa da época para diminuir a pauta feminina, mas sabiamente apropriado pelas deputadas-constituintes para encaminhar seus pleitos e convencer os demais parlamentes que essa deveria ser uma pauta de ambos os gêneros.

De acordo com Marques, Vasconcelos e Lopes¹, a referida Carta abordava temas como igualdade e não discriminação; família; trabalho; saúde; educação; cultura e violência e o final do documento foi marcado pela frase “Constituinte pra valer tem que ter direito das mulheres”. Alguns desses direitos trabalhistas foram acolhidos e é sobre tais que este ensaio tratará nas linhas que se seguem.

2 – Mulher, igualdade e não discriminação

O *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 contém uma espécie de cláusula geral da igualdade, onde se lê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, sendo proibido o tratamento diferenciado entre homens e mulheres, quando os critérios forem alheios ao texto constitucional (§ 1º do art. 5º). É dizer, a própria Carta Política admite que é possível discriminar positivamente e igualmente relembra, em diversos outros dispositivos, o princípio da igualdade, conforme se observa nos arts. 3º, incisos III e IV; 5º, inciso XLI; 7º, incisos XXX, XXXI, XXXII, XXXIV; 14, *caput*; 37, incisos I e VIII; 145, § 1º; 226, § 5º; e 227, § 6º.

Como direito fundamental, o princípio da igualdade deve ser assimilado sob duas dimensões, de modo a assegurar um direito subjetivo e uma ordem objetiva, irradiando-se para todo o ordenamento jurídico, vinculando entes públicos e privados, com aplicabilidade imediata, segundo o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

Na doutrina de Robert Alexy², o referido princípio deve ser assim entendido: a) o princípio da igualdade não é uma norma que ordena sempre o tratamento igual ou proíbe sempre o tratamento desigual; b) a igualdade deve ser sempre analisada de forma relacional, redundando na comparação entre, pelo menos, dois entes, tendo-se a eleição de critérios estabelecidos previamente; c) o tratamento igual ou desigual é também definido por um objetivo que

1 MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas; VASCONCELLOS, Felipe Gomes da Silva; LOPES, Gabriel Franco da Rosa. Redemocratização: as mulheres e a Constituição de 1988. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (Org.). *Mulheres em luta: a outra metade da história do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 95-112.

2 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393-429.

se almeja alcançar (como o art. 3º, incisos I e III, da Constituição Federal de 1988, respectivamente, que estabelece como objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação).

Em sentido semelhante, Wilson Steinmetz pontifica que, do ponto de vista do conteúdo, o princípio da igualdade encerra um feixe de normas jurídicas. Assim, a norma presente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 figura como uma cláusula geral de igualdade, abrindo-se em três outras normas: o mandamento de tratamento igual; o mandamento de tratamento desigual, segundo os critérios estabelecidos na própria Constituição; a proibição de tratamento discriminatório. As duas primeiras normas são assimilações positivas do princípio da igualdade, enquanto a terceira constitui a dimensão negativa de tal princípio³.

Passados mais de 32 anos do advento da Carta Política de 1988, ainda se constata grande desigualdade salarial entre homens e mulheres, apesar de o art. 7º, XXX, proibir expressamente a diferença de salário quando o fator determinante for o sexo.

Na última PNAD contínua⁴, constatou-se que as mulheres receberam 77,7% do salário dos homens em 2019. A diferença é ainda mais elevada em cargos de maior rendimento, como diretores e gerentes. Nesse grupo, as mulheres ganharam apenas 61,9% do rendimento dos homens. É o teto de vidro na prática!

Nunca é demais recordar que o princípio da igualdade, como legítimo direito fundamental, vincula entes públicos e privados. Assim, é correto afirmar que o Estado deve se esforçar para ter políticas públicas voltadas à diminuição da desigualdade entre homens e mulheres, assim como também os empregadores devem buscar observar a igualdade e a não discriminação entre os gêneros.

Nessa perspectiva, destinar atividades tidas como menores e menos complexas, ligadas a estereótipo de gênero, somente para as mulheres, é atitude que se contrapõe diretamente ao princípio da igualdade e em tal sentido recentemente decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, cuja citação literal do acórdão se impõe, pela clareza adotada como razões de decidir:

3 STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 235.

4 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=pnad+2021>. Acesso em: 6 maio 2021.

“MISOGINIA. PRETERIÇÃO DA TRABALHADORA NAS PROMOÇÕES NO EMPREGO. DANO À MORAL. CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ). CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER (CEDAW).

1. Cabe às autoridades públicas atuarem de forma a eliminar todas as formas de discriminação contra a mulher praticada por quaisquer pessoas, organização ou empresa, conforme compromisso assumido pelo Brasil, signatário das Recomendações da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 1994) e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979), ratificada por meio do Decreto nº 4.377, de 13.09.02. No âmbito das relações de trabalho, o empregador é responsável por manter um ambiente de trabalho íntegro, saudável e respeitoso (arts. 7º, XXII, e 200, VIII, da CR/88) e responde, independentemente de culpa, pelos atos praticados por seus empregados (arts. 932, III, e 933 do CC), inclusive com relação às discriminações em face da mulher. 2. Como se extrai do art. 1º da Convenção nº 111 da OIT, todo e qualquer tratamento desigual, de caráter infundado, em matéria de emprego ou profissão, que dificulte ou obstaculize o acesso e permanência no emprego, a oportunidade de ascensão e formação profissional, a igualdade remuneratória, bem como promova a violência e o assédio, constitui discriminação. 3. Entretanto, não obstante o vasto arcabouço normativo internacional, fatores histórico-culturais enraizados na nossa sociedade machista e patriarcal perpetuam a discriminação contra a mulher, com a adoção do estereótipo de que é emocionalmente vulnerável, frágil fisicamente e responsável pelos afazeres domésticos. Sobre o tema, os professores Claiz Maria Pereira Gunça dos Santos e Rodolfo Pamplona Filho ressaltam que a divisão sexual do trabalho é regida pelo princípio da separação (existem trabalhos de homens e trabalhos de mulheres) e pelo princípio da hierarquia (trabalho de homem vale mais do que um trabalho de mulher), acarretando a atribuição de tarefas e lugares sociais diferentes e separados para homens e mulheres, onde a atividade masculina é mais valorizada socialmente e ocupa um papel hierárquico superior. Essa divisão fica ainda mais latente quando as mulheres se inserem em atividades ou profissões tipicamente masculinas, de modo que, como o discurso que naturaliza a hegemonia masculina não se mostra suficiente, busca-se desqualificar as mulheres que rompem essa barreira, por meio de discriminações indiretas e pela prática

de assédio. 4. Sensível a esse contexto, a Organização Internacional do Trabalho, comemorando seu centenário de fundação, aprovou, na 108ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra (junho de 2019), a Convenção nº 190, sobre violência e assédio no trabalho, temas responsáveis pelo grande aumento nos casos de doenças psicossociais, com destaque para a questão de gênero nos casos de abuso e assédio e para a necessidade de proteger as mulheres no local de trabalho. A referida Convenção reconhece que a violência e o assédio nas relações laborais violam os direitos humanos, ameaçam a igualdade de oportunidades e são incompatíveis com o trabalho decente. Ademais, comprometem o meio ambiente do trabalho, afetando a organização do labor, o desenvolvimento sustentável, as relações pessoais, a produtividade e a qualidade dos serviços, além de impedir que as pessoas, em especial as mulheres, tenham acesso ao mercado de trabalho, permaneçam e progridam profissionalmente. 5. O termo misoginia, que tem origem nas palavras gregas: *miseó* (ódio) e *gyné* (mulher). Trata-se do ódio ou aversão às mulheres, que pode se manifestar de diversas formas, como a objetificação, depreciação, descrédito e outros tipos de violência, física, moral, sexual, patrimonial ou psicológica. 6. A questão de gênero ainda é determinante no mercado de trabalho brasileiro. De uma forma geral, as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD-2018). 7. Estatísticas recentes revelam que as mulheres são preteridas nas promoções e ganham menos do que os homens, inclusive em cargos de nível hierárquico equivalente e que o maior obstáculo enfrentado pelas mulheres no caminho da liderança está na fase inicial das carreiras, até o nível de gerência. Esses dados confirmam a falta de foco na paridade de gênero em níveis mais baixos e revelam que, se os problemas na extremidade inferior da balança não forem resolvidos, não haverá mulheres disponíveis, nas organizações, para alcançarem cargos de liderança. Nesse contexto, é urgente implementar medidas de combate e superação das discriminações à mulher, para a efetivação da jusfundamentalidade da Constituição de 1988 e das Convenções Internacionais adotadas pelo Brasil para efetivação dos melhores ideais de democraticidade, respeitabilidade e simetria entre gêneros. 8. No caso dos autos, a trabalhadora exerceu, por cinco anos, atividades pesadas em metalúrgica, e o conjunto probatório revelou preterição da trabalhadora simplesmente por ser mulher, em razão da misoginia comumente observada em locais de trabalho pesado. Ressalte-se a dificuldade da prova do assédio moral em casos como esse, nos quais a violação é naturalizada

e os comportamentos são socialmente aceitos. 9. O dano é *in re ipsa* e independe de comprovação de sofrimento íntimo, já que inviável a prova da dor sentida pela vítima. Em relação ao *quantum* indenizatório, cabe ao magistrado, observados os imperativos da razoabilidade, fixar um valor que atenda a duas finalidades concomitantes e distintas: compensação da vítima e punição/dissuasão do agressor. Recurso da reclamante provido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais causados pela preterição da trabalhadora nas promoções no emprego, simplesmente por ser mulher, no importe de R\$ 30.000,00.” (TRT-15, ROT 0012154-35.2017.5.15.0059, Rel. João Batista Martins César, 11ª Câmara, publ. 27.11.2020)

A prova da preterição da empregada não é fácil de ser produzida, pois a comprovação do que se convencionou chamar de teto de vidro para ascensão feminina no ambiente empresarial é extremamente sutil.

Nesse particular, adverte Lima que o magistrado deve atentar para dois momentos processuais distintos: um no qual “o trabalhador tem uma obrigação de apresentar fatos que permitam concluir ou suspeitar da existência de uma atitude discriminatória”; e no segundo momento, “uma vez reconhecida a existência de diferenciação, caberá ao empregador provar suficientemente que tal medida tem uma justificativa razoável e proporcional”⁵.

Em outras palavras, as regras relativas ao ônus da prova jamais podem servir como obstáculo à tutela jurisdicional, devendo-se atentar para as reais possibilidades das partes, havendo de recair o encargo processual sobre quem possui mais aptidão para provar⁶. É nesse sentido, inclusive, a regra prevista no art. 818, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho⁷, tão bem materializada na inteligência da Súmula nº 443 do C. Tribunal Superior do Trabalho⁸,

5 LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 246.

6 Essa é a ideia defendida por Mallet: “Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade” (MALLET, Estêvão. *Discriminação e processo do trabalho*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 199-208).

7 CLT, art. 818, § 1º: “§ 1º nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

8 “Súmula nº 443 do TST. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.”

quando se refere à aptidão para a prova em relação à dispensa discriminatória de empregado doente.

A Suprema Corte estadunidense possui um precedente deveras interessante em relação à questão acerca do ônus da prova, quando a discriminação for praticada por motivos mistos. Trata-se do *leading case Price Waterhouse v. Hopkins*, julgado em 1989.

Ann Hopkins⁹ era uma gerente sênior em um escritório de sociedade contábil profissional e se candidatou à vaga de sócia do escritório de contabilidade onde trabalhava, em 1982. Sua candidatura, inicialmente negada, só foi realizada para reconsideração no ano seguinte. Quando os sócios de seu escritório se recusaram, posteriormente, a apresentá-la para parceria, ela processou o empregador no Tribunal Distrital Federal nos termos do Título VII da Lei dos Direitos Civis de 1964, alegando ter havido discriminação pela sua preterição com base no sexo. Analisando o caso, a Suprema Corte estadunidense entendeu que, apesar de ter prova nos autos de que Hopkins havia sido discriminada em relação ao gênero, vez que alguns sócios recomendaram que ela participasse de um curso de charme e vestisse mais roupas e acessórios femininos, o escritório afirmou em sua defesa que havia outros motivos para a não ascensão de Hopkins à condição de sócia e, dessa forma, haviam sido apresentados motivos mistos.

A Corte, por meio do voto condutor da Juíza O'Connor, afirmou que em havendo motivos mistos, o autor deve demonstrar a existência de prova direta do motivo discriminatório, o que não tinha sido observado no caso concreto, fazendo com que a autora malograsse na sua pretensão indenizatória.

Essa decisão limitou drasticamente o ajuizamento de ações, vez que só poderiam tramitar com possibilidade de êxito as ações que tivessem prova direta; ou seja, as que apresentassem um testemunho direto ou mesmo uma confissão.

A conservadora decisão da Corte Suprema acarretou reação do Congresso estadunidense, que aprovou, em 1991, alteração no artigo 703(m) do Estatuto dos Direitos Civis, tendo este passado a prever que uma prática ilegal é estabelecida quando a parte demonstrar que os motivos lá elencados ocasionaram a prática empresarial questionada, ainda que outros fatores também a tenham motivado¹⁰.

9 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/228/#tab-opinion-1957939>. Acesso em: 7 maio 2021.

10 LIMA, *op. cit.*, p. 127.

Ainda nesse tópico sobre o princípio da igualdade, ainda merece reflexão se o argumento para contratar somente mulheres ou homens é constitucional. Desde já é preciso registrar que sempre haverá choque de princípios quando um empregador resolve preferir contratar pessoas tendo como fator preponderante o gênero, havendo um certo perfume de discriminação nefasta, pecha esta que pode ser afastada se os critérios forem razoáveis ou proporcionais.

A Consolidação das Leis do Trabalho, buscando dar efetividade em plano ordinário ao princípio da igualdade, o art. 373-A prevê como conduta proibida do empregador “publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir”. Assim, seria razoável e não discriminatório um edital para contratação de mulheres para trabalhar em presídio feminino.

O mesmo dispositivo legal veda ao empregador “recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível”. Nesse particular, em 1991, a Suprema Corte estadunidense julgou um litígio que pode servir de referência para guiar os limites de razoabilidade em casos que envolvem preterição de mulheres em determinados setores da empresa.

Trata-se do caso *International Union, United Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers of America, UAW v. Johnson Control, Inc.*¹¹, no qual o sindicato alegava que a empresa possuía política de não contratação de mulheres para a linha de produção de baterias, tendo a acionada se defendido suscitando algo muito comum nas defesas que usam o *bona fide occupation qualification (BFOQ)*, ou uma qualificação profissional de boa-fé, como argumento, mas a Corte Suprema entendeu que a política da empresa em não contratar mulheres grávidas ou em idade fértil para o trabalho em linha de produção, pela possibilidade de contato excessivo com o chumbo, era uma prática discriminatória, pois a possibilidade de engravidar não poderia ser um fator para as mulheres serem discriminadas, vez que a gravidez não afeta a capacidade para o trabalho.

3 – Da garantia de emprego da mulher gestante

Que fique assentado de partida que a proteção constitucional do emprego da mulher gestante não é fruto de generosidade legislativa, mas resultado de

11 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/187/>. Acesso em: 7 maio 2021.

pressão de movimentos feministas e ação política de mulheres parlamentares que, apesar de minoria (25 mulheres entre 559 parlamentares) ao tempo da Constituinte, alertas às opressões de gênero, lograram demarcar em texto da Constituição da República Federativa de 1988 valores de proteção à maternidade e à infância. Assim, incluiu-se em texto de Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que se sabe destinado a modular a ordem jurídica interna a ser instalada com a nova Constituição, regra de proteção ao emprego da mulher gestante, fixando-se no art. 10, II, *b*, do ADCT, até a promulgação de lei complementar de proteção da relação de emprego de que trata o art. 7º, I, da CF/88, a garantia de emprego para a empregada gestante, vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa da trabalhadora, da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em harmonia com a premissa de que nenhuma sociedade pode habilmente projetar-se para manutenção e continuidade sem que possibilite proteção do seu futuro, é nessa perspectiva que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob influxos da redemocratização, foi virtuosa em contemplar, em seu texto, princípios e regras que promoveram à Carta o título de Constituição Cidadã. De fato, os avanços em direção de equidade da Constituição de 1988 evidenciam que, mesmo em número reduzido, as parlamentares constituintes tiveram participação decisiva em assentamento de conquistas essenciais aos dias contemporâneos.

Foi nesse contexto histórico que se inseriu no *caput* do art. 6º da Constituição a proteção à maternidade e à infância entre direitos sociais fundamentais, espreado-se a tutela nos arts. 7º, 201 e 203 da Constituição Federal de 1988 e art. 10 do ADCT. É de se reconhecer que, se as décadas anteriores conceberam às mulheres direitos quais aqueles de participação política, a Carta de 1988, não sem dificuldade, pressão e ação de mulheres em minoria política, representa marco normativo de proteção social à gestação, maternidade e infância, cujas tutelas sediadas em manto constitucional, dadas as fragilidades características das transformações contemporâneas no mundo do trabalho, exigem urgente exame hermenêutico em direção de ampliação de proteção, e não de fragmentação do já alcançado.

Sucede que se a Carta Constitucional firma diretriz e vetor a guiar a ordem jurídica infraconstitucional, sendo significativo disso a inclusão da proteção da gestação em ADCT, certo é que os contornos dessa proteção constitucional foram balizados pela jurisprudência, cuja evolução merece avaliação, especialmente porque se constata que decisões recentes da Corte Maior do país vêm caminhando em sentido oposto à ampliação protetiva demarcada em cláusula

DOCTRINA

de abertura material de direitos da Constituição Federal (arts. 5º, § 2º, 7º, *caput*, da CF/88) ou reconhecidas por via de jurisprudência, representando risco também para a proteção fixada no art. 10, II, *b*, do ADCT.

Nesse trilhar, respeitada a segmentação interseccional que em termos concretos põe mulheres negras em condição de dupla opressão racial e de classe, porque identificadas entre aquelas com menor remuneração, piores marcadores sociais e menor expressão em trabalho protegido¹², fato é que a regra constitucional inscrita em ADCT, ao tempo em que previu a garantia temporária em emprego, despertou questões em torno de elementos quais a necessidade ou não de comunicação da gravidez pela gestante ao empregador; conhecimento do estado gravídico pela gestante para efeito de caracterização de condições sujeitas à garantia provisória em emprego; se a estabilidade ensejaria reintegração ou indenização; se estão abrangidas em espectro protetivo as trabalhadoras contratadas a termo; se as empregadas domésticas são também beneficiárias da tutela.

Relativamente à necessidade ou não de comunicação da gravidez pela gestante ao empregador, argumento primeiro suscitado em desfavor de concretização da garantia constitucional, a jurisprudência trabalhista e do Tribunal Superior do Trabalho evoluiu no sentido de reconhecer que o desconhecimento do estado gravídico, pela gestante ou seu empregador, à ocasião da despedida arbitrária ou sem justa causa, é irrelevante à caracterização da situação determinante da proteção estatal, considerando-se o marco biológico da gestação contemporânea à vigência do contrato de trabalho o requisito inscrito na regra constitucional a autorizar sua incidência, uma vez que a tutela se destina a, reconhecendo o trabalho como fonte primária de subsistência da mãe, preservar a dignidade da mulher trabalhadora e a vida do recém-nascido, a não permitir desemprego por conduta arbitrária ou injusta em período gestacional e até cinco meses depois do parto. A interpretação do TST que se materializa no item I da Súmula nº 244 da Colenda Corte objetivou prestigiar o direito social fundamental de proteção à maternidade e infância, dignidade da pessoa da trabalhadora, bem como a vida do nascituro, ainda que a ciência do estado gestacional tenha

12 O perfil do grupo de trabalhadores com maior probabilidade de trabalhar sem carteira assinada é de mulher negra, moradora de cidades do interior do Norte e Nordeste, com até 24 anos e com menos de quatro anos de estudo, ao passo que o contrato de trabalho formal é majoritariamente ocupado por homem branco, entre 25 e 49 anos, morador das regiões metropolitanas do Sul e Sudeste, com ao menos o ensino médio, conforme estudo realizado pela Fundação Getulio Vargas, nominado “Causas e consequências da Informalidade no Brasil”. COSTA, Daiane. *Mulher, negra, com pouco estudo é mais vulnerável à informalidade*. Democracia e mundo do trabalho em debate, 2016. Disponível em: <https://www.dmtemdebate.com.br/mulher-negra-com-pouco-estudo-e-mais-vulneravel-a-informalidade>. Acesso em: 7 maio 2021.

ocorrido em lapso ulterior à cessação do contrato de trabalho. Entendeu-se, portanto, que se o art. 10, II, *b*, do ADCT não impôs conhecimento de estado gestacional condição para proteção, não caberia ao intérprete fazê-lo.

A respeito, em julgamento de Recurso Extraordinário RE 629.053/SP (Tema nº 497), de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que a incidência da estabilidade prevista no art. 10 do ADCT somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa, confirmando que a proteção constitucional somente requer presença do requisito biológico da gravidez preexistente à dispensa arbitrária, independentemente de prévio conhecimento ou comprovação, reconhecendo o Supremo que a proteção contra dispensa arbitrária da gestante se caracteriza como direito social instrumental protetivo da mulher, assegurando-lhe o gozo de outros preceitos constitucionais quais a licença-maternidade remunerada, princípio da paternidade responsável; e da criança, conferindo efetiva proteção ao recém-nascido e permitindo a este convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida.

Evoluiu também a jurisprudência em direção a entender que a proteção à maternidade, como direito individual, é irrenunciável, daí a não ser relevante à incidência da proteção a formalização de comunicação prévia da condição ao empregador. Havendo limites à renúncia de direitos fundamentais nas relações entre particulares, relativamente à condição da gestante, entendendo o intérprete que se insere a proteção à infância em direito social fundamental, compõe o conjunto de direitos irrenunciáveis. Não por outra razão, a Orientação Jurisprudencial nº 30 da Seção de Dissídios Coletivos do TST interpretou ser nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário, uma vez que, se incluindo o direito de proteção à infância entre aqueles fundamentais, reveste-se de inalienabilidade e indisponibilidade.

Quanto à discussão no sentido de que a estabilidade determinaria exclusivamente direito à permanência no trabalho ou direito à indenização, examinando os julgados precedentes ao item II da Súmula nº 244 do TST, cabe registro que antes da fixação da proteção estabilitária em sede constitucional, pela Carta de 1988, a interpretação que prevalecia em torno da mulher gestante e injustamente despedida era no sentido de que não teria direito à reintegração e faria jus apenas a pagamento de indenização (perdas e danos)¹³.

13 Cite-se, exemplificativamente, RR 5.928/1983, Ac. 1ª T., 2.113/1985, Min. Ildélio Martins.

Felizmente, avançou a jurisprudência a reconhecer, para além de impedimento à despedida sem justa causa ou que não se fundamente em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, que a reintegração ao trabalho confere patamar de dignidade em direção não discriminatória, para fim de inserção da empregada gestante em ambiente de trabalho, alinhando-se às diretrizes em direitos humanos de órgãos multilaterais dos quais o Brasil faz parte, e ao sentido de que trabalho não é mercadoria; logo, que a pessoa do trabalhador não pode ser contabilizada ou desumanizada. Não se tem dúvida quanto ao avanço positivo da exegese adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista que é no convívio com a diferença, com o processo de gestar em todas as suas fases e com todas as mudanças em estrutura física e mental nas trabalhadoras que prevalece o sentido de solidariedade social caro à manutenção da vida em sociedade, como também favorece socialmente a superação de estereótipos que vinculam a noção de mulher grávida a preconceitos de que seria menos capaz, competente ou habilitada profissionalmente. A manutenção de trabalho para a mulher grávida, a garantia de assegurar-lhe estabilidade se filiam ao entendimento de que as sociedades são verdadeiramente democráticas quando nelas há o efetivo compromisso com a inclusão.

Além disso, não se devem desconsiderar os aspectos processuais alinhados à ampliação do reconhecimento do direito à reintegração da trabalhadora gestante ao aprimoramento de instrumentos processuais que operacionalizaram o exercício do direito, cabendo destacar a redação dada ao art. 273 do CPC/73, pela Lei nº 8.952/94, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho por autorização do art. 769 da CLT, prestigiando a instrumentalização do processo e provendo, para o processo do trabalho, medida hábil a viabilizar a consecução da tutela em proteção da trabalhadora com a gestação ou prazo estável ainda em curso.

Atentando para exame da mutação jurisprudencial em benefício da manutenção no emprego e reintegração, sob perspectiva de gênero, é de se observar que, se o gênero é construção social, a superação de desigualdades que tocam especialmente o trabalho da mulher perpassam pela exigência do convívio com diferenças, a serem reconhecidas e validadas em compatibilidade com a promessa de isonomia material da Constituição Federal, a permitir atentar para a circunstância de que é no ajustamento de pluralidades que reside a proteção democrática, desenhando o mundo do trabalho a partir dessa premissa, em superação ao modelo exclusivamente masculino e que, ignorando o desequilíbrio em divisão sexual do trabalho, impõe às mulheres trabalhar sem aspirar maternidade; que sejam mães e trabalhem como se não possuíssem filhos; e

DOCTRINA

os tendo, que os criem e eduquem absorvendo para si as maiores cargas de cuidado, como se não trabalhassem.

Ao largo da prevalência de interpretação que reconheceu direito ao trabalho para além de indenização se inobservada a garantia constitucional à gestante, essencial destacar a problemática em torno da extensão ou não do direito às trabalhadoras contratadas a termo. A respeito, os tribunais trabalhistas e o Tribunal Superior do Trabalho evoluíram para reconhecer para a empregada gestante direito à estabilidade provisória mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado. A modificação da jurisprudência da Corte Trabalhista em item III da Súmula nº 244 a partir de 2012 seguiu em caminho de concretude de direitos sociais, alinhando-se ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente ao dirigir tutela ao nascituro, a prestigiar o princípio de proteção à infância. Superou-se a jurisprudência que autorizava a despedida de mulher grávida sob fundamento de que a existência de término de prazo de contratação distinguiria a modalidade de dissolução da dispensa arbitrária ou sem justa causa, que reduzia a interpretação da regra de garantia à técnica de literalidade.

A revisão de entendimento do Tribunal Superior do Trabalho e o novo marco adotado de que a tutela inscrita em ADCT, respeitada a sua natureza de projeto para a ordem jurídica infraconstitucional, objetivou, prioritariamente, proteger a infância, daí a considerar também a mulher contratada a termo como destinatária da garantia. Não sendo viável à concretização da Constituição Federal e do modelo de sociedade e Estado ali projetados restringir campo de proteção a modelos específicos de contratação, não se pode conferir a direito fundamental interpretação restritiva, porque é a vida do nascituro e a preservação de meios para que isso aconteça que está no centro da norma constitucional, não se justificando, à luz de hermenêutica concretizadora e do propósito de efetivação social de direitos extirpar do manto de tutela constitucional a empregada contratada a tempo certo. A premissa, pois, é de exegese de compatibilidade da garantia à dignidade e à vida, e não em relação ao modelo contratual de emprego ao qual se vincula a gestante.

Não obstante, em frente oposta à interpretação fixada a partir da revisão do item III da Súmula nº 244 e que expandiu para as trabalhadoras temporárias direito à garantia de emprego, argumentos contrários emergiram sustentando a potencialidade da decisão para contribuir a desestimular contratação de mulheres, ampliação de desemprego e insegurança jurídica. Discordamos dessa perspectiva, destacando que em elaboração do presente texto não se localizou investigação qualitativa ou quantitativa operada em segmentos de trabalho

formal no Brasil a autorizar validar a premissa de desestímulo em contratação motivado por reconhecimento de direito de proteção ao trabalho de empregada gestante em contrato a termo. Divergimos do entendimento, ademais, pela circunstância de que a fixação de premissa de proteção, em sentido distinto de argumento de insegurança, operou-se em âmbito de Súmula de jurisprudência em última instância da Justiça Especializada, a fim de pacificação dos conflitos sociais.

Afora o exposto, convém suscitar que o direcionamento do debate a justificar superação da estabilidade à gestante em contrato a termo, pelo que silencia, evidencia os contornos de sociedade patriarcal, que invisibiliza o cuidado e o presume feminino. A manutenção de discurso que ignora o dever coletivo e social de solidariedade e proteção à dignidade e vida do nascituro, a presumir ser exclusivamente a mulher gestante a destinatária única da proteção, também está na matriz do fundamento que direciona a norma de garantia com sede constitucional a um modelo específico de contrato. Nesse contexto, importa admoestar que a prevalência desse entendimento que, não dito, permeia fundamentos contrários à ampliação de garantia de emprego, tolhe da sociedade em seus diferentes contornos as possibilidades de extensão de proteção a distintos modos de exercício de parentalidade, passível de exercício, por exemplo, em modelo monoparental por adotantes, homens ou transexuais.

Dito isso, e ressalvada a compreensão das articulistas no sentido de que a proteção em direção ampliativa se ajusta ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, fato é que o Supremo Tribunal Federal, em ARE 674.103, substituído pelo RE 842.844 (Tema nº 542), com relatoria do Ministro Luiz Fux, reconheceu existir repercussão geral da matéria relativa ao direito à estabilidade provisória de servidora gestante contratada por prazo determinado, com fulcro em art. 10, alínea *b*, do ADCT. Valendo registro que, tal acentuado pelas parlamentares constituintes desde os debates que possibilitaram avanços protetivos em benefício da maternidade e da infância, integraram argumentos contrários à interpretação ampliativa, entre outros, o de que a decisão em benefício de trabalhadora em contrato a termo pode dar ensejo a consequências para as mulheres no mercado de trabalho e implicações legais aos contratantes, o que ofenderia o princípio da autonomia da vontade. Não tendo ocorrido, ainda, julgamento da matéria, a despeito de se notar em recentes decisões do STF em matéria trabalhista a presença de fundamentação vinculada a argumentos políticos e econômicos derogatórios de materialização de direitos sociais, espera-se que em consonância com a isonomia material defendida pela Constituição Federal de 1988 e em sintonia com julgamentos já proferidos pelo STF,

observe-se a prevalência do direito social fundamental de proteção à infância e à vida do nascituro, em benefício da coletividade.

Sem a pretensão de tratamento com densidade do tema, registre-se ainda que é reconhecida a garantia de emprego à trabalhadora doméstica gestante. No caso brasileiro, o legado da escravidão representa pecado original que espraia efeitos em racismo estrutural, com repercussão em divisão de trabalho que segmenta ocupações menor remuneradas, informais e precárias, à população negra. Historicamente, a trabalhadora em domicílio, aqui observado o gênero feminino porque massivamente desempenhada a função por mulheres, em sua maioria mulheres negras, teve tutela trabalhista tardia, seja pela legislação de regulação do trabalho doméstico (Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972), posterior em mais de 30 anos à Consolidação das Leis do Trabalho, seja pela extensão tardia da proteção à maternidade e infância por meio de estabilidade em emprego, fixada somente em legislação na Lei nº 11.324, de 19 de julho de 2006, que acresceu à Lei nº 5.859/72 o art. 4º-A, vedando dispensa arbitrária ou sem justa causa da trabalhadora gestante, da confirmação da gravidez a cinco meses depois do parto. Para o trabalho em domicílio, ainda marcado pela manutenção de vínculos clandestinos, não registrados e de baixa remuneração, pensamos que interpretação distinta à ampliação de proteção ao trabalho, à maternidade e à vida em gestação conduziria a resultados em colisão com princípios constitucionais de isonomia, dignidade da pessoa humana, proteção à maternidade e infância, valorização do trabalho humano. A proteção com garantia de emprego e reconhecimento à trabalhadora doméstica de estabilidade, para além de direito social fundamental, é medida que se alinha à promessa constitucional de redução de desigualdades e da pobreza, necessária à superação de iniquidades que distinguem e hierarquizam pessoas, com efeitos materiais desfavoráveis a grupos populacionais e de trabalhadores.

O presente texto, escrito em maio de 2021, mês das mães, no curso de pandemia do coronavírus que no Brasil insiste em revelar quadros de retrocesso social, exige que se registre que no mês antecedente o Observatório Obstétrico Brasileiro Covid-19 (OOBr Covid-19) contabilizou que o número de mortes de grávidas e puérperas, mães de recém-nascidos, por Covid-19 superou o dobro do computado em relação ao acompanhamento de 2020, constatando que o aumento de mortes neste grupo ficou significativamente acima do registrado na população em geral, calculando a média de 10,5 gestantes e puérperas mortas por semana em 2020, em total de 453 mortes para o período de 43 semanas epidemiológicas, e, em 2021, uma média de óbitos por semana, até 10.04.2021, de 25,8 neste grupo, totalizando 362 óbitos para o ano, em 14 semanas epidemiológicas. Se para a população em geral houve acréscimo em óbitos em percentual de

61,6% em taxa de morte semanal, entre as gestantes e puérperas a majoração foi de 145,4% a mais de óbitos em comparação à média semanal de 2020¹⁴. Logo, se para a população em geral as recomendações para distanciamento social, higiene e uso de máscaras são imperativas, para as mulheres gestantes e puérperas assegurar trabalho e subsistência, protegidas em contexto do cenário pandêmico do coronavírus no Brasil, é medida necessária e urgente, em prol de garantia de valor caro à Constituição Federal de 1988, que sedimentou a proteção à maternidade e infância entre direitos sociais fundamentais do Estado.

4 – Conclusão

A proteção constitucional do trabalho da mulher foi erigida a um patamar de grande relevância no texto da Constituição Federal de 1988, indubitavelmente – entretentes, ainda há um longo caminho a ser trilhado. É imperioso, *pari passu* com a evolução normativa, a plena efetivação dos direitos fundamentais sociais relativos à proteção da saúde e integridade física da mulher trabalhadora e do seu direito à maternidade.

O trabalho feminino precisa ser amparado por normas tuitivas infraconstitucionais e constitucionais, bem como pela criação e implementação de políticas públicas que assegurem, principalmente para as camadas mais vulneráveis da população, a concretização destes mesmos preceitos normativos. Não é custoso repetir que, passados mais de trinta e dois anos do advento da Carta Política de 1988, ainda se constata grande desigualdade salarial entre homens e mulheres, apesar de o art. 7º, XXX, proibir expressamente a diferença de salário quando o fator determinante for o sexo. Nessa perspectiva, destinar atividades tidas como menores e menos complexas, ligadas a estereótipo de gênero, somente para as mulheres, é atitude que se contrapõe diretamente ao princípio da igualdade.

Em harmonia com a premissa de que nenhuma sociedade pode habilmente projetar-se para manutenção e continuidade sem que possibilite proteção do seu futuro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sob influxos da redemocratização, foi virtuosa em contemplar, em seu texto, princípios e regras que promoveram à Carta o título de Constituição Cidadã.

Assim, considerando que é também no amadurecimento de reflexões em torno dos caminhos e destinos eleitos à concretização de direitos sociais

14 BOEHM, Camila. Covid-19: mortes de grávidas e puérperas dobram em 2021. *Agência Brasil*, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-04/covid-19-mortes-de-gravidas-e-puerperas-dobram-em-2021#:~:text=Uma%20m%C3%A9dia%20de%2010%2C5,passado%20em%2043%20semanas%20epidemiol%C3%B3gicas..> Acesso em: 5 maio 2021.

fundamentais que se permite construir cenário de respeito e concretização de igualdade material preconizada pela Constituição Federal de 1988, é urgente considerar que a revisão de desigualdades que impõem à mulher, isolada e individualmente, os encargos sociais de cuidado, com conseqüente desequilíbrio em divisão sexual do trabalho e efeitos desta resultantes, passam, necessariamente, por reconhecer que as cláusulas de proteção fixadas em sede constitucional não representam benefício feminino, mas distribuição social de responsabilidades do Estado, que se comprometeu a assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência.

5 – Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMA, Firmino Alves. *Teoria da discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MALLET, Estêvão. Discriminação e processo do trabalho. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; CANTELLI, Paula Oliveira (Coord.). *Discriminação*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARQUES, Ana Carolina Bianchi Rocha Cuevas; VASCONCELLOS, Felipe Gomes da Silva; LOPES, Gabriel Franco da Rosa. Redemocratização: as mulheres e a Constituição de 1988. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (Org.). *Mulheres em luta: a outra metade da história do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Recebido em: 10/05/2021

Aprovado em: 13/08/2021