

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Edgar Santos Tavares Dias

O Direito do Trabalho e a Proteção do Trabalho da Mulher

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2012

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Edgar Santos Tavares Dias

O Direito do Trabalho e a Proteção do Trabalho da Mulher

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Sergio João.

São Paulo

2012

BANCA EXAMINADORA

Mãos dadas

Não serei o poeta de um mundo caduco.

Também não cantarei o mundo futuro.

(...)

O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente.

Carlos Drummond de Andrade

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus por iluminar-me nesta longa caminhada.

Especial agradecimento ao Professor Doutor Paulo Sérgio João, que além de Orientador neste projeto, sempre foi um grande incentivador para meu ingresso no meio acadêmico, e um Professor com exemplar dedicação e admirável amor à arte de ensinar.

Por fim, muito obrigado aos meus pais, Pedro e Marizete, e também às minhas tutoras Dona Maria e Dona Terezinha, que me acolheram nesta terra bandeirante, e, carinhosamente, agradeço às meninas de minha vida: minha esposa Larucha e minha pequenina Júlia, pela paciência, amor e compreensão nos momentos mais difíceis. Muito obrigado por fazerem parte da minha vida.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a proteção ao trabalho da mulher, iniciando-se por uma abordagem histórica do seu papel social e da evolução do direito do trabalho. Após esta digressão, será feita a abordagem do direito do trabalho como integrante do rol de direitos fundamentais, analisadas as características pertinentes a estes, para em seguida verificar as normas jurídicas nacionais e internacionais sobre proteção ao trabalho da mulher. Por fim, estudar-se-á a legislação federal brasileira no patamar constitucional e infraconstitucional, e as normas da Organização Internacional do Trabalho aplicáveis ao tema.

O objetivo deste estudo é identificar em que patamar normativo encontra-se a proteção ao trabalho da mulher no Brasil, identificando pontos centrais para aperfeiçoamento do sistema e propor caminhos para eficácia deste direito fundamental.

Palavras-chave: direito - trabalho – proteção – mulher – legislação – Brasil

ABSTRACT

The present study intends to approach the protection of women's work, beginning with a historical perspective the development of labor law and its social role. After this digression, will be the approach of labor law as part of the list of fundamental rights, analyzed the characteristics relevant to them, before checking the national and international legal standards on protection of women's work. Finally, study will be the Brazilian federal constitutional level or infraconstitutional, and the rules of the International Labour Organization applicable to the subject.

The purpose of this study is to identify what plateau is the legal protection of women's work in Brazil, identifying central points for upgrading the system and to propose ways to efficacy of this fundamental right.

Keywords: law - labor - protection - women - legal - Brazil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. Objeto de estudo.....	13
2. Metodologia e plano de trabalho.....	15
CAPÍTULO 1 - ASPECTOS HISTÓRICOS DO TRABALHO DA MULHER.....	17
1. A breve síntese da evolução histórica do direito do trabalho.....	17
2. A condição jurídica da mulher ao longo dos tempos.....	25
CAPÍTULO 2 – O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	49
1. Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito.....	49
2. Características dos direitos fundamentais.....	59
3. O direito ao trabalho como direito fundamental.....	63
CAPÍTULO 3 – DAS NORMAS TUTELARES AO TRABALHO DA MULHER.....	69
1. A proteção ao trabalho da mulher na Constituição Federal de 1988.....	71
2. A proteção ao trabalho da mulher nas normas infraconstitucionais.....	80
2.1. A proteção à gravidez e a maternidade.....	80
2.1.2. A Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente.....	81
2.1.3. Da proteção à maternidade da mulher a adotante.....	84
2.1.4. Do Programa Empresa Cidadã – Lei 11.770/2008.....	89
2.1.5. Da garantia de emprego em razão da maternidade.....	92
2.1.5.1. A responsabilidade objetiva x responsabilidade subjetiva.....	94
2.1.5.2. Limite para indenização se frustrada a reintegração.....	100
2.1.5.3. Garantia de emprego x contrato de experiência.....	100
2.1.6. Do salário-maternidade.....	109
2.1.7. Aspectos importantes da proteção à maternidade.....	115
2.1.7.1. Da proteção às trabalhadoras domésticas e rurais.....	115
2.1.7.2. Do nascituro sem vida (natimorto) ou morte após o parto.....	117

2.1.7.3. Do falecimento da gestante no parto ou após o parto.....	120
2.1.7.4. Garantias à mulher em caso de aborto.....	122
2.1.7.5. Garantias à mulher na hipótese de parto prematuro.....	123
2.1.7.6. A proteção à maternidade quanto ao direito a amamentação.....	124
2.2. A proteção ao mercado de trabalho da mulher.....	127
2.2.1. Da proibição e punição para condutas discriminatórias.....	130
2.2.2. Da Lei 9.799/99.....	132
3. A proteção ao trabalho da mulher nos acordos e convenções coletivas.....	134
CAPÍTULO 4 – AS NORMAS DE PROTEÇÃO MULHER NA OIT.....	140
1. Aspectos gerais das normas da OIT e sua eficácia no ordenamento nacional.....	140
2. A proteção à gravidez e a maternidade.....	145
2.1. A Convenção nº 3 da OIT.....	145
2.2. A Convenção nº 103 da OIT.....	146
2.3. Recomendação nº 95 da OIT.....	150
3. A proteção quanto aos limites de jornada de trabalho.....	153
4. A proteção ao emprego das mulheres com responsabilidades familiares.....	155
4.1. A Recomendação nº 123 da OIT.....	156
5. A proteção quanto ao ambiente de trabalho e a igualdade de condições.....	158
5.1. A Convenção nº 111 da OIT.....	172
5.2. A Convenção nº 100 da OIT.....	174
5.3. Recomendação nº 90 da OIT.....	175
CONCLUSÃO.....	178
BIBLIOGRAFIA.....	184
ANEXOS.....	192

INTRODUÇÃO

A poesia em forma de música de Chico Buarque e Augusto Boal traz em genial e perfeita métrica o que há de mais belo na literatura e na música brasileira, mas demonstra, com a ironia e genialidade dos compositores, a condição histórica das mulheres de Atenas, que “*temem por seus maridos, heróis e amantes de Atenas*” e que “*não fazem cenas*”, simplesmente conformadas com sua subjugação “*vestem-se de negro, se encolhem, se confortam e se recolhem*”.

Provocam, os poetas, a que os leitores mirem-se naquele exemplo histórico da condição mulher ateniense da idade antiga, chama-nos a uma reflexão sobre a condição da mulher da antiga Atenas e a sua condição nos dias atuais.

Mas esta reflexão histórica e sociológica, por extrema complexidade e amplitude, não poderia ser comportada em sua inteireza apenas neste modesto estudo, razão pela qual será aceita a provocação de uma reflexão sobre o trabalho da mulher no Brasil, na atualidade, e em que medida os direitos humanos tem evoluído neste aspecto desde idos tempos em que as Helenas despediam-se de seus soldados apenas tecendo seus bordados.

O tema é bastante instigante, com questões muito delicadas, e respostas difíceis de serem dadas apenas pelo Direito. Ainda que no plano ideal – ou jurídico formal - a discussão da igualdade de gênero no mercado de trabalho pode parecer estéril pela aparente inexistência de dicotomia, em grande medida pela evolução legislativa brasileira na promoção da igualdade e da proteção a mulher, no plano fático é que nascem eventos a justificar um debate sobre a igualdade formal versus igualdade fática das mulheres.

Embora o tema a igualdade formal *versus* igualdade fática não seja a questão central deste trabalho, esta dicotomia será importante ponto de partida para todo o estudo.

Isto porque, o que se nota na análise das normas de direito do trabalho no Brasil é uma tendência de resolver as diferenças e desigualdades socioeconômicas, precipuamente, pela via da normatização estatal, ou seja, pela Lei (no sentido *lato*), enquanto as normas decorrentes da negociação coletiva, ou seja, fruto amplo exercício da liberdade sindical também poderiam contribuir para o enfrentamento da efetividade do princípio da igualdade.

No tocante a questões econômicas, importante trazer ao presente estudo dados estatísticos que possam demonstrar a condição socioeconômica da mulher no mercado de trabalho brasileiro, com base em valiosas pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, que servirão de suporte, neste ponto, para este trabalho.

Vale ressaltar, de plano, que Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – realizou estudo denominado “*Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho*” com base na “*Pesquisa Mensal de Emprego (PME)*” com o objetivo mostrar a inserção da mulher do mercado de trabalho com a comparação de determinadas condições e indicadores que apresentaram maiores alterações entre os meses de janeiro de 2003 e janeiro de 2008.¹

Este estudo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE – relata que em janeiro de 2008 havia aproximadamente 9,4 milhões de mulheres trabalhando nas seis regiões metropolitanas de abrangência da pesquisa, no entanto, o fato de serem maioria na população total, elas ainda são minoria no mercado de trabalho, a despeito do crescimento do nível de ocupação das mulheres.

Segundo a mesma pesquisa, atualmente, nas seis regiões metropolitanas, elas lideram o ranking da desocupação, pois, no total das seis regiões pesquisadas pelo IBGE, elas representavam 57,7%, enquanto que entre os homens esse contingente é 42,3%.

As mulheres encontravam-se em situação menos favorável no mercado de trabalho no diz respeito à formalização do trabalho, pois menos de 40% das mulheres trabalham com registro em carteira de trabalho ou anotação da CTPS – direito elementar; já entre os homens esta proporção ficou próxima de 50,0%. Ainda no tocante a informalidade, mais de um terço das mulheres (37,0%) não contribuem para previdência social, enquanto o percentual de homens não contribuintes não atingia um terço, segundo o IBGE.

O IBGE ainda constatou outra realidade bastante desigual, pois a jornada de trabalho das mulheres é de 40 (quarenta) horas semanais em média, para as quais recebem,

¹ FONTE: Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - na internet - http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf - (Acesso 27/07/2011 às 20h47min)

mensalmente, R\$ 956,80 (novecentos e cinquenta e seis reais e oitenta centavos), o que corresponde 71,3% do rendimento dos homens.

Em apertada síntese, a maioria dos indicadores da pesquisa do IBGE acima mencionada mostrou que a mulher ainda tem uma condição desigual a dos homens quando o assunto é mercado de trabalho.

Engana-se, como bem alerta o estudo do IBGE, quem acredita que esta diferença de formalização, remuneração e condições de trabalho seriam explicadas pela escolaridade. No quesito escolaridade elas ocupam posição de destaque, sendo que aproximadamente 60,0% das mulheres ocupadas tinham, pelo menos, a escolaridade referente ao ensino médio.

A pesquisa aponta, também, que as desigualdades e diferenças de renda entre homens e mulheres eram maiores entre os mais escolarizados. A remuneração das mulheres com curso superior era, em média, 40% inferior a dos homens.

Evidente que estes elementos econômicos são importantíssimos e dão a dimensão da complexidade da questão de gênero no mercado de trabalho no Brasil a justificar uma investigação científica e jurídica quanto ao tema ora proposto neste estudo, notadamente, sobre a efetividade da proteção e da igualdade da mulher no mercado de trabalho.

Estes dados do IBGE trazem um choque de realidade e demonstram que o estudo da questão de gênero no direito do trabalho no Brasil é importante e atual, ainda que a legislação de proteção da mulher tenha evoluído em todos os sentidos, sobretudo, após a Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10.01.2002), que trouxeram importantes avanços para a consagração dos princípios da liberdade e da igualdade, não apenas de gênero.

Importante ressaltar, novamente, a atualidade do tema em questão, na medida em que o rompimento de padrões econômicos e culturais de discriminação de determinados grupos sociais é um processo histórico e dialético, pois decorre de uma sucessão de fatos e acontecimentos ao longo do tempo, como demonstram as pesquisas de mercado de trabalho nas principais regiões metropolitanas do Brasil em trabalho do IBGE denominado “*Principais*

*destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa.*²

1. Objeto de estudo

Para melhor compreensão da extensão e alcance deste trabalho, convém fazer uma delimitação do tema, para, em seguida, abordar-se a metodologia utilizada neste estudo.

Pode-se dizer que o presente estudo sobre o trabalho da mulher visa trazer ao debate jurídico algumas questões sobre a proteção ao trabalho da mulher sob a ótica do princípio da isonomia no direito do trabalho, bem como a efetivação dos direitos humanos no Brasil.

Neste sentido, serão abordadas, no plano do direito internacional do trabalho, quais as normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aplicar-se-iam no Brasil para tutela e proteção ao trabalho da mulher, e a eficácia destes instrumentos no âmbito interno. Ainda, na análise do ordenamento jurídico aplicável ao trabalho da mulher, será feita uma breve abordagem das normas nacionais estatais no plano constitucional e infraconstitucional, neste último limitando-se a abordagem de Leis Ordinárias e Complementares.

No tocante às normas nacionais estatais, não será esgotada neste estudo a análise de todo ordenamento e arcabouço jurídico brasileiro, tampouco de um instituto específico dentro do direito do trabalho da mulher, mas sim trazer uma visão mais horizontal e ampla da efetividade dos princípios da proteção da trabalhadora e da isonomia, no que diz respeito especificamente à legislação federal, até porque, na forma do artigo 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Trabalho.³

²FONTE: Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - na internet - http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf – (Acesso 27/07/2011 às 22h22min)

³ (...) Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do **trabalho**;

Ainda, considerando que a palavra trabalho também pode ser utilizada na acepção de gênero, da qual emprego é espécie, é conveniente esclarecer que nessa análise das normas jurídicas no plano constitucional e infraconstitucional, será dedicada atenção àquelas normas que disponham sobre direitos e obrigações das mulheres que jurídica ou faticamente mantenham relações de trabalho enquadradas como relação de emprego, na síntese consagrada pelos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.⁴

Além da análise das normas internacionais do trabalho e ordenamento jurídico brasileiro de proteção ao trabalho da mulher, pretende-se realizar outra brevíssima análise de algumas convenções coletivas de trabalho da cidade de São Paulo, mais detidamente sobre a questão da negociação coletiva como meio de proteção e criação de garantias aos trabalhadores em geral, bem como das mulheres especificamente. Aqui convém esclarecer que as convenções analisadas foram escolhidas aleatoriamente, apenas para amostragem, entre as categorias que historicamente empregam mais mulheres e aquelas que empregam menos mulheres.

Na medida em que serão vistas as regras de direito positivo, ainda se pretende apontar como direito posto é aplicado pelos Tribunais. Assim, será trazido neste estudo o posicionamento jurisprudencial das Côrtes Trabalhistas, sempre que os pontos estudados suscitarem maiores controvérsias.

Os dados estatísticos, especialmente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, entre outras fontes oficiais sobre mercado de trabalho da mulher serão de grande valia para aferição da efetividade das normas de proteção ao trabalho feminino no Brasil. Embora não sejam objeto deste estudo, na medida em que se entender necessário, estes dados serão mencionados para melhor compreensão do tema.

⁴ (...)

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

2. Metodologia e plano de trabalho

Após a definição do objeto de estudo e da finalidade da investigação científica, é importante apontar como o tema será abordado.

O presente estudo será realizado a partir da doutrina brasileira a respeito do trabalho da mulher.

Além disto, será realizado o estudo do ordenamento jurídico nacional, conforme as regras de hermenêutica relativas à extensão, alcance e aplicação de normas trabalhistas, bem como realização de pesquisa com pequena amostra de convenções coletivas de trabalho da base territorial de São Paulo, para conferir a existência de cláusulas de proteção ao trabalho da mulher e como a negociação coletiva tem encaminhado este assunto.

Ainda, como elementos empíricos para o presente estudo, serão utilizados os dados obtidos em pesquisas e arquivos oficiais relativos ao mercado de trabalho no Brasil, fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Desse modo, o Capítulo 1, será dedicado à abordagem da condição histórica da mulher e a evolução de seus direitos, bem como ao desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil, sempre em paralelo com a evolução histórica dos direitos humanos e da condição jurídica da mulher no decorrer das últimas décadas.

No Capítulo 2, destacam-se algumas considerações sobre os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, bem como do direito ao trabalho como um direito fundamental para a realização da dignidade da pessoa humana.

Em seguida, no Capítulo 3, abordar-se-á as normas tutelares ao trabalho da mulher no Brasil, a começar por uma análise do ordenamento constitucional e infraconstitucional, finalizando-se com breve estudo das normas não estatais de proteção ao trabalho da mulher.

Para complementar a análise das normas, no Capítulo 4, pretende-se demonstrar um estudo das normas internacionais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) aplicáveis ao tema e como estas integram o ordenamento nacional, após ratificadas.

Ao final, será apresentada a conclusão sobre os principais pontos debatidos e analisados, com o resultado da pesquisa realizada sobre o trabalho da mulher e o caminho para a efetividade das normas de proteção e igualdade de gênero.

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS HISTÓRICOS DO TRABALHO DA MULHER

1. A breve síntese da evolução histórica do direito do trabalho

Antes de adentrar ao tema objeto de estudo, importante tecer algumas considerações históricas sobre o direito do trabalho, para que se demonstrem as evoluções ocorridas e em que etapa a proteção aos trabalhadores encontra-se atualmente, especialmente às mulheres.

Maurício Godinho Delgado define o direito do trabalho como complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas.⁵

A doutrina lembra ainda que a expressão Direito do Trabalho surgiu na Alemanha por volta de 1912, tendo a Lei nº 2.724/56 adotado esta expressão para denominar este ramo do direito nas Faculdades de Direito no Brasil.⁶

Amauri Mascaro Nascimento explica que o direito do trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial no século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir a dignidade humana dos trabalhadores ocupados na indústria, que, com o desenvolvimento tecnológico, deu nova dimensão a modo de produção de bens na Europa e em outros continentes.⁷

Não se precisa ir muito longe para constatar as imensas alterações e modificações nas estruturas sociais e econômicas dos últimos séculos, bem como seus reflexos no mundo do trabalho e dos modos de produção.

Assim sendo, não se pretende fazer qualquer análise profunda de períodos

⁵ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007, p.51.

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho – 15ª edição – São Paulo: Atlas, 2002, p. 43

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas – 26ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32

remotos, com análise da evolução dos modos produtivos da escravidão, passando pelo feudalismo, até chegarmos ao modelo atual de “exploração” da força de trabalho. Mas de qualquer maneira, é importante mencioná-los até para que se tenha a real dimensão dos tipos de exploração de mão de obra ao longo dos séculos.

Uma das primeiras formas de trabalho foi a escravidão, cujo indivíduo em tal situação era tratado como coisa, como animal, ou mero objeto de direito, logo não era considerado sujeito de direito.⁸

Em Roma, o trabalho era feito por escravos, haja vista que a atividade produtiva era considerada desonrosa. No feudalismo, os senhores feudais, grandes proprietários de terras, davam a proteção militar e política aos servos e vassallos, que em troca lhe forneciam sua força de trabalho e pagavam pelo uso da terra e da proteção com entrega de parte da produção.⁹

Na idade média havia ainda as corporações de ofício, que eram espécies de oficinas ou ateliês com três graus hierárquicos definidos: *mestre, companheiro e aprendiz*. O mestre era proprietário da oficina e equipamentos, os companheiros eram trabalhadores profissionais que respondiam ao mestre e recebiam pela produção, enquanto os aprendizes eram jovens trabalhadores que trabalhavam simplesmente em troca do aprendizado, sem nada receberem.¹⁰

As corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois consideradas incompatíveis com os ideais de liberdade do “homem” e do comércio, na medida em que seu sentido corporativo tinha nítido caráter de controle de produção e de preços, em detrimento dos interesses do livre comércio. A Lei *Chapelier* de 1791 proibiu em definitivo o restabelecimento de corporações de ofício.¹¹

Mas como registra Maurício Godinho Delgado, a origem histórica do direito do trabalho deve ter como ponto de partida, o *trabalho juridicamente livre*, que apesar de ter sido esboçado no desenrolar da Idade Moderna, somente na Revolução Industrial é que

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.* p. 34

⁹ *Ibid.*, p. 34

¹⁰ *Ibid.*, p. 35

¹¹ *Ibid.*, p. 35

efetivamente veio a estruturar-se, em um modelo de trabalhador livre vinculado ao sistema produtivo que à época emergia.¹²

Assim, a relação empregatícia, que teve início na Revolução Industrial, tornou-se forma predominante de exploração da força de trabalho pelo sistema produtivo capitalista a partir do momento em esse sistema se afirmou na Europa e Estados Unidos, o que só veio a ocorrer no século XIX. A partir deste ponto é que interessa cientificamente o estudo do direito do trabalho, especialmente em razão da predominância desde então da forma subordinada de prestação de serviços.¹³

O direito do trabalho surgiu então da combinação de três fatores específicos: econômicos, sociais, políticos, ensina *Godinho Delgado* ao citar *Karl Marx* na mesma obra citada.

Economicamente, tem-se a exploração da força de trabalho livre e subordinada como pilar central do modo de produção capitalista, que desenvolveu a *grande indústria* em substituição às pequenas manufaturas. A grande indústria consistia em parques produtivos melhores equipados, com grande capital, e forma de produção organizada, especializada e mecanizada.¹⁴

Do ponto de vista social, corroboraram para o surgimento do direito do trabalho a concentração de operários nas áreas urbanas da Europa e Estados Unidos; a identidade profissional entre as grandes massas de trabalhadores.

Como já afirmado, o direito do trabalho está intrinsecamente ligado ao surgimento da revolução industrial, que criou a lógica do trabalho assalariado. Neste sentido, a criação de máquinas a vapor deu outra dinâmica ao processo produtivo, com o início da produção em grande escala e uso intensivo de mão de obra.

A evolução tecnológica nos últimos séculos ocorreu em tal medida, que há cerca de cento e cinquenta anos, na cidade de Reichenberg (Liberec), importante pólo têxtil da

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.*, p. 84-86

¹³ *Ibid.*, p. 88

¹⁴ *Ibid.*, p. 88

Boêmia, metade da produção era proveniente dos teares dos artesãos, não das grandes fábricas. Ou seja, mesmo em regiões já industrializadas, a força de trabalho dos artesãos ainda era visível, algo que simplesmente desapareceu em anos seguintes.¹⁵

A evolução da indústria no século XIX foi algo admirável ou surpreendente, como por exemplo, a área destinada a plantação de beterraba para produção de açúcar na Boêmia aumentou vinte vezes entre 1853-54; o número de passageiros nas linhas férreas na Inglaterra quase dobrou entre 1848 e 1854.¹⁶

Ainda, afirma *Hobsbawn*, a cidade passa a ser o mais importante símbolo exterior do modelo industrial, exceção feita à estrada de ferro. A cidade industrial típica era nesse período uma cidade de tamanho médio, exceto algumas da Europa central e oriental que tendiam ser grandes, a exemplo de Berlim e São Petersburgo.

Nas mentes das pessoas, o capitalismo ainda significava um único homem, o dono da fábrica, e não um corpo de diretores e algo impessoal. Assim, o empreendimento na primeira metade do século era financiado de forma privada, com recursos familiares, e reinvestimento de lucros, explica o mesmo historiador.

Logo, a sorte ou não de homens e mulheres dependiam da vontade deste “*único homem*”, que de alguma forma detinha o poder econômico, por vezes, também o poder político local, pois ainda tinha como manto protetor a força da Lei e o Poder do Estado.¹⁷

Hobsbawn cita, ainda, como exemplo claro deste poder capitalista o artigo 414 do Código Penal Francês, modificado em 1864, que considerava crime entrar e permanecer em greve com o objetivo de aumentar ou diminuir salários ou de qualquer maneira de interferir no livre exercício da indústria e do trabalho, por meio de violência, ameaça ou fraude.

Mas este modelo de industrialização ainda não era tão expressivo fora do velho continente, pois ainda “*não estava nos planos um mundo industrializado*”, mesmo na América do Sul, onde poderia ser lógico processar e industrializar alimentos localmente, tais como a

¹⁵ HOBBSAWN, Eric J.; tradução Marcos Santarrita. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991* – São Paulo: Companhia das Letras, 1995 p. 291-292

¹⁶ *Ibid.*, p. 291-292

¹⁷ *Ibid.*, p. 298

carne. O modelo econômico de domínio britânico, ainda no início do século XX, era de dependência entre o Sul e Norte.¹⁸

O liberalismo político vigente no início do século XIX, combinado com o liberalismo econômico, criou situações absolutamente indignas, tais como exploração excessiva de mão de obra em jornadas superiores as 12 horas e uso indiscriminado de mão de obra infantil nas fábricas.

Neste contexto de abusos praticados pelo poder econômico é que surgem movimentos sociais, os sindicatos e as primeiras leis de proteção ao trabalhador.

Politicamente, tem-se o surgimento de ações coletivas como instrumentos de pressão contra o Estado e Empregadores, aperfeiçoados em organizações de trabalhadores, seja de forma sindical ou puramente política. Ainda, tem-se o surgimento do movimento socialista e comunista a partir de forte ação de trabalhadores.

Na Inglaterra, destaca-se a Lei de *Peel* (1802)¹⁹ que limitava a 12 (doze) horas a jornada de trabalho dos menores nas fábricas. Em 1804, na França, foi proibido o trabalho de menores de oito anos, mas na Itália, somente em 1886 surgem leis de proteção à mulher e ao menor.²⁰

No Brasil, nesta época, ainda vigorava o sistema de produção de monocultura, sobretudo o café e, ainda, a cana de açúcar, baseado na mão de obra escrava.²¹ Tal sistema era de tal modo incompatível com a nova ordem social e econômica, que grandes foram as pressões inglesas para a extinção do modelo de escravismo aqui vigente. Evidentemente, isto

¹⁸ HOBBSAWN, Eric J.; tradução Marcos Santarrita. *op. cit.*, p. 298

¹⁹ No mesmo sentido, explica a doutrina que a Lei de Peel, de 1803, na Inglaterra, pretendeu dar amparo aos trabalhadores, disciplinando o trabalho dos aprendizes paroquianos nos moinhos e que eram entregues aos donos das fábricas. A jornada foi limitada a 12 horas, excluindo-se o intervalo para refeição. O trabalho não poderia iniciar antes das 6 horas e terminar depois das 21 horas. Deveriam ser observadas as normas relativas a higiene e à educação.

MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.*, p. 36-37.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.*, p. 93.

²¹ Somente em 28.09.1888 a Lei do Ventre Livre dispôs que os filhos de escravos nasceriam livres. “Em 28.09.1885, foi aprovada a Lei Saraiva-Cotegipe, chamada de Lei dos Sexagenários, libertando os escravos com mais de 60 anos. Mesmo depois de livre, o escravo deveria prestar mais três anos de serviços a seu senhor. Em 13.05.1888, foi assinada a Lei Áurea pela Princesa Isabel, que abolia a escravidão de negros no Brasil.” MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.*, p. 39.

se deu por motivos mais econômicos do que humanitários.²²

O Brasil iniciou tardiamente o processo de industrialização, sendo um dos últimos a extinguir o modelo de escravidão, ao menos formal e legalmente, após o que houve grande fluxo migratório no final do século XIX e início do século XX de povos do velho continente, do oriente médio, e também da Ásia, em busca de novas oportunidades. Evidente a influência cultural, econômica e social dos novos migrantes no desenvolver de nossa história e na formação da consciência coletiva dos trabalhadores.²³

Assim, de 1888 a 1930, a relação de emprego se apresenta mais evidente no segmento cafeeiro de São Paulo e na incipiente industrialização da capital paulista e Distrito Federal, além do setor de comércio nas duas grandes cidades da época, Rio de Janeiro e São Paulo.

No plano legislativo, os trabalhadores mais organizados da época eram os ferroviários, que foram os primeiros a terem melhores garantias de trabalho por meio de Lei. Assim, a partir da indústria ferroviária, foram criadas primeiras normas de proteção ao trabalhador, a exemplo da Lei 3.397 de 24.11.1888, Decreto nº 221 de 26.01.1890, Lei 3.724 de 15.01.1919 (Lei do acidente de trabalho), Decreto Legislativo 4.682 de 24.01.1923 (Lei Elói Chaves).²⁴

Além das pressões sociais internas, houve também fortes pressões externas no início do século XX, diante das quais o Brasil viu-se obrigado a legislar sobre a proteção do trabalho após ingressar na Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada pelo Tratado de Versalhes em 1919.²⁵

Sem dúvida, após a Revolução de 1930, com o processo econômico de

²² Neste sentido, Amauri ensina que: “Abolida a escravidão e proclamada a República, iniciou-se o período liberal do direito do trabalho, caracterizado por algumas iniciativas que, embora sem maior realce, contribuíram para ulterior desenvolvimento da nossa legislação”. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.*, p. 88.

²³ (...) “Formavam-se, assim, as condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regido por leis de proteção, mas, não obstante, o Poder Público, fiel ao princípio liberalista que o inspirava, mantinha-se alheio a qualquer reivindicação. (...)” *Ibid.*, p. 89

²⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 56*

²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho – 26ª edição – São Paulo: LTr, 2000. p.*

substituição de importações, a complexidade das relações entre detentores de poder econômico e trabalhadores aumentou sobremaneira, especialmente pelo desenvolvimento econômico e industrial da época.

Inspirado na fascista *Carta del Lavoro de 1927*²⁶, o governo Getúlio Vargas sistematizou a legislação trabalhista na forma da Consolidação das Leis do Trabalho.²⁷ Doravante, inúmeras leis foram editadas, entre as quais destacam-se, como exemplo, a Lei 605/49 que disciplina o descanso semanal remunerado, a Lei 4.090/62 que instituiu e regulamentou a gratificação natalina, entre outras importantes normas já na década de 1960.

A constitucionalização do direito do trabalho no Brasil foi verdadeiramente consagrada na Constituição Federal de 1988, embora as Constituições anteriores de alguma forma tratassem em maior ou menor grau do tema. Como lembra, Sússekind, após a Revolução de 3 de outubro de 1930 todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador.²⁸

Fato é que a Constituição Federal de 1988 é, sem dúvida, a mais importante conquista do direito do trabalho no Brasil, seja porque ampliou os direitos, ou porque equiparou o trabalhador rural ao urbano, e também elevou ao patamar máximo direitos antes já consagrados na CLT e outras leis esparsas.

Neste sentido, convém destacar que Constituição de 1988, traz uma série de garantias de tratamento igualitário entre homem e mulher, e no seu artigo 1º, incisos III e IV, explícita como fundamentos da República, respectivamente a “*dignidade da pessoa humana*” e “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

Granizo e Rothvoss fizeram uma periodização das fases do direito do trabalho, segundo afirma Godinho²⁹, mas que não tem o condão de permitir um entendimento mais

²⁶ O lema de Mussolini era “*tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada contra o Estado*”, que traz inerente a idéia de corporativismo, de feixe de atos ou “facismo”. In SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; Dicionário de política – São Paulo: T. A. Queiroz, 1998, p. 371-372

No mesmo sentido: “*O Estado regulava praticamente tudo determinando o que seria melhor para cada um, organizando a produção nacional*”.

In MARTINS, Sérgio Pinto. *op. cit.*, p. 38

²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *op. cit.* p. 47

²⁸ SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 4ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.33

²⁹ *Apud* DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007, p. 91-93.

sistemático do padrão de evolução do direito do trabalho, como todas as demais tentativas de periodizações. De qualquer modo, esta periodização demonstra fatos históricos que serviram como um marco para evolução do direito.³⁰

Assim, segundo os mesmos, a primeira fase do direito do trabalho, de formação, estende-se de 1802 a 1848, iniciando-se com no *Peel's Act* na Inglaterra, que trouxe normas protetivas dos menores. A segunda fase, *da intensificação*, perdurou de 1848 a 1890, tendo como marcos o Manifesto Comunista de 1848, a Revolução de 1848 na França pela liberdade de associação. A terceira fase, denominada de consolidação, é marcada de 1890 a 1919, tem como marcos a Conferência de Berlim (1890) que reconheceu diversos direitos trabalhistas, a *Encíclica Rerum Novarum* (1891) que alertou a classe dirigente para as questões sociais. A quarta fase, da autonomia do direito do trabalho, tem início em 1919 com a criação da OIT e influenciada pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919).³¹

Há, ainda, o que Maurício Godinho Delgado chama *da fase de crise e transição do Direito do Trabalho*, deflagrada a partir da década de 80 no Ocidente, mais fortemente no Brasil a partir de 1990.³² Nesta última fase vale lembrar que foram eleitos nas principais potências econômicas e políticas do mundo, representantes da corrente mais liberal, contrários ao Estado do bem estar social – *welfare state* – que surgiu após a II Grande Guerra, esta tendência foi observada na Inglaterra, dirigida pela primeira ministra Margaret Thatcher (1979), e nos Estado Unidos pelo presidente republicano Ronald Reagan (1980), e, ainda, na Alemanha, governada por Helmut Kohl (1982).

Esta digressão histórica, em que pese brevíssima, até porque não é o objeto central deste trabalho, demonstra como foi árdua a conquista dos direitos sociais e dos patamares mínimos de dignidade dos trabalhadores. Foram *anos a fio* de lutas e embates sociais para que se chegasse ao menos no plano formal e legal a estas garantias básicas.

³⁰ No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros, cita a periodização dos autores espanhóis Leon Martin-Granizo e Mariano Gonzalez-Rothvoss, trazida por Evaristo de Moraes Filho em sua obra *Introdução ao Direito do Trabalho* (1971), que dividiram a história do Direito do Trabalho em quatro períodos denominados de formação, intensificação, consolidação, e autonomia.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho – 7ª edição* - São Paulo: LTr; 1995, p. 55

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.*, p. 93

³² *Ibid.*, p. 93-94

2. A condição jurídica da mulher ao longo dos tempos

Inegável a importância da história para se conhecer o Direito e, em especial, para se conhecer a evolução do direito em relação às Mulheres. O processo evolutivo das transformações, daí advindas, constitui a finalidade primordial da história, reconstituindo e compreendendo o homem e a humanidade no passado com projeção para o futuro.³³

Em uma visão pessimista o senso comum tenderia a acreditar que as relações com as mulheres não evoluíram socialmente. Entretanto, as mulheres estão caminhando rumo a mudanças, em um processo constante de mutação, transformação e conquistas. Assim foram conquistados os direitos das mulheres, como todos os direitos da humanidade. Passo a Passo. Arduamente.³⁴

Assim, os direitos alcançados pelas mulheres encontram no aspecto temporal o eixo central para sua existência e dentro deste aspecto espacial e temporal devem ser compreendidos. Se correspondem às nossas realidades ou talvez possam em algum momento ser considerados dissonantes, o próprio tempo explicará pois refletirá as conquistas e objetivos de uma época.³⁵

Nos primórdios, importante documento histórico foi o Código de Manu, rico em lendas e histórias místicas que envolvem a criação desse Código. Dita a lenda que *Brahma*, de seu próprio corpo, essência e substância, criou a primeira mulher e a ela deu o nome de *Sarasvati*. Uniram-se em matrimônio e do casamento surgiu *Manu*, que foi o primogênito, com a incumbência de ser o pai da humanidade e responsável por estabelecer leis norteadoras da convivência social. Manu é citado pelos estudiosos como sábio, rei, escritor e também

³³ ANDREUCCI, Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: análise da necessária revisão do tratamento diferenciado à mulher nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição na Constituição Federal de 1988, 2010. 283 f. Tese (Doutorado em Direito) – Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. *apud* BAGNOLI, Vicente; BARBOSA, Susana Mesquita & OLIVEIRA, Cristina Godoy. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.2.

³⁴ *Ibid.*, p. 8.

³⁵ ANDREUCCI, 2010 *apud* ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 7ª ed. São Paulo: Icone Editora, 1997, p. 12.

como o único sobrevivente de um dilúvio ocorrido na Índia. Calcula-se como data aproximada para a promulgação do Código de Manu entre os anos de 1300 a 800 a.C.³⁶

No artigo 45 do referido Código resta clara a submissão da mulher ao homem, por toda a sua existência, assim vejamos: “*uma mulher está sob a guarda de seu pai durante a infância, sob a guarda do seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais conduzir-se à sua vontade*”.³⁷

O Livro Terceiro do Código de Manu é responsável por ditar as regras relativas ao matrimônio destacando as condutas e os deveres do chefe de família, notadamente o homem, patriarca responsável e chefe maior a guiar os destinos de sua esposa e filhos.³⁸

Ainda convém esclarecer que os Livros Quinto e Décimo Primeiro são de importância ímpar para os estudiosos da questão de gênero pois delimitam, no primeiro caso os poderes de soberania dos homens sobre as mulheres, bem como, no segundo caso enumera as transgressões e suas conseqüentes punições para se reestabelecer a ordem social.³⁹

Finalmente, imprescindível destacar a importância da mulher como soberana, em apenas uma condição, a condição de mãe. A preocupação dos Hindus com a reprodução humana era tamanha, de maneira que chegava ao ponto de autorizar a relação da esposa com um cunhado ou qualquer outro parente com o fito de dar continuidade a família e estabelecer os laços de descendência.⁴⁰

Hamurabi foi o sexto rei sumério durante o período de 1730 a 1685 a.C. Fundador do Império Babilônico (atualmente o Iraque) e responsável pela unificação do mundo

³⁶ *Ibid.*, p. 9-10.

³⁷ *Ibid.*, p. 10.

³⁸ *Ibid.*, p. 10.

³⁹ ANDREUCCI, A. C., *op. cit.*, p. 10-11.

⁴⁰ ANDREUCCI, 2010, *apud* Segundo o autor PINHEIRO, Ralph Lopes. História resumida do direito. 10ª ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001, p. 54. “*A preocupação era tal com relação a uma descendência varonil, que o assunto era disciplinado deste modo: Aquele que não tem filho macho pode encarregar a sua filha de maneira seguinte, dizendo que o filho macho que ela puser no mundo, se tornará dele e cumprirá na sua honra a cerimônia fúnebre. A inquietação dos hindus com a progenitora era tão grande que chegavam a admitir a união da esposa, convenientemente autorizada, com um irmão do marido ou outro parente*”.

abilônico. Seu nome se perpetua na História da humanidade com o legado da mais remota⁴¹ consolidação de leis batizada de Código de Hamurabi. Dispostas em um monumento talhado de pedra negra e cilíndrica de diorito com 2,25m de altura e 1,60m de circunferência na parte superior e 1,90m na base.⁴²

O Código de Hamurabi não destina nenhum capítulo à mulher, mas a ela faz referências em dispositivos que estão reunidos no título destinado à família denominado “Matrimônio e família” e em delitos contra a ordem da família, artigos 128 a 184.

Também no Código Hamurabi, a mulher não é vista em sua singularidade, como merecedora de regras próprias de proteção, sua importância decorre da reprodução, perpetuação dos laços de família, sendo a procriação uma das funções precípua da mulher do Código de Hamurabi.⁴³

Diferentemente de outras civilizações, à mulher egípcia era garantido um *status* peculiar, com tratamento diferenciado e consagrado pela existência de isonomia entre os gêneros, a qual afluía no seio daquela sociedade. A mulher era considerada respeitada e legitimada em todos os seus atributos, sendo o Egito, enquanto civilização antiga, berço de uma condição única no tratamento da questão.⁴⁴

Como lembra Andreucci, a partir das pesquisas de Ciro Flamarion⁴⁵, destacam-se os diversos papéis que poderiam ser desempenhados pelas mulheres no comando e na organização de suas próprias vidas, podendo citar a disposição de bens, a elaboração de contratos, o firmamento de obrigações, o exercício de funções como testemunhas, acusadoras ou defensoras.

⁴¹ Até 1948 se supunha se tratar do Código mais antigo. Contudo, em 1952 apenas a 2ª Grande Guerra Mundial foi descoberta a “tabuinha de Istambul” batizada de Código de Ur-Namu, também mesopotâmico. ANDREUCCI, 2010, *apud* GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 291-292.

⁴² ANDREUCCI, 2010 *apud* GUSMÃO, Paulo Dourado de. *op. cit.* Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 291-292.

⁴³ ANDREUCCI, A. C. *op. cit.*, p. 12.

⁴⁴ ANDREUCCI, 2010 *apud* NOBLECOURT, Christiane Desroches. A mulher no tempo dos faraós. (Trad. Tânia Pellegrini) Campinas: Papirus, 1994, p. 207.

⁴⁵ *Ibid*, p. 103.

Ademais, cumpre ressaltar que a mesma liberdade era concedida na vida privada com participação na herança em cotas iguais, bem como controle e gestão do patrimônio familiar, quer na ausência temporária do marido ou de corrente de seu falecimento.⁴⁶

Também importante se faz mencionar que as mulheres atuavam como sacerdotisas, cantoras e musicistas dentro dos templos e à uma mulher da família real poderia ser conferido o título de “*Esposa de Deus*”.⁴⁷

Segundo o mesmo historiador, tais fatos podem ser comprovados quando da análise dos túmulos de mulheres, mostrando-as como pessoas produtivas no desempenho das profissões bem como no gerenciamento da vida privada e pública.⁴⁸

À mulher era garantida a igualdade no casamento e a maternidade exercida de maneira plena, como sendo a mulher o núcleo fundamental, autônomo e independente para gerir o cotidiano familiar.⁴⁹

No tocante ao histórico das mulheres na Grécia, é preciso distinguir dois cenários absolutamente antagônicos, segundo Andreucci, pois em um mesmo lugar era possível a identificação de dois mundos diferentes: as mulheres de Atenas e de Esparta faziam parte de uma composição histórica absolutamente opostas.⁵⁰

Contudo, primeiramente é oportuno mencionar que a desigualdade de gêneros era reinante, conforme se narra a poesia de Chico Buarque citada na introdução deste estudo. O incentivo à educação, à filosofia e à oratória destinava-se desde a infância aos meninos, cabendo às meninas papéis afastados da cultura e da intelectualidade, tanto em Atenas quanto

⁴⁶ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ “a família era a pedra angular do edifício social egípcio. Uma máxima de Ptah-Hotep traduz bem essa perspectiva, ressaltando a importância do casamento: “*Quando prosperares e construíres teu lar, Ama tua mulher com ardor. Enche seu estômago, veste suas costas, o unguento é um tônico para seu corpo, Alegria o seu coração enquanto viveres, ela é um campo fértil para o seu senhor*”. In ANDREUCCI, 2010, apud RODRIGUES, Teresa. A população do antigo Egito: quantitativos e comportamentos. HATHOR (Estudos de Egiptologia). Lisboa, v. 2, p. 23-37, 1990, p. 33

⁵⁰ *Ibid.*, p. 15.

em Esparta. Percebe-se assim que a discriminação já encontrava seu berço na mais tenra infância, preparando-os de maneiras diferentes para a vida futura.⁵¹

Preparada, educada e incentivada a uma vida doméstica, cuidando de seus filhos e zelando por seus maridos, bravos guerreiros. Abandonadas, solitárias, subjugadas, em Atenas a mulher era sinônimo de aceitação, submissão. Sua função maior no casamento era gerar os filhos de Atenas, ou seja, meramente reproduzir e manter a descendência, bem como no caso dos meninos prepará-los para os grandes passos no mundo da filosofia ou da guerra.⁵²

Diga-se de passagem, para o povo grego, a oratória como palavra expressa oralmente em Assembléias era sinônimo de cidadania. Assim, ser cidadão significa ter o direito a se manifestar e expor suas razões, direito absolutamente negado à mulher, a qual caberia apenas o silêncio, como bem lembra a Andreucci.⁵³

Esparta, por sua vez, tinha por característica básica o constante alerta em razão da possibilidade de revoluções e combates internos, tendo em vista a existência de um número maior de não-cidadãos espartanos, escravos e estrangeiros em seu território. Assim, a mulher era chamada a participar de treinamento militar para defesa do seu povo, garantindo-lhe presença nas atividades políticas e cotidianas da *polis*.⁵⁴

Entretanto, afirma Andreucci, ao citar Marcos Alvito Pereira de Souza⁵⁵, que referidos privilégios, mascaravam uma realidade enraizada subliminarmente, pois com tais atitudes a família se enfraquecia, retirava-se a forma das relações conjugais e os filhos das espartanas eram criados pelo Estado, e as esposas visitadas ocasionalmente por seus maridos. Para o mesmo autor, as mulheres espartanas eram ainda menos consideradas na vida social do que as atenienses, uma vez que se viam privadas de criar os próprios filhos a partir de certa idade e de manter regularmente um relacionamento conjugal com seus maridos. Em resumo, o

⁵¹ *Ibid*, p. 16.

⁵² *Ibid.*, p. 17.

⁵² *Ibid*, p. 18.

⁵² ANDREUCCI, 2010 *apud* A Guerra na Grécia Antiga. São Paulo: Ática, 1988, p.44.

⁵² *Ibid*, p. 43-44.

⁵² ANDREUCCI, A. C. *op. cit*, p. 16.

⁵³ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 18.

⁵⁵ ANDREUCCI, 2010 *apud* A Guerra na Grécia Antiga. São Paulo: Ática, 1988, p.44.

que se objetivava era fortalecer a comunidade de guerreiros em detrimento da esfera privada.⁵⁶

Assim, apesar da liberdade para as atividades bélicas, ainda era a mulher considerada cidadã de segunda classe para outras atividades, tais como o exercício pleno da vida política e jurídica.⁵⁷

A história em Roma, tempos depois, se repete. O Direito Romano entendia a mulher como uma eterna tutelada pelos homens, pais ou maridos, inserida em uma sociedade absolutamente patriarcal.⁵⁸

Esperava-se das mulheres absoluta atuação na vida doméstica, cuidando de todas as atividades do lar, bem como imperava para as mulheres romanas o dever de estar belas e cuidadas para seus maridos. Seu embelezamento que envolvia cuidados diários não para si, mas para o outro. A beleza e a vaidade eram objeto de cobrança e de submissão, nunca de autoestima, afirma Andreucci.⁵⁹

Quando se fala em direito romano e chefia familiar logo vem à mente a figura do *pater famílias*, considerado o detentor de todo o poder acerca do grupo familiar. O *pater familiar* reunia em si a gestão e o poder de sacerdote, administrador, juiz, pai e esposo. À mulher caberia honrá-lo e obedecê-lo.⁶⁰

Contudo, temos no início do Século II a.C. um processo de emancipação das mulheres, pois a mulher casada mantinha-se tutelada por seu pai, mas com a gestão de seus bens.⁶¹

⁵⁶ *Ibid.*, p. 43-44.

⁵⁷ ANDREUCCI, A. C., *op. cit.*, p. 19.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁹ ANDREUCCI, A. C., *op. cit.*, p. 20.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 20.

⁶¹ (...) “Algumas modificações significativas passam a ocorrer com o advento do Império em razão da limitação pelo Estado do poder *pater famílias*. Torna-se comum a possibilidade de se recorrer a um magistrado para denunciar arbitrariedade e desvios ocasionados pelos *pater famílias*. Neste período nova condição é dada à mulher que passa a ser considerada a substituta do marido no caso de sua falta para guarda e cuidados com os filhos.” *Ibid.*, p. 20.

A época medieval caracterizava-se pela prevalência do discurso religioso na vida social.⁶² A moral medieval se fundamentava num compromisso com a “*verdade divina*” encontrada em textos da Igreja a qual ditava as regras e estabelecia a ordem social. Na ordem social medieval, os limites da identidade feminina eram descritos como naturais e divinos, e, portanto, como imutáveis.⁶³

Como a mulher era entendida de maneira incompleta, imperfeita, pecadora, a exemplo do mito de Eva, a qual enfeitiçava o homem arruinando-lhe a própria vida.⁶⁴ Como contrapondo à figura da mulher natural colocava-se a figura ideal da “*Virgem-Maria*”, a mulher santa, que transcende a sua natureza deformada e tendo por virtudes a castidade, a submissão, a humildade, a obediência e o silêncio, ressalta Andreucci.⁶⁵

Estava profetizado para a mulher a condição de pecadora ou de submissão, a mulher somente se completaria no casamento, definido como a prevalência do homem enquanto ser completo, absoluto e necessário ao desenvolvimento da alma feminina.⁶⁶ A função do homem no casamento era vigiar e guardar sua mulher para que ela não desenvolvesse suas características “*naturais*”, permanecendo submissa e obediente ao seu marido.⁶⁷

Quanto menos exposta ao mundo exterior a mulher medieval estivesse, maiores as chances de transcender sua natureza pecadora. Dessa forma, a submissão ao domínio masculino era a única forma de redenção das mulheres.⁶⁸

Do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumam, havendo mulheres escritoras, médicas e professoras, mas os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários masculinos. No renascimento as mulheres perdem algumas atividades que lhes pertenciam, como o trabalho com a seda, materiais preciosos, e confinam-se nas

⁶² *Ibid.*, p. 22.

⁶³ *Ibid.*, p.21.

⁶⁴ *Ibid.*, p.21.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁶⁷ ANDREUCCI, 2010 *apud* THOMASSET, Claude. Da Natureza Feminina. In DUBY, Georges & PERROT, Michele. História das Mulheres: a Idade Média. Porto: Afrontamento, 1990, p. 121-122.

⁶⁸ ANDREUCCI, 2010 *apud* BOCH, H. Misoginia Medieval e a invenção do amor romântico ocidental. Rio de Janeiro: Editora 34, 1935, p. 89.

atividades do lar e ao trabalho domiciliar, que perderá importância com a revolução industrial e a transferência da manipulação de lã e algodão das casas para as grandes fábricas.

Dada a uma condição de miséria dos homens nesta época, estes se deslocam do campo para as cidades para trabalharem nas fábricas em atividades que antes eram confiadas as mulheres, como a indústria do algodão. Em seguida, a mão de obra da mulher e do menor é solicitada na indústria têxtil, tanto na Inglaterra, como na França, porque menos dispendiosa.⁶⁹

Como se vê, o papel das mulheres e dos menores no início do processo de industrialização vivido pelo mundo europeu, no século XIX foi fundamental para esta nova fase do sistema capitalista fundada na exploração de mão de obra assalariada.

A situação dos trabalhadores era tão degradante no século XIX, especialmente das mulheres e das crianças, que em 1842 a Inglaterra, berço do liberalismo econômico, editou o “*Coal Mining Act*”, proibindo o trabalho das mulheres em subterrâneos e em 1844 editou o “*Factory Act*”, que reduziu a jornada de trabalho para 12 (doze) horas, vedando-lhes o trabalho noturno. A França, mais tarde, seguiria o mesmo exemplo para vedar o trabalho das mulheres em minas e subterrâneos (1874) e limitar a jornada diária em 11 (onze) horas e o trabalho noturno das mulheres (1892).⁷⁰

Na Itália, cujo desenvolvimento econômico enfrentava dificuldades no final do século XIX, as mulheres também tiveram papel fundamental, pois exploradas em condições desumanas, assim como os demais trabalhadores, ao passo que Inglaterra e França já haviam estabelecido limites para exploração de mulheres e crianças. Deste modo, a exploração do trabalho da mulher na Itália ainda era um fator competitivo para a indústria local, pois somente em 1902 (Lei Carcano) veio a proibir o trabalho da mulher em subterrâneos e instituir a licença maternidade de quatro semanas após o parto, embora omissa sobre a garantia de emprego. Em 1907, a Lei 808 introduziu a proibição do trabalho noturno das mulheres de qualquer idade.⁷¹

⁶⁹ BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr; 1995, p. 28-29.

⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. op. cit., p. 30-31.

⁷¹ *Ibid.*, p. 31.

Como pode ser observado, a proteção ao trabalho da mulher tem início quase simultâneo com o nascimento do próprio direito do trabalho e com efervescência social do século XIX, e no plano internacional consideram-se Robert Owen e Daniel Le Grande, dois industriais liberais, os grandes percussores da idéia de criação de uma padrão normativo supranacional.

Segundo Sússekind, foi Robert Owen quem lançou as sementes do Direito do Trabalho⁷², sendo um grande industrial têxtil na Escócia, ele difundiu idéias inovadoras no livro “A New View of Society” (1813); propôs no Congresso de Aix-la-Chapelle a limitação da jornada de trabalho (1818); colaborou com Robert Peel na aprovação da Lei sobre trabalho do menor, que proibiu o trabalho de crianças de 9 (nove) anos e fixou em 12 (doze) horas a jornada de trabalho do menor de 16 (dezesesseis) anos (1819); incentivou a criação dos sindicatos - “trade unions” - que a partir de então tornaram-se instrumento poderoso de conquista de direitos sociais dos trabalhadores e trabalhadoras.

No Brasil, a Constituição 1824 não fez qualquer referência à questão da igualdade de gênero, muito menos ao trabalho da mulher, ao contrário, em algumas passagens faz expressa preterição ao direito da mulher, como a hipótese sucessão ao trono prevista nos artigos 117 e 120 da “Constituição Política do Império do Brasil” de 25 de março de 1824, embora o artigo 178, inciso XIIX, estabelecesse a igualdade formal de todos perante a Lei.⁷³ A Carta Magna de 1891 também é omissa sobre direito do trabalho e das mulheres no Brasil.

Como afirma Arnaldo Sússekind⁷⁴, o primeiro país cuja Constituição teve inserida no seu texto os direitos dos trabalhadores foi a Suíça, em 1874, embora a Constituição francesa de 1848 tenha, superficialmente, feito pequena alusão ao direito dos trabalhadores.

⁷² SÚSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 4ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 8 -10

⁷³ (...)

“Art. 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.”

(...)

“Art. 120. O Casamento da Princeza Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem approvação da Assembléa Geral. Seu Marido não terá parte no Governo, e sómente se chamará Imperador, depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha.”

Fonte: Sítio oficial da Presidência da República Federativa do Brasil na internet - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm – (Acesso em 02.10.2011 às 17h45)

⁷⁴ SÚSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p. 13-15.

Todavía, nenhuma Constituição havia sido mais expressa em arrolar direitos sociais dos trabalhadores como a Constituição do México de 1917, cujo artigo 123 contempla incidência de leis sobre proteção ao salário, a jornada de trabalho, salário mínimo, participação nos lucros das empresas, a proteção especial ao trabalho das mulheres e menores, garantia de emprego, isonomia salarial, direito sindical, contrato coletivo de trabalho, greve, previdência, higiene e segurança e proteção à família do trabalhador.⁷⁵

Embora alguns direitos não tenham sido efetivados, como exemplo a participação em lucros e resultados⁷⁶, por falta de regulamentação posterior pela legislação mexicana, não se pode olvidar da importância histórica deste texto constitucional.

No que diz respeito à proteção ao trabalho da mulher, merece destaque a disposição do inciso V do artigo 123 da Constituição do México de 1917, segundo o qual, durante a gravidez as mulheres realizarão atividades e esforços compatíveis para proteção à sua saúde e à gestação, e, obrigatoriamente, terão descanso de seis semanas antes da data provável do parto e seis semanas após o mesmo, sendo garantidos durante este tempo, os salários e o emprego, bem como os direitos adquiridos durante a relação de trabalho. Além

⁷⁵ (...)

“ARTICULO 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente util; al efecto, se promoveran la creacion de empleos y la organizacion social para el trabajo, conforme a la ley.

El congreso de la union, sin contravenir a las bases siguientes, debera expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regiran:

A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados, domesticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

I.- La duracion de la jornada maxima sera de ocho horas;

II.- La jornada maxima de trabajo nocturno sera de siete horas. quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo despues de las diez de la noche, de los menores de dieciseis años;

III - queda prohibida la utilizacion del trabajo de los menores de catorce años. los mayores de esta edad y menores de dieciseis tendran como jornada maxima la de seis horas;

IV - por cada seis dias de trabajo debera disfrutar el operario de un dia de descanso, cuando menos;

V.- Las mujeres durante el embarazo no realizaran trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relacion con la gestacion; gozaran forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario integro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relacion de trabajo. en el periodo de lactancia tendran dos descansos extraordinarios por dia, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos;”

FONTE: http://v6.yucatan.com.mx/especiales/constitucion/tit_sexto.asp (Acesso: 02/10/1011 18h19min)

⁷⁶ JOÃO, Paulo Sergio. Participação nos lucros e resultados das empresas. São Paulo: Dialética, 1998 – p. 18-19

disto, a norma mexicana previa o descanso de trinta minutos, por dia, para amamentação dos filhos no período em que dependerem das mães para aleitamento materno:

(...)

(...)

V - Las mujeres durante el embarazo no realizaran trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relacion con la gestacion; gozaran forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario integro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relacion de trabajo. en el periodo de lactancia tendran dos descansos extraordinarios por dia, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos;

Após dois anos da promulgação da Constituição mexicana, terminada a primeira grande guerra mundial, a Alemanha adotou a Constituição de Weimar, que também sob influências socialistas, veio a tratar de direito sociais, trazendo a proteção especial do Estado para as relações de trabalho.⁷⁷ Ainda, no artigo 162 da Constituição de Weimar, estabeleceu-se uma norma programática de regulação internacional para os direitos humanos sociais dos trabalhadores.⁷⁸

Em 1919, cessada a primeira guerra, foi criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), carácter universal, com origem nos fatos sociais ocorridos na Europa e América do Norte, que vivenciaram o nascimento da Revolução Industrial, que gerou um extraordinário desenvolvimento econômico, com sofrimento humano intolerável e graves problemas sociais.

O motivo inicial para criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) era de natureza humanitária, dadas às condições a que se encontravam os trabalhadores, sem qualquer proteção à sua saúde e condições dignas de vida, neste sentido é claro o Preâmbulo da Constituição da OIT, segundo o qual “*existem condições de trabalho que implicam para um grande número de pessoas a injustiça, a miséria e privações*”.⁷⁹

⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p.14.

⁷⁸ PINTO, Airton Pereira. Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal – São Paulo: LTr, 2006, p. 72

⁷⁹ Fonte: Sítio oficial na internet da Organização Internacional do Trabalho – OIT - em Portugal - http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm – (Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

As condições políticas do pós-guerra também pressionavam para criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), haja vista a pressão e tensão social existente em razão das péssimas condições de vida e de trabalho dos trabalhadores, que poderiam fomentar uma revolução semelhante àquela ocorrida na Rússia em 1917, ou, como assevera o Preâmbulo da Constituição, a injustiça social gera um tal “*descontentamento que a paz e a harmonia universais são colocadas em perigo*”.⁸⁰

E claro, o argumento econômico era importante, pois os países que adotassem medidas protetivas isoladamente poderiam ficar em condições concorrenciais em desvantagem a outros que não implementassem, havendo necessidade um padrão internacional, como sugerido por Owen. Assim, no Preâmbulo da Constituição da OIT afirma-se que “*a não adoção(sic) por uma nação de um regime de trabalho realmente humano é um obstáculo para os esforços das outras nações que desejam melhorar a condição dos trabalhadores nos seus próprios países.*”

Estes princípios e argumentos, consagrados no Preâmbulo da Constituição de 1919, vieram a ser aperfeiçoados na Declaração de Filadélfia, de 1944,⁸¹ e continuam a ser mais importantes do que nunca nesta época de acentuação da globalização econômica.⁸²

A par deste panorama internacional favorecer e pressionar os Estados para a criação de normas de proteção ao trabalho, no Brasil, o direito do trabalho ainda era

⁸⁰ Fonte: Sítio oficial na internet da Organização Internacional do Trabalho – OIT - em Portugal http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm – Acesso em 02/10/2011 às 19h19min

⁸¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. op. cit., p.16

⁸² A Constituição da Organização Internacional do Trabalho foi redigida, entre Janeiro e Abril de 1919, pela Comissão da Legislação Internacional do Trabalho, constituída pelo Tratado de Versalhes. Esta Comissão era composta por representantes de nove países (Bélgica, Cuba, Tchecoslováquia, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Polónia e Reino Unido), sendo presidida por Samuel Gompers, presidente da Federação Americana do Trabalho (*American Federation of Labour, AFL*).

Esta Comissão deu origem a uma organização tripartida, a única do gênero, cujos órgãos executivos são compostos por representantes de governos, empregadores e trabalhadores. A Constituição da OIT foi integrada no Tratado de Versalhes, correspondendo à Parte XIII. Os autores do texto inglês, que a Comissão utilizou como modelo, foram Harold Butler e Edward Phelan, futuros diretores da OIT.

A Organização demarcou-se, logo desde o início, do resto da Sociedade das Nações, a antecessora da Organização das Nações Unidas entre as duas guerras mundiais. Enquanto a Sociedade das Nações sentiu sérias dificuldades para se consolidar, a OIT desenvolveu-se rapidamente, graças à extraordinária competência do seu primeiro Diretor, Albert Thomas, ao empenho do seu Secretariado no estabelecimento de um diálogo interativo com os ministros do Trabalho dos Países Membros e ao dinamismo da Conferência Internacional do Trabalho. Entre 1919 e 1920, foram adoptadas nove convenções e dez recomendações.

Fonte: Sítio oficial na internet da Organização Internacional do Trabalho – OIT - em Portugal - http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm – (Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

incipiente. Somente em 1926, com a reforma proposta por Rui Barbosa desde 1920, é que se atribuiu a competência ao Congresso para “*legislar sobre trabalho*” (art. 34, n. 28)⁸³

Abra-se um pequeno parêntese para lembrar que desde 1916 até 09 de janeiro de 2003, vigorou o Código Civil de 1916 (Lei 3.071 de 1º/01/1916), cujo tratamento jurídico entre homem e mulher era totalmente desigual, refletindo a sociedade daquela época.

O tratamento jurídico desigual à mulher, por exemplo, é evidente quando se trata da condição de relativamente incapaz da mulher casada, que somente foi modificada em 1962 com a Lei nº 4.121, que tacitamente revogou o artigo 446 da CLT, que tratava da oposição do pai ou marido a celebração de contrato de trabalho pela mulher.⁸⁴ A Lei 7.855/89 expressamente veio a revogar o anacrônico dispositivo da CLT. Vale registrar que o artigo 233 do CC/1916, mesmo com a redação nova dada pela Lei 4.121 de 27.08.1962, estabelecia que o homem era o chefe da sociedade conjugal, sendo a mulher mera colaboradora.⁸⁵

Diga-se de passagem, o Código Civil de 1916 (Lei 3.071 de 1º.01.1916), em diversos dispositivos, trazia expressões patriarcais, até porque refletiva a sociedade da época de sua elaboração. Mas com a evolução social no decorrer do século XX, tais expressões tornaram-se anacrônicas, e, por isto, mesmo substituídas no Código Civil de 2002 (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), elaborado diante de um novo paradigma normativo, calcado nos três princípios fundamentais: *eticidade, socialidade, e operabilidade*.

A título de exemplo, pois emblemático, sobre a nova sistemática do direito civil brasileiro, são os artigos 1º e 2º do Código Civil de 2002, pois comparados aos dispositivos análogos do Código Civil de 1916, é latente a diferença de tratamento a mulher e a evolução da legislação, vejamos o seguinte quadro:

⁸³ SÜSSEKIND, Arnaldo. op. cit., p.30

⁸⁴ (...)

“Art. 446 - Presume-se autorizado o trabalho da mulher casada e do menor de 21 anos e maior de 18. Em caso de oposição conjugal ou paterna, poderá a mulher ou o menor recorrer ao suprimento da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único. Ao **marido ou pai é facultado pleitear a rescisão** do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.” (*grifos nossos*)

⁸⁵ (...)

“Art. 233. O marido é o **chefe da sociedade conjugal**, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). (Redação dada pela Lei nº 4.121, de 27.8.1962)” (*grifos nossos*)

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002	CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 1916
SUJEITO DE DIREITO	SUJEITO DE DIREITO
Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.	Art. 2º - Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil
PERSONALIDADE CIVIL	PERSONALIDADE CIVIL
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.	Art.4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Neste sentido, a doutrina afirma que o texto legal de 1916 mantinha a diferença de tratamento entre o homem e a mulher, seja porque dava a mulher casada por relativamente incapaz, seja porque a afastava do trabalho externo, impondo ao marido o dever de sustentar o ônus do casamento, enquanto a mulher, se tivesse bens poderia auxiliar o marido na tarefa. É o que resultava do artigo 240, pelo qual a mulher assumia pelo casamento a condição de companheira, consorte, para “*auxiliar*” nos encargos. Mas a legislação progredira no sentido de dar uma posição mais digna juridicamente à mulher no âmbito conjugal e da família.⁸⁶

Vale registrar que à época da Proclamação da República, o Decreto nº 58 de 19.07.1890 determinava que as professoras públicas, embora casadas, podiam receber por si vencimentos, independentemente de outorga ou procuração dos maridos.⁸⁷

Ainda, enquanto a campanha para sufrágio universal corria o mundo, tornando Lei em diversos países da Europa, no Brasil as mulheres só vieram a poder votar após 24.02.1932 com o Decreto 21.076 (Código Eleitoral), que determinava no artigo 2º que “*é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma deste Código*”.⁸⁸

⁸⁶ AZEVEDO, Luiz Carlos de. Estudo histórico sobre a condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2001, p. 67

⁸⁷ *Ibid.*, p. 67

⁸⁸ *Ibid.*, p. 63

Em 30.11.1955 foi publicado o Decreto Legislativo nº 123 pelo qual o Brasil ratificou a convenção internacional das Nações Unidas pelos direitos políticos da mulher, estabelecendo o direito a voto, de ser eleita, de ocupar postos e funções públicas sem restrições.⁸⁹

No Brasil, foi o *Estatuto da Mulher Casada* (Lei nº 4.121 de 27.08.1962) que logrou fazer alterações mais importantes para a condição jurídica da mulher, aproximando-a, praticamente, de uma equiparação. As mulheres casadas, na subsistência da sociedade conjugal, deixavam de ser incapazes, relativamente a certos atos ou a forma de exercê-los; excluíram-na do rol de relativamente incapazes. Os artigos 233 e 240 do Código Civil tiveram a sua redação modificada. Aqui importante a alteração, pois o homem continuava a ser o chefe de família, mas agora em “*colaboração*” com a mulher (que deixa o papel de mera auxiliar), no interesse do casal e dos filhos.⁹⁰

No tocante ao exercício profissional, a Estatuto deu a mulher o direito de exercer profissão lucrativa distinta do marido e de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e sua defesa; resguardando-lhe ainda o direito sobre o produto do seu trabalho e dos bens com ele adquiridos.

Importante modificação legislativa também foi introduzida pela Emenda nº 9 de 28.06.1977 e pela Lei 6.515 de 26.12.1977 (Lei do Divórcio). A partir de então, por exemplo, deixou de existir a obrigação legal da mulher casada acrescentar o sobrenome do marido, tornando-se uma faculdade, assim como, o regime de legal de bens passa a ser a comunhão parcial, salvo disposição em contrário.⁹¹

A primeira⁹² disposição legal sobre proteção ao trabalho da mulher em lei federal encontra-se no Decreto nº 16.300 de 21 de dezembro de 1923 (Diário Oficial da União - Seção 1 - 01/02/1924 , Página 3199)⁹³ que instituiu o “*Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública*”, que facultava às mulheres trabalhadoras em estabelecimentos

⁸⁹ *Ibid.*, p. 64

⁹⁰ *Ibid.*, p. 70

⁹¹ *Ibid.*, p. 70

⁹² BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr; 1995, p. 413-414

⁹³ FONTE: Site oficial do Senado Federal na internet - Subsecretaria de Informações - http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16300&tipo_norma=DEC&data=19231231&link=s (Acesso em 02/10/2011 às 20h46min)

comerciais e industriais, o repouso de trinta dias antes e trinta dias após o parto, bem como dispunha sobre o dever de amamentar os filhos, sem especificar o intervalo para tanto.⁹⁴

Mas o mais importante diploma legal para proteção ao trabalho da mulher, foi o Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932⁹⁵, que verdadeiramente regulamentou diversas normas de proteção ao trabalho na mulher no plano infraconstitucional no Brasil. Já no seu artigo 1º, há um marco histórico para igualdade de gênero, o que demonstra a vanguarda do direito do trabalho, neste aspecto, pois o Decreto nº 21.417-A já dispunha sobre a isonomia salarial entre homens e mulheres.⁹⁶

Os artigos 4º, 5º e 6º trazem normas relativas a proteção da mulher no ambiente de trabalho, dispondo sobre o trabalho em minas, insalubre, perigoso, e carregamento de “peso”.⁹⁷

⁹⁴ (...)

“DECRETO N. 16.300 - DE 31 DE DEZEMBRO DE 1923 - Approva o regulamento do Departamento Nacional de Saude Publica.” (...)

(...)

“Art. 345. Nos estabelecimentos de industria e comercio, em que trabalham mulheres, ser-lhes-á facultado o repouso de trinta dias antes e trinta dias depois do parto.

Art. 346. O medico de taes estabelecimentos ou o medico particular da operaria fornecerá aos administradores de officinas ou fabricas um attestado referente ao descanso, que se imponha segundo a época provavel do parto, e as administrações enviarão um memorandum, nesse sentido, á Inspectoria de Hygiene Infantil do Departamento Nacional de Saude Publica.

Art. 347. A Inspectoria de Hygiene Infantil communicará a recepção do memorandum e lançará em livro especial a notificação relativa ao descanso da gestante.

Art. 348. A's empregadas ou operarias, que amamentem os filhos, facultarão os ditos estabelecimentos o ensejo necessario ao cumprimento desse dever.

Art. 349. Taes estabelecimentos deverão organizar «caixas a favor das mães pobres»; providenciarão de qualquer modo para que as operarias possam, sem prejuizo, dispensar cuidados aos filhos.

Art. 350. Para o fim de proteger as crianças haverá crèches, ou salas de amamentação, situadas proximo da séde dos trabalhos, nas quaes as mães, duas ou tres vezes, em intervallos regulares, amamentarem seus filhos.”

⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 413/414

⁹⁶ (...)

“Art. 1º. Sem distincção de sexo, a todo trabalho de igual valor corresponde salario igual”

⁹⁷ (...) “Art. 4º - Às mulheres empregadas em estabelecimentos industriaes e commerciaes é vedado remover materiaes de peso superior ao estabelecido nos regulamentos elaborados pela autoridade publica.

Art. 5º. É prohibido o trabalho da mulher:

a) nos subterraneos, nas minerações em sub-solo, nas pedreiras e obras de construcção publica ou particular;

b) nos serviços perigosos e insalubres, constantes do quadro annexo.

Art. 6º. O Ministro do Trabalho, Industria e Commercio poderá estabelecer derogações totaes ou parciaes ás prohibições constantes do quadro annexo, quando comprovado que, mediante applicação de novos methodos de trabalho ou systema de fabricação, ou pela adopção de medidas de prevenção, desaparece o character perigoso determinante da prohibição.”

Além disto, estabeleceu-se o descanso obrigatório da mulher gestante em quatro semanas antes e após o parto, seja em estabelecimento público ou particular, que poderiam ser prorrogados em até duas semanas em casos de recomendação médica devidamente comprovada.⁹⁸

Este Decreto garantia a mulher o recebimento de metade dos seus salários, pela média dos últimos seis meses, pagos pelas caixas de previdência social,⁹⁹ e na falta destas, os pagamentos seriam devidos pelo empregador, sendo garantido a empregada o retorno em suas funções. A empregada poderia romper o contrato, caso comprovado por atestado médico que o trabalho era prejudicial a sua gravidez.

Importante destacar que esta legislação previu a possibilidade de descanso remunerado de duas semanas para a mulher que sofresse aborto não criminoso, bem como previu dois intervalos de meia hora cada, nos primeiros seis meses de idade da criança, exigindo local apropriado para amamentação nos estabelecimentos em que trabalhassem no mínimo trinta mulheres com mais de dezesseis anos.¹⁰⁰

Inovador, ainda, no que diz respeito à vedação de dispensa discriminatória de empregada gestante. A lei expressamente vedada a rescisão por motivo de gravidez no seu artigo 13, e exige que a dispensa, fosse, portanto, motivada. Não havia uma garantia de

⁹⁸ (...)

“Art. 7º. Em todos os estabelecimentos industriaes e commerciaes, publicos ou particulares, é prohibido o trabalho á mulher gravida, durante um período de quatro semanas, antes do parto, e quatro semanas depois.
(...)”

Art. 8º. Á mulher gravida é facultado romper o compromisso resultante de qualquer contracto de trabalho, desde que, mediante certificado medico, prove que o trabalho que lhe compete executar é prejudicial á sua gestação.

Art. 9º. Emquanto afastada do trabalho por força do disposto no art. 7º e respectivos paragraphos, terá a mulher direito a um auxilio correspondente á metade dos seus salarios, de accordo com a média dos seis ultimos mezes, e, bem assim, a reverter ao logar que occupava.”

⁹⁹ (...)

“Art. 14. O auxilio pecuniario de que tratam os arts. 7º, 9º e 10 será pago pelas Caixas creadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador.”

¹⁰⁰ (...)

“Art. 10. Em caso de aborto, que devera ser comprovado, beneficiará a mulher de um repouso de duas semanas e terá direito a receber durante esse tempo um auxilio na fôrma estabelecida no artigo anterior, bem como a reverter ao logar que occupava.

Paragrapho unico. Verificado que o aborto foi criminosamente provocado, perderá a mulher o direito ao auxilio outorgado neste artigo.

Art. 11. A mulher que amamentar o proprio filho terá direito a dois descansos diarios especiaes, de meia hora cada um, durante os primeiros seis mezes que se seguirem ao parto.

Art. 12. Os estabelecimentos em que trabalharem, pelo menos, trinta mulheres com mais de 16 annos de idade terão local apropriado onde seja permitido ás empregadas guardar sob vigilancia e assistencia os seus filhos em periodo de amamentação.”

emprego, nos moldes que conhecemos atualmente, mas uma proteção à dispensa imotivada da gestante.¹⁰¹

A Convenção nº 3 da OIT foi ratificada em 26 de abril de 1934 pelo Brasil, promulgada pelo Decreto nº 423 de 12 de novembro de 1935, revogando os dispositivos do Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932 que lhe eram contrários, pois a norma internacional previa um descanso de seis semanas antes e depois do parto, em vez de quatro semanas até então vigentes, bem como o custeio do benefício pelo Estado, não pelo empregador como vigorava.

A Carta Constitucional de 1934 ratificou os direitos já consagrados no Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, dando-lhes patamar constitucional.

O artigo 113, item 1, da Carta de 1934, dispunha que *“Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”*, sendo esta a primeira manifestação expressa constitucionalmente sobre a igualdade de gêneros no Brasil. (g.n)

A Constituição de 1934¹⁰² estabeleceu, em patamar acima da Lei Ordinária diversos direitos trabalhistas, cabendo-nos, ressaltar o comando do §1º do artigo 121, que expressamente estabelecia que a legislação do trabalho teriam como preceitos para a melhoria das condições do trabalhador, *in verbis*:

“(...) a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; (...) d) proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a

¹⁰¹ (...)

“Art. 13. Aos empregadores não é permitido despedir a mulher grávida pelo simples facto da gravidez e sem outro motivo que justifique a dispensa.” (grifos nossos)

¹⁰² Ensina SÜSSEKIND que: (...) Promulgada em 16 de julho de 1934, o novo Estado Político tornou-se um marco na história do Direito Constitucional brasileiro pelas normas que inseriu no capítulo, até então inédito, sobre a ordem econômica e social. (...) A Constituição de 1934 procurou conciliar filosofias antagônicas emanadas de Weimar (social-democrata) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista), além de mesclar a representação política resultante de voto direto com a escolhida pelas associações sindicais (representação coletiva). Foi-lhe, por isso, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu. *In* Direito constitucional do trabalho. 4ª edição – Rio de Janeiro:Renovar, 2010,p.30

menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres; (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; (...)¹⁰³” (grifos nossos)

Em 1937¹⁰⁴, no Estado Novo¹⁰⁵, a Carta Constitucional eliminou o dispositivo da Constituição de 1934 que vedava a diferença de salário por motivo de sexo, e mais, manteve a proibição de trabalho das mulheres em locais insalubres, manteve a garantia de descanso antes e depois do parto, mas se omitiu sobre a garantia de emprego prevista na Constituição de 1934.

Na legislação infraconstitucional o retrocesso quanto aos direitos da mulher ainda foi mais adiante, ao deixar explícita a possibilidade das mulheres terem salários inferiores aos

¹⁰³ Fonte: Sítio oficial da Presidência da República Federativa do Brasil na internet - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%a7ao34.htm - (Acesso em: 02/10/2011 21h51min.)

¹⁰⁴ (...) A Carta Magna de 10 de novembro de 1937, de índole corporativa, previu que o Parlamento Nacional teria a colaboração do Conselho de Economia Nacional, constituído este de representantes dos empresários e dos trabalhadores, designados pelas respectivas entidades sindicais. Outorgada por GETÚLIO VARGAS, com o apoio das Forças Armadas, ela sublinhou que o escopo da intervenção do Estado no domínio econômico era, não apenas, o de “*suprir as deficiências da iniciativa individual*”, mas também o de “*coordenar os fatores de produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir, no jogo das competições individuais, o pensamento dos interesses da nação, representados pelo Estado*” (art. 135), ensina SÜSSEKIND, *op. cit.*, p.30

¹⁰⁵ No Brasil, Estado Novo é a expressão para denominar o (...) “regime político implantado no golpe de 10 de novembro de 1937, quando o país se preparava para a eleição presidencial a que concorriam Armando Sales Oliveira (1887 – 1945), José Américo Almeida (1887 – 1980) e Plínio Salgado (1895 – 1975). Getúlio Vargas (1883 – 1954), que chefiava a revolução de 30, e havia sido eleito pelo Congresso depois de promulgada a Constituição de 1934, como o golpe de 37, deixou-se ficar indefinidamente na presidência, outorgando uma nova carta constitucional, cujo texto fora elaborado pelo jurista Professor Francisco Campos (1891 – 1968), nomeado Ministro da Justiça. [...] O novo regime de base municipalista e corporativista, não chegou a funcionar, tornando a Constituição letra morta. [...] quadros institucionais da essência do Estado Novo – o Conselho de Economia Nacional – não saíram do papel, deixando de ser convocadas eleições.” In SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; Dicionário de política – São Paulo: T. A. Queiroz, 1998, p 215-216

homens, como dispôs o artigo 2º do Decreto-lei 2.548 de 31 de agosto de 1940 (Diário Oficial da União - Seção 1 - 03/09/1940, Página 16911),¹⁰⁶ *in verbis*:

(...)

Art. 2º - Para os trabalhadores adultos do sexo feminino, o salário mínimo, respeitada a igualdade com o que vigorar no local, para o trabalhador adulto do sexo masculino, **poderá ser reduzido em 10% (dez por cento)**, quando forem, no estabelecimento, observadas as condições de higiene estatuídas por lei para o trabalho de mulheres. (g.n)

Mas foi durante o Estado Novo, no Brasil, que sobreveio o mais importante marco legislativo sobre direito do trabalho, que foi o Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.¹⁰⁷

No que pertine ao trabalho da mulher, o Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, estabeleceu no Capítulo III – “*Da Proteção do Trabalho da Mulher*” - diversas regras especiais, divididas em cinco seções: “*Da duração e condições de trabalho*”¹⁰⁸, “*Do trabalho noturno*”; “*Dos períodos de descanso*”, “*Dos métodos e locais de trabalho*”, “*Da proteção à maternidade*”, *mais uma seção relativa às penalidades administrativas.*

Após a Consolidação das Leis do Trabalho, em 1946 sobreveio a promulgação de nova Constituição Federal, com inspiração mais democrática e com reflexos dos ideais pós-segunda guerra mundial (1939 – 1945), e no seu artigo 145 dispunha o espírito da nova ordem econômica e social, “*organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano*” e ainda, dispunha no

¹⁰⁶ Fonte: Sítio oficial da Câmara dos Deputados na internet - <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2548-31-agosto-1940-412576-publicacaooriginal-1-pe.html> - (Acesso em : 04/10/2011 – 20h59min)

¹⁰⁷ A Consolidação das Leis do Trabalho reuniu e consolidou em um só texto normativo a legislação esparsa existente no Brasil, razão pela qual para alguns não se trata de um Código, afirma Sergio Pinto Martins, op. cit., p. 40. Já para Maurício Godinho Delgado “(...) a CLT, na verdade, também alterou e ampliou a legislação trabalhista existente, assumindo, desse modo, a natureza própria a um código do trabalho.” In Curso de Direito do Trabalho, p. 112.

¹⁰⁸ A redação atual, após a Lei 9.799 de 26.05.1999, passou a ser: “*Da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher*”.

parágrafo único do mesmo dispositivo que a todos “*é assegurado trabalho que possibilite existência digna*”.

Como pode ser observado, na Constituição de 1946 já havia em seu bojo princípios fundamentais do Direito do Trabalho que alicerçariam os comandos normativos até os dias atuais, destacando-se as expressões “*valorização do trabalho humano*” e “*trabalho que possibilite existência digna*”.

Neste novo contexto, a Constituição de 1946, estabeleceu o rol de direitos dos trabalhadores no seu artigo 157, que entre outras previsões, destaca-se a regra do inciso II, quanto à *proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, restabelecendo-se o direito das mulheres previsto na Constituição de 1934 e retirado após a Carta Magna 1937*.

Ainda no tocante ao trabalho das mulheres, a Constituição de 1946 continuou a vedar às mulheres o trabalho em indústrias insalubres (art. 157, IX), mas assegurava o direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário (art. 157, X), assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva à trabalhadora gestante (art. 157, XIV); benefícios da previdência em caso de maternidade (art. 157, XVI).

Não se pode deixar de mencionar que foi a mesma Constituição que integrou a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário (art. 94) e instituiu o poder normativo (§2º do art. 122), lembrando que a “*Justiça do Trabalho*” havia sido instalada em 1º de maio de 1941 como órgão da administração federal vinculado ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Assim sendo, este marco histórico merece ser lembrado em razão do papel que a Justiça do Trabalho teve e tem na proteção dos direitos de todos trabalhadores, logo, fazendo a valer as regras de proteção previstas no ordenamento, inclusive em relação às mulheres.

Diversas normas relativas ao direito do trabalho foram criadas entre a Constituição de 1946 e a Carta de 1967, aplicáveis aos trabalhadores em geral, não apenas às mulheres.

Como não se pretende esgotar a evolução legislativa do período, citamos, a título de exemplo, alguns diplomas legais, pois importantíssimos até os dias atuais, como o Decreto

605 de 05 de janeiro de 1949, que regulamenta o repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos; a Lei 4.090/62, que instituiu a gratificação natalina aos trabalhadores; a Lei 5.107/66, que criou o fundo de garantia por tempo de serviço - FGTS.¹⁰⁹

Relevante destacar, ainda, neste período, a denúncia da Convenção nº 3 da OIT por meio do Decreto nº 51.627 de 18 de dezembro de 1962, acatando a orientação do Ministro Arnaldo Süssekind, ante a manifesta divergência do sistema previsto na legislação nacional e aquele previsto na Convenção nº 3 da OIT. O motivo determinante para a denúncia era o fato de que, no Brasil, o custo do salário maternidade ainda era do empregador, o que ensejava fator de discriminação a mulher.¹¹⁰

A Convenção nº 3 havia sido revista pela Convenção nº 103, que estendeu às trabalhadoras rurais e as domésticas a licença maternidade e assistência médica custeada pelo seguro social. O Brasil ratificou com ressalvas esta Convenção em 18 de junho de 1966 por meio do Decreto nº 58.820. Mas como será visto oportunamente, somente em 1974, após a edição da Lei 6.136, o Brasil regularizou a transferência deste custo do salário maternidade para seguro obrigatório.¹¹¹

Em 1967, em período político conturbado, a nova Carta Constitucional, foi “*promulgada pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional*”, nos exatos termos da convocação restrita feita pelo Presidente Castelo Branco, e entrou em vigor em 15 de março de 1967, mas não trouxe alterações importante relativas aos direitos da mulher no trabalho, salvo quanto à vedação de diferença de critério de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil (art. 158, III) e a fixação da aposentadoria da mulher aos trinta anos, com salário integral (art. 158, XX).¹¹²

Em 28 de fevereiro de 1967 foi publicado o Decreto-lei nº 229, que modificou a redação de diversos capítulos da CLT, entre outros, regulamentou a hipótese de licença-maternidade relativa ao período anterior ao parto, quando este fosse antecipado, alterando a redação do artigo 392 da CLT, incluindo também o parágrafo terceiro neste mesmo artigo

¹⁰⁹ Revogada pela Lei 7.839/1989, que também foi revogada pela Lei 8.036/90, que atualmente regula o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

¹¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 417.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 418.

¹¹² *Ibid.*, p. 412.

consolidado, além de disposições relativas ao direito da gestante exigir a mudança de funções em caso de necessidade fundada em atestado médico.¹¹³

Em 17 de outubro de 1969 editou-se a Emenda Constitucional nº 1 pela junta militar formada pelos Ministros de todas as Forças Armadas, que implicou em duro golpe ao texto da Constituição de 1967, mas “*não alterou o elenco dos direitos sociais trabalhistas*”, alterando, contudo, todo o capítulo da ordem econômica.¹¹⁴

Após 18 de abril de 1969, com a publicação do Decreto 546, o artigo 379 da CLT passou por sucessivas alterações para ampliar o leque de possibilidades quanto às atividades profissionais das mulheres. Em 06 de agosto de 1969 foi publicado o Decreto-lei nº 744, que incluiu novas permissões, inclusive, para facultar o trabalho noturno, desde que houvesse atestado médico e comunicação à fiscalização do trabalho, sem falar no atestado de bons antecedentes para o trabalho em casa de diversões ou estabelecimentos análogos (art. 380 da CLT).

Contudo, ante ao disposto na Lei 7.189, de 04 de junho de 1984, houve uma inversão total da regra geral do artigo 379, que passou a ser a permissão do trabalho noturno da mulher, salvo na indústria. Mas, mesmo na indústria, a vedação era mais dirigida ao chão de fábrica, pois a não se aplicava ao trabalho de postos de direção, acentuada qualificação, ou serviços que exigissem tarefas manuais, habitualmente (artigo 379, §1º, I e II da CLT).¹¹⁵

¹¹³(...)

“Art. 7º - Os artigos adiante indicados do Capítulo III - "Da proteção ao trabalho da mulher" - do Título III da CLT passam a vigorar com a seguinte redação:”

(...)

"Art. 392 - É proibido o trabalho da mulher grávida no período de **quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto**. (g.n)

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, o início do afastamento da empregada de seu trabalho será determinado por atestado médico nos termos do art. 375, o qual deverá ser visado pela empresa.

§ 2º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, na forma do § 1º.

§ 3º Em caso de **parto antecipado**, a mulher terá sempre direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo. (g.n)

§ 4º Em casos excepcionais, mediante atestado médico, na forma do § 1º é permitido à mulher grávida mudar de função."

(...)

¹¹⁴ SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p.36.

¹¹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, p. 421.

Após a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro 1988, denominada “*Constituição Cidadã*”, a condição jurídica mulher no Brasil passa, definitivamente, a outro patamar, que há tempos era tão almejado socialmente. Como acentua Sússekind, na Constituição de 1988 observou-se a “*tendência do direito comparado em relação ao trabalho da mulher*”.¹¹⁶

Neste sentido, convém destacar que, de plano, a Constituição de 1988, traz uma série de garantias de tratamento igualitário entre homem e mulher, e no seu artigo 1º, incisos III e IV, explicita como fundamentos da República, respectivamente a “*dignidade da pessoa humana*” e “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

Assim sendo, a regra do seu artigo 5º, caput, segundo o qual “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*” não poderia ser diferente. Escaldados daquela memória recente da ditadura e dos constantes cerceamentos aos direitos fundamentais, os constituintes foram além e redigiram uma Constituição analítica e rica em detalhes, e, para não deixar dúvidas, gravaram no inciso I do artigo 5º que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

Sem dúvida, o comando do artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 marca o início de uma nova era dos direitos e obrigações das mulheres, não apenas no trabalho, mas uma nova era da mulher na sociedade e a ratificação do novo papel da mulher na nova ordem jurídica brasileira.

A Constituição Federal de 1988 caminhou no sentido da efetivação dos direitos humanos, consagrando valores universais, entre os quais a valorização da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho humano, garantindo as mulheres igualdade de direitos, que há tempos já deveriam estar dispostos na norma mais importante da República.

Garantir a igualdade de tratamento ao trabalho da mulher e conferir proteções ao trabalho da mulher como forma de diminuir as diferenças historicamente existentes, são formas, também, de promover a efetividade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, entre os quais, do direito fundamental ao trabalho, tema que será abordado em capítulo seguinte em razão da sua complexidade.

¹¹⁶ SÚSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p.298.

CAPÍTULO 2 – O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1 – Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito

A síntese da evolução histórica do Direito do Trabalho no mundo e no Brasil, a partir do que foi demonstrado no capítulo anterior é a busca e a conquista de um padrão normativo mais efetivo e mais claro quanto à proteção da parte hipossuficiente da relação de trabalho, qual seja, do trabalhador.

Esta evolução ocorreu significativamente após a Revolução Industrial, com o processo de substituição de exploração de mão de obra anteriormente praticado, ou seja, das corporações de ofício, feudal, ou escravo para o sistema de exploração de mão de obra subordinada, livre, e em massa, bem como após a Revolução Francesa, que trouxe novos anseios sociais, políticos e, porque não dizer, humanitários.¹¹⁷

Neste sentido, a doutrina afirma que a história do Direito do Trabalho é um fenômeno que típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas, como ensina Evaristo Moraes Filho.¹¹⁸

Neste anseio de melhores condições econômicas e sociais para os trabalhadores é que o mundo ocidental passou por grandes evoluções no que diz respeito às normas de proteção mínima aos cidadãos, ou seja, aos seus direitos fundamentais, o que serão brevemente abordados em seguida.

¹¹⁷ Neste sentido Luciane Cardoso BARZOTO explica que: “O direito do trabalho, como direito do homem, não pode ser meramente proclamado ou protegido, mas sua realização depende de certo desenvolvimento da sociedade.” “(...) O escravo é mais expressiva representação do trabalhador da Antiguidade. Na Idade Média, o trabalhador é um camponês, em um sistema de servidão pessoalizada, do ponto de vista econômico, social e político no feudalismo. O servo, na verdade, não é mais coisa, assumindo um grau maior de liberdade em relação ao escravo. Dentro da Idade Média, organizaram-se as Corporações de Ofício, nas quais o trabalho era hierarquizado por um grupo de produtores, em três níveis: aprendizes, companheiros, e mestres.” (...) Na idade moderna, a invenção da máquina a vapor trouxe rápido crescimento industrial e o advento da regulamentação jurídica do trabalho.” (in Direitos Humanos e Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 34)

¹¹⁸ FILHO, Evaristo Moraes. Tratado Elementar de Direito do Trabalho, Vol. I, Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1960, p. 69

Assim, pode-se afirmar que a evolução do direito do trabalho, por conseguinte, o estudo da efetividade da proteção ao trabalho da mulher, não poderia ser melhor compreendida sem uma menção sobre os direitos fundamentais, ainda que brevemente.

Arion Sayão Romita, ao discorrer sobre o que são direitos fundamentais, explica que determinados direitos são fundamentais a depender do sistema em que estão ou não inseridos, podendo ser fundamentais em um e não em outro. Assim, ao citar *Véronique Champei-Desplats (in Les Droits et libertés fondamentaux em France)*, há quatro tipos essenciais de fundamentalidade: as concepções *axiológica, formal, estrutural e comum*.¹¹⁹

Axiológica é concepção que considera os valores inerentes à humanidade como fundamental, cuja fundamentalidade, então, leva a idéia de universalidade, ou seja, direitos que beneficiam a todos, independentemente de reconhecimento do direito positivo, concepção *iusnaturalista*.¹²⁰

Na concepção formal os direitos podem ser entendidos como fundamentais em consideração a sua posição na hierarquia das normas, ou seja, são os direitos expressos no mais elevado grau no ordenamento e são objeto de proteção no sistema jurídico de que fazem parte, por meio do reconhecimento de cláusulas pétreas ou exigência de maioria qualificada para alterações.¹²¹

Por sua vez, a concepção estrutural de direito fundamental é aquela em que se dá identidade, coerência e o modo de funcionamento de um sistema ou subsistema, sendo base estrutural sobre a qual tudo é edificado.¹²²

Na concepção comum, os direitos são fundamentais na medida em que há uma visão construtiva dos sistemas nacionais e universais, para deles extrair valores comuns aptos a formar um direito comum, ou seja, pela semelhança de qualificação de diferentes sistemas.¹²³

Deste modo, dizer qual direito é fundamental ou o que é direito fundamental é uma missão árdua, pois são vários os enfoques e ângulos que se pode dar ao mesmo objeto de análise.

¹¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho – 3ª edição - São Paulo: LTr, 2009, p. 50

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

Neste prisma, Romita, tenta definir direitos fundamentais¹²⁴ de forma ampla e genérica, como direitos fundados no reconhecimento *dignidade da pessoa humana*, em dado *momento histórico*, que asseguram *ao ser humano* as garantias de *liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça*.¹²⁵

No mesmo sentido, como lembra Luciane Cardozo Barzoto, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente vinculada ao respeito à *liberdade e à igualdade* do homem. O valor da *liberdade* manifesta a dignidade humana como um mínimo inviolável de direitos da pessoa, do que esta não pode se privar, no exercício de sua autodeterminação e expressão de sua personalidade.

No que diz respeito à *igualdade*, a noção de dignidade humana se constrói a partir do declínio da sociedade hierárquica, com as revoluções liberais, em substituição à noção de honra. Assim a dignidade é qualidade inerente do ser humano, sendo um bem indeclinável frente a outros bens aos quais ordena.¹²⁶

A mesma autora diferencia a expressão *direitos humanos* de *direitos fundamentais* ao afirmar que estes são direitos humanos reconhecidos e com conteúdos determinados por uma ordem jurídica. Já os direitos humanos se encontram entre o ponto médio dos valores jurídicos e os direitos fundamentais, sendo direitos humanos o gênero do qual os direitos fundamentais são uma espécie.¹²⁷

Fábio Konder Comparato também faz a mesma distinção, elaborada pela doutrina germânica, e ensina que os direitos fundamentais são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior

¹²⁴ A noção de direitos fundamentais e sua evolução histórica justificam o surgimento de diversas expressões para designá-los, como *direitos humanos, direitos do homem, liberdades públicas, liberdades fundamentais*, entre outras. Assim, Arion Sayão Romita explica a preferência pela expressão direitos fundamentais pelos mesmos argumentos de Gregório Peces-Barba Martinez (in *Curso de derechos fundamentales – teoría general. Madri: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37*): 1º - é mais precisa que “direitos humanos” e não revela ambiguidade que esta supõe; 2º - abarca duas dimensões contidas nas expressões direitos humanos, sem incorrer nos reducionismos iusnaturalista ou positivista; 3º - é mais adequada do que os termos direitos naturais ou morais, que mutilam os direitos humanos de sua faceta jurídico positivista; 4º - é mais adequada do que os termos direitos públicos subjetivos ou liberdades públicas, que podem perder de vista a dimensão moral; 5º - por sua aproximação com direitos humanos, mostra-se sensível a uma imprescindível dimensão ética. (in *Direitos fundamentais nas relações de trabalho – 3ª edição - São Paulo: LTr, 2009, p. 61*)

¹²⁵ ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.*, p. 50

¹²⁶ BARZOTTTO, Luciane Cardoso. *op. cit.*, p. 18-19

¹²⁷ *Ibid.*, p. 18

dos Estados, quanto no plano internacional; são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, e nos tratados.¹²⁸

Segundo Comparato, o reconhecimento oficial dos direitos humanos pela autoridade política competente dá muito mais segurança às relações sociais, pois exerce uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de prevalecer valores éticos, que sem essa declaração Estatal tardariam para impor na vida coletiva.¹²⁹

Nesta linha, os direitos humanos dos trabalhadores são fundados na dignidade da pessoa humana, nas suas *dimensões jurídica, política e econômica*.

A *dimensão jurídica* é aquela que qualifica a pessoa como sujeito e fim do direito na ordem social, protegendo atributos da personalidade de um ser humano, negando o domínio de uma pessoa sobre a outra; a *dimensão política* qualifica o ser humano como princípio, partícipe e fim do Estado, de modo que as relações de coordenação entre os indivíduos, bem como a subordinação destes ao Estado, pressupõem deveres e direitos recíprocos; já a *dimensão econômica* importa que economia esteja a serviço do ser humano, para satisfazer a necessidade de todos.

Assim, como afirma Luciane Cardozo, o trabalho está ligado à dignidade da pessoa humana como algo inalienável, porque é por meio do trabalho que homem realiza e faz uso das riquezas e aperfeiçoa a personalidade. A dignidade da pessoa humana, portanto, é um norte para as melhorias dos sistemas produtivos, na medida em que devem vir acompanhadas de melhorias da dignidade moral e material dos trabalhadores.¹³⁰

No aspecto político dos direitos fundamentais, Romita lembra que há duas perspectivas quanto à posição do Estado em face dos direitos fundamentais: são direitos de defesa e, também, garantias à proteção do Estado contra agressões de terceiros, ou seja: “*os direitos fundamentais exercem, nesta hipótese, a função de imperativa de tutela*”, ao citar *Claus-Whilhelm Canaris*.¹³¹

No *Estado Democrático de Direito*, o garantismo do Estado é instrumento a serviço da proteção dos direitos, que derivados, da dignidade da pessoa humana surgem como

¹²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos – 7ª edição* – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ BARZOTTTO, Luciane Cardoso. *op. cit.*, p. 19-20

¹³¹ *Apud* ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.*, p. 54

valores exteriores à ordem jurídica. Os chamados direitos sociais, desde o final do século XIX até os anos 30 do século XX surgiram com a mudança de feição do Estado liberal e serviram de base para o moderno Estado social, que surge como resposta à insegurança social crescente, fruto de desequilíbrios de poder, de forças sociais e econômicas, acordando o mundo para a necessidade de realização de um mínimo existencial dos cidadãos.¹³²

Segundo Romita, a evolução natural do Estado contemporâneo assume a forma de Estado Social de Direito, que não pode ser concebido apenas do ponto de vista formal, mas deve ser capaz de atender às demandas sociais emergentes, promovendo a justiça social e o desenvolvimento da pessoa humana.¹³³

Neste aspecto, importante uma rápida digressão para situarmos os direitos fundamentais dos trabalhadores neste contexto do Estado Democrático de Direito, considerando direitos fundamentais como direitos humanos positivados (como comandos e normas). Assim sendo, é preciso discorrer rapidamente sobre o sujeito que emana tais comandos, qual seja: o Estado e que tipo de Estado, se democrático ou autocrático, social ou liberal, entre muitas possibilidades.

Diante do prisma de que direitos fundamentais são direitos humanos positivados, é importante ressaltar o conceito de “*Estado de Direito*”, em que este consiste, quais seus elementos, em que se diferencia de outras formas de “Estado”.

O conceito de “*Estado de Direito*”, embora elementar, é essencial e por vezes é esquecido por integrantes do próprio Estado, motivo pelo qual não é demais lembrar as características que o distingue como a submissão do Estado à ordem pública e salvaguarda das liberdades individuais, evitando-se as arbitrariedades dos que exercem o poder.¹³⁴

Cite-se, por exemplo, o agente público que se arroga uma competência (que não possui, pois não conferida por Lei) para lavrar autos de infração insubsistentes ou do agente público com competência para julgar, interpretar e aplicar a Lei, se dá ao arbítrio de legislar em vez de apenas aplicar a Lei ao caso concreto. Em ambos os exemplos os agentes públicos, representantes do Estado, comportam-se como se estivessem acima da Lei e de todos, razão

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*, p. 55

¹³⁴ SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; op. cit., p. 206-207

pela qual seus atos não teriam respaldo nos princípios elementares do chamado “*Estado de Direito*”.¹³⁵

Esta garantia, ao menos desde 1689 já existia na Inglaterra, a partir da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), que permanece, ainda hoje, como um dos mais importantes textos constitucionais do Reino Unido, sendo historicamente o primeiro documento que pôs fim a monarquia absoluta, submetendo todas as prerrogativas do monarca, inclusive de legislar e criar tributos, à competência do Parlamento. Não há dúvida na doutrina de que este documento, ao limitar os poderes do Estado, simultaneamente, revelou-se importante garantia às liberdades individuais.¹³⁶

Como ensina Geraldo Ataliba, com igual importância, três princípios devem ser considerados com base sobre o qual erige o edifício de instituições republicanas, quais sejam: da legalidade, da isonomia, e da intangibilidade das liberdades públicas, que asseguram a certeza e segurança do Direito.¹³⁷

Distinção importante a ser feita é entre o “*Estado Social de Direito*” e o *Estado de “Direito Social”*.

Neste aspecto, vale lembrar que do ponto de vista social, corroboraram para o surgimento do direito do trabalho e do “*Estado Social de Direito*” a concentração de

¹³⁵ No Estado de Direito, estão presentes os seguintes aspectos: 1 – supremacia da Lei e a limitação do exercício do poder pelo princípio da estrita legalidade; 2 – o princípio da legalidade em sentido amplo, segundo o qual os particulares não pode ser obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude Lei; 3 – a isonomia de todos perante a Lei; 4 – a independência da magistratura; 5 – proteção eficaz dos direitos individuais; 6 – responsabilidade dos governantes.

Ibid., p. 206-207

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 104-107

¹³⁷ Ainda, lembra o *Ataliba*, todos eles têm como ponto de partida a noção de *representatividade*, baseada na teoria da soberania popular. Pelo exposto, lembramos que o Estado de Direito sustenta-se em três pilares fundamentais que os princípios: a) *legalidade*; b) *publicidade* e c) *equilíbrio entre os Poderes*. Tais elementos estão presentes em diversos artigos da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, especialmente nos artigos 1º, caput; 2º, 5º, II; 37, *caput*; entre outros.

Evidentemente que o conceito acima ainda está arraigado ao conceito liberal de Estado de Direito ou também Estado Liberal de Direito, que nas palavras de José Afonso constituía-se das três características básicas, quais sejam: submissão ao império da Lei, a divisão dos poderes, e a garantia dos direitos individuais. Na concepção liberal, o Estado Direito liberta, pois (...) *serve de apoio aos direitos do homem*, convertendo os *súditos em cidadãos livres*.

Ademais, como lembra o notável constitucionalista, a expressão Estado de Direito é ambígua, razão pela qual caberia razão ao Carl Schmitt quando este lembra que a expressão “*Estado de Direito*” *pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra “Estado”*, a exemplo do Estado de Direito Feudal, outro estamental, burguês, nacional, social ou de Direito racional, Direito histórico, Direito natural entre tantas outras formas. ATALIBA, Geraldo. Atualização FOLGOSI, Rosolea Miranda. República e Constituição – 2ª Ed. – 2ª Tiragem – São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

operários nas áreas urbanas da Europa e Estados Unidos e a identidade profissional entre as grandes massas de trabalhadores. A sorte ou não de homens e mulheres dependiam da vontade deste “*único homem*”, que de alguma forma detinha o poder econômico, por vezes, também o poder político local.¹³⁸

Neste contexto de abusos praticados pelo poder econômico é que surgem movimentos sociais, os sindicatos e as primeiras leis de proteção ao trabalhador, que futuramente dariam origem aos *Estados Sociais de Direito*.¹³⁹

Vale registrar que as Declarações de Direitos, tais como a *Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, ou ainda, as Declarações de Direitos da Revolução Francesa*, representaram a emancipação histórica do indivíduo, mas, em troca, a sociedade liberal ofereceu-lhe a segurança da legalidade e da igualdade de todos perante a Lei. Esta isonomia, no entanto, revelou-se inútil, como afirma Comparato, para uma legião de trabalhadores compelidos a empregarem-se nas empresas capitalistas: “*Patrões e empregados eram considerados pela majestade da Lei, como contratantes iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular salários e as demais condições de trabalho*”.¹⁴⁰

O resultado não poderia ser tão desastroso, como a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX, que acabou por suscitar à indignação dos espíritos bem formados e dar origem a organização da classe trabalhadora.¹⁴¹

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico, afirma Comparato, foi o principal benefício que a humanidade obteve com o movimento socialista iniciado no século XIX, cujo titular não era mais o *ser humano abstrato*, mas passou a ser o grupo social, esmagado pela miséria, doença e fome.¹⁴²

¹³⁸ HOBBSAWN, Eric J, op. cit., p. 298

¹³⁹ Este modelo de industrialização ainda não era tão expressivo fora do velho continente, pois ainda não estava no plano de ninguém um mundo industrializado, mesmo na América do Sul, onde poderia ser lógico processar e industrializar alimentos localmente, tais como carne. O modelo econômico de domínio britânico, ainda no início do século XX era de dependência entre o Sul e Norte. *Ibid.*

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.*, p. 65-66

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 66

¹⁴² Neste sentido, brilhante a assertiva de Fábio Konder Comparato de que: “Os direitos humanos de proteção ao trabalhador são, portanto, fundamentalmente anticapitalista, e por isto mesmo, só puderam prosperar a partir do momento histórico em que os donos do capital foram obrigados a se compor com os trabalhadores. Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XIX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo mundo.” *Ibid.*, p. 66-67

A partir deste crescente reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico pelos Estados, estes deixaram de ser meros garantidores de liberdades individuais, e passaram a assumir outro papel, a dar origem ao chamado “*Estado Social*”, denominação utilizada por diversos países do continente europeu.

As constituições da *República Federal Alemã e da Espanha*, por exemplo, são expressas ao definirem os seus respectivos Estados como *sociais e democráticos* de Direito, lembra José Afonso.¹⁴³

Mas como lembra José Afonso, a concepção de “*Estado Social*” é insuficiente e ambígua, ainda que revele um tipo de Estado que tende para o *bem estar social e geral* e que garanta o desenvolvimento da pessoa humana.

Isto porque, neste conceito de “*Estado Social*” podem ser abrigados desde o Estado fascista italiano, o nazista alemão, até a Inglaterra de Churchill e o Brasil da Revolução de 1930, incluindo o período denominado Estado Novo. Conforme Paulo Bonavides, citado por José Afonso, “*o Estado Social compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o facismo, e o nacional-socialismo*”.¹⁴⁴

Por tudo isto, a expressão o “*Estado Social de Direito*” não diz muito sobre suas características, sendo mais preciso quando adjetivado por outro termo que lhe qualifique melhor, como no caso da palavra “*democrático*”, como fizeram a República Federal da Alemanha e a República Espanhola para chamá-lo de Estado Social e Democrático de Direito, ensina José Afonso.¹⁴⁵

São por estas razões que “*Estado de Direito Social*”, no qual a palavra “*social*” qualifica o Direito, não Estado, poderia ser a denominação que melhor traz concepção de jurídica progressista e aberta que se contrapõe ao conceito liberal e individualista de “*Estado de Direito*”, explica o mestre constitucionalista.

Como visto, nem sempre o *Estado de Direito* ou o *Estado Social de Direito* trazem a concepção de *Estado Democrático*, que se funda no princípio da soberania popular.

¹⁴³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 19ª edição – São Paulo: Malheiros, 2000, p. 119

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 120

¹⁴⁵ *Ibid.*

Diante do acima exposto, podemos concluir que a expressão “*Estado Democrático de Direito*” contida no artigo 1º da atual Constituição Federal da República Federativa do Brasil contém uma carga de valores que ultrapassa largamente o conceito de Estado Liberal ou do “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*” caracterizado pelo liberalismo econômico, e também pela não intervenção do Estado nas relações entre particulares; ao contrário o Estado criado no Brasil após a Constituição Federal de 1988 tem seus pilares na *soberania popular, no valor social do trabalho, na livre iniciativa, e nos princípios elementares de um República*.

Neste sentido, aliás, Paulo Bonavides afirma que muito se *avançou o Estado social da Constituição de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a constitucionalidade por omissão*. E ainda, afirma o mesmo autor, que o *Estado social brasileiro é de terceira geração, em face destes aperfeiçoamentos: um Estado que concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante*.¹⁴⁶

Importante mencionarmos, ainda, que no Brasil, o princípio republicano é a espinha do *Estado Democrático de Direito*, cujos efeitos irradiam por todo sistema jurídico, não apenas e tão somente no direito público, mas no próprio direito privado, daí a ser denominado “*princípio básico do direito brasileiro*” por Ataliba.¹⁴⁷

Como lembra o mesmo autor, os princípios do federalismo e republicano foram alçados ao mais alto grau pelo art. 60, §4º, da Constituição ao vedar que os mesmos sejam, inclusive, “*objeto de deliberação*” em proposta de emenda tende a abolir a forma federativa de Estado, *o voto secreto, direto, universal, e periódico, a separação dos poderes e os direitos individuais*, (que em uma palavra significa República).¹⁴⁸

O regime republicano é, assim, um regime de responsabilidade. Os agentes públicos respondem pelos seus atos. Todos são assim responsáveis, afirma o mesmo autor.¹⁴⁹

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 26ª edição – São Paulo: Malheiros, 2011 – p. 373

¹⁴⁷ Convém destacar as lições de Geraldo Ataliba, que define com objetividade e precisão cirúrgica, “*República é o regime político em que os exercentes de funções políticas representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente*”.

Ainda, lembra o ilustre Mestre, que “*Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido. Como o povo não pode apresentar-se na função de governo, os seus escolhidos o representam. Governam em seu nome, no seu lugar, expressando sua vontade*.” ATALIBA, Geraldo. Atualização FOLGOSI, Rosolea Miranda. op. cit., p. 13.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 38

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 66

A responsabilidade política é comum assim aos investidos de função executiva, assim como legislativa, pela simples razão de que tais funções são essencialmente políticas.¹⁵⁰

Diante de todo o exposto, podemos afirmar que a evolução dos direitos humanos dos trabalhadores, sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais pelo Poder Legislativo, bem como as ações dos entes e agentes públicos para efetivação destes direitos, como as ações de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego para promover o trabalho decente¹⁵¹, as iniciativas do Ministério Público do Trabalho para eliminar as forma de discriminação no trabalho, ao mesmo tempo, que têm fundamento de validade no princípio republicano, base do Estado Democrático de Direito, são *deveres-poderes* ou condutas legalmente impostas a estes órgãos e agentes, considerando que o regime republicano é um regime de responsabilidades.

Dito isto, temos que os direitos fundamentais, como direitos humanos positivados, são fruto da própria evolução do *Estado Democrático de Direito*, com características especiais que os distinguem, como poderá ser analisado no item a seguir.

A efetivação e a concretização de direitos humanos pressupõem liberdade e igualdade de oportunidades, que, historicamente, tem sido melhor resguardadas no Estado Democrático de Direito.

Por óbvio, se as mulheres foram historicamente marginalizadas e excluídas na vida política, social e econômica, como cidadãs de segunda categoria, o que se pode afirmar é que apenas em um verdadeiro *Estado Democrático de Direito* elas podem ter seus direitos fundamentais garantidos, respeitados e efetivados, a começar pelo respeito às suas liberdades individuais, inclusive o direito a própria subsistência, e autodeterminação, ou seja, respeito ao seu direito ao trabalho, que é um meio concreto para sua afirmação como cidadã no âmbito social e econômico.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 67

¹⁵¹ A I Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente (I CNETD), foi lançada em novembro de 2010, no Palácio do Planalto, com um público de centenas de delegados e delegadas representantes do mundo do trabalho em todo o país.

A I CNETD tem por objetivo geral a promoção de um amplo debate no território nacional envolvendo a temática das políticas públicas de trabalho, emprego e proteção social, na perspectiva da construção e promoção de uma Política Nacional de Emprego e Trabalho Decente a partir das prioridades estabelecidas no Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente de 2010.

Fonte: Sítio oficial do Ministério do Trabalho e Emprego na internet - <http://portal.mte.gov.br/i-cnetd/i-cnetd> (Acesso: 09.10.2011 às 17h52)

Embora não haja dúvida de que a proteção ao trabalho da mulher tem todas as características de direitos fundamentais, necessário se faz identificá-las, como será feito em item seguinte.

2 – Características dos direitos fundamentais

Ao afirmar-se que o direito ao trabalho ou que a proteção ao trabalho da mulher são direitos fundamentais, tal assertiva é verdadeira na mesma medida em que se demonstra que o direito do trabalho tem as características essenciais de direitos humanos positivados. Logo, é importante apontar quais as *características* dos direitos fundamentais para esclarecer seu significado e orientar a sua interpretação no sentido de obtenção de máxima eficácia, bem como para comprovação e identificação do direito ao trabalho dos homens e das mulheres como um direito fundamental.

Como bem distingue Romita, os direitos fundamentais não são inerentes a cada pessoa, e esclarece “*o que é inerente é a dignidade, esta sim é o fundamento dos direitos fundamentais. O que se discute é se os direitos fundamentais são inerentes a cada pessoa. Não são: são um produto histórico*”.¹⁵²

De plano, tem-se aqui uma característica elementar do direito do trabalho que autoriza considerá-lo como direito fundamental, pois é inegável que a origem do direito do trabalho é dialética e fruto do processo histórico, como demonstrado em capítulo anterior.

O conteúdo dos direitos fundamentais pode variar de uma sociedade para outra, porém é possível atestar a existência de um mínimo de direitos que atualmente é universalmente reconhecido. Assim, alguns documentos internacionais declaram direitos de todos os cidadãos universalmente, como a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26.08.1789* e a *Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948*. A *Declaração de Direitos Humanos de Viena - Convenção de Viena - de 1993* declara que “*Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, independentes, e inter-relacionados*”.¹⁵³

¹⁵² ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.*, p. 79

¹⁵³ ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.* p. 80-81.

Como assevera Flávia Piovesan, fala-se em *universalidade* porque os direitos humanos clamam pela extensão universal, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos.¹⁵⁴

Ainda, pela universalidade dos direitos humanos, tem-se que a proteção aos direitos humanos não deve ser reduzida ao domínio reservado do Estado ou exclusivamente à competência nacional ou doméstica, porque revela legítimo interesse internacional, o que demonstra uma revisão do atual conceito de soberania e a solidificação do cidadão como sujeito de direito na esfera internacional.¹⁵⁵

Evidente que este avanço das normas internacionais ganhou força após os horrores da II Grande Guerra em que os Estados foram grandes violadores dos direitos de seus próprios cidadãos, como a lógica nazista de descartar seres humanos.

Neste aspecto, o direito do trabalho é cada vez mais universal, com especial atenção pela comunidade internacional, e assim vem sendo tratado desde a criação da OIT, que tem atuado há décadas para universalização de padrões mínimos de tratamento digno aos trabalhadores. Neste sentido, é universal que o valor social do trabalho, que constitui em um meio de conferir dignidade às pessoas, para que possam suprir suas necessidades básicas mais elementares e inserirem-se socialmente.

Além da universalidade, os direitos fundamentais têm como segunda característica, a *indivisibilidade e a interdependência*. A dignidade da pessoa humana é indivisível, se privados das liberdades públicas, não há que se falar em gozo de direitos econômicos e sociais. Inversamente, o sujeito que não tem os mínimos direitos econômicos e sociais tem inviabilizada sua liberdade e igualdade. Um direito fundamental só encontra realização plena se os demais direitos fundamentais forem respeitados.¹⁵⁶ Somente a efetivação dos direitos econômicos e sociais pode assegurar o gozo dos direitos civis e políticos, mas sem estes últimos os direitos sociais também não tem significado.¹⁵⁷

¹⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, globalização econômica, e integração regional: desafios do direito constitucional / coordenação Flávia Piovesan. – São Paulo: Max Limonad, 2002, p.41

¹⁵⁵ *Ibid.*, p.42-43

¹⁵⁶ ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.*, p. 79

¹⁵⁷ No mesmo sentido, Flávia Piovesan cita a assertiva de Hector Gros Spiell que “(...) só reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais (...)”(in Los derechos económicos, sociales y culturales em el sistema interamericano, San José: Libro Livre, 1986, p. 16 – 17) PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, p.41

Como se vê não se pode falar em direitos fundamentais sem falar dignidade da pessoa humana, valor universal e indissociável das garantias civis básicas, como o direito a igualdade, a liberdade, ao trabalho, entre outros. A interdependência dos direitos humanos reside no fato do ser humano estar economicamente e socialmente integrado, não se podendo admitir igualdade sem liberdade ou a liberdade sem igualdade.

Fato é que humanidade tem caminhado muito no sentido de conferir, cada vez mais, proteção e garantias aos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras, mas a proteção ao direito das trabalhadoras não é universalmente aplicado em todos os países, sobretudo, por fatores culturais e religiosos.

Mesmo no Brasil, que atualmente faz um esforço – ao menos formalmente -para integração das mulheres em condições de igualdade no mercado de trabalho, há pouco tempo (antes da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002), dava um tratamento jurídico desigual às mulheres, como se fossem seres de segunda classe, a exemplo de algumas condições de trabalho da mulher previstas na CLT, o que será discutido em tópico específico.

Outra característica dos direitos fundamentais é a internacionalização ou *transnacionalidade*, na medida em que tende a alcançar um número crescente de Estados, sobretudo, após a II Grande Guerra, de forma que os três processos de evolução histórica podem ser identificados na consagração dos direitos humanos, segundo salienta Norberto Bobbio: conversão em direito positivo, generalização, internacionalização.¹⁵⁸

Ou seja, há uma tendência atual de consagração internacional dos direitos humanos, que dá origem a uma consciência universal sobre o valor e a necessidade dos direitos fundamentais, e a idéia de que eles prescindem de fronteiras e congregam toda humanidade é algo que tende a desenvolver-se cada vez mais.

Todavia, em certas correntes extremistas, bem como no Islã, ainda há oposições a diversos grupos de direitos, notadamente, uma oposição ao reconhecimento dos direitos à igualdade entre homens e mulheres; ao direito de mudar de religião; e o respeito à integridade do corpo humano. Estas oposições tem fundamento no Corão (surata III, vers. 101; surata IV, vers. 38; surata IX, vers. 29).¹⁵⁹

¹⁵⁸ ROMITA, Arion Sayão. *op. cit.*, p.91

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.90

Neste sentido, Odete Queiroz, adverte que, apesar das inúmeras diferenças culturais entre o mundo oriental e ocidental, se o objetivo a ser alcançado será sempre o mesmo, o relativismo cultural não pode servir de escusa para convivência com as violações de direitos já consagrados irrestritamente no mundo todo.¹⁶⁰

O Tribunal de Nuremberg, em 1945-1946, significou importante incentivo para a internacionalização dos direitos humanos. Ao final da Segunda Guerra, após debates sobre como responsabilizar os alemães pela guerra e pelas atrocidades cometidas, os aliados chegaram ao consenso de que deveria ser convocado um Tribunal Militar Internacional para julgar os criminosos de guerra, sendo considerados sob jurisdição do Tribunal todos os crimes contra a paz; crimes de guerra, crimes contra humanidade, nos termos do art. 6^a do Acordo de Londres.¹⁶¹

A *historicidade* também é uma característica dos direitos fundamentais, conforme já salientado anteriormente, pois estes, segundo Flávia Piovesan, citando Hannah Arendt (*in As origens do Totalitarismo*) não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

O século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto como um projeto político e industrial. É nesse cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos. Se a Segunda Guerra foi a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar a reconstrução.¹⁶² Neste sentido, em 10.12.1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos.

Por fim, outra característica dos direitos fundamentais é *unidade*, como explica Piovesan. Até 10.12.1948, foi aprovada a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a história demonstra uma dicotomia entre direito à liberdade e o direito à igualdade, como, por exemplo, a *Declaração Francesa de 1789* e *Declaração Americana de 1776*, que traziam uma ótica liberal e contratual, reducionista dos direitos humanos, sob influência de Locke,

¹⁶⁰ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Prisão civil e os direitos humanos*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.74-75

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 134-135.

¹⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos, globalização econômica, e integração regional: desafios do direito constitucional / coordenação Flávia Piovesan*. – São Paulo: Max Limonad, 2002, p.41

Montesquieu e Rousseau, em contraposição ao Absolutismo.¹⁶³ Já a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da antiga República Soviética, de 1917, traz um discurso social com influências maxista-leninista, transitando-se para o primado da igualdade em vez de liberdade, como igualmente observa-se na Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, portanto, rompe esta dicotomia e traz o sentido de unidade para valores de liberdade e igualdades, razão pela qual, segundo Piovesan, a geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage, o que afastaria o equívoco de que haveria uma sucessão de gerações de direitos, ao contrário, o que há é uma complementariedade e uma dinâmica de interação, pois os direitos humanos são uno e indivisíveis.¹⁶⁴

Trançando-se um paralelo sobre a evolução dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, como o desenvolvimento do direito do trabalho, conclui-se que a evolução do direito do trabalho está intrinsecamente ligada ao reconhecimento dos direitos fundamentais, como direitos humanos positivados. Logo, deve ser feita uma breve abordagem quanto às características do direito trabalho, que o identifica, também, como direito fundamental o que se pretende desenvolver no tópico a seguir.

3 – O direito ao trabalho como direito fundamental

Pois bem, como foi visto em itens anteriores, no decorrer do processo evolutivo, o trabalho sempre foi inerente à condição humana, sendo base para existência e sobrevivência humana, desde antiguidade até os dias atuais. Todavia, o que história demonstra as modificações na forma de exploração do trabalho humano, desde o sistema de escravidão da antiguidade, passando-se pela servidão e corporações de ofício no feudalismo, até o trabalho “livre” e subordinado do capitalismo.

Neste sentido, conforme já discutido, no *Estado Democrático de Direito*, os direitos fundamentais dos trabalhadores são fundados na dignidade da pessoa humana, nas suas *dimensões jurídica, política e econômica*, pois os trabalhadores são sujeitos de direito na ordem social, protegidos os atributos da personalidade de um ser humano, pois vedado em

¹⁶³ IDEM. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonada, 2000, p. 143-144.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 147.

nosso ordenamento jurídico o domínio de uma pessoa sobre a outra (*decorrência elementar do direito a liberdade*).

Ademais, a dimensão política dos direitos fundamentais dos trabalhadores qualifica-os como seres humanos partícipes e fim do Estado, de modo que as relações de coordenação entre os trabalhadores individualmente, bem como a relação de subordinação destes com Estado, pressupõem deveres e direitos recíprocos.

Neste sentido, o Estado deve fixar, estabelecer e fiscalizar as condições humanas de acesso e permanência no mercado de trabalho, não intervir na liberdade de associação e organização coletiva dos trabalhadores, e promover a justiça e paz social entre todos os atores que atuam neste palco: trabalhadores, sindicatos e empregadores.

No tocante a dimensão econômica dos direitos fundamentais dos trabalhadores, vale lembrar que a economia deve estar a serviço do ser humano, para satisfazer a necessidade de todos, e não o ser humano a serviço da economia.

Neste diapasão é que mecanismos de proteção a dispensa coletiva e em massa de trabalhadores devem ser criados pelo Estado, a liberdade sindical e autonomia privada coletiva devem ser prestigiadas, como forma de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores das regras do liberalismo, que conforme demonstrado anteriormente, representaram a miséria e a fome de massas de trabalhadores no ainda recente século XIX.

Conforme também foi afirmado, o trabalho está intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana como algo inalienável, porque é por meio do trabalho que o ser humano realiza e faz uso das riquezas e aperfeiçoa a personalidade, devendo as melhorias dos sistemas produtivos, virem acompanhadas de melhorias da dignidade moral e material dos trabalhadores.

Neste sentido, Yara Gurgel afirma que a dignidade humana, como base ética da sociedade moderna, é valor absoluto e qualidade inerente a todo ser humano. Não há seres humanos com mais ou menos dignidade, todos têm igual valor e possuem idêntica proteção jurídica.¹⁶⁵

¹⁶⁵ GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010, p. 31

O trabalho humano deve ser tutelado como direito fundamental na medida em que não se trata de coisa, de algo tangível, passível de substituição, troca, dação, comercializado como mercadoria, pois não se admite mais a escravidão, conforme Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁶⁶; mas se trata de energia passível de ser sim explorada, mas em condições dignas, isto é com observância de regras e princípios que garantam o direito a igualdade e à liberdade.

Isto pode parecer óbvio, mas nem sempre o foi, pois a evolução passo a passo do direito do trabalho, especialmente, da proteção ao trabalho da mulher, demonstra que as condições desiguais sempre existiriam, e pior, ainda nos dias atuais as mulheres não têm a mesma condição de igualdade que os homens no mercado de trabalho no Brasil, segundo pesquisas recentes do IBGE, citadas na introdução¹⁶⁷.

Ademais, não custa lembrar, por exemplo, que somente em 1984, com a publicação da Lei 7.189, de 04 de junho de 1984, houve uma inversão da regra geral do artigo 379 da CLT, que passou a ser a permissão do trabalho noturno da mulher, salvo na indústria.

Como se vê, há cerca de 30 anos, o padrão normativo de “*proteção*” ao trabalho da mulher ainda era eivado de vícios paternalistas e machistas, pois consideravam culturalmente ou moralmente que mulher fosse um ser inferior aos homens, sendo o trabalho noturno algo não honroso para uma “*mulher honesta*”.

Para quem entenda que isto está ultrapassado, basta analisar as discussões sobre a recepção ou não do artigo 384 da CLT em nossos Tribunais. Não é possível deixar de observar, antecipadamente, que é evidente que o artigo 384 da CLT traz um texto retrógrado (que tem o condão de proteger de forma diferenciada a mulher em relação ao homem), e assim o fez o legislador porque tinha um “conceito” de inferioridade da mulher, não apenas em relação à sua fisiologia, mas inferior socialmente, culturalmente e moralmente, lembrando

¹⁶⁶ (...)

“Artigo IV - Ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas.” Fonte: Sítio oficial do Ministério da Justiça na internet - http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm – (Acesso: 09.10.2011 21h37min)

¹⁶⁷ FONTE: Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – na internet - http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf – (Acesso 27/07/2011 às 22h22min)

que naquela época o homem era o “*chefe de família*” a quem a legislação civil atribuía o “*pátrio poder*”.

Entranho não é o legislador da década de 40 ter redigido esta norma, mas alguns entendimentos recentes da Justiça do Trabalho, que, sempre com intuito de proteger, discriminam a mulher.

É verdade que após a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro 1988, a condição jurídica mulher no Brasil passa, definitivamente, a outro patamar, que há tempos era tão almejado socialmente, sendo expresso no inciso I do artigo 5º que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”. Mas historicamente e socialmente estas modificações são incipientes, pois não houve tempo suficiente para uma mudança cultural e efetiva do tratamento dado aos direitos humanos em relação às mulheres.

Sem dúvida, o comando do *artigo 5º, inciso I* da Constituição Federal de 1988 marca o início de uma nova era dos direitos e obrigações das mulheres, não apenas no trabalho, mas um era da mulher na sociedade e a ratificação do novo papel da mulher na nova ordem jurídica brasileira.

Não há dúvidas de que o direito ao trabalho é uma das facetas dos direitos humanos, bem como de que o valor social do trabalho da mulher deve ser tutelado como direito fundamental, pois guarda todas as características supracitadas, sendo o trabalho um direito social e econômico *universal, uno, indivisível, inter-relacionado, internacional, e histórico*.

Todavia, é preciso que o legislador e os aplicadores da Lei sejam cautelosos, deixem seus conceitos e preconceitos de lado, e enxergue na mulher um ser humano forte, capaz, e que só precisa de condições iguais para concorrer no mercado de trabalho, não de excessos protecionistas, como erroneamente foi feito ao longo de décadas no Brasil.

Como dispõe o item I da Declaração da Filadélfia de 10 de maio de 1944¹⁶⁸ e o artigo XXIII, itens 1 a 4 da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada e

¹⁶⁸ (...)

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Filadélfia na sua vigésima sexta sessão, adota, neste décimo dia de Maio de 1944, a presente Declaração dos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, bem como dos princípios nos quais se deveria inspirar a política dos seus Membros.I

proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, *trabalho não é mercadoria e os homens e mulheres devem ser tratados com igualdade e respeito*.¹⁶⁹

No ordenamento jurídico brasileiro não faltam normas que elevem o direito ao trabalho ao patamar de direito fundamental, tais como, por exemplo, *art. 1º, III, IV; art. 3º, III; art. 5º, I, II, XIII; art. 7º, I a XXXIV; art. 8º, I a VIII; art. 170, VII e VIII*, todos da Constituição Federal.

Conforme demonstrado, a evolução do direito do trabalho e, sobretudo, da proteção ao trabalho da mulher é fruto de um processo dialético, com avanços passo a passo e nuances no decorrer do momento econômico, político e social do Estado, de forma que o direito ao trabalho representa social e economicamente um direito fundamental de qualquer cidadão de produzir riquezas, bens ou serviços, e pode, assim, sustentar a si próprio e sua família, de forma digna e respeitosa, e permitir que possa livremente gozar de suas liberdades civis.

Como todo processo histórico, o papel da mulher no mercado de trabalho ainda sofre altos e baixos, erros e acertos, e nem sempre as proteções legais conferidas às mulheres efetivamente são mecanismos de proteção, mas de discriminação, como se destaca o artigo 384 da CLT. Outras vezes, os mecanismos legais de proteção ao trabalho da mulher são

A Conferência afirma novamente os princípios fundamentais sobre os quais se funda a Organização, isto é:

a) o trabalho não é uma mercadoria; (grifos nossos)

b) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante;

c) a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos;

d) a luta contra a necessidade deve ser conduzida com uma energia inesgotável por cada nação e através de um esforço internacional contínuo e organizado pelo qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os dos Governos, participem em discussões livres e em decisões de carácter democrático tendo em vista promover o bem comum.” (grifos nossos)

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT – em Portugal na internet -

<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf> - (Acesso em: 09.10.2011 às 21h51min)

¹⁶⁹ (...)

“Artigo XXIII

1. Toda pessoa tem **direito ao trabalho**, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. (g.n)

2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a **igual remuneração por igual trabalho**. (g.n)

3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.”

Fonte: Sítio oficial do Ministério da Justiça na internet - http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm - (Acesso: 09.10.2011 21h37min)

meramente formais, e não trazem resultados práticos para efetivação da igualdade de oportunidades e condições de trabalho (artigo 396 da CLT).

Em razão destas distorções, no próximo capítulo, será feita uma análise das normas de proteção ao trabalho da mulher no plano constitucional e infraconstitucional, à luz dos princípios do direito do trabalho.

CAPÍTULO 3 – DAS NORMAS TUTELARES AO TRABALHO DA MULHER

Conforme analisado em capítulo anterior, a condição jurídica da mulher foi modificada substancialmente no decorrer dos tempos até que a sociedade chegasse ao padrão normativo atual, que de alguma forma reconhece a igualdade de gênero, ao menos formalmente.

Se a igualdade formal entre homem e mulher levou séculos para ser conquistada, muitas barreiras ainda devem ser ultrapassadas para a igualdade material ou fática, considerando-se os mitos, valores, conceitos, e preconceitos sobre o papel da mulher na sociedade que foram quase indelevelmente gravados e transmitidos de geração em geração no decorrer da história.

Como afirma Alice Monteiro, “os *problemas relacionados com o trabalho não são os únicos enfrentados pelas mulheres na luta contra a discriminação, pois eles advêm de fatores situados em campos interdisciplinares, como, por exemplo, condicionamentos culturais fundados em mitos e crenças, relações econômicas, condições de participação na vida política e social.*”¹⁷⁰

Neste sentido, quanto ao trabalho da mulher, Thereza Cristina Gosdal lembra que a idéia que se tem sobre o papel do trabalho da mulher na sociedade é de algo secundário, pois ainda é percebido como de difícil conciliação com o trabalho doméstico e as funções maternas, que seriam os papéis primários.¹⁷¹

A mesma autora lembra que a leis surgidas sob a concepção do direito a igualdade como um direito natural reproduziram a situação de inferioridade e tratamento desigual a mulher, reforçando a imagem de fragilidade que caracterizou a legislação protecionista em relação ao trabalho.

Aliás, importante e pertinente observação é que a mulher sempre trabalhou, mas nunca se afastou do lar e da vida familiar, do seu grupo, logo não havia a dificuldade de

¹⁷⁰ BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010, p.362

¹⁷¹ GOSDAL, Thereza Cristina. Direito do Trabalho e Relações de gênero: Avanços e Permanências. In ARAÚJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia – organizadoras. Trabalho da mulher: mitos, riscos e transformações – São Paulo: LTr, 2007 – p. 74

compatibilização com as tarefas domésticas e cuidado da prole, do que se conclui que o problema moderno do trabalho da mulher surge no século XIX, pois somente nesta época é que há figura da mulher trabalhadora subordinada fora do lar e conciliadora com atividades domésticas.¹⁷²

Pois bem, se existe uma garantia de igualdade formal entre homens e mulheres, não está suficientemente claro por qual razão ainda haveria a necessidade de normas tutelares ao trabalho da mulher. Neste sentido, são diversos os argumentos, a começar, pela diferença biológica, pelo social e fatores culturais.

Claro que há diferenças biológicas evidentes entre homem e mulher, logo não se poderia falar em igualdade sem considerar tais diferenças. Mas caberia indagar se são estas diferenças biológicas fatores determinantes para diferença normativa no tratamento entre homens e mulheres ou não há fatores determinantes.

O perigo na utilização do critério biológico está no caráter de inerência e imutabilidade, de algo fruto “da natureza”, mas na verdade não passam de justificativas ou construções sociais, políticas e religiosas em torno da “base biológica”, para justificar tratamentos diferenciados ou discriminatórios sobre o papel da mulher e do homem no trabalho, na sociedade, no lar.¹⁷³

¹⁷² *Ibid.*, p. 75

¹⁷³ “(...)

A naturalização da divisão por sexo do trabalho e dos papéis sociais atribuídos a cada sexo influencia não apenas o senso comum, mas também a análise científica e as decisões judiciais.

As relações de gênero têm influência direta na inserção da mulher no mundo do trabalho. Mas o trabalho da mulher provoca transformações nas relações de gênero. Por isso, para tratar da discriminação de gênero no trabalho, é preciso que se diga o que se entende por gênero e o que se entende por discriminação.

Considerar gênero pressupõe distinguir as diferenças socialmente construídas de sua base biológica. Os seres humanos têm habilidade para interpretar e alterar sua constituição biológica, regulando seu comportamento e utilizando formas simbólicas (...).

O gênero é a construção social relativa à diversidade biológica, segundo ensina *Seyla Benhabid*, o sistema gênero-sexo é um modo de organização, divisão simbólica e experimentação da realidade social. “*Por sistema “gênero-sexo” entendo a constituição simbólica sócio-histórica, e a interpretação das diferenças anatômicas dos sexos*”.

O gênero não é uma essência, mas uma organização social da diferença sexual. (...)

As relações de gênero não podem ser ignoradas pelo Direito, que delimita os espaços masculino e feminino, pelo seu papel simbólico de regulação. Nas questões de gênero o Direito mantém um pela ambivalente, representando em algumas situações instrumento de conservação das relações estabelecidas e, em outras, constituindo instrumento de promoção de mudanças. (...)

Ibid., p. 77-78

Por oportuno, convém destacar a assertiva de Thereza Gosdal, segundo a qual “*é preciso compreender a diferença de maneira relacional, como produto de processos sociais. E como diversidade, heterogeneidade, não como inferioridade.*”¹⁷⁴

Justamente sob este enfoque analisaremos as normas tutelares ao trabalho da mulher no Brasil, considerando o atual papel sócio e econômico da mulher, e a compatibilidade das normas positivadas com a ordem constitucional vigente.

1. A proteção ao trabalho da mulher na Constituição Federal de 1988

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro 1988, denominada “*Constituição Cidadã*”, a condição jurídica mulher no Brasil passa, definitivamente, a outro patamar, que há tempos era tão almejado socialmente, que sempre pressionou pela tão almejada igualdade de gênero, passo a passo conquistada no decorrer do século passado, a começar, por exemplo, pelo direito a voto em 1932, pelo estatuto da mulher casada na década de 60, pela emenda constitucional e a permissão do divórcio na década de 70.

A Constituição de 1988, conforme foi asseverado, trouxe maiores garantias de tratamento igualitário entre homem e mulher, e no seu artigo 1º, incisos III e IV, até porque explicita como fundamentos da República, respectivamente a “*dignidade da pessoa humana*” e “*os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*”.

O artigo 5º, *caput*, é um importante marco histórico para garantia e efetivação da igualdade de gênero no Brasil, ao estabelecer que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”. Ademais, para não deixar dúvidas sobre o novo papel social da mulher, gravou-se no inciso I do artigo 5º que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”.

Sem dúvida, o comando do artigo 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988 marca o início de uma nova era dos direitos e obrigações das mulheres, não apenas no trabalho, mas uma nova era da mulher na sociedade e a ratificação do importante papel da mulher na nova ordem jurídica brasileira.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 75

No artigo 7º, inciso XX, a Constituição Federal foi mais adiante ao estabelecer como garantia “*proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei*”.

Esta norma não deixa de ser uma das formas de exteriorização do princípio da proteção do direito do trabalho, que pode ser entendida como decorrente do princípio da igualdade, que é a pedra angular de todo direito do trabalho.

A proteção ao mercado de trabalho da mulher deve ser vista sob dois aspectos, o primeiro sobre a igualdade de acesso, o segundo sob o enfoque da manutenção do contrato de trabalho, de forma que a questão de gênero não possa ser utilizada como fator para contratação ou não de um ser humano ou para sua dispensa.

Por outro ponto de vista, a *proteção do mercado de trabalho da mulher* deve ser na exata medida de permitir o acesso e a manutenção da relação de trabalho das mulheres, para que não se incorra em equívocos do passado, em que as normas constitucionais no afã de “*proteger*” acabavam por discriminar e excluir as mulheres de determinadas atividades e, via de consequência, do mercado de trabalho.¹⁷⁵

Embora na seara do direito privado as mulheres e homens tenham deveres e direitos iguais, vale registrar que a Constituição, ainda, exclui a mulher do serviço militar obrigatório em tempos de paz, conforme dispõe artigo 143, §2º, facultando-a, portanto o alistamento.¹⁷⁶

A Constituição Federal, ainda, dá tratamento diferenciado às mulheres não apenas no artigo 143, §2º, acima mencionado, mas também no diz respeito ao acesso aos benefícios

¹⁷⁵ Vale lembrar que a Constituição de 1934 estabeleceu, em patamar constitucional diversos direitos trabalhistas, cabendo-nos, ressaltar o comando do §1º do artigo 121, que expressamente estabelecia que a legislação do trabalho teriam como preceitos para a melhoria das condições do trabalhador, *in verbis*: “(...) a) *proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil*; [...] d) **proibição de trabalho a menores de 14 anos; de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres, a menores de 18 anos e a mulheres.**”

Do mesmo modo, a Constituição de 1946 vedava o trabalho em condições insalubres.

¹⁷⁶ (...)

“Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.”

(...)

“§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.”

previdenciários, depósitos nos incisos I e II do parágrafo sétimo do artigo 201 da Constituição, quais sejam: (i) aposentadoria por tempo de contribuição; (ii) aposentadoria por idade.¹⁷⁷

Cabe aqui uma breve nota, pois merecedor de estudo próprio, sobre qual seria o fator objetivo para tal tratamento, se o tratamento diferenciado a mulher neste caso teria algum amparo fático, jurídico ou estatístico, na medida em os critérios para concessão de aposentadoria por idade ou tempo de contribuição devem levar em conta critérios atuariais, entre os quais a tábua de natalidade e mortalidade.

Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram que a expectativa de vida das mulheres ainda é superior aos homens, assim era em 1998 e assim também continua em 2008, razão pela qual incompreensível, sob este aspecto, as regras dos incisos I e II do parágrafo 7º, do artigo 201 da Constituição, vejamos o seguinte quadro de expectativa de vida do IBGE:¹⁷⁸

¹⁷⁷ (...)

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - **trinta e cinco** anos de contribuição, **se homem**, e **trinta** anos de contribuição, **se mulher**;

II - **sessenta e cinco** anos de idade, **se homem**, e **sessenta** anos de idade, **se mulher**, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

¹⁷⁸ (...)

“Em 2008, esperança de vida dos brasileiros chega a 72,86 anos (...).”

“De 1998 a 2008, esperança de vida ao nascer cresceu mais de três anos. A esperança de vida ao nascer da população de ambos os sexos no Brasil passou de 69,66 anos (69 anos, 7 meses e 29 dias) para 72,86 anos (72 anos, 10 meses e 10 dias), indicando que um brasileiro nascido em 2008 esperaria viver 3 anos, 2 meses e 12 dias a mais que aquele nascido em 1998.” (...)

“Este ganho na esperança de vida ao nascer foi semelhante entre os homens e as mulheres, e a diferença entre os sexos se manteve constante no período, sendo a esperança de vida ao nascer das mulheres 7,60 anos (7 anos, 7 meses e 6 dias) maior que a dos homens. Assim, em 2008 um recém-nascido do sexo masculino esperaria viver 69,11 anos, ao passo que as mulheres viveriam 76,71 anos.

Além da esperança de vida ao nascer podem ser também analisadas as esperanças de vida a partir de outras idades exatas. Neste caso, a esperança de vida aos 60 anos para ambos os sexos cresceu de 19,93 anos para 21,16 anos na última década, indicando que em 2008 uma pessoa que completasse 60 anos esperaria viver em média até os 81,16 anos. Para os homens, este valor cresceu de 18,49 para 19,46 anos e para as mulheres, de 21,26 para 22,70 (Tabela 4). Já um homem que tinha 80 anos em 2008 esperaria viver até os 88,94 anos, e uma mulher da mesma idade viveria até os 89,93 anos.

Ao considerar que no Japão, Hong Kong (China), Suíça, Islândia, Austrália, França e Itália a vida média já é superior a 81 anos, a esperança de vida no Brasil, em 2008, ainda é relativamente baixa. Somente por volta de 2040 o Brasil alcançaria uma esperança de vida ao nascer no patamar dos 80 anos. Em escala mundial, a

Tabela 4 – Brasil – Esperança de Vida às idades exatas por sexo: 1998/2008

Idades	Esperança de vida às idades exatas					
	1998			2008		
	Ambos os sexos	Homens	Mulheres	Ambos os sexos	Homens	Mulheres
0	69,66	65,94	73,53	72,86	69,11	76,71
1	71,05	67,50	74,71	73,60	70,02	77,24
5	67,61	64,09	71,24	69,94	66,40	73,54
10	62,75	59,26	66,36	65,06	61,53	68,64
15	57,89	54,44	61,47	60,16	56,65	63,72
20	53,26	49,96	56,66	55,47	52,10	58,86
25	48,78	45,73	51,90	50,91	47,77	54,03
30	44,34	41,54	47,18	46,36	43,43	49,25
35	39,94	37,38	42,52	41,84	39,10	44,51
40	35,61	33,27	37,95	37,39	34,84	39,85
45	31,41	29,29	33,51	33,06	30,70	35,31
50	27,38	25,48	29,24	28,89	26,74	30,92
55	23,53	21,85	25,14	24,90	22,96	26,70
60	19,93	18,49	21,26	21,16	19,46	22,70
65	16,58	15,39	17,65	17,68	16,23	18,96
70	13,52	12,58	14,34	14,50	13,32	15,51
75	10,89	10,22	11,45	11,76	10,88	12,47
80	8,72	8,31	9,05	9,50	8,94	9,93

Além da proteção previdenciária, a Constituição Federal de 1988 estendeu a proteção à maternidade como assistência social à população que dela necessitar, e independentemente de estarem filiadas ao sistema de seguridade, nos termos do seu artigo 203, inciso I.¹⁷⁹

De modo geral, no tocante à proteção ao trabalho, a Constituição Federal confere tratamento igual para homens e mulheres, em todos os sentidos, seja no tocante a jornada de trabalho, seja em relação ao meio ambiente de trabalho, ou a proteção ao salário e liberdade sindical, dentre outros aspectos.

Assim, as únicas disposições constitucionais que conferem direitos especiais às mulheres são aquelas relativas à proteção à maternidade, e ao direito à aposentadoria por

expectativa de vida ao nascer (ambos os sexos) estimada pela Divisão de População das Nações Unidas para o período 2005-2010, é de 67,58 anos, e de 75,55 anos para o quinquênio 2045-2050.”

FONTE: Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1507&id_pagina=1 (Acesso em 16.10.2011 às 19h40min)

¹⁷⁹ (...)

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à **maternidade**, à infância, à adolescência e à velhice”; (...)

idade e tempo de contribuição que não será analisado, pois merecedor de estudo próprio e particular pela sua natureza e complexidade.

O artigo 7º, XVIII da Constituição, ampliou a licença à gestante e sua proteção ao emprego e ao salário durante o período de afastamento, que a partir de 1988 passou a ser de cento e vinte dias.¹⁸⁰

Já no artigo 6º, *caput*, a Constituição, já equipara o direito social de “*proteção à maternidade e à infância*” aos demais direitos sociais, tais como saúde, educação e trabalho.¹⁸¹

No tocante a este dispositivo, digno de nota observar-se que (i) a proteção à maternidade está lado a lado da (ii) proteção à infância (não separados por vírgulas) diferentemente dos demais direitos sociais arrolados no *caput* do mesmo artigo.

Assim, seja pela interpretação gramatical ou pela sistemática, pode-se dizer que proteção “*proteção à maternidade e à infância*”, como direitos sociais, são unos e indivisíveis, e têm como sujeitos de direito não somente a mulher, mas a “*entidade familiar*” e a criança.¹⁸²

Também o inciso II, do artigo 201 da Constituição dispõe que o regime geral da previdência social, além do caráter contributivo e obrigatório, atenderá, entre outras formas de assistência, a *proteção a maternidade*, especialmente á gestante.¹⁸³

¹⁸⁰ (...)

“Art. 7º (...)”

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

¹⁸¹ (...)

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

¹⁸² (...)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

¹⁸³ (...)

Convém destacar o grande avanço na Constituição Federal de 1988 ao afirmar que a previdência deverá proteger (i) a maternidade; (ii) *especialmente* à gestante.

Isto porque, o termo “*especialmente*” inserido no inciso II do artigo 201 da Constituição não exclui a proteção à outras formas de exercício da maternidade, como, por exemplo, a adoção, que modernamente tem sido admitida por entidades familiares das mais variadas formas de constituição interna, independentemente de sexo e da forma de união afetiva.¹⁸⁴

Importante notar que em 1988, quando promulgada a Constituição atual, ainda vigorava no país o Código Civil de 1916, com preceitos patriarcais incompatíveis com a nova realidade social, sobretudo, no que diz respeito à igualdade entre homens e mulheres na vida social, no casamento, aos filhos¹⁸⁵, o que veio a ser sanado com a publicação tardia do novo Código Civil em 2002, que só passou a vigorar em janeiro de 2003.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

¹⁸⁴ ADOÇÃO - PEDIDO EFETUADO POR PESSOA SOLTEIRA COM A CONCORDÂNCIA DA MÃE NATURAL - POSSIBILIDADE - Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual - Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante - Recurso não provido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Cível n. 51.111-0 – CÂMARA ESPECIAL - Relator: OETTERER GUEDES - 11.11.99 - V.U.)

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível”)

¹⁸⁵ (...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim o papel inovador da Constituição de 1988, ainda mais naquele cenário retrógrado da legislação civil foi enorme, pois mudou o próprio conceito de família, de proteção à maternidade, de proteção às crianças e adolescentes, com muitos reflexos no direito do trabalho, especialmente quanto aos direitos da mulher.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou ADCT, ainda, dispôs no artigo 10, *letra “b”*, importante norma de proteção à mulher, qual seja, a vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.¹⁸⁶

Todavia, parece-nos que o Poder Constituinte originário cometeu um grande lapso na redação dos artigos 7º, inciso XVIII da Constituição e 10, *letra “b”*, do ADCT, dar a “*licença à gestante*” e a garantia de emprego somente a “*empregada gestante*”, pois, não alcançaria todas as formas de proteção à maternidade, somente a maternidade dita “*biológica*”, excluindo-se, por exemplo, a *adoção*.

Independentemente de tal lapso, a interpretação teleológica e sistemática da Constituição, mesmo no período em que a legislação ordinária era omissa em relação ao tema, permitia interpretar que a proteção à maternidade também seria extensiva a mãe adotante, pelas próprias disposições constitucionais, veja-se:

- (i) O artigo 5º, *caput* assegura expressamente que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*”, logo não é possível discriminar mãe adotante e negar-lhe o mesmo direito conferido a mãe biológica (*gestante*) no que diz respeito à *licença maternidade*, tampouco a garantia de emprego na maternidade;
- (ii) O artigo 6º, *caput*, dispõe como direito social, a todos garantido, a proteção à maternidade e à infância, e não “*proteção a gestante*”. Seja pela interpretação gramatical ou pela sistemática, pode-se dizer que a “*proteção à maternidade e à*

(...)

§ 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

¹⁸⁶ (...)

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

(...)

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

infância”, como direitos sociais, são unos e indivisíveis, e têm como sujeitos de direito não somente a mulher, mas a “*entidade familiar*” e a criança, não podendo a melhor interpretação restringir-se à gestante. Novamente, se a proteção à maternidade também tem com o sujeito de direito a criança e o adolescente, não há razão para a criança e o adolescente que passaram pelo processo de adoção tenham menos direitos que as demais;

- (iii) A redação do artigo 201, II, também é cristalina ao garantir proteção à maternidade, *especialmente* à gestante; logo, por decorrência lógica não é exclusivamente à gestante, razão pela qual a própria Constituição Federal admite a existência de outras formas de maternidade protegidas;
- (iv) Por fim, e mais importante, é a regra do artigo 227, §6º, que expressamente corrige um erro histórico contra as crianças e adolescentes ao proibir quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação e garantir que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações. Assim sendo, parece ainda mais óbvio que a proteção à maternidade somente seria plena se extensiva às mães adotantes, não apenas às mães “*gestantes*” ou “*biológicas*” como equivocadamente mencionam as redações dos artigos 7º, inciso XVIII da Constituição e 10, letra “b”, do ADCT.

No mesmo sentido, Alice Monteiro de Barros já afirmava antes da Lei 10.421/2002 ser publicada “*que deveria o legislador superar a concepção meramente biológica de maternidade e estender parte da licença pós-parto aos pais adotivos, concedendo-lhes o afastamento a partir do ingresso da criança no lar adotivo e desde que ela se encontrasse em idade que requeresse cuidados especiais, inclusive alusivos à adaptação*”.¹⁸⁷

Com todo respeito a Ilustre Jurista, uma das maiores especialistas e estudiosas do tema, humildemente convém fazer uma pequena ponderação quanto à assertiva que condicionaria tal direito à idade da criança. Não se pode entender que tal limitação quanto à idade da criança seja mais acertada, pois ofende a proteção à criança e ao adolescente gravada no artigo 227, §6º da Constituição Federal.

¹⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010, p.333-334

Como é fato notório e corriqueiro, noticiado em diversos meios de comunicação, a adoção é um processo longo, moroso, e especial, e muitas vezes infinito para algumas crianças que nunca conseguirão um lar, pois na medida em que os anos passam, as crianças mais velhas começam a ser preteridas pelos pretensos adotantes em relação aos bebês ou aquelas com menos idade.

Segundo dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, 20,55% dos pretendentes buscam crianças de até 12 (doze) meses de idade, e este percentual cai, ao ponto de apenas 0,22% pretendentes buscam crianças de até 12 anos de idade.¹⁸⁸

Por estas razões, considerando que a “*proteção à maternidade*” prevista nos artigos 6º, 7º, XVIII, 201, II da Constituição e 10, “b” da ADCT, deve caminhar junto com a “*proteção à infância*” garantida no artigo 206, 227, caput e parágrafos 5º e 6º, não podemos entender como compatível com os valores, princípios e normas da nossa ordem constitucional qualquer limitação da licença maternidade, do salário maternidade, e da garantia de emprego para as mães adotantes, devendo-se observar, também, o direito das crianças e adolescentes adotadas terem uma vida digna.

Evidentemente, que não se pode falar em dignidade da pessoa humana, como valor e fundamento da República, se não considerarmos que as crianças e adolescentes adotadas, independentemente da sua idade, tenham o direito de conviver mais intensamente com pai ou mãe nos primeiros meses desta importante relação, rica em trocas de afeto e de conhecimento.

O que justificaria uma criança de 10 (dez) anos que nunca teve um lar não ter a mesma atenção de uma criança recém-nascida? A amamentação e maior dependência da criança poder-se-ia dizer. Mas o que se deve refletir é se o afeto dos pais em relação aos filhos é maior ou menor de acordo com idade das crianças, ou se as crianças de 10 (dez) anos adotadas precisam de menos tempo de atenção e afeto que as crianças menores - também adotadas. Com todo respeito, não se vislumbra, ainda, um critério científico de medição ou aferição do tamanho ou dimensionamento do afeto, embora se possam descrever pela linguagem as formas de sua manifestação e sua exteriorização entre seres humanos.

¹⁸⁸ Fonte: Site oficial da Câmara dos Deputados na internet-
<http://www2.camara.gov.br/noticias/institucional/arquivos/dados-sobre-a-adocao-no-brasil> - (Acesso em 16.10.2011 às 21h26min)

Por estas razões, a proteção constitucional não se limita à proteção da mulher gestante, mas protege amplamente a maternidade e à infância. Assim sendo, não tem amparo constitucional a açodada norma prevista na Lei 10.421/2002, que será analisada em tópico específico juntamente com as demais normas infraconstitucionais. Diz-se açodada, pois a Lei 10.421/2002, embora na trilha correta e nos sentido de não discriminar filhos adotivos, por via oblíqua criou uma discriminação por idade entre crianças adotivas, que é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, notadamente à luz do artigo 227, §6º da Constituição, conforme será analisado mais detidamente adiante.

2. A proteção ao trabalho da mulher nas normas infraconstitucionais

2.1. A proteção à gravidez e a maternidade

Este item aborda um tema que, por si só, é suficientemente instigante para ser discorrido em uma dissertação inteiramente a ele dedicada. Logo, será feito maior esforço para analisar em apertada síntese a proteção à gravidez e maternidade pela legislação do trabalho.

Conforme acima salientado, o artigo 7º, XVIII da Constituição ampliou a licença à gestante, sua proteção ao emprego, e ao salário durante o período de afastamento, que a partir de 1988 passou a ser de cento e vinte dias.

Antes disto, o artigo 6º, *caput*, a Constituição, estabelece como um direito social a “*proteção à maternidade e à infância*”, ao lado dos demais direitos sociais, tais como saúde, educação e trabalho.

Pelo exposto, conforme já salientado anteriormente, (i) a proteção à maternidade está lado a lado da (ii) proteção à infância.

Também o inciso II, do artigo 201 da Constituição dispõe que o regime geral da previdência social, além do caráter contributivo e obrigatório, atenderá, entre outras formas de assistência, a proteção a maternidade, especialmente á gestante.¹⁸⁹

¹⁸⁹ (...)

O termo “*especialmente*” inserido no inciso II do artigo 201 da Constituição não exclui a proteção à outras formas de exercício da maternidade, como, por exemplo, a adoção, que modernamente tem sido admitida por entidades familiares de constituídas interna de variadas maneiras, independentemente de sexo e da forma de união afetiva.¹⁹⁰

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dispôs no artigo 10, letra “b”, importante norma de proteção à mulher, qual seja, a vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.¹⁹¹

Feita esta rápida digressão para situar o tema, passemos ao estudo das normas infraconstitucionais de proteção à gravidez e a maternidade pela legislação federal no Brasil.

2.1.2 - A Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;”

¹⁹⁰ ADOÇÃO - PEDIDO EFETUADO POR PESSOA SOLTEIRA COM A CONCORDÂNCIA DA MÃE NATURAL - POSSIBILIDADE - Hipótese onde os relatórios social e psicológico comprovam condições morais e materiais da requerente para assumir o mister, a despeito de ser homossexual - Circunstância que, por si só, não impede a adoção que, no caso presente, constitui medida que atende aos superiores interesses da criança, que já se encontra sob os cuidados da adotante - Recurso não provido. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Cível n. 51.111-0 – CÂMARA ESPECIAL - Relator: OETTERER GUEDES - 11.11.99 - V.U.)

ADOÇÃO CUMULADA COM DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ALEGAÇÃO DE SER HOMOSSEXUAL O ADOTANTE. DEFERIMENTO DO PEDIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Havendo os pareceres de apoio (psicológico e de estudos sociais), considerando que o adotado, agora com dez anos, sente agora orgulho de ter um pai e uma família, já que abandonado pelos genitores com um ano de idade, atende a adoção aos objetivos preconizados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e desejados por toda a sociedade. 2. Sendo o adotante professor de ciências de colégios religiosos, cujos padrões de conduta são rigidamente observados, e inexistindo óbice outro, também é a adoção, a ele entregue, fator de formação moral, cultural e espiritual do adotado. 3. A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho à adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro, e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens. Votação: Unânime Resultado: Apelo improvido (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO Acórdão: Apelação Cível – Processo 1998.001.14332 Relator: Desembargador Jorge Magalhães Julgamento: 23.03.1999 – Nona Câmara Cível”)

¹⁹¹ (...)

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

(...)

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

A nosso ver, não é possível falar em direito a gravidez e direito à maternidade, sem falar do sujeito de direito mais sensível desta relação, que é a criança e o adolescente, por isto começamos por uma abordagem sintética, mas necessária, da Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que traz conceitos importantíssimos para o debate no direito do trabalho.

Neste sentido, convém destacar o disposto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo o qual “*toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família*”.

Desta assertiva, pode-se apontar que sujeito de direito deve ser “*criado*”, o que pressupõe, a nosso ver, cuidados diários com a formação *física, psicológica, moral, e social* da criança e do adolescente, desde o suprimento com roupas e alimentos até a forma como deve portar-se à mesa. E, ainda, os mesmos sujeitos de direito devem ser “*educados*”, que a nosso ver, também contemplam os aspectos formais da educação e os modos de vida em grupo, em família e em sociedade.

Sobremaneira importante, é, ainda, o comando do artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelece a igualdade de direitos e de qualificações aos filhos em geral, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, sendo proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (exemplo da expressão “*filho legítimo*” ou “*filho de consideração*”).

Frise-se que estas observações serão de grande valia para discussão da questão da licença maternidade para mães adotantes.

No artigo 25, o Estatuto da Criança e do Adolescente define família natural “*a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.*” Aqui cabem duas observações:

- (i) cai por terra o conceito tradicional de família formada por pai e mãe, concebida na cultura brasileira como a base da sociedade, o que faz sentido em uma sociedade plural e no Estado laico;
- (ii) a família natural, nos termos da Lei, também pode ser constituída de um só membro (pai ou mãe). Disto decorrem questões sociais, com reflexos econômicos, sobre a

possibilidade de uma família natural ser formada por duas mães ou dois pais, como modernamente tem sido discutido nos tribunais.¹⁹²

No que diz respeito a adoção, o §1º do artigo 39 do Estatuto supracitado dispõe que a adoção de criança e de adolescente é *medida excepcional* e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando *esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família*.

Ademais, a adoção é um processo longo e demorado, pois *deve ser precedida de estágio de convivência com a criança*, cabendo à autoridade judiciária fixar o prazo necessário em cada caso, como reza o artigo 46 do Estatuto. Disto, de plano, decorre a indagação sobre o acerto ou não da regra de licença maternidade escalonada pela idade da criança prevista na Lei 10.421/2002.

Cabe salientar que o próprio artigo 46, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, dispõe que *o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo*.

Além do que dispõe ECA, não é possível deixar de mencionar, rapidamente, a Lei 9.394 de 20.12.1996, que é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, que no seu artigo 29 estabelece que a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade *o desenvolvimento integral* da criança até seis anos de idade, em seus *aspectos físico, psicológico, intelectual e social*, complementando a ação da família e da comunidade.

Novamente, resta evidente, na forma da Lei, que ação da Família e do Estado na educação infantil são complementares, dispondo-se como dever do Estado fornecer educação

¹⁹² Neste sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4277-7 proposta pelo Procurador Geral da República no qual se questiona a regra do artigo 1723 do Código Civil, tendo sido ação objetiva acolhida pelo E. STF para determinar como “*obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher; que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.*” Neste sentido é a notícia veiculada e disponível no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> (Acesso em 03.11.2011 às 21h24min)

infantil em creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; e pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Ademais, nos termos da Lei, o mais importante nesta fase da vida das crianças é a sua formação física, psicológica, intelectual e social, razão pela qual o artigo 31, da Lei 9.394 de 20.12.1996, estabelece que a educação infantil não tem como objetivo a promoção ou acesso ao ensino fundamental. Ao contrário, a criança é apenas avaliada a mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem imposição de responsabilidades ou obrigações.

2.1.3 Da proteção à maternidade da mulher adotante

Conforme analisado em tópico anterior, sobre as normas constitucionais de proteção a maternidade e à gestante, o Poder Constituinte cometeu um pequeno deslize na redação do ADCT, haja vista o disposto no artigo 6º, *caput*, (quanto à “*proteção à maternidade e à infância*”); e inciso II, do artigo 201 (sobre a *proteção a maternidade*, especialmente á gestante) ambos da Constituição Federal.

A Constituição Federal de 1988 avançou ao afirmar que a previdência deverá proteger (i) a maternidade; (ii) *especialmente* à gestante.

O termo “*especialmente*” inserido no inciso II do artigo 201 da Constituição não exclui a proteção a outras formas de exercício da maternidade, como, por exemplo, a adoção, que modernamente tem sido admitida por entidades familiares de todas as formas, conforme discutimos anteriormente.

A redação do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou ADCT, dispôs no artigo 10, letra “b”, sobre a vedação de dispensa arbitrária ou sem justa causa apenas da *empregada gestante*, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, sendo silente em relação a outras formas de maternidade.

O lapso na redação dos artigos 7º, inciso XVIII da Constituição e 10, letra “b”, do ADCT, ao referirem apenas a dar a “*licença à gestante*” e a garantia de emprego somente a

“*empregada gestante*”, reside no equívoco de que a proteção à maternidade dada nestes dispositivos ignorou a “*adoção*”, privilegiando apenas maternidade dita “*biológica*”.

A interpretação teleológica e sistemática da Constituição, mesmo no período em que a legislação ordinária era omissa em relação ao tema, permitia interpretar que a proteção à maternidade também seria extensiva a mãe adotante, pelas próprias disposições constitucionais, conforme analisado anteriormente.

Por estas razões, a proteção constitucional não se restringe à mulher gestante, mas precipuamente garante direitos inerentes à maternidade e à infância. Todavia, ainda faltava uma disposição legal que regulamentasse a questão e que desse maior proteção às mulheres nas suas relações de trabalho e perante a autarquia previdenciária responsável pelo salário maternidade.

Em 15.04.2002, sobreveio a Lei 10.421/2002, que modificou o artigo 392 da Consolidação das Leis do Trabalho, para estabelecer no plano infraconstitucional que a empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, mesmo em caso de parto antecipado.

Ademais, restou claro no § 1º do artigo 392 da CLT, que a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, e se necessário, poderá requerer períodos de repouso, antes e depois do parto, aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico (regra do §2º).

Mas a grande novidade da Lei 10.421/2002 foi o acréscimo do artigo 392-A a Consolidação das Leis do Trabalho, que complementaria o ordenamento jurídico com a norma que melhor atende aos anseios dos artigos 6º, caput e 201, II, da Constituição Federal, sem falar no artigo 227, §6º.

O artigo 392-A da CLT dispõe que será concedida licença-maternidade, nos termos do art. 392, à empregada que *adotar ou obtiver guarda judicial* para fins de adoção de criança.

Sobre o *caput* do artigo 392-A da CLT, cabem algumas considerações:

- (i) a lei amplia o benefício para a mãe adotante e, ainda, foi adiante ao estabelecer a proteção também para aquela que detiver *a guarda judicial para fins de adoção*, que seria um passo importantíssimo para a efetividade do artigo 227, §6º da Constituição Federal;
- (ii) a legislação é omissa para situação de entidades familiares formadas por duas mães, não dispondo a quem cabe a proteção ao emprego e a licença;
- (iii) a redação do artigo “392-A” estabelece o direito apenas às “empregadas” ou mães adotantes, novamente silente sobre a situação de entidades familiares formadas apenas por um pai ou por dois pais, modernamente aceitas pelos Tribunais.

As omissões legislativas do artigo 392-A CLT são compreensíveis, mas não justificáveis. Pior, mesmo, foram as redações dos seus parágrafos 1º, 2º e 3º, que assim fixaram as seguintes regras:

(...)

“§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de **120 (cento e vinte) dias.**”

“§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de **60 (sessenta) dias.**”

“§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de **30 (trinta) dias.**”

A Constituição Federal, como visto anteriormente, não permite a distinção de filhos, sejam biológicos ou adotivos. Ademais, o próprio ECA não admite a mesma distinção e estabelece que a convivência familiar é elementar para o sucesso da adoção. Diante disto, algumas questões permanecem sem resposta: A) Por qual razão a Lei determinou o escalonamento da licença maternidade de acordo com a idade da criança? B) Qual o fundamento legal, constitucional, ou científico para dar tratamento diferenciado às crianças adotadas?

É evidente o preconceito e a discriminação legislativa contra as crianças e adolescentes privados de um lar e de uma família no texto do artigo 392-A, que parece ser manifestamente inconstitucional.

A Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, fez profunda reforma na legislação de adoção, e sabiamente, revogaram-se os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 392-A da CLT. Mas

como nem tudo é perfeito, de forma absurda, manteve-se a redação esdrúxula do artigo 71-A da Lei 8.213/91.¹⁹³

Vale registrar que o artigo 71-A foi acrescido a Lei 8.213/91 (Lei de benefícios do regime geral da previdência social) também pela Lei 10.421/2002, e assim estabelece:

(...)

“À 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, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.”

Segundo Horvath Júnior, os parâmetros utilizados consideram que quanto menor for a idade adotante, maiores são os cuidados necessários para o estreitamento dos laços afetivos e a garantia de sua higidez, razão pela qual a criança de até um ano teve a mesma proteção da mãe gestante.¹⁹⁴

Mas com todo respeito ao Ilustre Doutrinador, embora os parâmetros adotados tenham sido estes, os mesmos não tem qualquer respaldo constitucional, conforme já asseverado. Frise-se, novamente, qualquer criança adotada merece atenção especial, na forma da Lei 8.069/90, sendo manifestamente ofensiva ao comando do artigo 227, §6º, qualquer diferenciação etária para concessão de direitos às crianças.

A assertiva de que criança com idade maior precisa de menos cuidados e atenção em relação à criança de menor a idade não parece correta quando se fala em filhos adotivos, pois a Constituição Federal não fez esta distinção etária.

O legislador utilizou realmente o critério etário e o ponto de vista exclusivamente materno, pois considerou que as crianças maiores requereriam menos atenção ou cuidados especiais.

¹⁹³ (...)

“Art. 8º Revogam-se o § 4º do art. 51 e os incisos IV, V e VI do caput do art. 198 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como o parágrafo único do art. 1.618, o inciso III do caput do art. 10 e os arts. 1.620 a 1.629 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e os §§ 1º a 3º do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”

¹⁹⁴ JÚNIOR, Miguel Horvath. Salário-maternidade – São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 128

Todavia, não se perquiriu quanto às necessidades das crianças e não se atentou a Lei para perspectiva da criança adotada, o que resultou em uma norma infraconstitucional que ofende ao comando da Constituição Federal do artigo 227, §6°.

Ainda que o critério etário pudesse ser utilizado de forma diversa para crianças com mais ou menos idade, sem que seja necessário indagar como a questão é tratada na literatura médica (não é o objeto deste trabalho), poder-se-ia traçar um paralelo com o que dispõe a Lei de diretrizes e base da educação (LDB).

Explica-se. Se a LDB dispõe que o ensino infantil é importante para a formação social, intelectual e moral da criança até 06 anos, sendo importante a participação da família, por qual razão lógica a Lei 8.213/91 poderia tratar diferenciadamente crianças nesta dentro desta faixa etária (digo, de 0 a 6 anos)?

Evidente que o texto do artigo 71-A da Lei 8213/91 está completamente dissociado do contexto de proteção à maternidade e à infância, tendo considerado apenas critérios atuariais, financeiros e econômicos para a fixação de benefício previdenciário escalonado pelo critério etário da criança adotada.

O artigo 71-A da Lei 8.213/91 é discriminatório, para não dizer cruel, pois só contempla o benefício para adoção de crianças até 8 (oito) anos!

A crueldade reside na constatação fática de que a preferência por adoções no Brasil ainda é por bebês e criança de tenra idade, sobretudo, de cor branca, enquanto crianças mais velhas e adolescentes não encontram oportunidade de ter uma família, por inúmeras razões de ordem social e cultural, ao menos é o que demonstra a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça já mencionada em tópico anterior.

Evidente o contrassenso, pois para estimular a adoção de crianças “*com mais idade*”, o ESTADO deveria ser o primeiro incentivador, com políticas públicas e incentivos de toda ordem para a adoção de crianças que estatisticamente teriam menos oportunidades. Mas não é isto que ocorre.

O artigo 71-A da Lei 8213/91, embora não seja possível afirmar que estimula, pois seria leviano, apenas reafirma uma realidade social e cultural que privilegia a adoção de bebês de 0 a 12 meses, desprestigiando e discriminando as demais crianças, o que não se pode

admitir à luz do artigo 227, §6º da Constituição e do que dispõe o artigo 39 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diga-se de passagem, pois não objeto deste estudo, que a legislação dos servidores federais (estatutários) dispõe no artigo 210 da Lei 8.112/90 que a servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, fará jus a 90 (noventa) dias de licença remunerada. Mais uma vez, discriminatória a legislação federal contra as crianças.

Com todo respeito a entendimento diverso, não é possível falar-se em licença gestante ou licença maternidade, sob a ótica exclusiva da proteção à mulher ou à família, o não que deixa de ser muito importante. Mas também deve ser levado em consideração na análise destes institutos a perspectiva ou a faceta da proteção à infância e à adolescência, pois são os pequeninos que merecem a maior proteção da família e do ESTADO.

Se os trabalhadores e as trabalhadoras, com plena formação física, intelectual, moral são tidos pela legislação como hipossuficientes, quiçá estas inocentes criaturas desprovidas de pai e mãe, que têm na adoção na última esperança de proteção a dignidade que lhes “roubaram” em algum momento.

Embora o presente estudo tenha como objetivo principal a análise da proteção ao trabalho da mulher, salvo melhor Juízo, parece indissociável falar-se em proteção a maternidade no trabalho da proteção à infância, diante das normas constitucionais que servem de fundamento de validade para a legislação infraconstitucional ora analisada.

2.1.4 - Do Programa Empresa Cidadã – Lei 11.770/2008

Importante inovação trazida na legislação infraconstitucional de proteção ao trabalho da mulher foi a publicação da Lei 11.770 de 09.09.2008 que instituiu o Programa Empresa Cidadã, segundo o qual a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal poderia ser prorrogado por 60 (sessenta) dias (artigo 1º).

A regra do artigo 1º, §1º, da mesma Lei é que a prorrogação será garantida à empregada, desde que (i) ela requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida

imediatamente após a fruição da licença-maternidade; (ii) a empresa esteja inscrita no Programa.

Acertadamente, a Lei 11.770/2008 equipara o direito de prorrogação também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

No setor público, convém mencionar, a Lei autorizou a instituição do programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras (artigo 2º, da mesma Lei).

Durante o período de prorrogação da licença-maternidade, a empregada terá direito à sua remuneração integral, nos mesmos moldes devidos no período de percepção do salário-maternidade pago pelo regime geral de previdência social.

Todavia, no mesmo período, a empregada (i) não poderá exercer qualquer atividade remunerada e (ii) a criança não poderá ser mantida em creche ou organização similar; sob pena de perda do direito à prorrogação.

Importante destaque deve ser dado a regra de que a criança **não** poderá ser mantida em creche ou organização similar. A nosso ver, tal exigência é condição *sine qua non* de convivência entre a mãe e a criança no período da licença e da sua prorrogação é fundamental para atender ao comando dos artigos 6º, 7º, XVIII e 201, inciso II e 227, §6º, todos da Constituição Federal.

Novamente, mais do que a proteção a mulher, reafirma-se que a proteção aos direitos fundamentais da mulher gestante, adotante, e a posterior licença maternidade são, também, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, pois direitos indissociáveis. Não se pode falar proteção à mãe, sem falar de proteção ao filho, a recíproca também é verdadeira.

Na redação da Lei 11.770/2008, andou muito bem o legislador ao exigir esta convivência familiar ou materna, pois essencial ao desenvolvimento intelectual, físico, biológico, mental da criança, e mais do que isto para a criação dos laços afetivos preconizados no Estatuto da Criança e Adolescente.

A tendência das normas internacionais de proteção ao trabalho da mulher é a eliminação de toda forma de discriminação, razão pela qual as obrigações quanto à proteção à maternidade devem ser partilhadas entre empregador e o seguro social (ESTADO)

Neste aspecto, a Lei 11.770/2008 precisaria ser aperfeiçoada, pois criou duas categorias de mulheres: (I) as quem tem direito a 180 (cento e oitenta) dias de licença maternidade e (II) aquelas que não têm. Evidente o contrassenso.

Com todo respeito ao entendimento diverso, não se pode (i) criar qualquer obrigação para previdência social sem indicar a fonte de custeio; (ii) não se poderia criar uma obrigação legal de licença maternidade maior às custas dos empregadores, sob pena de inverter a lógica do sistema nacional e internacional de proteção a maternidade por meio de seguro social. Disto resultou-se a regra do artigo 5º da Lei 11.770/2008, segundo a qual:

“(…) A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.”

Pois bem, limitou-se a participação dos empregadores no Programa Empresa Cidadã às empresas “*tributadas com base no lucro real*”. A consequência lógica é que se excluíram todas as empresas tributas com base no lucro presumido e todas as empresas que participam do sistema de recolhimentos de tributos simplificada, conhecido, como SIMPLES.

Infelizmente, embora a Lei 11.770/2008 seja ótima no intento, ela não é tão positiva quanto ao seu alcance e extensão.

Explica-se: a tributação pelo sistema de apuração de lucro real é muito complexa e exige sistemas de contabilidade muito rígidos e caros, o que por óbvio, acaba sendo um impeditivo para as empresas menores. Conseqüentemente, a depender de uma série de fatores que não nos convém discutir neste estudo, grande parte das empresas e dos empregadores, estão enquadradas em sistemas mais simples e menos burocráticos para apuração de lucros, a exemplo do sistema de lucro presumido ou do sistema simplificado – “SIMPLES”.

Em apertada síntese, a conclusão que se chega é que a maioria das mulheres empregadas no Brasil são cidadãs de segunda classe, pois não tem o mesmo direito à licença

maternidade de 180 (cento e oitenta) dias que aquelas mulheres empregadas nas empresas optantes pelo lucro real.

Como demonstrado acima, o Brasil ainda precisa aprimorar alguns pontos relativos à proteção a maternidade, adotando-se o ponto de vista do bem tutelado que é a proteção à infância e à saúde e trabalho da mulher.

2.1.5 - Da garantia de emprego em razão da maternidade

Importante proteção conferida às mulheres é a garantia de emprego prevista no Art. 10, “b” do ADCT, assegurando-lhes o emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, mas a legislação infraconstitucional nada dispôs sobre o assunto.

De qualquer modo, em razão de todo o exposto nos itens anteriores, o que se propõe é a substituição das expressões “*estabilidade gestante*” ou “*garantia de emprego a gestante*” para garantias de emprego em razão da maternidade, haja vista que a maternidade pode ser concretizada também pelas mães adotantes, não apenas biológicas como erroneamente ou equivocadamente estabelece o artigo 10, “b” da ADCT.

Não convém, neste trabalho, discutir a aplicação do artigo 392-A da CLT para pessoa adotante do sexo masculino, pois também seria necessário discutir também a situação complexa da adoção de crianças por casal formado, por exemplo, por duas mães ou dois pais. Todavia, embora estes temas sejam desafiadores e interessantes, a sua discussão desvirtuaria o objeto e o tema central deste estudo.

Pois bem, o artigo 392 da CLT, com redação da Lei 10.421/2002, repete a garantia da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

O que se depreende, portanto, é que não existe norma infraconstitucional que textualmente proteja às mulheres gestantes e as adotantes da dispensa arbitrária ou sem justa causa como deveria.

Talvez por esta falta de regulação normativa da garantia de emprego na maternidade, a Justiça do Trabalho tenha sido chamada a decidir situações cada vez mais

complexas e delicadas sobre o tema, razão pela qual o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula de nº 244, que merece um estudo mais detalhado.

Em razão da enorme quantidade de reclamações trabalhistas julgadas anualmente pela Justiça do Trabalho, muitas envolvendo o tema da garantia de emprego para a gestante, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 244, recentemente atualizada pela Resolução nº 129/2005, publicada em 20.04.2005, para fins uniformização de jurisprudência no Brasil e para, assim, conferir maior segurança jurídica às relações de trabalho.

Embora não haja efeito vinculante para os demais órgãos judiciais e administrativos, as Súmulas do C. TST, por questão de disciplina judiciária, via de regra, são acolhidas e aplicadas pelos Tribunais Regionais, notadamente no julgamento de recursos, o que se dá em segunda instância.

A Súmula 244 do C. TST, ora em análise, contém três itens que dispõem da seguinte forma sobre a garantia de emprego da gestante:

(...)

244 - Gestante. Estabilidade provisória. (*Res. 15/1985, DJ 09.12.1985. Redação alterada - Res 121/2003, DJ 19.11.2003. Nova redação em decorrência da incorporação das Orientações Jurisprudenciais nºs 88 e 196 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005*)

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade. (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 – DJ 16.04.2004)

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – Res 121/2003, DJ 19.11.2003)

III - 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. (ex-OJ nº 196 - Inserida em 08.11.2000)

Como se vê a Súmula é bastante extensa, razão pela qual se fará o estudo de cada item de forma destacada.

2.1.5.1 – A responsabilidade objetiva x responsabilidade subjetiva

No tocante ao item I da Súmula 244 do C. TST, restou pacificado na Justiça do trabalho que a responsabilidade do empregador pelo pagamento da indenização substitutiva da garantia de emprego da gestante tem natureza objetiva. Ou seja, segundo o entendimento do C. TST, o empregador que vier a dispensar qualquer empregada grávida deverá indenizá-la, independentemente de culpa, pois o desconhecimento da gravidez pelo empregador seria irrelevante.

Não é comum a dispensa de empregada grávida e sem justa causa, mas não é raro que mulheres dispensadas desconheçam estar grávidas quando recebem o comunicado de dispensa.

Neste sentido, muita celeuma existia e ainda há na Justiça do Trabalho sobre este tema, pois se a própria mulher desconhece a gravidez, os empregadores também não podem ter tal conhecimento se não forem comunicados pela própria pessoa interessada, que é a empregada dispensada.

Dáí surgem algumas indagações, sendo a primeira delas se a proteção do artigo 10, “b” da ADCT estende-se para dispensas não arbitrárias? Segundo o entendimento do C. TST, sim, pois a proteção constitucional seria aplicável à mulher independente do conhecimento do empregador sobre a gravidez no momento da dispensa.

Neste ponto, em princípio, andou o bem o C. TST, pois nem sempre as mulheres conseguem comunicar ao empregador sobre sua gravidez, por vários motivos, desde exames negativos falsos, até por questões relativas aos desequilíbrios dos hormônios femininos e aos diferentes ciclos biológicos de cada mulher. Ainda, vale ressaltar que a proteção é dada a maternidade, não apenas a gestante, razão pela qual a análise da garantia de emprego deve contemplar os valores constitucionais de proteção ao trabalho, à mulher, a família e, sobretudo, de proteção a criança.

Logo, diante do que dispõe os *artigos 6º, 226, §4º, e 227*, todos da Constituição Federal, a melhor interpretação do *artigo 10, “b” do ADCT*, é de que o empregador que vier a dispensar empregada gestante sem justa causa, mesmo sem o conhecimento da gravidez no ato da comunicação da dispensa, mas vier a tomar conhecimento em momento seguinte, tem o dever legal de revogar a dispensa e proceder a reintegração da empregada ao trabalho.

Por estas razões, o item I da Súmula 244 do C. TST contempla a melhor interpretação sistemática da Constituição Federal, no que diz respeito a responsabilidade do empregador pela dispensa de empregada gestante sem justa causa, mesmo sem conhecimento de tal fato, até porque, caso o empregador dispense a empregada sem justa causa, mesmo sabendo da sua gravidez, estará cometendo um ato discriminatório contra a mulher, sem falar na aberração e da violência contra a dignidade da pessoa humana, tanto da mulher, quanto do feto.

Mas uma pequena observação há feita à Súmula 244, I, do C. TST. Isto porque, o C. TST aplicou implicitamente a teoria do risco e da responsabilidade objetiva ao redigir tal enunciado, mas não ressaltou uma excludente de responsabilidade que é a culpa exclusiva a gestante para inviabilidade da reintegração.

Ou seja, se inegável, sob o ponto de vista do C. TST, que empregador responde objetivamente pela reintegração ao emprego ou pela indenização do período de garantia de emprego em favor da empregada dispensada sem justa causa. Mas sempre haverá de ser assim? Não. Não parece que a legislação brasileira privilegie o enriquecimento sem causa ou que mulheres más intencionadas possam aproveitar-se da própria torpeza. Explica-se.

É possível que haja determinadas situações típicas de conduta de má-fé da empregada, mas não contempladas na Súmula 244 do C. TST, cujos requisitos poderiam até ser objetivados para evitar maiores dilações probatórias. A título de exemplo, cita-se o fato em que a mulher descobre estar grávida cerca de 2 (dois) ou até 3 (três) meses após a dispensa, mesmo assim não comunica nada ao empregador, não pede sequer sua reintegração voluntariamente ao empregador, deixa escorrer o tempo, e somente ao final da gestação: (i) comunica ao empregador da sua gravidez; (ii) ajuíza reclamação trabalhista pedindo reintegração ao emprego, e às vezes, só pedem a indenização.

Nesta hipótese, não há que se falar em aplicação do entendimento cristalizado na Súmula 244, I, do C. TST, pois há uma excludente a responsabilidade objetiva do empregador, que é a inércia, uma omissão consistente na falta de atitude da gestante para comunicar ao empregador sobre sua gravidez e pedir uma reintegração espontânea ao emprego.

Evidente que nosso ordenamento jurídico traz inúmeras proteções a dignidade da pessoa humana, e o artigo 10, “b”, da ADCT é exemplo claro de dispositivo constitucional que a um só tempo protege a maternidade e a infância, o norma ápice de proteção aos direitos humanos das mulheres e das crianças. Mas o direito não socorre aos que dormem, ou pior, aos que por má-fé pretendem enriquecer-se ilicitamente sem trabalhar.

Neste sentido, vale lembrar que o Estado Democrático de Direito e a República Federativa do Brasil, são fundados, entre outros princípios, na garantia da dignidade da pessoa humana, no valor social do trabalho, e na livre iniciativa, nos termos dos artigos 1º, III e IV e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Portanto, até que a legislação venha a regulamentar o tema no plano infraconstitucional, à Justiça do Trabalho resta decidir com base nas normas já existentes. Mas o apontamento que se faz é quanto a falta de qualquer ressalva no item I da Súmula 244 do C. TST para evitar que pessoas com má-fé deixem escorrer todo o período de estabilidade, como já tem sido decidido em alguns julgados desta Justiça Especializada.¹⁹⁵

¹⁹⁵ (...)

“a.1. – Indenização licença maternidade

Sem razão a autora quanto a tal pretensão.

E assim ocorre porquanto a finalidade da licença maternidade é, essencialmente, o benefício da criança, a fim de que esta goze da companhia de sua mãe nos primeiros meses de sua vida. Todavia, ante a inequívoca condição de natimorto do filho da autora (fls. 37 dos autos), não me parece razoável a concessão da licença maternidade e, tampouco, o pagamento de indenização correspondente como pretende a autora. Poder-se-ia cogitar, sim, em caso de necessidade de recuperação emocional da mãe, na concessão de licença-médica, mas não a licença maternidade pretendida pela recorrente.

Ademais, resalto, por oportuno, que os documentos acostados aos autos pela primeira reclamada (fls. 176/199), comprovam o recolhimento das contribuições previdenciárias referentes à autora, durante todo o período do contrato de trabalho, razão pela qual não há como imputar à primeira reclamada, a responsabilidade pelo não recebimento da licença maternidade.

Rejeito.

a.2. – Indenização referente a estabilidade da gestante

Ao contrário do acima fundamentado, é certo que no concernente à estabilidade da empregada gestante, a intenção da norma legal é o benefício da empregada, propiciando-se a esta última a garantia de seu emprego, independentemente da ocorrência de morte da criança. Com efeito, o artigo 10º do Ato das Disposições

Não raro observa-se na experiência do dia a dia do Judiciário, casos em que a reclamação é proposta em quatro, cinco, seis meses após a data da dispensa, o que se infere (não há pesquisa neste sentido) que ocorra em razão de três fatores: (i) da falta de informação da empregada sobre seus direitos; (ii) da má-fé de algumas trabalhadoras que não querem ser reintegradas; (iii) em razão do conforto que o seguro desemprego oferece a trabalhadoras que não tem boa formação educacional e que recebem pisos da categoria

No tocante a falta de informação, atualmente, mesmo entre as classes trabalhadoras menos favorecidas, os acessos aos meios de comunicação de massa são bastante facilitados, razão pela qual, embora na haja pesquisa sobre este assunto, a divulgação da informação sobre os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras é bastante amplo.

A má-fé, evidentemente, pode haver em situações especiais, mas em razão do princípio da boa fé objetiva, não se pode creditar a este fator, sem uma pesquisa científica, que este fator seja determinante para inércia das mulheres.

Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição de 1988 assegura à empregada gestante proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Todavia, a norma constitucional não pode ser utilizada para referendar o ócio remunerado da gestante, o abuso do exercício do direito e o enriquecimento sem causa. Estabilidade no emprego significa prestação de serviços por parte da empregada gestante, de um lado, e o pagamento dos salários pelo empregador, do outro lado. Na hipótese dos autos, a reclamante sequer postulou na exordial a sua reintegração ao emprego – e nem poderia porque a presente ação somente foi interposta em 04.05.2006, ao passo que a garantia de emprego teria cessado em 01.10.2005 – pretendendo somente os salários e demais direitos do período, sem sequer disponibilizar ao seu ex-empregador os frutos do seu trabalho.

E tal procedimento, por óbvio, deve ser rechaçado por este Órgão Colegiado.

“*In casu*”, houve evidente abuso de direito da empregada que impediu a empresa de obter a eventual prestação de seus serviços, ao postular seus direitos somente após o término da sua garantia de emprego.

Em assim sendo, o Judiciário trabalhista não pode agasalhar este tipo de abuso do trabalhador, que deixa escoar o período da estabilidade, para vir postular somente a indenização do período de estabilidade, como ocorreu no caso presente.

Aliás, este também é o entendimento de nossa Corte Superior, manifestado em 12.11.02, que adotou por unanimidade o voto da ministra Maria Cristina Peduzzi, (RR 599355/1999), que tem plena aplicação à hipótese “*sub judice*” : “*No caso sob exame, o próprio reclamante afastou a possibilidade de reintegração, ao não postulá-la dentro do período de vigência da garantia provisória de emprego. Se a reclamação é ajuizada após o término do período estabilitário, são indevidos a reintegração e o pagamento de salários consecutivos*”.

Rejeito, por conseguinte, a pretensão da autora quanto ao recebimento de indenização decorrente da estabilidade do emprego. (...)

(PROCESSO TRT/SP Nº 00478.2006.079.02.00-0 - 18ª TURMA - RECURSO ORDINÁRIO DA 79ª VARA DO TRABALHO DE SÃO PAULO/SP - 1ª RECORRENTE: UNIÃO 2ª RECORRENTE: LUANA CRISTINA SANTOS DA SILVA RECORRIDOS: LUANA CRISTINA SANTOS DA SILVA E OUTROS – RELATORA: MARIA CRISTINA FISCH - PUBLICADO EM 03.05.2011)

No tocante ao seguro desemprego, embora não haja pesquisa científica sobre este ponto, este sim parece objetivamente ser um fator determinante para que algumas trabalhadoras procurem tardiamente a Justiça para buscarem a reintegração.¹⁹⁶

Este fator é objetivo porque não depende de nenhuma inferência ou dedução, mas acreditarmos na inteligência das pessoas. Parece evidente que, em razão da política recente de valorização do salário mínimo a partir dos critérios fixados na Lei 12.382/2011¹⁹⁷, algumas trabalhadoras, sobretudo aquelas que recebem piso de algumas categorias menos favorecidas, têm uma condição real de vida melhor durante os cinco meses em que permanecem em casa recebendo este benefício do seguro desemprego, do que durante o período em que estão empregadas recebendo salário e viajando de duas a quatro horas por dia nas grandes cidades para ir e voltar do trabalho.

196

Vale aqui, um pequeno parêntese quanto a um fenômeno recente no Brasil, que tem sido a constante evolução do salário mínimo nos últimos cinco anos com reajustes reais acima da inflação, de maneira que, em algumas categorias, a diferença real entre o salário do empregado ativo e do seguro desemprego foi bastante reduzida.

Assim sendo, não é atrativo para a mulher pedir reintegração nos primeiros cinco meses após a dispensa, pois está recebendo um seguro desemprego líquido, por vezes, maior que o salário que receberia para trabalhar, considerando ainda o problema do tempo de deslocamento de ida e volta para o trabalho nas grandes cidades.

Logo, outro ponto importante e que não é debatido em nossas Cortes é a questão da devolução dos valores de seguro desemprego aos Cofres Públicos no caso de indenização pelo período integral, nem tampouco o abatimento do valor recebido a título de seguro desemprego do valor fixado nas indenizações substitutivas de estabilidade de empregadas gestantes.

Esta fraude é grave e lesa diretamente o Fundo de Amparo ao Trabalhador, razão pela qual mereceria uma ação mais contundente do Ministério do Trabalho e Emprego, bem como da Justiça do Trabalho para restringir a liberação de tais valores por meio de alvarás judiciais.

197 (...) “Art. 1º O salário mínimo passa a corresponder ao valor de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais).”

(...)

“Art. 2º Ficam estabelecidas as diretrizes para a política de valorização do salário mínimo a vigorar entre 2012 e 2015, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano.”

(...)

“§ 4º A título de aumento real, serão aplicados os seguintes percentuais:

I - em 2012, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto - PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2010;

II - em 2013, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2011;

III - em 2014, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2012; e

IV - em 2015, será aplicado o percentual equivalente à taxa de crescimento real do PIB, apurada pelo IBGE, para o ano de 2013.

§ 5º Para fins do disposto no § 4º, será utilizada a taxa de crescimento real do PIB para o ano de referência, divulgada pelo IBGE até o último dia útil do ano imediatamente anterior ao de aplicação do respectivo aumento real.”

A questão é óbvia e econômica, pois é mais inteligente e vantajoso (se não fosse lamentável) financeiramente à trabalhadora, por exemplo, receber R\$545 (quinhentos e quarenta e cinco reais) de seguro desemprego e não trabalhar, do que trabalhar e receber R\$605,00 (seiscentos e cinco reais)¹⁹⁸ para trabalhar 44 (quarenta e quatro) horas semanais, de sol a sol varrendo ruas e carregando lixo na cidade de São Paulo, e ainda viajar horas e horas no transporte público caótico de uma grande cidade.

Todavia, embora seja inteligente, a empregada que permanece em casa cinco meses e somente após este tempo ajuíza ação trabalhista pleiteando a reintegração, em verdade, comete uma afronta a regra elementar de vedação ao enriquecimento sem causa, do artigo 884 do Código Civil, com que a doutrina e a jurisprudência não podem pactuar, mesmo que não haja má-fé..¹⁹⁹

¹⁹⁸ Neste sentido, basta observar a redação da cláusula terceira da Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o SIEMACO-SP - Sindicato dos Trabalhadores Empresas Prestação de Serviços de Asseio e Conservação e Limpeza Urbana de SP e o SINLURB Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana no Estado de São Paulo, vigente até abril de 2012:

(...)

“A partir de **1º de maio de 2011**, será garantido salário normativo de R\$605,00(seiscentos e cinco reais) para jornada de 44 (quarenta e quatro) horas semanais e de 220 (duzentas e vinte) horas mensais, já computados os Descansos semanais Remunerados (DSRs).”

Fonte: Sítio oficial do Sindicato dos Trabalhadores Empresas Prestação de Serviços de Asseio e Conservação e Limpeza Urbana de SP - SIEMACO na internet - http://www.siemaco.com.br/html/geradores/geradores_2011_2012.pdf (Acesso em 08.02.2012 às 21h56min)

¹⁹⁹ (...)

“**Art. 884.** Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

2.1.5.2 – Limite para indenização se frustrada a reintegração

Pela mesma análise, a redação do item II da Súmula 244 deveria ser modificada, para obstar a reintegração de empregada que tardiamente pleiteia o reconhecimento da estabilidade provisória, e mais do que isto, para limitar o pagamento dos salários a partir da data da comunicação formal da gravidez ao empregador extrajudicialmente ou judicialmente, de maneira a limitar ações aventureiras de pessoas que pretendem apenas receber sem trabalhar.

Ou seja, deve-se privilegiar os princípios do artigo 1º, III e IV e 170, caput, da Constituição Federal, e observar a regra do artigo 884 do Código Civil, de modo a coibir (i) o uso indevido do seguro desemprego por quem faça jus a reintegração; (ii) a redução das indenizações substitutivas da reintegração impossível; (iii) dar efetividade ao comando constitucional de garante o trabalho e o emprego,

2.1.5.3 – Garantia de emprego x contrato de experiência

Por fim, quanto ao item III da Súmula 244 do C. TST, o mesmo estabelece que não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, pois o término do prazo da relação de emprego e a conseqüente extinção do contrato não constitui dispensa arbitrária.

Sobre este ponto, ao contrário do que possa parecer, há importantes considerações e reflexões que devem ser feitas. Pois, a final, o que distingue o nosso ordenamento quanto a proteção a maternidade da empregada em contrato de experiência e aquela em contrato por prazo indeterminado? A ciência do término do prazo elide a possibilidade de dispensa discriminatória ou término de contrato não discriminatório?

Para entender melhor este ponto, é necessário que o intérprete se socorra aos princípios do direito do trabalho, mas não parece tão simples a resposta, sobretudo quando se considera que o direito tem caráter meramente instrumental e a interpretação da regra deve observar a harmonia de todo o sistema positivo.²⁰⁰

²⁰⁰ Sobre o tema, discorreu Geraldo Ataliba:
(...)

O estudo dos princípios ainda é de extrema relevância para o intérprete e aplicador do Direito não apenas como comandos ou normas, mas porque há situações conflitantes que somente o estudo dos princípios norteadores do sistema a que pertencem tais normas supostamente antagônicas é que levará o intérprete a fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e encontrar seu real alcance ou extensão.²⁰¹

Isto porque, ao contrário do que o item III, da Súmula 244, do C. TST orienta, há entendimentos diversos, inclusive em decisão proferida pela Justiça do Trabalho no sentido de que há compatibilidade entre contrato de experiência e garantia de emprego da gestante. Deste modo, antes de discutir este ponto tão polêmico, convém situar os critérios de interpretação e a aplicação dos princípios para encontrar a solução mais adequada ao problema posto.²⁰²

“Consiste o caráter instrumental do direito nesta qualidade que todos reconhecem à norma jurídica de servir de meio posto à disposição das vontades para obter, mediante comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas pelos titulares daquelas vontades.” (...) “Essencialmente, em última análise, reduzido o objeto à sua mais simples estrutura, o direito não é senão um conjunto de normas (conjunto este a que se convencionou designar sistema jurídico, ordenação jurídica).” In Hipótese de Incidência Tributária – 5ª edição – São Paulo: Malheiros, 1996, p. 24-25.

Assim, o direito é senão um conjunto de regras que possui um tipo de unidade que entendemos por sistema, razão pela qual não se conhece a natureza de uma regra de forma isolada. Essas regras têm por objeto condutas humanas, embora também possam dizer respeito simplesmente a fatos relevantes a mundo do direito, como ensina Kelsen em *Teoria geral do direito e do estado*; tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998 p.1-16.

Os princípios, portanto, como normas jurídicas situam-se no plano do dever ser, ou seja, no mundo do Direito, não no mundo natural. Segundo Kelsen a validade da norma está no mundo do dever ser, sendo a validade um pressuposto de que a norma existe com força de obrigatoriedade para aqueles cuja conduta é regulada.

Assim, disse-se que as regras jurídicas válidas são normas que estipulam sanção. Por esta razão a norma ainda é válida mesmo se no mundo fenomênico ela tiver eficácia concreta, ou seja, o fato da sanção não ter sido aplicada no mundo dos fatos implica em falta de eficácia, pois a norma não perdeu sua validade. (KELSEN, Hans. op. cit. 42-52)

Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, é esta “ (...) *diferenciação básica nos permite compreender por que a norma jurídica, mesmo desrespeitada, continua existindo. A norma não descreve a realidade, não diz como ela é, mas apenas como deve ser.*” In Fundamentos de direito público. 3ª ed. – São Paulo : Malheiros, 1998. p. 116

²⁰¹ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito* – 24ª edição – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 369.

²⁰² (...)

EMENTA: CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE DA GESTANTE. COMPATIBILIDADE. É entendimento deste Relator que há compatibilidade entre contrato a termo e estabilidade da gestante, vez que a alínea “b”, II do art. 10 do ADCT não estabeleceu, para fins dessa tutela especial à mulher e ao nascituro, qualquer diferenciação entre os contratos de trabalho seja por prazo indeterminado ou por prazo determinado. Não distinguindo o legislador constitucional, não cabe ao intérprete fazê-lo (“*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”), razão pela qual deixo de aplicar a Súmula 244, III, do C. TST. Sob esta premissa convola-se o desligamento da gestante em injusto e ilegal despedimento, condenando-se a reclamada a pagar a indenização do lapso estabilitário e diferenças de verbas rescisórias. Sendo incontroversa a gravidez no momento da dispensa, resulta irrelevante a dúvida oportunista erguida acerca do nascimento ou não da criança já que o legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. A Lei 8.213/91 também elegeu o parto como marco para a concessão do salário-maternidade, não excepcionando a hipótese de morte da

Os princípios e as regras são espécies de normas de um ordenamento jurídico, mas o “*princípio*” encerra a idéia de começo, origem (do latim *principium*). Kant registrou que “*princípio é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo*” (*Crítica da Razão Pura, Dialética, II. A*).²⁰³

Roque Carraza ainda explica que o princípio é a pedra de fecho do sistema ao qual pertence, razão pela qual desprezá-lo equivale a grave equívoco com efeitos bem previsíveis: *o completo esboroamento da construção intelectual*, a exemplo como lembra Geraldo Ataliba, do que ocorreu na “Abóboda” de Alexandre Herculano, explicita²⁰⁴.

Mas poucos tiveram a felicidade de definir o que é princípio como o brilhante jurista Celso Antônio Bandeira de Melo, segundo o qual, princípio “(...) *é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico.*”²⁰⁵

Ainda, sobre a necessidade de estudo os princípios, o mestre foi é taxativo, no sentido de que: “(...) *o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo*”.²⁰⁶:

criança, após o parto, pelo que, esta circunstância, sequer provada nos autos, não poderia ocasionar a cessação da licença maternidade e tampouco compromete a garantia estabilitária assegurada pelo artigo 10º, II, *b*, do ADCT. A maternidade não pode ser dissociada da pessoa da mãe. Tampouco se pode aceitar a alocação dessa garantia constitucional condicionada à “maternidade útil”, i. é, “bem sucedida”, já que a proteção à mãe não pode deixar de existir pelo fato de a criança eventualmente vir a falecer: **a uma** porque tal implicaria castigá-la como se tivesse falhado na missão de ser mãe, reduzindo-a assim, à humilhante condição de reprodutora fracassada; **a duas**, porque a trabalhadora gestante é a destinatária direta da proteção trabalhista conferida pelo artigo 10º, II, *b*, do ADCT da Constituição Federal, sem embargo de se reconhecer que o nascituro também é beneficiário indireto desse amparo e goza do reconhecimento de direitos desde a concepção (Código Civil, art. 2º). Por fim, não há qualquer óbice à apuração, em liquidação, do *quantum* indenizatório relativo ao lapso estabilitário, sob os parâmetros constitucionais, legais e da jurisprudência. Recurso provido em parte para deferir à autora a indenização do período estabilitário e reflexos.
(PROCESSO TRT/SP NO: 0220300-28.2010.5.02.0079 - 4ª. TURMA RECURSO: ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO - ORIGEM: 79ª VT DE SÃO PAULO RECORRENTE: THAMIRES CANDIDO PEREIRA - RECORRIDA: CONTAX S.A. RELATOR: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS PUBLICADO EM 08.07.2011)

²⁰³ CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito do constitucional tributário – 19ª edição – São Paulo : Malheiros, 2002. p. 30.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo* - 13ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2002, p. 771-772.

²⁰⁶ *Ibid.*

São os princípios jurídicos, pois, normas hierarquicamente superiores às regras, pois determinam o sentido e o alcance destas, que por sua vez não podem contrariá-los, sob pena ameaça a “*harmonia*” do ordenamento jurídico, devendo, assim, haver coerência entre princípios e regras.

Deste modo, ressalta Bandeira de Mello, a violação de um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção de um princípio implica em violação a todo sistema jurídico, e não apenas de um comando específico.²⁰⁷

Ressalta Godinho que esta compreensão dos princípios consagrou-se mais recentemente na segunda metade do século XX, em razão dos trabalhos de ilustres filósofos e constitucionalistas da envergadura de J. J. Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, Norberto Bobbio, entre outros. Tal função seria resultante da *dimensão fundamentadora* de toda a ordem jurídica, que passa necessariamente pelo reconhecimento doutrinário de sua natureza de *norma jurídica efetiva*, não simplesmente de enunciado programático.²⁰⁸

Posto isto, considerando os ensinamentos dos Ilustres Mestres sobre a visão do direito como instrumento e como sistema, bem como identificada a importância dos princípios na integração do sistema positivado de normas, voltamos a indagação original.

À luz dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico, especialmente, pela aplicação dos princípios da proteção e da continuidade das relações de trabalho, o que distingue o nosso ordenamento quanto a proteção a maternidade da empregado em contrato de experiência e aquela em contrato por prazo indeterminado? A ciência do término do prazo elide a possibilidade de dispensa discriminatória ou término de contrato não discriminatório? É o que passa a analisar.

Desnecessário lembrar, pois foi ressaltado no capítulo do desenvolvimento histórico do direito do trabalho, a importância de proteger a classe trabalhadora dos excessos liberais dos donos do capital, especialmente no início do século IX, no período pós Revolução Industrial. Como visto, as mulheres e as crianças foram sempre os mais explorados historicamente em condições de trabalho degradantes e exaustivas.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *ob. cit.* p. 189

Assim sendo, é da essência do direito do trabalho, é núcleo desses direitos, a *proteção dos trabalhadores e trabalhadoras* por meio de normas adequadas a sua situação de hipossuficiência, na medida que as normas civilistas pressupunham condições contratuais de igualdade, o que evidente não existe na relação empregado e empregador, pela subordinação daquele a este.

Assim, nas palavras de Maurício Godinho²⁰⁹, visa-se *retificar no plano jurídico o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho*.

No mesmo sentido Marcelo Papaléo²¹⁰ diz que se busca gerar *condições favoráveis ao trabalhador, tentando igualar a situação entre os contratantes, protegendo a parte mais fraca de possíveis abusos do empregador*.

Neste sentido, pode ser afirmado que o princípio da proteção no direito do trabalho não deixa de ser uma das facetas do *princípio da igualdade ou da isonomia*, inerentes ao sistema Republicano.

Segundo Ataliba entende como isonomia, no direito constitucional moderno, como *direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado*. A lei é mero instrumento de isonomia, sendo esta uma implicação lógica do princípio republicano que dá origem e substância.

Afirma, ainda, o mesmo autor, que: (...) *“Embora tenha larguíssima fundamentação histórica e provetas raízes culturais, o princípio da isonomia só pode ser compreendido em toda sua dimensão e significado juntamente com o princípio da legalidade”*.²¹¹

A doutrina de Américo Plá Rodriguez²¹², ainda, desdobra o princípio da proteção em três facetas: *a) in dubio pro operario; b) regra da norma mais benéfica; c) condição mais benéfica; mas não há unanimidade, evidentemente, neste desmembramento do princípio da*

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *ob. cit.* p. 197

²¹⁰ SOUZA, Marcelo Papaléo de. *Efeitos da falência no processo do trabalho* – São Paulo: LTr, 2004, p. 90.

²¹¹ Segundo Geraldo Ataliba “é que a teleologia do direito constitucional – tal como plasmado ao longo da evolução do mundo ocidental – foi expressando por esses princípios, guardando, porém, essencialmente, a mesma substância. Esta tem inúmeras dimensões, as quais, por isso que partícipes da mesma raiz, são harmônicas, coerentes entre si e solidárias. *In República e Constituição* – 2ª Ed. – 2ª Tiragem – São Paulo: Malheiros, 2001 – p. 122-158

²¹² RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 6ª edição - São Paulo : LTr, 1993, p. 43.

proteção, especialmente quanto ao *in dubio pro operario*, não sendo conveniente denominá-los princípios.²¹³

O princípio da proteção é, portanto, a espinha central do direito do trabalho e dele irradiam-se todos os demais princípios. Se assim o é, o princípio da proteção aplicar-se-ia nos contratos a termo ou no contrato de experiência? A resposta deve ser positiva, pois não há trabalhadores com mais ou menos dignidade.

Assim sendo, por qual razão o contrato de trabalho por experiência, ao atingir o seu termo final, pode deixar a mulher grávida em situação de vulnerabilidade, sem proteção, sem emprego e sem salário para sustento próprio e de sua família?

A resposta mais direta é que o combinado não é caro (diria o senso comum), o que os juristas há séculos chamam de *pacta sunt servanda*. Parece óbvio, mas o mesmo *pacta sunt servanda* tão rejeitado pela doutrina de direito do trabalho e pela jurisprudência de nossas Cortes Trabalhistas, é o que responde faticamente a questão acima.

Mas alguém há de questionar porque o *pacta sunt servanda* poderia sobrepor-se ao princípio da proteção, da continuidade da relação de emprego, ou a primazia da realidade, na resposta às questões acima formuladas sobre a razão de ser do item III da Súmula 244 do C. TST.

Evidente que o *pacta sunt servanda* é aplicável ao direito do trabalho, pois não deixa de ser um direito obrigacional, com estipulação de direitos e deveres bilateralmente entre empregado e empregador, mas a pergunta que não quer calar é porque um princípio de direito das obrigações poderia sobrepor-se ao direito fundamental da mulher grávida ao trabalho e a maternidade segura?

Novamente, vale lembrar que todas estas questões só existem em razão de um fato excepcional, ou seja, em razão da legislação do trabalho nacional admitir uma exceção a regra do contrato por prazo indeterminado, que é o contrato de experiência, amplamente utilizado pelos empregadores.

Convém também ressaltar que a relação de trabalho tem intrínseca a idéia de continuidade, da integração do trabalhador a estrutura empresarial e social, conforme expresso

²¹³ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.*, p. 198.

em diversos dispositivos legais em nosso ordenamento e pacificado pela jurisprudência do C. TST, por meio da Súmula n ° 212, *in verbis*:

(...)

212 - *Despedimento. Ônus da prova* (Res. 14/1985, DJ 19.09.1985)

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (g.n)

Esta continuidade é essencial para o planejamento, não apenas profissional, para todo o desenvolvimento na vida do trabalhador, no plano pessoal, familiar, social, financeiro, educacional.

Neste sentido, quanto à importância da “*continuidade*” das relações sociais, transcreve-se a lição do Professor Jorge Luiz Souto Maior²¹⁴, que ao tratar do tema relações de emprego discorre com maestria:

(...)

Acrescente-se que o percurso do homem durante a vida é um dado de continuidade. O homem nasce, cresce, e morre, e nesse meio tempo aprende, constitui família, tem filhos, netos, almeja, planeja, sonha, projeta o futuro, busca ser uma pessoa cada vez melhor. Sendo a sociedade constituída de homens, ela, naturalmente, organiza-se de modo a oferecer ao homem a possibilidade de cumprir esse percurso, para que ela própria, de forma reversa, seja uma sociedade melhor. Em um modelo capitalista em que as pessoas devem buscar a sua sobrevivência pela venda da força de trabalho, não é possível imaginar que as relações de trabalho se organizem, de forma generalizada, na perspectiva da eventualidade, do efêmero. Uma tal sociedade está fadada a desaparecer do mapa.

(...)

È nas relações humanas continuadas, ademais, que os homens, segundo ressalta Richard Sennet, adquirem a capacidade cultural de incorporar certos valores essenciais para a vida em sociedade: caráter, confiança, respeito, ética. (...)

²¹⁴ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007. pp. 83-84

O trabalho provisório ou efêmero não permite ao trabalhador que se programe para compra financiada da sua casa, dificulta seu planejamento educacional, é fato causador de incertezas e angústias, e, portanto, indesejável do ponto de vista social e econômico.

Em que pese o sistema de estabilidade ter sido substituído pelo regime do FGTS na década de 60, o que de certa forma é uma mitigação do princípio da continuidade²¹⁵, o mesmo ainda tem inúmeros reflexos no direito do trabalho, como por exemplo: a regra geral do contrato por prazo indeterminado; presunção de ruptura do contrato pela forma mais onerosa ao empregador, a quem cabe o ônus de provar eventual justa causa ou pedido de demissão; e especialmente, vale destacar a sucessão de empregadores, instituto decorrente da idéia de continuidade das relações de emprego.

Por todo o exposto, resta ainda a seguinte questão: se contato de trabalho tem como regra a continuidade, se o direito do trabalho rege-se pelo princípio da proteção, se o a proteção a maternidade e ao emprego da gestante são direitos fundamentais inalienáveis, como conciliar todas estas garantias a regra do *pacta sunt servanda*, da função social do contrato, função social da empresa e da propriedade e não fazer letra morta o artigo 451 da CLT? Há algum reparo a ser feito ao item III da Súmula 244 do c. TST?

À luz dos princípios acima mencionados, na resposta a todas estas indagações deve ser privilegiada a interpretação mais harmoniosa com o sistema de regras e princípios de nosso ordenamento, de modo que um princípio não se sobreponha ou exclua a eficácia de outro, pois todos os princípios tem a mesma eficácia jurídica.

Logo, não há possibilidade de outra conclusão, senão aquela que considere a necessidade de proteção ao trabalho da mulher gestante independe da natureza do contrato de trabalho firmado, seja por tempo indeterminado ou por tempo determinado, mas que ao mesmo tempo privilegie o direito posto, à luz, também, do artigo 5º, II da Constituição Federal.

Por um lado, não se pode falar que empregada contratada por prazo determinado ou em contrato de experiência tenha garantia de emprego por tempo superior ao prazo do contrato. Por outro, é manifestamente ilegal e inconstitucional a ruptura de contrato por prazo

²¹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *op. cit.*, p. 210.

determinado de empregada gestante antes do termo final ajustado inicialmente, pois isto cercearia o seu direito ao trabalho.

No mesmo diapasão, não é aplicável às mulheres gestantes a rescisão antecipada de contrato por prazo determinado, mesmo que haja o pagamento de indenização de metade do tempo faltante, pois tal medida é discriminatória e violaria a função social do contrato e da empresa, bem como o princípio da boa fé objetiva.

Por esta razão, no caso de contrato de trabalho em regime de experiência, a sua rescisão antes do termo final implica necessariamente na configuração de dispensa discriminatória, salvo prova em contrário pelo empregador, e no direito da empregada em receber todos os salários vincendos.

Sobre este instigante tema, não parece provida de qualquer razoabilidade a possibilidade de reconhecimento de garantia de emprego em contratos por prazo determinado ou contrato de experiência. Explica-se.

As normas internacionais de proteção ao trabalho da mulher caminham no sentido de que diminuir as diferenças entre o trabalho da mulher e do homem, facilitando o acesso e a manutenção dos contratos de trabalho das mulheres.

Medidas legislativas e decisões judiciais que transferem ao empregador, exclusivamente, ônus pelo emprego das mulheres diferentemente do ônus para a contratação de homens, estão na contramão da história, pois incentivam a não contratação feminina.

Não é por outro motivo que ordenamento internacional, melhor dizendo, as normas internacionais da OIT, incentivam a transferência dos custos da proteção ao trabalho da mulher gestante para Estado, por meio de sistemas de seguridade social custeado por toda sociedade.

O Brasil errou muito no passado, a exemplo da demora tanto para transferir o custo do salário maternidade para a seguridade social, que foi obrigado a renunciar a Convenção nº 3 da OIT, por orientação do Mestre Arnaldo Sussekind, naquela época então Ministro, tamanho o anacronismo de nosso ordenamento.

Por todo o exposto, a melhor interpretação e resposta a tais questionamentos é que o ônus não pode ser transferido ao empregador, mas a legislação deve indicar novas fontes de custeio para que o benefício do salário maternidade também possa ser usufruído por mulheres que tiveram seus contratos a termo não prorrogados.

Também não há dúvida de que os empregadores devem ser mais responsáveis socialmente, não apenas mantendo e prorrogando contrato de experiência em caso de gravidez, mas oferecendo mais oportunidade de emprego às mulheres grávidas, salvo motivos justificáveis.

Evidente que este fator cultural relativo a contratação de mulheres grávidas, não será quebrado espontaneamente, sendo necessária uma ação afirmativa do Estado para premiar os empregadores que (i) prorroguem contratos por prazo determinado de mulheres grávidas; (ii) que oferecem oportunidades de trabalho para mulheres grávidas.

Quanto ao Judiciário, quando provocado, o mesmo deve estar atento a situações de violação de direitos humanos das mulheres, mas como órgão aplicador da Lei, pois não lhe cabe legislar sobre o assunto, por meio de Súmulas e Orientações extensas e complexas, sendo positivo e de bom grado, no entanto, que encaminhem sugestões e propostas aos responsáveis por regulamentar a Constituição Federal.

2.1.6 – Do salário-maternidade

O salário-maternidade, ou “*retribuição à licença compulsória da gestante*” (como define Alice Monteiro de Barros), está previsto no artigo art. 71 da Lei 8.213/91, como um benefício devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto.

A Lei 8.213/91 é regulamentada pelo Decreto 3.048/99, que no artigo 93 estabelece como titular do benefício a mulher segurada pelo regime geral de previdência, dispondo ainda no parágrafo terceiro que, em casos excepcionais, os períodos de repouso anterior e posterior ao parto podem ser aumentados de mais duas semanas, mediante atestado médico específico.

Ainda que ocorra parto antecipado, a segurada tem direito aos cento e vinte dias previstos no caput do artigo 93, como especifica o parágrafo quarto do Regulamento da Previdência Social (RPS), Decreto 3.048/99.

Conforme asseverado anteriormente, artigo 93-A do Decreto 3.048/99 (RPS) trata da hipótese de adoção e repete o escalonamento do famigerado artigo 71-A da Lei 8.213, que subsiste a uma análise mais profunda de sua constitucionalidade, pelas razões expostas em capítulo acima sobre a proteção ao trabalho da mulher na Constituição Federal.²¹⁶

Importante consideração deve ser feita sobre o § 1º artigo 93-A do Decreto 3.048/99 (RPS), pois assegura a mãe adotante o direito ao benefício previdenciário, ainda que na época da adoção, o salário-maternidade já tivesse sido pago a mãe biológica quando do nascimento da criança.

Evidente aqui a demonstração de que benéfico do salário-maternidade, repita-se não deve ser analisado sob o único viés da amamentação ou da proteção a criança, mas se destina a proteção da maternidade de forma ampla, ou seja, à mulher e à criança. Assim sendo, mais vez, é possível afirma a incoerência do escalonamento do artigo 71-A supracitado, pois se a proteção é ampla para a mulher e criança, a idade da criança deveria ser irrelevante para fixação do tempo de concessão do benefício, pelas razões já declinadas anteriormente.

O Regulamento, ainda, dispõe sobre aspectos formais para concessão do benefício, como a (i) necessidade do termo de guarda conter a observação de que é para fins de adoção, bem como a qualificação completa do cônjuge ou companheiro (§2º); (ii) que conste da nova certidão de nascimento da criança, ou do termo de guarda, o nome da segurada adotante ou guardiã, bem como, deste último, tratar-se de guarda para fins de adoção.

Questão que merece melhor discussão pela sociedade, é a modificação da regra do § 4º do artigo 93-A do RPS. Isto porque, este dispositivo, estabelece que em caso de *“adoção ou guarda judicial para adoção de mais de uma criança, é devido um único salário-*

²¹⁶ (...)

“Art. 71-A. À 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, se a criança tiver até 1(um) ano de idade, de 60 (sessenta) dias, se a criança tiver entre 1 (um) e 4 (quatro) anos de idade, e de 30 (trinta) dias, se a criança tiver de 4 (quatro) a 8 (oito) anos de idade.”

maternidade relativo à criança de menor idade”, até como incentivo a adoção, pelas razões declinadas anteriormente neste estudo.

Como todo respeito a entendimentos contrários, a adoção é uma forma nobre de acolhimento de pessoas mais vulneráveis socialmente, biologicamente e psicologicamente e que, portanto, merecem os maiores cuidados, que são as crianças e os adolescentes. Logo, a legislação deveria incentivar a adoção de mais de uma criança, sobretudo, de irmãos, para evitar o desastre social e psicológico que a separação de irmãos na adoção possa representar.

Todavia, a legislação previdenciária ainda está totalmente desconexa desta realidade e anda anos luz atrás da legislação civil, em descompasso com os princípios constitucionais de proteção à criança, à família e à mulher, em especial, com *princípio da proteção integral*, que na forma dos artigos 1º, II, III; 3º, I e III e 227 da Constituição Federal, assegura com prioridade a aquisição e exercício de direitos fundamentais especiais à criança e ao adolescente, sendo responsabilidade do ESTADO, da família e da sociedade prestar o que for necessário para atender ao objetivo de proteger estes sujeitos de direito.

É claro que a adoção de duas crianças ao mesmo tempo pressupõe capacidade econômica e, sobretudo, amor da família adotante, mas é papel do ESTADO incentivar às famílias que queiram fazer este gesto, até pela aplicação *do princípio da proteção integral*, e não desestimular.

No tocante ao pagamento, o salário-maternidade é pago diretamente pela previdência social (Art. 93-A, § 6º, do RPS), e neste aspecto, a legislação nacional tardiamente reconheceu e corrigiu o equívoco anterior, que atribuía aos empregadores o ônus pela maternidade, o que era fator de discriminação contra o trabalho da mulher. A transferência deste custo para toda sociedade, por meio da seguridade social, é uma tendência internacional, prevista em normas da OIT, das quais o Brasil é signatário, conforme será visto em capítulo seguinte.

Ainda, quanto ao valor do pagamento, o art. 94 do RPS estabelece que o salário-maternidade, para a segurada empregada, consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral e será pago pela empresa, efetivando-se a compensação, quando do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, devendo a empresa arquivar durante dez anos, os comprovantes dos

pagamentos e os atestados ou certidões correspondentes, caso solicitados pela fiscalização do INSS.

Todavia, como no Brasil, por vezes, a Administração ignora tratados assinados e *rasgam* a Constituição, a Emenda nº 20 de 1998, no artigo 14,²¹⁷ tentou limitar o salário-maternidade a R\$1.200,00 e transferir aos empregadores o custo da diferença entre o valor do benefício o salário da empregada, na contramão da história e das normas da OIT. Em tempo, o Supremo Tribunal Federal foi provocado e, liminarmente, corrigiu esta aberração jurídica em decisão proferida na ADI nº 1.946-5 DF, pois a Emenda nº 20 de 1998 contrariava claramente aos princípios elementares de proteção da mulher no mercado de trabalho. Vale transcrever, com destaque os brilhantes argumentos, *in verbis*:

(...)

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobraimento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a

²¹⁷ (...)

“Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.”

R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (grifos nossos)

(ADI 1946/DF – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REQUERENTE: Partido Socialista Brasileiro – REQUERIDOS: 1- Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 2- Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PLENO - RELATOR: Min. Sydney Sanches – PUBLICADO em 16.05.2003 no DOU.)

A data de início do afastamento do trabalho da segurada empregada será determinada com base em atestado médico ou certidão de nascimento do filho, e o salário-maternidade da segurada empregada será devido pela previdência social enquanto existir relação de emprego.

Todavia, no período de graça, a segurada desempregada fará jus ao recebimento do salário-maternidade nos casos de demissão antes da gravidez, ou, durante a gestação, nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, situações em que o benefício será pago diretamente pela previdência social (Art. 94, parágrafo único, do RPS).

No caso de empregos concomitantes, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego (Art. 98 do RPS), o que se preserva a renda da empregada durante o período de afastamento.

No caso de segurada trabalhadora avulsa, o benefício é pago diretamente pela previdência social, consiste numa renda mensal igual à sua remuneração integral equivalente a um mês de trabalho (Art. 100 do RPS).

No tocante a cumulação com outros benefícios, o salário-maternidade não pode ser acumulado com benefício por incapacidade (Art. 102 do RPS), e caso a incapacidade ocorra em concomitância com o período de pagamento do salário-maternidade, o benefício por incapacidade, conforme o caso, deverá ser suspenso. Se a segurada for aposentada e

retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade nas mesmas hipóteses anteriormente analisadas (Art. 103 do RPS).

A legislação trabalhista dá tratamento semelhante ao assunto, na forma do artigo 392²¹⁸ e seguintes da CLT.

O § 1º do artigo 392 da CLT estabelece que a empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste, podendo os períodos de repouso, antes e depois do parto, serem aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

O mesmo artigo 392 da CLT preceitua como direito da mulher, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos, ser transferida de função, sempre que as condições de saúde o exigirem, bem como é assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho.

Ademais, a mulher poderá pedir para sair mais cedo ou entrar após o horário normal de trabalho, inclusive ser dispensada de comparecer, pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.

Em verdade, o referido artigo 392 da CLT faz inúmeras referências ao parto e à gestante, nada dispondo sobre garantias para a mãe pretende à adoção, salvo no *caput* do artigo 392-A da CLT. Neste aspecto, em consonância com o artigo 5º, II, da Constituição Federal, é possível afirmar que os direitos assegurados à mãe biológica devem ser estendidos

²¹⁸ (...)

“Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

§ 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.

§ 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.

§ 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:

I - transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;

II - dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares.”

também à mãe adotante, inclusive quanto abono das ausências necessárias para formalização do processo de adoção, por exemplo.

No que diz respeito a existência de parto múltiplo ou a adoção de mais de uma criança, no Brasil não existe previsão constitucional ou legal para tratamento diferenciado às mães que tenham mais de um filho no mesmo parto ou para aquelas que adotem mais de um criança ao mesmo tempo.

Alguns países, como Espanha e Portugal, concedem uma proteção adicional a mulher em caso de parto múltiplo, ou seja, em que em um único parto nasçam duas ou mais crianças. A Lei 39/99 estabelece na Espanha que a licença maternidade será ampliada em mais duas semanas por filho, na hipótese de parto múltiplo. Em Portugal, a Lei 04/84, na mesma hipótese, amplia em trinta dias por filho, a partir do primeiro.²¹⁹

O tema é sobremaneira importante e deveria ser regulamentado de forma que mulheres enquadradas nesta situação diferenciada tivessem um tratamento jurídico também mais adequado a ao evento especial que é o parto múltiplo ou a adoção múltipla, aplicação da regra elementar de isonomia.

Ainda que não fosse o caso de concessão de tantos benefícios quantos fossem os filhos, como defende Cesarino Júnior (Direito Social Brasileiro, p. 487), *apud* Miguel Horvath Júnior²²⁰, mas o exemplo espanhol e português são bons paradigmas ao Brasil neste aspecto.

2.1.7 Aspectos importantes da proteção à maternidade

2.1.7.1 - Da proteção às trabalhadoras domésticas e rurais

Em relação a extensão da proteção à gestante e a mulher adotante, após a Constituição Federal de 1988, não há dúvidas de que a garantia de emprego, o salário

²¹⁹ JUNIOR, Miguel Horvath. Salário Maternidade – São Paulo : Quartier Latin, 2004, p. 120

²²⁰ *Ibid.*

maternidade, e todas demais proteções a mulher são extensivas também às trabalhadoras rurais, pois equiparou-se os direitos de trabalhadores urbanos e rurais na forma do artigo 7º.²²¹

A Lei 8.213/91, alterada pela Lei 9876/99, no artigo 26, VI, resguardava a concessão, independe de carência, do salário-maternidade para as seguradas empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica, mas dúvidas haviam sobre a garantia de emprego da doméstica.

Mas a questão da extensão da garantia de emprego à trabalhadora doméstica só restou clara a partir da Lei 11.324/2006, que alterou a Lei 5.859/72 acrescentando-lhe o artigo 4º-A.²²²

Como lembra Alice Monteiro de Barros, o trabalho da empregada doméstica constitui mais do que uma relação jurídica, mas uma “*complexa relação humana*”, até porque, o serviço é prestado no âmbito residencial, desfruta-se da convivência familiar, o que requer laços de simpatia, confiança e afinidade. Assim sendo, afirma a autora, a obrigação de manter um empregada a pretexto de uma garantia de emprego, mesmo que a confiança não mais exista, invade a privacidade da família, razão pela qual uma determinação de reintegração seria flagrantemente uma violação à vida privada e a garantia de que a casa é asilo inviolável.²²³

Com todo o respeito a brilhante jurista, esta visão da empregada doméstica como “*alguém da família*” e com quem existe uma “*complexa relação humana*”, ao longo dos tempos tem sido argumento para negar inúmeros direitos ao trabalhador e a trabalhadora

²²¹ (...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores **urbanos e rurais**, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

²²² (...)

Art. 4º Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social na qualidade de segurados obrigatórios.

Art. 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

²²³ In Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades e aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010. p.346

doméstica, mas não se coaduna com os princípios constitucionais de proteção a dignidade da pessoa humana.

Se a relação de trabalho puder ser o máximo possível humanizada, nas empresas ou no seio familiar, ótimo para toda a sociedade. Mas não se pode perder de vista que alguém que se submete a trabalhar para outra pessoa, doméstico ou não, assim o faz, primeiramente, porque precisa sobreviver, receber salário, e ter uma vida digna.

Não se prosseguirá neste debate, pois o tema merece outra dissertação, mas a Lei 11.324/2006 veio para ampliar o leque de direitos dos trabalhadores e trabalhadoras domésticas, discriminados pela própria Constituição Federal, que tratou desigualmente seus direitos.

2.1.7.2 - Do nascituro sem vida (natimorto) ou morte após o parto

Outro ponto que deve ser analisado é a questão do nascimento sem vida e a existência da garantia de emprego para a gestante, bem como a possibilidade de perceber o salário-maternidade.

A jurisprudência trabalhista majoritária é no sentido de que a morte da criança nos primeiros momentos ou dias após o parto, ou ainda, no caso de nascido morto, não servem como excludente para afastar a garantia de emprego da mulher, pois o artigo 10, II, “b”, da ADCT, protege a ambos, nascituro e à mãe, e ainda, o fato que impõe a proteção legal é parto, sendo irrelevante a sobrevivência da criança ou se nasceu sem vida.²²⁴

²²⁴ (...)

2.1. **Da estabilidade gestante.** Constatou no voto que o fato da reclamante não ter ido procurar a empregadora após o parto não afasta o direito à estabilidade face ao princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. A morte da criança após um mês do nascimento também não retira o direito da mãe, tendo em vista que o art. 10º, II, “b”, do ADCT, protege não só o direito do nascituro como o da gestante, que deve se recuperar psicologicamente e fisicamente da gestação. Neste caso, entendo que a reclamante com maior razão tem direito à estabilidade.

(PROCESSO TRT/SP Nº 00266.2008.060.02.00-0 - 6ª TURMA - RECLAMANTE: MARIA JOSÉ GOMES DA SILVA - 1ª RECLAMADA: COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS ODONTOLÓGICOS E PARAMÉDICOS DO PLANALTO 2ª RECLAMADA: INSTITUTO DE ESPECIALIDADES PEDIÁTRICAS DE SÃO PAULO S/A - ACÓRDÃO EMBARGADO: 20110103011 – RELATOR: LUIZ EDGAR FERRAZ DE OLIVEIRA – PUBLICAÇÃO: 18.10.2011)

No mesmo sentido, vale transcrever trecho do seguinte voto²²⁵, cuja ementa foi citada anteriormente quando analisada a garantia de emprego em contrato de experiência:

(...)

No mais, o instituto em foco tem dupla finalidade: de um lado, a proteção aos direitos do nascituro, desde a sua concepção, proteção esta que se estende até cinco meses após o parto, com o fito de promover a integração entre genitora e rebento, nesses meses vitais para o desenvolvimento da criança e em que esta é totalmente dependente da mãe; de outro lado, e com igual importância, visa permitir à gestante que se recupere psicológica e fisicamente do período de gestação, bem assim do próprio parto.

Com efeito, a situação se adequa àquela prevista pela alínea *b*, do inciso II, do artigo 10 do ADCT, que garante o emprego desde o momento da confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, não excepcionando o legislador constituinte, a situação em que a criança vem a falecer durante ou após o parto, circunstância vagamente argüida de forma oportunista em defesa e sequer evidenciada nos autos, mas de todo irrelevante para aplicação da garantia constitucional em questão: "*Art. 10. (...) II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa; a) (...); b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.*"

O legislador constituinte explicitou a tutela jurídica à gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nada dispondo sobre a hipótese de a criança nascer ou não com vida. Ora, se o legislador não distinguiu, não pode o intérprete fazê-lo (*ubi lex non distinguit nec interpres distinguere potest*).

A Lei 8.213 de 24 de julho de 1991, que disciplina os benefícios previdenciários, ao tratar do salário-maternidade também elegeu o parto como marco referencial para a concessão do benefício, dispondo, *in verbis*:

"Art. 71: O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data da ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção da maternidade."

(...)

²²⁵ (PROCESSO TRT/SP NO: 0220300-28.2010.5.02.0079 - 4ª. TURMA RECURSO: ORDINÁRIO EM RITO SUMARÍSSIMO - ORIGEM: 79ª VT DE SÃO PAULO RECORRENTE: THAMIRES CANDIDO PEREIRA - RECORRIDA: CONTAX S.A. RELATOR: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS PUBLICADO EM 08.07.2011)

Da leitura do artigo 10, II, “b” da ADCT, bem como após uma análise sistemática da Constituição Federal, o que se infere é que a garantia de emprego para mulher gestante nada se confunde com a necessidade de aleitamento ou cuidados especiais com o nascituro. Vale lembrar que a mesma garantia é conferida às mães adotantes, conforme já discutido em tópico anterior, no qual se sustentou que a licença para a adotante deve ser igual à da gestante, sendo irrelevante a idade da criança adotada.

Ou seja, do ponto de vista de defesa dos direitos humanos e de proteção à mulher, a garantia de emprego à mulher prevista no artigo 10, II, “b” (i) independe da criança nascer com vida ou sobreviver ao parto; (ii) é irrelevante a idade da criança adotada.

O que se protege na Constituição Federal é o direito da mulher exercer uma faculdade ou uma dádiva, que é a maternidade e ponto. Não é admissível, no Estado Democrático de Direito fundado no valor da dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, ao menos do ponto de vista dos direitos fundamentais e sob a ótica do princípio da igualdade, uma interpretação mesquinha de que a mulher que passou pelo sofrimento de perder um filho mereceria menos proteção que aquela que teve a graça de ter um filho saudável.

O retorno ou não ao trabalho também é irrelevante, pois é uma decisão pessoal da mulher que perdeu o filho, desde que com aval médico sobre o seu estado de saúde físico e psicológico, que não reduz a garantia de emprego prevista no artigo 10, II, “b” do ADCT.

Também não é possível falar em renúncia a garantia emprego pelo simples fato da mulher que passa por este sofrimento decidir voltar ao trabalho por livre e espontânea vontade, se isto de alguma forma a deixa mais confortável.

Evidente que esta garantia é de ordem pública, portanto, irrenunciável, razão pela qual eventual pedido de demissão, neste momento de dor, somente deveria ser aceito pelo empregador se houver demonstração claras e objetivas de que a mulher encontra-se em sua perfeita capacidade física e psicológica para tomar tal decisão, e ainda assim, desde que esteja devidamente assistida e orientada por um representante do seu Sindicato, aplicação do artigo 477, §1º da CLT.

No tocante ao pagamento do salário-maternidade, mesmo em caso de natimorto (feto que teria condições de sobreviver em razão do tempo de gestação já decorrido, ou seja, com mais de seis meses), a Justiça Federal tem entendido pelo direito ao recebimento do benefício por 120 dias.²²⁶

2.1.7.3 - Do falecimento da gestante no parto ou após o parto

Situação delicada, mas sem regulamentação legal, é a hipótese de falecimento da mulher no parto ou durante o período em que recebe a licença-maternidade, pois não há norma que garanta ao cônjuge ou a quem detenha a guarda da criança o direito de receber o salário-maternidade pelo período restante ou uma indenização equivalente ao valor que a família deixou de receber para seu sustento.

A Câmara dos Deputados chegou receber e processar o Projeto de Lei nº 187, de 2003, atualmente arquivado por motivos regimentais da Casa, que estendia o direito à “*licença-gestante*” a quem detiver a guarda de criança, no caso de morte da genitora, e ainda estendia o direito à licença maternidade, cuja autoria era do Deputado Maurício Rabelo, sendo relator o Deputado Nílton Baiano.

Segundo o mesmo projeto, a CLT e a Lei 8213/91 seriam alteradas para conter as seguintes disposições:

(...)

“Art. 392-B. Ocorrendo a morte da empregada durante o parto ou durante o prazo de manutenção da licença-maternidade prevista no art. 392, e desde que o menor sobreviva, a licença será automaticamente concedida a quem detiver a guarda da criança.

§ 1º A licença será concedida por cento e vinte dias, devendo ser descontados os dias de licença usufruídos pela mãe.

§ 2º A licença só será concedida mediante a apresentação do atestado de óbito da mãe e o termo de guarda.

“Art. 71 (...)

Parágrafo único. Ocorrendo a morte da segurada durante o parto ou durante o prazo de manutenção do salário-maternidade e desde que o menor sobreviva, o direito à percepção do benefício será automaticamente transferido para aquele que detiver a guarda do menor, devendo ser pago no valor em que seria ou que vinha sendo pago à segurada falecida.”

²²⁶ JUNIOR, Miguel Horvath. *op. cit.*, p.120.

A legislação previdenciária prevê um benefício para o evento morte, que é a pensão por morte, prevista no artigo 74 da Lei 8.213/91.²²⁷

Logo, o cuidado que mereceria ter o legislador é não admitir a acumulação dos benefícios de pensão por morte com o recebimento do salário maternidade pelo cônjuge ou detentor da guarda.

Ademais, a previdência social e a seguridade social deve oferecer no seu regime geral os benefícios básicos e satisfatórios para manutenção de um padrão mínimo de dignidade das pessoas em situações especiais e adversas, que impliquem afastamento do trabalho, ou que não permitam o trabalho. Além deste patamar básico, deve-se tomar todas as cautelas, pois a legislação permite que cada indivíduo prepare-se para situações especiais por meio de previdência complementar ou por meio de seguros.

Importante considerar que o critério de cálculo do salário maternidade é mais favorável, logo beneficia de forma mais ampla à família, pois considera a integralidade da remuneração da empregada, ainda que falecida, enquanto a pensão por morte tem critérios previdenciários e atuariais limitados ao teto de contribuição do regime geral. Toda estas questões devem ser muito bem reguladas para evitar mais controvérsias judiciais.

Todavia, o pagamento de “*salário-maternidade*” ao cônjuge ou a quem detenha a guarda pode parecer artificial e distorcido, razão pela qual a legislação poderia, alternativamente, criar mecanismos de *compensação* ou “*indenização*” pelo que a família deixou de receber em razão da morte da gestante, abatendo-se o valor recebido a título de pensão por morte, de forma que a previdência não fosse onerada duplamente, mas que a família e o nascituro tivessem a melhor proteção.

²²⁷ (...)

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

2.1.7.4 - Garantias à mulher em caso de aborto

Atualmente, considera-se aborto a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal, cujo conceito é muito discutível. Segundo a Organização Mundial de Saúde, são considerados feto inviáveis aqueles com menos de 20 semanas de idade gestacional ou com peso inferior a 500 gramas.²²⁸

No entanto, esses fatores são difíceis de determinar com um grau de precisão alto, quando o feto ainda se encontra in útero; a sobrevivência do feto nascido próximo do final do segundo trimestre depende quase sempre mais da disponibilidade de pessoal e equipamento capazes de dar suporte vital até que o bebê se desenvolva suficientemente. A viabilidade fora do útero é freqüentemente utilizada como fato determinante na decisão de legalidade e moralidade do aborto induzido.²²⁹

Considera-se aborto espontâneo aquele que resulta de estados patológicos da mãe ou do feto, impeditivos do prosseguimento da gestação. O aborto provocado pode ser legal ou criminoso, na forma do disposto nos artigos 124 a 128 do Código Penal.²³⁰

O artigo 128 do Código Penal admite o aborto necessário e o humanitário, o primeiro para salvar a vida da gestante, e o segundo quando a gravidez for resultado de estupro e houver interesse da mulher em interromper a gestação.

Pois bem, sendo o aborto não criminoso, voluntário ou involuntário, o artigo 395 da CLT, estabelece que 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.²³¹

²²⁸ BARROS, Alice Monteiro. Contratos e regulamentações especiais de trabalho : peculiaridades e aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010. p.339

²²⁹ MILLER, Benjamin Frank (1907-1971) – Enciclopédia & Dicionário Médico para Enfermeiros e Outros Profissionais de saúde / Miller- Keane; tradução de Paulo Marcos Agria de Oliveira, Silvia M. Spada – 6ª edição – São Paulo: Roca, 2003, p. 2

²³⁰ (...)

Art. 124 - Provocar Aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

(...)

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

(...)

Art. 128 - Não se pune o Aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o Aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Embora a legislação ordinária seja omissa em relação ao salário-maternidade, o Decreto 3.048/99 (Regulamento da Previdência), estabeleceu que, em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.²³²

2.1.7.5 - Garantias à mulher na hipótese de parto prematuro

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 6.388/2002, de autoria do Senador Luiz Pontes (PSDB/CE) que amplia o período da licença à gestante e do salário-maternidade, acrescentando-o pelo número de semanas equivalente à diferença entre o nascimento a termo (37 semanas) e a idade gestacional do recém-nascido.²³³

O projeto já foi aprovado no Senado (PLS 190/2001) e na Câmara já obteve parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, e foi aprovado nas Comissões de Seguridade Social e Família (CSSF) e de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Atualmente, desde dezembro de 2011, está Comissão de Finanças e Tributação (CFT) aguardando parecer do Relator, Dep. Amauri Teixeira (PT-BA).

O projeto, se aprovado, será de grande importância para proteção ao trabalho da mulher e caminha no sentido da proteção integral à criança, haja vista a alta taxa de mortalidade de bebês prematuros. Segundo especialistas, esta medida traria uma economia ao

²³¹ (...)

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.

²³²(...)

Art. 93. O salário-maternidade é devido à segurada da previdência social, durante cento e vinte dias, com início vinte e oito dias antes e término noventa e um dias depois do parto, podendo ser prorrogado na forma prevista no § 3º.

(...)

§ 5º Em caso de aborto não criminoso, comprovado mediante atestado médico, a segurada terá direito ao salário-maternidade correspondente a duas semanas.

²³³ A título exemplificativo, mencione-se que no Estado do Rio de Janeiro, já está em vigor a Lei nº 3862 de 17 de junho de 202, que acrescenta um parágrafo ao art. 19 do Decreto-Lei Nº 220, de 18 de julho de 1975, com a seguinte redação:

"(...) No caso do inciso III, a **licença à gestante de recém-nascidos pré-termo será acrescida do número de semanas equivalente à diferença entre o nascimento a termo – 37 semanas de idade gestacional – e a idade gestacional do recém-nascido**, devidamente comprovada". (grifos nossos)

Esta norma vale para todas as servidoras públicas daquele Estado.

SUS – sistema único de saúde – pois reduzirá os custos com internações e medicamentos com prematuros, bem como reduzirá a quantidade de faltas das mulheres ao trabalho.²³⁴

Atualmente, caso o parto seja antecipado, a mulher continua a fazer jus ao direito licença de 120 (cento e vinte) dias nos termos do artigo 392, §3º da CLT e artigo 93, §4º do RPS. Mas, infelizmente, este tratamento dado pela legislação atual ainda não pode ser considerado isonômico, quando comparado com as mulheres de deram a luz após as trinta e sete semanas de gestação.

2.1.7.6 – A proteção à maternidade quanto ao direito à amamentação

Ao contrário que se possa imaginar, a amamentação traz benefícios não apenas ao bebê, mas também a mulher, sem falar nos benefícios indiretos à família e ao Estado, com a redução de custos de saúde.

Neste sentido, décadas e décadas de estudo comprovam a superioridade do leite materno sobre os leites de outras espécies, para alimentação dos bebês, sendo vários os argumentos em favor do aleitamento materno, a começar pela proteção a saúde da criança, o que evita mortes infantis.

Segundo o Ministério da Saúde, devido aos inúmeros fatores existentes no leite materno que protegem contra infecções, ocorrem menos mortes entre as crianças amamentadas. Estima-se que o aleitamento materno poderia evitar 13% das mortes em crianças menores de 5 (cinco) anos em todo o mundo, por causas previsíveis. Nenhuma outra estratégia isolada alcança o impacto que a amamentação tem na redução das mortes de crianças menores de 5 (cinco) anos. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) e o UNICEF, em torno de seis milhões de vidas de crianças estão sendo salvas a cada ano por causa do aumento das taxas de amamentação exclusiva.²³⁵

Ainda, estudo trabalho do Ministério da Saúde, no Brasil, em 14 municípios da Grande São Paulo, a estimativa média de impacto da amamentação sobre o Coeficiente de

²³⁴ JUNIOR, Miguel Horvath. *op. cit.*, p.122

²³⁵ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Saúde da criança: nutrição infantil: aleitamento materno e alimentação complementar / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Atenção Básica. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2009. 112 p. : il. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) (Cadernos de Atenção Básica, n. 23) – p. 13-18 - Disponível no sítio oficial do Ministério da Saúde - http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf - (Acesso em 10.02.2012 às 16h47min)

Mortalidade Infantil foi de 9,3%, com variações entre os municípios de 3,6% a 13%. A proteção do leite materno contra mortes infantis é maior quanto menor é a criança. Assim, a mortalidade por doenças infecciosas é seis vezes maior em crianças menores de 2 meses não amamentadas, diminuindo à medida que a criança cresce, porém ainda é o dobro no segundo ano de vida (World Health Organization, 2000).²³⁶

Além de evitar mortes infantis, estudos do Ministério da Saúde, demonstram que aleitamento materno auxilia na proteção contra doenças, como diarreia e infecção respiratória, diminui o risco de alergia e de hipertensão, de colesterol alto e diabetes, reduz a chance de obesidade, proporciona melhor nutrição, efeitos positivos na inteligência, melhor desenvolvimento da cavidade bucal. Para a mulher, há ainda benefícios relacionados à proteção contra câncer de mama, evita-se nova gravidez, traz menor custo financeiro, promove o vínculo afetivo entre mãe e filho, e, por fim, resulta em melhor qualidade de vida para a mulher e filho.²³⁷

Por estas e outras razões a Organização Mundial de Saúde recomenda o aleitamento materno, pelo menos, até os seis meses de vida da criança, havendo estudos que recomendem por tempo superior.²³⁸

A legislação trabalhista²³⁹, estabelece no §1º do artigo 389 da CLT, que toda empresa, em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres, é obrigada a manter local

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ (...) Segundo o mesmo manual elaborado pelo Ministério da Saúde no Brasil:

(...)

“Vários estudos sugerem que a duração da amamentação na espécie humana seja, em média, de dois a três anos, idade em que costuma ocorrer o desmame naturalmente (KENNEDY, 2005).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) e o Ministério da Saúde recomendam aleitamento materno exclusivo por seis meses e complementado até os dois anos ou mais.

Não há vantagens em se iniciar os alimentos complementares antes dos seis meses, podendo, inclusive, haver prejuízos à saúde da criança (...)”

²³⁹ (...)

Art. 389. Toda empresa é obrigada:

(...)

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

§ 2º A exigência do § 1º poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, da LBA ou de entidades sindicais.

apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Ainda, no parágrafo segundo do mesmo artigo, a Lei estabelece que a mesma exigência poderá ser suprida por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, da LBA ou de entidades sindicais.

As empresas que decidirem pela instalação de creches próprias, deverão observar as exigências do art. 400 da CLT, no sentido de que nos locais destinados à guarda dos filhos, durante o período de amamentação, deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Os dispositivos acima mencionados, visam possibilitar o atendimento de outra norma, que é o artigo 396 da CLT, segundo o qual, até que a criança 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 para amamentação. Ainda, dispõe o parágrafo único que se houver necessidade em razão do estado de saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

Todavia, o dispositivo acima tem aplicação inócua e apenas cria mais uma obrigação de difícil atendimento e efetiva pelos empregadores, vindo a representar mais um motivo de discriminação a contratação e manutenção dos contratos de trabalho das mulheres, a exemplo de tantos outros dispositivos já revogados.

Com todo respeito, o caminho mais efetivo para proteção da maternidade e para a efetividade do direito a amamentação seria a prorrogação da licença gestante de 120 para 180 dias para todas as mulheres, de modo que todas as crianças com até 6 (seis) meses de idade pudessem ter assistência integral de suas mães.

Assim sendo, da forma como está redigido o artigo 396 da CLT, seu efeito prático é contrário ao objetivo de proteger a maternidade, pois em vez de facilitar a vida da gestante e do empregador, cria mais um intervalo, que no dia a dia das empresas dificilmente pode ser cumprido e observado. Ademais, considerando que licença-maternidade atual é de 120 dias,

na prática, o artigo 396 da CLT só teria aplicação no quinto e sexto mês de idade da criança, sendo sua eficácia, portanto, muito reduzida.

Por último, à exemplo do absurdo artigo 384 da CLT, o artigo 396 da CLT, pela suas próprias limitações, só vem a servir para fomentar a indústria de reclamações e pedidos de horas extras.

Pelo exposto, não parece razoável a manutenção em nosso ordenamento de regras retrógradas e ineficazes ao fim que se destina na CLT, como os artigos 394e 396, por exemplo, sendo muito mais razoável que o Estado prorogue para todas as mulheres, não apenas para algumas, o salário-maternidade pelo período de seis meses, compatibilizando-se com as orientações do Ministério da Saúde sobre o período ideal de aleitamento materno das crianças.

2.2 A proteção ao mercado de trabalho da mulher

Nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclusive quanto sexo, sendo taxativa já no inciso I que *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*. A mesma Constituição Federal assegura como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, nos termos do artigo 1º, III e IV, repetindo-os no artigo 170, caput, como princípios da nossa ordem econômica.

Assim sendo, a Constituição Federal por um lado garante a todos a livre iniciativa, a propriedade privada, a liberdade de contratar, associar, ir e vir, mas por outro lado exige que todos observem a função social da propriedade, da empresa, do contrato, de modo que não se acolheu em nosso ordenamento jurídico, o princípio do liberalismo econômico do século XVIII, do deixe passar, deixe fazer.²⁴⁰

A exigência de responsabilidade social de todos os atores sociais está presente em diversos artigos da Constituição Federal, sendo do espírito da norma, a proteção social e, por

²⁴⁰ (...)

“XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

vezes, um intervencionismo Estatal nas relações privadas (diretamente ou indiretamente por meio de normas de ordem pública). Neste sentido, a Constituição elegeu diversos sujeitos de direito (*direito público subjetivo*) que merecem uma atenção especial do legislador ordinário, tais como, os trabalhadores, os idosos, a família, a criança e o adolescente, os deficientes, e, também, as mulheres.²⁴¹

É neste contexto de Estado Social e Democrático de Direito que se insere a proteção ao mercado de trabalho da mulher, prevista no artigo 7º, XX, observado também o disposto no artigo 5º, I, ambos da Constituição Federal.

Feita esta breve digressão, analisa-se nesse tópico a proteção ao mercado de trabalho da mulher pela ordem infraconstitucional.

Convém registrar, de plano, que a legislação ordinária, muitas vezes, com intuito de proteger o trabalho da mulher, produz o efeito foi justamente o contrário: o aumento da discriminação contra a mulher. Exemplo disto, é a própria existência de um capítulo destinado

²⁴¹ (...)

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

(...)Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

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

(...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

(...)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(...)

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

(...)

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso (...)

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito (...) além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as **pessoas idosas**, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

a proteção ao trabalho da mulher da CLT, que em vez de desmitificar a inferioridade entre os sexos, aumenta o preconceito sobre o trabalho da mulher e a suposta fragilidade feminina.

A Lei 7.855/89, no artigo 13²⁴², revogou inúmeros dispositivos arcaicos da CLT, incompatíveis com a Constituição de 1988, mas, ainda assim, remanesçam algumas normas esdrúxulas, como o famigerado artigo 384, sendo a sua vigência tão estranha quanto a um *jabuti em cima da árvore*.

Neste caminho, como dispõe o artigo 372 da CLT, os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino. Pela mesma razão, Alice Monteiro de Barros é enfática ao dizer que “*hoje não se justifica essa regulamentação conjunta*”, ao sugerir a revisão do mesmo capítulo.

A título de exemplo, lembra a autora, que o artigo 381, §§1º e 2º; o artigo 389, itens I, II, III, e IV disciplinam o mesmo que dispõem os artigos 166, 175, 176, 177, 178. Idem quanto aos artigos 382 (intervalo intrajornada), 383 (intervalo para refeição), 385 (DSR), 386 (revezamento aos domingos), cujos artigos 66, 67, 70, 71 da CLT dispõem sobre a mesma matéria.

O que se sugere, portanto, é que a legislação ordinária sobre a proteção ao trabalho da mulher e sobre o seu acesso ao mercado de trabalho, não venha trazer maiores ônus para a contratação de mulheres, quando comparado a contratação de homens, pois isto, historicamente, sempre foi fator de discriminação, exemplo do que já foi discutido anteriormente sobre a transferência do custo das licenças maternidade para a seguridade social, de modo a evitar-se qualquer discriminação na contratação feminina.

Após tais considerações, pode-se dizer que não é a CLT o principal instrumento de proteção ao trabalho da mulher atualmente, pois as mais importantes normas estão na Constituição Federal e na legislação esparsa, sendo a CLT, nesta matéria, apenas um velho penduricalho para servir ao fomento de divergências jurisprudenciais (vide a questão do artigo 384) e a dar trabalho aos doutrinadores para criticar a existência de normas ineficazes.

Proteger o mercado de trabalho da mulher é permitir igualdade de oportunidades, de acesso, de remuneração, e de manutenção no emprego.

²⁴² (...)

Art. 13. Revogam-se o parágrafo único do art. 16, os artigos 18, 19, 27, 28, 43, 44, 324, 374, 375, 378, 379, 380, 387, 418 e 446 da CLT e demais disposições em contrário. (...)

No tocante às garantias de manutenção no emprego, embora sejam necessários pequenos ajustes, foi analisado itens acima diversas normas de proteção ao emprego da mulher em razão da maternidade, inclusive pela legislação previdenciária.

Quanto à remuneração, não existe distinção entre o valor do trabalho em razão do sexo, sendo norma que disponha em tal sentido, embora se tenha visto no história recente, na época do Estado Novo, Lei que autorizava o pagamento de salário inferior às mulheres, como analisado acima no estudo da evolução histórica da proteção ao trabalho da mulher.

Após estas considerações, analisa-se a seguir os principais diplomas legais sobre a proteção ao mercado de trabalho da mulher.

2.2.1 – Da proibição e punição para condutas discriminatórias

A Lei 9029/95 é, sem dúvida, uma das mais importantes normas de proteção contra a discriminação ao trabalho da mulher, embora sua proteção não seja limitada à questão de gênero.

Em seu artigo 1º, esta Lei estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade.

A Lei 9.029/95 foi ainda mais longe ao tipificar como crime algumas práticas discriminatórias, entre as quais:

I - a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

II - a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem;

a) indução ou instigamento à esterilização genética;

b) promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e de aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

A pena para estes crimes é a detenção de um a dois anos e multa. Na hipótese discriminação em razão de preconceito de etnia, raça ou cor, as infrações serão, ainda, passíveis de multa administrativa de dez vezes o valor do maior salário pago pelo

empregador, elevado em cinquenta por cento em caso de reincidência, redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010 e, também, proibição de obter empréstimo ou financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

São considerados sujeitos ativos dos crimes a que se refere este artigo, a pessoa física empregadora, o representante legal do empregador, como definido na legislação trabalhista, ou dirigente, direto ou por delegação, de órgãos públicos e entidades das administrações públicas direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Na hipótese de rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, além do direito à reparação pelo dano moral, o artigo 4º da Lei 9.029/95, faculta ao empregado e empregada optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

A crítica que deve ser feita a esta Lei é que, embora seja um marco legislativo importante para proteção contra a discriminação no mercado de trabalho contra a mulher, é a proibição indiscriminada de apresentação de atestado de gravidez, inclusive na demissão.

Melhor seria que a Lei facultasse às mulheres o direito de pedir ao médico do trabalho o exame de sangue e urina para aferir a existência ou não de hormônios indicativos de gravidez momento do exame demissional. Ou seja, como este exame seria feito após o comunicado de dispensa, não se poderia dizer que a decisão de dispensa fora discriminatória, até porque efetivamente não o é.

Discriminação haverá e haveria se o empregador, mesmo ciente da gravidez da empregada no exame demissional não revogasse a dispensa.

Certamente isto seria benéfico às mulheres pois lhe dariam mais segurança no momento da dispensa, bem como asseguraria ao empregador sobre a correção da dispensa da empregada, sem qualquer dúvida quanto a possível gravidez.

Deixar esta questão da discussão sobre se houve ou não discriminação no exame demissional ao Judiciário, é garantia certa de insegurança jurídica, pois tudo dependerá de provas, de juízos de valor, de entendimentos diversos em todo o país, razão pela qual a Lei

deveria ser mais clara e expressa para autorizar o exame demissional mais amplo para proteger a própria mulher.

Evidentemente, que qualquer exame médico só poderá ser feito com a autorização e consentimento da empregada para resguardar aos seus próprios interesses. Por outro lado, a empregada que preferir não fazer o exame, não poderia, oportunamente, meses depois, alegar a própria torpeza e pedir a reintegração e salários vencidos, pois sua dispensa era passível de ser revogada pelo simples exame médico demissional que apontasse, de imediato, a gravidez ou não naquele momento.

Embora não tenha este estudo a pretensão de discutir aspectos penais, a responsabilidade penal objetiva do administrador ou representante legal do empregador causa arrepios, pela exegese do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, estabelece *que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.*

Ou seja, a Lei 9.029/95, atribuiu uma responsabilidade penal objetiva ao representante legal, que não se pode admitir, quanto deveria atribuir uma responsabilidade penal subjetiva, ou seja, punindo-se o agente que efetivamente discriminou à alguém.²⁴³

2.2.2 – Da Lei 9.799/99

A Lei 9.799/1999 com intuito de dispor sobre o acesso no mercado de trabalho da mulher, fez diversas alterações na CLT, inclusive, para acrescentar artigos.

Deste modo, foi acrescido à CLT o artigo 373-A, que estabelece a vedação de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, assim o exigir. Restou proibido recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão dos mesmos fatores, inclusive, quanto ao estado de gravidez.

Ainda, estabeleceu a mesma Lei, a seguintes vedações: (i) considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração,

²⁴³ Conforme ensina Mirabete: a responsabilidade “*objetiva significa que a lei determina que o agente responsável pelo resultado ainda que agindo sem dolo ou culpa, o que contraria a doutrina do Direito Penal fundado da responsabilidade e pessoal e na culpabilidade*”. Manual de direito penal – 16ª edição – São Paulo: Atlas, 2000. p. 155

formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (ii) exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (iv) impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;

Com todo respeito, a ineficácia do artigo 373-A é absoluta, na medida em que todas as vedações acima já se encontravam na Constituição Federal. Em segundo lugar, a Lei 9.799/99 pressupõe a torpeza dos empregadores e que a discriminação é feita ostensivamente, quando é fato notório de que os atos de discriminação para contratação, aumentos de remuneração, promoções, no mais das vezes, são velados ou implícitos.

A Lei 9.799/99, portanto, diz o óbvio e repete o que já existe na Constituição Federal, e se o artigo 373-A da CLT não existisse, nada seria modificado na nossa ordem jurídica.

O parágrafo único do artigo 373-A da CLT, acrescido pela mesma Lei, estabelece que *o disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional*. O legislador parece ter descoberto a pólvora, mas esta regra é a repetição elementar do princípio da isonomia, amplamente conhecido e aplicado pela doutrina e pelos Tribunais.

Por fim, o item VI do artigo 373-A da CLT comete um gafe, ao vetar que o empregador ou preposto proceda a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias, mas nada dispõe sobre os homens. Ora o direito a intimidade está protegido na Constituição Federal e o artigo 5º, I dispõe que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, razão pela qual o *item VI* acima mencionado não tem respaldo Constitucional, pois discrimina os homens e fere a isonomia.

Os demais artigos acrescidos pela Lei 9.799/99²⁴⁴ caminham na mesma trilha da obviedade, da repetição de princípios constitucionais, com textos vagos, abertos, e sem

²⁴⁴ (...)

instituir qualquer direito palpável às mulheres, exceção feita ao §4º, I e II, do acrescido ao artigo 392, já analisados anteriormente em tópico relativo a maternidade e garantias à gestante.

3. A proteção ao trabalho da mulher nos acordos e convenções coletivas

Aspecto importante a ser considerado no direito do trabalho, é a possibilidade de criação de normas gerais e abstratas por meio nas negociações coletivas, em tese, elaboradas com maior precisão e adequação, pois as partes envolvidas estão muito mais próximas das condições de fato dos trabalhadores e trabalhadoras.

Ou seja, ao menos no que diz respeito às garantias trabalhistas, os trabalhadores e trabalhadoras dispõem de mecanismos de proteção fundados na negociação coletiva, não dependendo apenas das normas estatais para regulamentação e proteção às suas atividades.

Considerando que as Leis dependem de moroso e alongado processo legislativo, não há dúvida de que algumas situações especiais poderiam ser tratadas como mais adequação e propriedade pelas negociações coletivas, a exemplo, da extensão da licença maternidade em caso de morte da criança ou da mãe, entre outros pontos polêmicos abordados anteriormente.

Pois bem, na sociedade atual, não há como ignorar a importância e o papel dos sindicatos e das negociações coletivas como produtoras de normas gerais e abstratas, mesmo com seus limites de inovação da ordem jurídica, seu alcance e extensão.

No plano internacional, a Convenção nº 98 da OIT traz garantias importantes para o exercício da negociação coletiva e da participação dos trabalhadores em movimentos

Art. 390B. As vagas dos cursos de formação de mão-de-obra, ministrados por instituições governamentais, pelos próprios empregadores ou por qualquer órgão de ensino profissionalizante, serão oferecidas aos empregados de ambos os sexos."

"Art. 390C. As empresas com mais de cem empregados, de ambos os sexos, deverão manter programas especiais de incentivos e aperfeiçoamento profissional da mão-de-obra."

"Art. 390E. A pessoa jurídica poderá associar-se a entidade de formação profissional, sociedades civis, sociedades cooperativas, órgãos e entidades públicas ou entidades sindicais, bem como firmar convênios para o desenvolvimento de ações conjuntas, visando à execução de projetos relativos ao incentivo ao trabalho da mulher."

sindicais, garantindo-lhes a proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

A referida norma protege o trabalhador, ainda, contra meios dissimulados de discriminação, como condicionar o emprego de um trabalhador à filiação a um sindicato ou de deixar de fazer parte de um sindicato, vedando-se, ainda, a dispensa ou ato que prejudique um trabalhador por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, entre outros mecanismos e proteções aos trabalhadores e às organizações sindicais, como por exemplo, a não permissão de ingerências externas ou Estatais.²⁴⁵

Nos termos do artigo 4º da Convenção nº 198 da OIT, os Estados deverão tomar medidas adequadas e compatíveis às condições nacionais para promover utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.²⁴⁶

²⁴⁵ (...) ARTIGO 1º

1 - Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.

2 - Tal proteção deverá, particularmente, aplicar-se a atos destinados a:

- a) subordinar o emprego de um trabalhador à condição de não se filiar a um sindicato ou de deixar de fazer parte de um sindicato;
- b) dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo, por qualquer modo, em virtude de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sindicais, fora as horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as mesmas horas.

ARTIGO 2º

1 - As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas em outras, quer diretamente, quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionante e administração.

2 - Serão particularmente identificadas a atos de ingerência, nos termos do presente artigo, medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador ou uma organização de empregadores, ou a manter organizações de trabalhadores por meios financeiros ou outros, com o fim de colocar essas organizações sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores.

ARTIGO 3º

Organismos apropriados às condições nacionais deverão se necessário, ser estabelecidos para assegurar o respeito do direito de organização definido nos artigos precedentes.

FONTE: Sítio oficial do Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região na internet - http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_098.html - (Acesso em 23.10.2011 às 13h07min)

²⁴⁶ (...) ARTIGO 4º

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

FONTE: Sítio oficial do Tribunal Regional do Trabalho da 2º Região na internet

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_098.html - (Acesso em 23.10.2011 às 13h07min)

Além da Convenção nº 198 da OIT, o Brasil também ratificou outra importante norma internacional relativa às negociações coletivas, que é a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho, sobre o *Incentivo à Negociação Coletiva*, adotada em Conferência realizada em Genebra, em 19 de junho de 1981, aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 22, de 12 de maio de 1992, e publicada pelo Decreto nº 1.256 de 29 de setembro de 1994.

A Convenção nº 154 da OIT, define a expressão a *negociação coletiva* compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, (i) um empregador, (ii) um grupo de empregadores ou uma (iii) organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, (a) uma ou (b) várias organizações de trabalhadores, que tenha por finalidade: a) definir condições de trabalho e termos de emprego; b) regular relações entre empregadores e trabalhadores; c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações (artigo 2º).²⁴⁷

Além das referidas Convenções, merece atenção a Recomendação nº 163 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que estabelece os meios e garantias para promover a negociação coletiva, de 03 de junho de 1981, que complementa as Convenções nº 98 e 154 da OIT, anteriormente mencionadas, e dispõe sobre meios de fomento à negociação coletiva.

Diante do quanto exposto, temos que as negociações coletivas têm importante amparo nas normas internacionais da OIT, sendo bastante privilegiada como mecanismos para normatização dos termos e condições de trabalho, razão pela qual podem ser consideradas como instrumentos também para diminuição de desigualdades nas relações de trabalho, inclusive para proteção ao trabalho da mulher.

²⁴⁷ (...)ARTIGO 2º

Para efeito da presente Convenção, a expressão "negociação coletiva" compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

FONTE: Sítio oficial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região na internet-
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_154.html - (Acesso em 23.10.2011 às 13h44)

Além das diversas normas internacionais aplicáveis às negociações coletivas no Brasil, com a mesma eficácia das leis ordinárias, pois ratificadas em nosso país, o ordenamento jurídico nacional contempla inúmeras normas estatais de proteção à negociação coletiva e à autonomia privada coletiva, a começar pela Constituição Federal de 1988.

Vale consignar que a Constituição Federal reconhece a validade e privilegia a negociação coletiva como forma de regular as condições de trabalho e como meio de solução negociada de conflitos. Além do que, há diversas normas constitucionais que privilegiam a atuação e a participação dos sindicatos na vida dos trabalhadores e das empresas, assim como confere aos acordos e convenções coletivas prerrogativas importantes, como se denota dos incisos VI, XIII, XIV, todos do artigo 7º da Constituição, entre outros.²⁴⁸

No mesmo diapasão, a Constituição privilegia a negociação coletiva ao dar proteção e garantias aos sujeitos que atuarão como negociadores, resguarda aos Sindicatos, como resta claro em diversas normas do artigo 8º, como por exemplo, ao definir que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, III); que é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (artigo 8º, VI).²⁴⁹

²⁴⁸ (...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

(...)

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;

(...)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

(...)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; (...)

²⁴⁹ (...)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

(...)

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

(...)

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

(...)

Considerando a importância da negociação coletiva e a importância para o direito do trabalho das normas criadas por meio de Convenções Coletivas e Acordos Coletivos de Trabalho, é que se entende necessária uma rápida abordagem, em uma amostragem aleatória, de algumas normas coletivas, limitada a base territorial de São Paulo, SP.

Ao analisarem-se algumas normas coletivas de importantes categorias profissionais e econômicas com aplicação na cidade de São Paulo, SP, observa-se, uma triste realidade no tocante a proteção ao trabalho da mulher.

Ressalvamos que esta amostragem não tem a pretensão de demonstrar cientificamente a questão da proteção ao trabalhado mulher na cidade de São Paulo pelas negociações coletivas, mas apenas se pretende checar, por amostras aleatórias, como algumas importantes categorias tratam da questão, se adotam padrão normativo igual, inferior ou superior ao direito legislado. Justifica-se esta forma aleatória de amostragem em razão do objeto desta pesquisa, servindo este pequeno estudo complementar meramente para auxiliar na conclusão final sobre os caminhos para a proteção ao trabalho da mulher.

Assim sendo, apresenta-se ao final deste trabalho um quadro comparativo de cláusulas sociais presentes ou não em normas coletivas sobre a proteção ao trabalho da mulher. Este quadro comparativo foi elaborado com base no estudo de convenções e acordos coletivos firmados pelas 07 (sete) categorias analisadas com base territorial na cidade de São Paulo, quais sejam: bancários (as), trabalhadores (as) da construção civil, trabalhadores (as) de enfermagem, trabalhadores (as) em estabelecimentos de saúde, professores (as), secretárias, e trabalhadores (as) metalúrgicos.

Foram analisados os seguintes quesitos ou cláusulas nas normas coletivas: a) prorrogação da garantia de emprego da gestante; b) responsabilidades familiares; c) disponibilidade de creche ou auxílio creche; d) proteção no período de amamentação; e)

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.(...)

proteção à mulher em caso de aborto não criminoso; f) promoção da igualdade de gênero na contratação e manutenção do emprego; g) prorrogação da licença-maternidade.

Entre as normas analisadas, os setores que apresentam convenções coletivas com maior número de cláusulas de proteção ao trabalho da mulher são as categorias dos bancários e dos metalúrgicos, pois ambos têm cláusulas de: prorrogação da garantia de emprego da gestante acima do patamar legal; permitem ausência justificadas para acompanhamento de filhos ao médico; proteção à mãe adotante; reembolso de creche; garantia de emprego para mulher que sofreu aborto não criminoso; prorrogação da licença maternidade.

Também entre as convenções e acordos analisados, destacam-se as normas dos trabalhadores na construção civil e das secretárias, pois não trazem nenhuma proteção ao trabalho da mulher.

A conclusão se pode chegar nesta pequena amostra é que a proteção ao trabalho da mulher paulistana ainda depende substancialmente do direito legislado, pois as normas coletivas vigentes na cidade de São Paulo, ao menos nas categorias analisadas são muito tímidas, embora haja avanços em categorias profissionais tradicionalmente mais vanguardistas, como bancários e metalúrgicos.

Segundo o *Anuário das Mulheres Brasileiras* –DIEESE – o estudo das “Cláusulas relativas ao trabalho das mulheres, por tipo de garantia”, com base em normas de todo o país, aponta um índice muito reduzido de cláusulas que tratam de proteção ao trabalho da mulher, exemplificativamente: garantia de emprego da gestante (12,3%); mencionam a licença-maternidade (4,2%); garantias para lactante (4%); creche (11,2%); acompanhamento dos filhos (9,4%); sobre responsabilidades familiares (4,9%).

Assim, o que se observou nesta pequena amostragem está no mesmo diapasão dos números apresentados pelo *Anuário das Mulheres Brasileiras*, estudo elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – DIEESE, cuja pesquisa leva em consideração as condições de trabalho em todo Brasil.²⁵⁰

²⁵⁰ DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – Anuário das Mulheres Brasileiras. / DIEESE – São Paulo: DIEESE, 2011. www.dieese.org.br/anu/anuarioMulheresBrasileiras2011.pdf

CAPÍTULO 4 – AS NORMAS DE PROTEÇÃO A MULHER NA OIT

1. Aspectos gerais das normas da OIT e sua eficácia no ordenamento nacional

Antes de estudar a evolução das normas de proteção ao trabalho da mulher na Organização Internacional do Trabalho, OIT, convém uma rápida digressão para lembrar e contextualizar a origem de tais normas.

Em 1919, cessada a primeira guerra, foi criada a Organização Internacional do Trabalho – OIT, com origem nos fatos sociais ocorridos na Europa e América do Norte, continentes que vivenciaram o nascimento da Revolução Industrial, que gerou um extraordinário desenvolvimento econômico, mas com sofrimento humano intolerável e diante de graves problemas sociais.

Também, conforme asseverado em capítulo próprio, o motivo inicial para criação da Organização Internacional do Trabalho - OIT era de natureza humanitária, dadas às condições a que se encontravam os trabalhadores, sem qualquer proteção à sua saúde e condições dignas de vida, bem como políticas, pois as condições do pós-guerra também pressionavam para criação da OIT, haja vista a pressão e tensão social existente que poderiam fomentar uma revolução semelhante àquela ocorrida na Rússia em 1917, ou, como assevera o Preâmbulo da Constituição da OIT, a injustiça social gera um tal descontentamento “*que a paz e a harmonia universais são colocadas em perigo*”.²⁵¹

Como não poderia deixar de ser, o argumento econômico também era importante, pois, como se extrai do preâmbulo da Constituição da OIT “*a não adoção (sic) por uma nação de um regime de trabalho realmente humano é um obstáculo para os esforços das outras nações que desejam melhorar a condição dos trabalhadores nos seus próprios países.*”

Evidente a questão do direito econômico e concorrencial em paralelo com questão humanitária.

(Acesso em 08.03.2012 às 14horas)

²⁵¹ Fonte: Sítio da Organização Internacional do Trabalho – OIT -em Portugal – na internet - http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm – (Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

Pois bem, desde a sua criação, a OIT tem editado normas internacionais sobre as relações de trabalho a serem aplicadas pelos países signatários, sendo fonte de Direito Internacional do Trabalho, razão pela qual se passará brevemente pela análise das suas normas e seus efeitos no ordenamento nacional.

Dentre as normas da OIT, destacam-se a Constituição, as Convenções e as Recomendações. O corpo de Convenções e Recomendações da OIT é denominado Código Internacional do Trabalho, que é uma apresentação sistemática feita pela Oficina Internacional do Trabalho.²⁵²

Os protocolos são instrumentos que modificam parcialmente ou algum artigo das Convenções e estão abertos para a ratificação de um Estado obrigado pela Convenção, sendo uma forma de revisão e atualização da norma.

Por sua vez, as Declarações e as resoluções são atos unilaterais das Organizações Internacionais, ambas são atos aprovados pela Conferência Internacional do Trabalho que não têm previsão na Constituição da OIT, mas deixam de ser diretivas para o Estados e demais organizações.²⁵³

Todavia, ao presente estudo interessa mais diretamente a análise das Convenções e Recomendações da OIT, sendo a Convenção um instrumento jurídico que cria obrigações àqueles Estados que a ratificarem. As Recomendações, por sua vez, têm função complementar, integrativa, e interpretativa em relação às Convenções, embora possam também ter caráter autônomo em algumas matérias que variam muito de país a país.²⁵⁴

Quanto à natureza jurídica, as Convenções da OIT enquadram-se como tratados, com postulados, regras e princípios, de ordem geral, abstrata, para reger certas relações internacionais, confirmando ou modificando costumes adotados entre as nações. Como tratado multilateral aberto, é necessária a adesão do Estado para que no plano interno, suas normas possam gerar os direitos e obrigações.²⁵⁵

Como ensina Süssekind, as expressões “*convenção*” e “*tratado*” são sinônimas, mas a tendência é reservar a primeira para tratados multilaterais abertos, adotados por

²⁵² BARZOTTTO, Luciane Cardoso. *op. cit.*, p. 86.

²⁵³ *Ibid.*, p. 87

²⁵⁴ *Ibid.* p. 88-90

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 90

conferências realizadas no âmbito de organismos internacionais ou regionais. E, ainda, completa o autor ao dizer que as convenções podem ser classificadas em *tratados-leis, ou normativos*, para diferenciá-las dos *tratados-contratos*.²⁵⁶

Os tratados não são, todavia, leis supranacionais, pois não têm eficácia jurídica no direito interno dos Estados-membros independentemente de adesão destes, mediante ato formal de ratificação. Disto decorre a importância de diferenciá-los, como ensina Süsskind, “*ato-regra*” – pelo qual a Conferência cria as normas constantes da convenção – e “*ato-condição*” – pelo qual o Estado adere ao tratado.²⁵⁷

Ao ingressar na OIT e aderir à sua Constituição, o Estado assume a obrigação formal de submeter toda convenção internamente para aprovação da autoridade competente, no prazo de dezoito meses da sua adoção (art. 19, §5º, a, Constituição da OIT).²⁵⁸

No Brasil, compete ao Congresso Nacional resolver sobre a aprovação ou não de tratados (art. 49, I, da CF/88)²⁵⁹. Uma vez aprovada por Decreto Legislativo, o Presidente da República poderá promover a ratificação.

Quanto à incorporação da Convenção na legislação nacional, pela concepção *monista*, há interdependência entre a ordem jurídica internacional e a nacional, razão pela qual a ratificação importa em incorporação automática de suas normas no ordenamento nacional. Já para a teoria *dualista*, o ordenamento internacional e nacional são independentes e não se misturam, razão pela qual a ratificação não implica em aplicar as normas, mas em compromisso de legislar internamente, pois a modificação do sistema jurídico interno exige ato formal do legislador nacional.²⁶⁰

²⁵⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p.82

²⁵⁷ *Ibid.*, p.82-83

²⁵⁸ *Ibid.*, p.84

²⁵⁹ (...)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

²⁶⁰ *Ibid.*, p.84

A Constituição Federal brasileira, nos artigos 5º, §§ 2º e 3º e 105, III, a, confirmam a adoção da teoria monista, pois tem primazia sobre as leis ordinárias que a contrariem.²⁶¹

Ademais, o Estado só pode legislar em divergência com tratado ratificado após denunciá-lo, em razão da disposição do artigo 27²⁶² na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da Conferência das Nações Unidas de 1969, ensina Arnaldo Süssekind.²⁶³

A exceção prevista no artigo 46 da mesma Convenção é a hipótese do Estado não ter autorização constitucional interna para ratificar e assumir obrigações no plano internacional.

Por fim, no que diz respeito ao caráter complementar dos tratados, no Brasil, além dos direitos dos trabalhadores assegurados nos artigos 7º a 11º da Constituição e nas respectivas leis ordinárias, há diversas normas internacionais que, compatíveis com o ordenamento interno, o complementam.

²⁶¹ (...)

Art. 5º (...)

§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos **tratados internacionais** em que a República Federativa do Brasil seja parte. (g.n)

§ 3º **Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos** que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (g.n)

(...)

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

²⁶² (...)

Artigo 27 (...)

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (...)

(...)

Artigo 46

Disposições do Direito Interno sobre Competência para Concluir Tratados

1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé.

FONTE: Sítio oficial do Ministério das Relações Exteriores do Brasil na internet - <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm> Acesso em 17.10.2011 - (Acesso em 17.10.2011 às 22h58min)

²⁶³ SÜSSEKIND, Arnaldo. *op. cit.*, p.84

Como bem lembra Süsskind, até a Emenda nº 45/2004, que acresceu o §3º do artigo 5º da Constituição Federal, na doutrina de direitos humanos prevalecia que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país, e compatíveis com a Constituição, teriam natureza de norma constitucional e integrariam o rol de direitos fundamentais, protegidos por cláusulas pétreas, sendo citados pelo autor, dentre outros grandes doutrinadores, como Antônio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan.²⁶⁴

Mas da leitura do §3º do artigo 5º da Constituição Federal tem-se claro que posição da maioria da doutrina de direitos humanos só foi acolhida em parte, pois a regra inserida no artigo 5º exige aprovação da norma internacional por maioria qualificada, em dois turnos, nas duas casas, para adquirir *status* constitucional.

Diante do exposto, tem-se que as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil têm a mesma eficácia das leis ordinárias no ordenamento jurídico nacional, salvo se aprovadas na forma mencionada pelo §3º do artigo 5º da Constituição Federal, quando integrariam a ordem interna com força de norma constitucional.

Após esta breve e sucinta análise, cabe analisar algumas normas internacionais, especialmente da OIT, que dispõem especialmente sobre a proteção ao trabalho da mulher, o que se passa a fazer nos itens seguintes.

²⁶⁴ *Ibid.*, p.80

2. A proteção à gravidez e a maternidade

2.1. A Convenção nº 3 da OIT

A Convenção nº 3 da OIT foi ratificada em 26 de abril de 1934 pelo Brasil, promulgada pelo Decreto nº 423 de 12 de novembro de 1935, revogando-se os dispositivos do Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932 que lhe eram contrários, pois a norma internacional previa um descanso de seis semanas antes e depois do parto, em vez de quatro semanas até então vigentes, bem como o custeio do benefício pelo Estado, não pelo empregador como vigorava.

A Carta Constitucional de 1934 ratificou os direitos já consagrados no Decreto nº 21.417-A, de 17 de maio de 1932, dando-lhe patamar constitucional, de maneira que tais direitos ganharam um patamar de norma constitucional a partir de então.

O Brasil, mais tarde, fez a denúncia da Convenção nº 3 da OIT por meio do Decreto nº 51.627 de 18 de dezembro de 1962, acatando a orientação do Ministro Arnaldo Süssekind, ante a manifesta divergência do sistema previsto na legislação nacional e aquele previsto na Convenção nº 3 da OIT, haja vista que no Brasil o custo do salário maternidade ainda era do empregador, o que ensejava fator de discriminação a mulher.²⁶⁵

A Convenção nº 3, oportunamente, foi revista pela Convenção nº 103, que estendeu às trabalhadoras rurais e as domésticas a licença maternidade e assistência médica custeada pelo seguro social.

Aqui cabe fazer uma importante observação quanto à tendência internacional da OIT de não transferir ao empregador o ônus exclusivo pela proteção ao trabalho da mulher, pois historicamente isto serviu como elemento de discriminação das mulheres.

Esta observação é sobremaneira importante quando se denota no Brasil uma inclinação de alguns julgadores, que na contramão da história, pretendem atribuir aos empregadores uma responsabilidade objetiva e sem fundamento legal para transferir o ônus da proteção a maternidade exclusivamente aos empregadores, a exemplo que foi discutido no tópico relativo à garantia de emprego em contrato de experiência, ao se discutir as decisões que não aplicam Súmula 244 do C. TST.

²⁶⁵ BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr - 1995, p. 417

2.2. A Convenção nº 103 da OIT

A Convenção nº 103 da OIT Adotada na 35.^a Sessão da Conferência, em Genebra (1952), foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º20, de 30 de abril de 1965 e efetuado o registro do instrumento de ratificação em 18 de junho de 1965. Entrou em vigor, para o Brasil, em 18 de junho de 1966, e foi promulgada pelo Decreto nº 58.820, de 14 de julho de 1966, publicado no Diário Oficial da União - DOU - de 19 de julho de 1966.

Em apertada síntese, referida Convenção aplicava-se igualmente às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive as mulheres assalariadas que trabalham em domicílio (Artigo 1º), de modo que chama a atenção para a extensão de direitos também às trabalhadoras rurais e às domésticas.²⁶⁶

Digno de nota que a Convenção nº 103 já protegia a mulher solteira e com filhos, bem como os filhos havidos dentro ou fora do casamento, como se extrai do seu artigo 2º, o que não deixava de ser revolucionário para a época em que fora redigida (década de 1950). Só para lembrar, no Brasil ainda sequer vigorava o estatuto da mulher casada, muito menos poder-se-ia pensar em tamanho grau de autonomia para as mulheres solteiras.²⁶⁷

²⁶⁶ (...) Artigo 1º

1. A presente Convenção aplica-se às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive as mulheres assalariadas que **trabalham em domicílio**.

2. Para os fins da presente convenção, o termo "empresas industriais" aplica-se às empresas públicas ou privadas bem como a seus ramos (filiais) e compreende especialmente (...)

3. Para os fins da presente Convenção, o termo "trabalhos não industriais" aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas e serviços públicos ou privados seguintes, ou em relação com seu funcionamento (...)

h. **O trabalho doméstico** assalariado efetuado em casas particulares; bem como a todos os outros trabalhos não industriais aos quais a autoridade competente decidir aplicar os dispositivos da convenção.

4. Para os fins da presente Convenção, o termo "trabalhos agrícolas" aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas agrícolas, inclusive as plantações (fazendas) e as grandes empresas agrícolas industrializadas.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

²⁶⁷ (...) Artigo 2

Para os fins da presente Convenção, o termo "mulher" designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo "filho" designa toda criança nascida de matrimônio ou não.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

A licença maternidade, nos termos do artigo 3º da Convenção, era garantida a toda mulher, mediante exibição de um atestado médico, que indica a data provável de seu parto, estabelecendo-se que a duração dessa licença seria de doze semanas, no mínimo; sendo uma parte dessa licença concedida, obrigatoriamente, depois do parto, conforme dispusesse a legislação nacional, mas nunca inferior a seis semanas.²⁶⁸

O item 4, do artigo 3º, dispõe que se o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.

Interessante notar, ainda, a regra que permitia a extensão do afastamento em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, para realização de pré-natal, bem como doença confirmada por atestado médico como corolário do parto, em ambos os casos a duração máxima poderia ser estipulada pela autoridade competente, que no Brasil, é o Congresso Nacional.²⁶⁹

O salário-maternidade foi estabelecido no artigo 4º, de modo que a mulher que se ausentar de seu trabalho em virtude licença maternidade, teria direito a prestações em espécie e a assistência médica, de maneira que tais prestações fossem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene.²⁷⁰

²⁶⁸ Artigo 3º

1. Toda mulher à qual se aplica a presente Convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico, que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.
 2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente, depois do parto.
 3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional, não será, porém, nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seja antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória ou seja ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda. (...)
 Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

²⁶⁹ (...)

Artigo 3º (...)

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.
 5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.
 6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário do parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

²⁷⁰ (...) Artigo 4

No seu item 3, a norma estabelece que a assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestadas por enfermeira (*parteira diplomada*) ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária.

Grande empecilho para o Brasil eram as disposições dos itens 4 ao 8, todos do artigo 4º, que estabeleciam que as prestações em espécie e a assistência médica seriam concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos, sendo em ambos os casos concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas.

O item 8 expressamente vedava que o empregador fosse pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.²⁷¹

A razão de ser desta vedação era evidente ao transferir o custo social da maternidade para toda sociedade por meio dos sistemas de seguridade e previdência, em vez de sobrecarregar o empregador: evitar a discriminação na contratação e manutenção do emprego das mulheres.

1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica

2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional de maneira a serem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriado.

3. A assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestadas por parteira diplomada ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária; a livre escolha do médico e a livre escolha entre um estabelecimento público ou privado serão respeitadas.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

²⁷¹ (...) Artigo 4 (...)

4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório, quer mediante pagamentos efetuados por fundos públicos; em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas.

5. As mulheres que não podem pretender, de direito, a quaisquer prestações, receberão apropriadas prestações pagas dos fundos de assistência pública, sob ressalva das condições relativas aos meios de existência prescritas pela referida assistência.

6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser inferiores a dois terços dos proventos anteriores tomados em consideração.

7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade, e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagos de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente, pelos empregadores e empregados.

8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

Registre-se que na Terceira Conferência a OIT, em 15 de novembro de 1921, já havia adotado a Recomendação nº 12 para que os Estados membros viessem a implementar garantias para as mulheres assalariadas empregadas em atividades agrícolas, com direito a proteção antes e depois do parto, e a fixação de salário maternidade às expensas de fundo público ou seguro social.²⁷²

O Brasil só ratificou, com ressalvas, a Convenção nº 103, pois somente em 1974, após a edição da Lei 6.136, o Brasil regularizou a transferência deste custo do salário maternidade para seguro obrigatório, além do que não ratificou a sua aplicação para a trabalhadora rural e doméstica, em flagrante discriminação contra estas mulheres como se fossem seres humanos de segunda classe.²⁷³

Em 28 de fevereiro de 1967 foi publicado o Decreto-lei nº 229, que modificou a redação de diversos capítulos da CLT, entre outros, regulamentou a hipótese de licença-maternidade relativa ao período anterior ao parto, quando este fosse antecipado, alterando a redação do artigo 392 da CLT, incluindo também o parágrafo terceiro neste mesmo artigo consolidado, além de disposições relativas ao direito da gestante exigir a mudança de funções em caso de necessidade fundada em atestado médico.²⁷⁴

²⁷² (...) La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo recomienda: Que cada Miembro de la Organización Internacional del Trabajo adopte medidas para garantizar a las mujeres asalariadas empleadas en las empresas agrícolas una protección, antes y después del parto, semejante a la protección concedida por el Convenio adoptado en Wáshington por la Conferencia Internacional del Trabajo a las mujeres empleadas en la industria y en el comercio, y que dichas medidas comprendan el derecho a un período de ausencia, antes y después del parto, y a una prestación durante el mismo período, financiada con fondos públicos, o por un sistema de seguros.
Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho - OIT - <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R012> – (Acesso em 11.08.2011 23h19min)

²⁷³ BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr - 1995, p. 418

²⁷⁴ (...)

Art. 7º - Os artigos adiante indicados do Capítulo III - "Da proteção ao trabalho da mulher" - do Título III da CLT passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

"Art. 392. É proibido o trabalho da mulher grávida no período de quatro (4) semanas antes e oito (8) semanas depois do parto.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, o início do afastamento da empregada de seu trabalho será determinado por atestado médico nos termos do art. 375, o qual deverá ser visado pela empresa.

§ 2º Em casos excepcionais, os períodos de repouso antes e depois do parto poderão ser aumentados de mais duas (2) semanas cada um, mediante atestado médico, na forma do § 1º.

Outro importante direito conquistado pelas mulheres na Convenção nº 103, foi o intervalo remunerado para amamentação, fixado no artigo 5º, ou seja, sem prejuízo do salário e sem elastecimento da jornada.²⁷⁵

A garantia de emprego para mulher gestante foi estabelecida no artigo 6º, que expressamente previa a possibilidade da mulher se ausentar de seu trabalho em virtude de gravidez, estabelecendo como ilegal a dispensa durante a licença ou em data tal que o prazo do aviso-prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.²⁷⁶

Assim, a Convenção nº 103 da OIT pode ser considerada um uma das principais normas internacionais de proteção aos direitos humanos das mulheres, e o princípio de que o ônus da proteção ao trabalho da mulher não pode ser transferido integralmente ao empregador revolucionou a forma de inserção das mulheres no mercado de trabalho.

2.3. A Recomendação nº 95 da OIT

Na trigésima quinta Conferência da OIT, em 28 de junho de 1952, foi adotada a Recomendação nº 95 sobre a proteção à maternidade, e trouxe importantes normas de proteção a gestante e a criança, cujos principais pontos serão destacados.

Importante registrar que esta Recomendação prevê a possibilidade de prorrogação para até quatorze semanas da licença maternidade, sempre que possível e

§ 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá sempre direito às 12 (doze) semanas previstas neste artigo.

§ 4º Em casos excepcionais, mediante atestado médico, na forma do § 1º é permitido à mulher grávida mudar de função." (...)

²⁷⁵ (...) Artigo 5

1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.
2. As interrupções do trabalho para fins de aleitamento devem ser computadas na duração do trabalho e remunerada como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com esta; nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

²⁷⁶ (...) Artigo 6

Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3.º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso-prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.

Fonte: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

necessário para a saúde da mulher e seu filho, especialmente quando houvesse condições anormais, entre as quais o aborto e outras complicações durante a gravidez.²⁷⁷

No seu item II, a norma recomenda que o salário maternidade seja fixado em 100% dos ganhos da mulher, para garantir-lhe tranquilidade financeira e tender suas necessidades pessoais, além de outras garantias assistenciais também previstas na Convenção nº 103 do mesmo ano.²⁷⁸

No tocante a amamentação, o item 3.1 da Recomendação nº 95 estabelece que a necessidade de intervalos de uma hora e trinta minutos, no mínimo, durante a jornada de trabalho, para amamentação dos filhos, bem como a criação de instalações fora do local de trabalho para que possam amamentar os filhos e dar-lhes a devida assistência, com financiamento ou subvenções do seguro social.

²⁷⁷ (...)

I. Descanso de Maternidad

1.

1) Cuando sea necesario para la salud de la mujer, y siempre que sea posible, el descanso de maternidad previsto en el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería ser prolongado hasta completar un período de catorce semanas.

2) Los organismos de control deberían estar autorizados para prescribir en casos individuales, mediante presentación de un certificado médico, una prolongación suplementaria del descanso durante el embarazo y del descanso puerperal previsto en los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 3 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, si dicha prolongación se considerase necesaria en interés de la salud de la madre y del hijo, y especialmente cuando existan o puedan producirse condiciones anormales, tales como abortos u otras complicaciones durante el embarazo o el puerperio.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R095> (Acesso em 11.08.2011 às 23h23min)

²⁷⁸ (...)

II. Prestaciones de Maternidad

2.

1) Siempre que sea posible, las prestaciones en metálico que deban ser concedidas en virtud del artículo 4 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, deberían ser fijadas de acuerdo con una tasa superior a la tasa mínima prevista por dicho Convenio; siempre que sea posible, la tasa debería ser fijada en un 100 por ciento de las ganancias anteriores de la mujer que hayan sido tomadas en cuenta para computar las prestaciones.

(...)

3) Las prestaciones médicas deberían tener por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R095> (Acesso em 11.08.2011 às 23h23min)

A garantia de emprego às mulheres gestantes foi estabelecida também no item 4 da mesma norma, e fixa que é ilegal a dispensa durante a gravidez, bem como um mês depois do período de licença maternidade.²⁷⁹

O item 5 da mesma Recomendação trata ainda da proteção a segurança e saúde das mulheres durante o período de maternidade, estabelecendo que o trabalho noturno e as horas extas deveriam ser proibidos às mesmas durante a gravidez, bem como o trabalho em ambientes insalubres ou perigosos durante toda a gravidez e pelo menos três meses após o parto se a mulher ainda amamentar o filho.

Também considerada como atividades restritas para as mulheres grávidas aquelas que necessitem levantar e empurrar grandes pesos, que exijam força física, inclusive o trabalho em pé por muito tempo ou requeira equilíbrio especial, as atividades em máquinas com vibrações, sendo garantido direito de transferência de setor sem prejuízo do salário.²⁸⁰

²⁷⁹ (...) IV. Protección del Empleo

4.

1) Siempre que sea posible, el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio. (...)

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R095> (Acesso em 11.08.2011 às 23h23min)

²⁸⁰ (...) V. Protección de la Salud de las Mujeres Durante el Período de la Maternidad

5.

1) El trabajo nocturno y las horas extraordinarias deberían estar prohibidos a las mujeres embarazadas o lactantes, y sus horas de trabajo deberían estar distribuidas de suerte que puedan disfrutar de períodos adecuados de descanso. 2) El empleo de una mujer en trabajos considerados por la autoridad competente como peligrosos para su salud o la de su hijo debería estar prohibido durante el embarazo y durante tres meses, por lo menos, después del parto o durante más tiempo aún, si la mujer lacta a su hijo.

3) Los trabajos comprendidos en las disposiciones del apartado 2) deberían incluir, en especial:

a) todo trabajo penoso:

i) que oblique a levantar, tirar o empujar grandes pesos;

ii) que exija un esfuerzo físico excesivo y desacostumbrado, incluido el hecho de permanecer de pie durante largo tiempo;

b) todo trabajo que requiera un equilibrio especial;

c) todo trabajo en el que se empleen máquinas que produzcan trepidación.

4) Una mujer empleada habitualmente en un trabajo considerado por la autoridad competente como peligroso para su salud debería tener derecho a ser transferida, sin reducción de salario, a otro trabajo que no sea perjudicial para su estado.

5) Dicho derecho de transferencia debería también concederse por razones de maternidad, en casos individuales, a cualquier mujer que presente un certificado médico en el que se declare que un cambio en la naturaleza de su trabajo es necesario en beneficio de su salud y de la de su hijo.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R095> (Acesso em 11.08.2011 às 23h23min)

Vale consignar que muitas destas normas estão incorporadas também em textos de Lei no Brasil, inclusive na CLT.

3. A proteção quanto aos limites de jornada de trabalho

A Convenção nº 4 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 423 de 12.11.1935 proibia expressamente o trabalho noturno para as mulheres, salvo se em estabelecimento com membros exclusivamente da mesma família.

A mesma regra foi mantida na Convenção nº 41 da OIT, também ratificada pelo Brasil em 1934 e promulgada pelo Decreto nº 1396 de 19.01.1937 e na Convenção nº 89 da OIT ratificada em 09.07.1948 e promulgada pelo Decreto 41.721 de 25.06.1957.

Nesta última, no entanto, o artigo 8º dispunha que a vedação do trabalho noturno às mulheres não se aplicaria para aquelas que ocupem posto de responsabilidade de direção ou de natureza técnica, bem como a quem se ocupasse em serviços de higiene e bem-estar que executem trabalho manual, não esclarecendo a norma de quais serviços seriam estes arrolados no artigo 8º supracitado.

No Brasil, vale lembrar, somente após a Lei 7.189, de 04 de junho de 1984, foi que houve inversão total da regra geral do artigo 379 (proibição ao trabalho noturno), que passou a ser a permissão do trabalho noturno da mulher, salvo na indústria.

Mas ainda assim, na indústria, a vedação era dirigida ao chão de fábrica, pois já não se aplicava ao trabalho de postos de direção, acentuada qualificação, ou serviços que exigissem tarefas manuais, habitualmente (artigo 379, §1º, I e II da CLT).²⁸¹

Em 08 de março de 2004, por meio do Decreto 5.005²⁸², o Brasil promulgou a Convenção nº 171 da OIT, já ratificada em 2002, que dispõe sobre o trabalho noturno e aplica-se a todos os trabalhadores assalariados, com exceção daqueles que trabalham na agricultura, a pecuária, a pesca, os transportes marítimos e a navegação interior.

²⁸¹ BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr; 1995, p. 421

²⁸²Fonte: Sítio oficial do Ministério das Relações Exteriores do Brasil na internet - http://www2.mre.gov.br/dai/m_5005_2004.htm - (Acesso em 18.10.2011 às 02h20min).

A referida Convenção não faz distinção entre homens e mulheres, estabelecendo de forma geral a concessão de benefícios aos trabalhadores noturnos e medidas a fim de proteger a sua saúde, e para ajudá-los a cumprirem com suas responsabilidades familiares e sociais.

Interessante a disposição do artigo 6º, item 3, que garante ao trabalhador noturno declarado temporariamente não apto para o trabalho noturno a mesma proteção contra a demissão ou a notificação de demissão que os outros trabalhadores que não possam trabalhar por razões de saúde.

No que diz respeito ao trabalho da mulher convém destacar a regra do artigo 7º, segundo o qual deverão ser adotadas medidas para assegurar que existe uma alternativa do trabalho noturno para as trabalhadoras que, a falta dessa alternativa, teriam que realizar esse trabalho:

- a) antes e depois do parto, durante o período de, pelo menos, dezesseis semanas, das quais oito, pelo menos, deverão ser tomadas antes da data estimada para o parto;
- b) com prévia apresentação de certificado médico indicando que isso é necessário para a saúde da mãe ou do filho, por outros períodos compreendidos;
 - i) durante a gravidez;
 - ii) durante um lapso determinado além do período posterior ao parto estabelecido em conformidade com o item a) do presente parágrafo, cuja duração será determinada pela autoridade competente e prévia consulta junto às organizações mais representativas dos empregadores e de trabalhadores.

As medidas alternativas poderão consistir da colocação em trabalho diurno quando for viável, a concessão dos benefícios de seguridade social ou a prorrogação da licença maternidade.

4. Da proteção ao emprego das mulheres com responsabilidades familiares

Em 3 de Junho de 1981, na sua 67.^a Sessão da Conferência do OIT, foi adotada a Convenção nº 156 da OIT, até os dias atuais não ratificada pelo Brasil, denominada “*Convenção sobre os Trabalhadores com Responsabilidades Familiares*”.

Com fundamento na Declaração de Filadélfia e nos termos da Declaração sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para as Trabalhadoras e da Resolução sobre o Plano de Ação Destinado a Promover a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para as Trabalhadoras, entre outros, estabeleceu-se nesta Convenção normas para proteção aos trabalhadores de ambos os sexos com responsabilidades para com os filhos a seu cargo, quando essas responsabilidades limitem as suas possibilidades de se prepararem para a atividade econômica, de acederem a ela, de nela participarem ou progredirem (artigo 1º).

A Convenção, nos termos do artigo 3º visaria instaurar a igualdade efetiva de oportunidades e tratamento para os trabalhadores de ambos os sexos, por meio de políticas nacionais que tenham em vista permitir às pessoas com responsabilidades familiares e que ocupem ou desejem ocupar um emprego que exerçam o seu direito de ocupar ou de obter sem serem alvo de discriminação e, tanto quanto possível, sem conflito entre as suas responsabilidades profissionais e familiares.

Ou seja, a Convenção estabelece a obrigação dos Estados de promoverem mecanismos que permitam às trabalhadoras e trabalhadores conciliarem suas responsabilidades profissionais e familiares, e proteja-las de qualquer forma de discriminação.

Entre tais medidas, para instaurar a igualdade efetiva, os Estados devem, então, tomar todas as medidas compatíveis com as condições e possibilidades nacionais para: a) permitir aos trabalhadores com responsabilidades familiares que exerçam o seu direito à livre escolha de emprego; b) ter em conta as suas necessidades no que diz respeito às condições de emprego e à segurança social. (artigo 4º).

No item b do artigo 5º a Convenção reforça, entre tais medidas, aquelas para desenvolver ou promover serviços comunitários, públicos ou privados, tais como serviços e instalações de cuidados à infância e de ajuda à família, como, por exemplo, as creches.

As responsabilidades familiares não podem, enquanto tais, constituir motivo válido para por fim à relação de trabalho, é o que determina o artigo 8º da Convenção.

Esta proteção aos trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares é primordial, mas ainda é muito tímida em nosso ordenamento jurídico, seja pela ausência de Leis ou de normas coletivas que tratem com maior preocupação deste assunto.

Neste aspecto, na trilha do que foi visto anteriormente, o Brasil ainda muito tem a fazer neste aspecto, sendo importante o papel do Estado para apoiar às empresas e aos trabalhadores e trabalhadoras no cumprimento destas responsabilidades familiares, com o fornecimento de serviços públicos de educação e saúde mais amplos do que os oferecidos atualmente.

4.1. A Recomendação nº 123 da OIT

A Recomendação nº 123 da OIT é outra norma importante relativa ao emprego das mulheres com responsabilidades familiares, adotada em 22.06.1965 pela 49ª Conferência da OIT. A preocupação central da Recomendação em comento é que os Estados promovam políticas para as mulheres com responsabilidades familiares não sofram qualquer forma de discriminação e assegurar que possam harmoniosamente cumprir suas obrigações familiares e profissionais.²⁸³

O item 2, letra “a” da mesma norma ainda prevêem que os Estados deverão fomentar medidas para ajudar às mulheres a integrarem efetivamente e com igualdade o mercado de trabalho.²⁸⁴

²⁸³ 1. (...)

a) llevar a cabo una política adecuada con miras a hacer posible que las mujeres con responsabilidades familiares que trabajan fuera de su hogar puedan ejercer su derecho a hacerlo sin verse expuestas a discriminación y en conformidad tanto con los principios establecidos en el Convenio relativo a la discriminación (empleo y ocupación), 1958, como en otras normas adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo que se refieren a las mujeres;

b) alentar, facilitar o asegurar ellas mismas el establecimiento de servicios que permitan a las mujeres cumplir armoniosamente sus varias responsabilidades familiares y profesionales.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R123> (Acesso em 11.08.2011 às 23h27min)

²⁸⁴ 2. (...)

a) fomentar que, en la medida en que fuere necesario, se preste atención a los problemas que se plantean a las trabajadoras con responsabilidades familiares, con objeto de ayudarlas a integrarse efectivamente y con igualdad de derechos en la fuerza de trabajo;

Neste sentido, no item 8, resta estabelecido que medidas devem ser adotadas para facilitar o ingresso e o retorno das mulheres ao mercado de trabalho, após longo período de afastamento, entre as quais, prover educação às jovens e orientação profissional sem nenhum discriminação em razão de gênero, além de convencer os pais e professores sobre a necessidade de fornecer às jovens uma preparação profissional adequada.²⁸⁵

A Recomendação trata ainda no parágrafo primeiro do item 10 da necessidade de se adotar medidas para proteger as trabalhadoras que, por causa de responsabilidades familiares oriundas da maternidade, não estejam em condições de retornar ao emprego imediatamente depois da licença maternidade.

Assim, resta recomendada a implementação de alguma forma de conceder-se licença adicional razoável sem perda do emprego e seus direitos.²⁸⁶

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R123> (Acesso em 11.08.2011 às 23h27min)

²⁸⁵ (...)

8. A fin de capacitar a las mujeres con responsabilidades familiares para integrarse en un plano de igualdad en la fuerza de trabajo, y con objeto de facilitar su ingreso en un empleo o su reincorporación después de una ausencia relativamente prolongada, las autoridades competentes, en colaboración con las organizaciones públicas y privadas interesadas, en especial con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, deberían tomar todas las medidas que fuesen necesarias, de acuerdo con las condiciones nacionales, para:

- a) asegurar que se provea a las jóvenes educación general, orientación y formación profesionales, sin ninguna discriminación fundada en el sexo;
- b) alentar a las jóvenes para que obtengan una sólida preparación profesional como base de su futura vida de trabajo; y
- c) convencer a los padres y a los educadores de la necesidad de impartir a las jóvenes una preparación profesional adecuada.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R123> (Acesso em 11.08.2011 às 23h27min)

²⁸⁶ 10.

1) En el caso de las trabajadoras que a causa de sus responsabilidades familiares originadas en la maternidad no están en condiciones de reintegrarse a su empleo inmediatamente después del permiso normal de maternidad establecido por la legislación o la práctica, se deberían tomar, dentro de lo posible, medidas apropiadas para concederles un permiso adicional razonable sin pérdida del empleo y con plena garantía de todos los derechos a él inherentes.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R123> (Acesso em 11.08.2011 às 23h27min)

Esta Recomendação foi aperfeiçoada pela Recomendação nº 165 de 23 de junho de 1981 que trata das responsabilidades familiares de trabalhadores e trabalhadoras, ou seja, não apenas das mulheres.

5. A proteção quanto ao ambiente de trabalho e igualdade de condições

No tocante ao meio ambiente do trabalho, há diversas disposições normativas da OIT de proteção ao trabalho da mulher, sobre as quais entendemos desnecessária uma análise mais aprofundada, diante do objeto de estudo.

Mas citemos, por exemplo, a Recomendação nº 4 da OIT, que restringe o trabalho das mulheres, e proíbe o trabalho delas em fornos de redução de chumbo e zinco, inclusive a manipulação, na fabricação de soldas, entre outras situações; a Convenção nº 13 que proíbe o trabalho de mulheres em pinturas industriais que utilizem cerusita, sulfato de chumbo ou produto que os contenha. O Brasil não é signatário da Convenção nº 13, mas já proibia o trabalho das mulheres nos serviços perigosos e insalubres desde o Decreto 21.417-A de 1932.

Há que se mencionar a Recomendação nº 114 que restringe a exposição à radiações ionizantes, e a Convenção nº 136 da OIT que foi complementada pela Recomendação nº 144 referentes ao uso do benzeno, alertando para o risco de exposição da mulher grávida ou amamentando ao produto. Esta norma foi ratificada pelo Brasil e publicada pelo Decreto nº 1.253, de 27 de setembro 1994.

Como esclarece Alice Monteiro de Barros, a aprovação Convenção nº 136 da OIT que foi complementada pela Recomendação nº 144 não contraria o princípio da igualdade de oportunidades e de tratamento assegurado às mulheres, pois as restrições são exclusivamente às mulheres grávidas ou que amamentam. Ainda, segundo a mesma autora, embora não haja estudos disponíveis sobre os efeitos a função reprodutora, a passagem transplacentária do benzeno o inclui entre os carcinógenos potenciais.²⁸⁷

Importante, historicamente, foi a adoção da Convenção nº 45 da OIT²⁸⁸ ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 3.233, de 3.11.38, que estabelece a proibição do

²⁸⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *op. cit.*, – São Paulo: LTr; 1995, p. 121

²⁸⁸ (...)

emprego de mulheres nos trabalhos subterrâneos das minas seja qual for a sua idade, podendo a Lei nacional excetuar: a) as mulheres que ocupem um cargo de direção e não realizem um trabalho manual; b) as mulheres empregadas em serviços de sanidade e em serviços sociais; c) as mulheres que, durante seus estudos, façam estágios na parte subterrânea de uma mina, para efeito de sua formação profissional; d) qualquer outra mulher que ocasionalmente tenha que descer à parte subterrânea de uma mina, no exercício de uma profissão que não seja de caráter manual.

A história do direito do trabalho é marcada pela exploração de mulheres e crianças na mineração subterrânea, um trabalho extremamente penoso, que com a adoção da Convenção nº 45 passou a ser restrito em diversos países signatários da norma. Em alguns países, como a França, a proibição das mulheres nas minas subterrâneas já havia sido implementada desde 1874, assim como a Suíça o fez desde 1901.²⁸⁹ No Brasil esta proibição já existia em 1932, na forma do artigo 5º, letra “a” do Decreto 21.417-A.²⁹⁰

A Lei 7.855/89, todavia, veio a revogar tal proibição que estava contida no artigo 387 da CLT,²⁹¹ haja vista a nova tendência internacional de eliminação de algumas medidas protetoras impostas pela evolução dos costumes, e visando eliminar qualquer forma de discriminação do trabalho da mulher.

Art. 1 — Para os efeitos da presente Convenção o termo “mina” compreende qualquer empresa, pública ou privada, dedicada à extração de substâncias situadas debaixo da superfície da terra.

Art. 2 — Nos trabalhos subterrâneos das minas não poderá ser empregada nenhuma pessoa do sexo feminino, seja qual for a sua idade.

Art. 3 — A legislação nacional poderá excetuar desta proibição:

- a) as mulheres que ocupem cargo de direção e não realizem trabalho manual;
- b) as mulheres empregadas em serviço de saúde e em serviços sociais;
- c) as mulheres que, durante seus estudos, realizem práticas na parte subterrânea de uma mina, para efeitos de formação profissional;
- d) a qualquer outra mulher que ocasionalmente tenha que baixar à parte subterrânea de uma mina, no exercício de uma profissão que não seja de caráter manual.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet - <http://www.oit.org.br/node/454> - (Acesso 18.10.2011 às 22h20min)

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 124

²⁹⁰ (...)

Art. 5º. É proibido o trabalho da mulher:

- a) nos subterrâneos, nas minerações em sub-solo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular; (g.n)
- b) nos serviços perigosos e insalubres, constantes do quadro anexo.

²⁹¹ (...)

“Art. 13. Revogam-se o parágrafo único do art. 16, os artigos 18, 19, 27, 28, 43, 44, 324, 374, 375, 378, 379, 380, **387**, 418 e 446 da CLT e demais disposições em contrário.”

Em 05.10.1970, pelo Decreto nº 67.339, de 5.10.70 o Brasil ratificou a Convenção nº 127 da OIT, complementada pela Recomendação nº 128, que estabeleciam limites para transporte de pesos pelos trabalhadores, e no artigo 7º, item 1, fixava-se que a designação de mulheres e de trabalhadores jovens para o transporte manual de cargas outras que as leves deverá ser limitada, bem como estabelecia no item 2 do mesmo artigo que se mulheres e trabalhadores jovens forem designados para o transporte normal de cargas, o peso máximo destas cargas deverá ser nitidamente inferior àquele admitido para os homens.²⁹²

Vale notar que no Brasil a legislação já tratava do assunto no Decreto 21.417-A, artigo 4º, supracitado, bem como dispõe expressamente sobre o tema no artigo 390 da CLT²⁹³, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e não revogado na reforma do capítulo de proteção à mulher havida com a Lei 7.855/89

Por fim, a Recomendação nº 116 da OIT, no item 9, dispõe que os Estados devem adotar medidas para reduzir progressivamente a duração da jornada de trabalho com prioridade para as indústrias e ocupações que demandem um esforço físico e mental especial com risco para saúde dos trabalhadores, especialmente quando a mão de obra empregada for composta por mulheres e jovens.²⁹⁴

²⁹² (...)

Art. I — Para os fins de aplicação da presente Convenção:

- a) a expressão ‘transporte manual de cargas’ designa todo transporte no qual o peso da carga é suportado inteiramente por um só trabalhador; ela compreende o levantamento e a deposição da carga;
- b) a expressão ‘transporte manual regular de carga’ designa toda atividade consagrada de maneira contínua ou essencial ao transporte manual de cargas ou que inclua normalmente, mesmo de forma descontínua, o transporte manual de cargas;
- c) a expressão ‘trabalhador jovem’ designa todo trabalhador com idade inferior a dezoito anos.

(...)

Art. VII —

- 1. A designação de mulheres e de trabalhadores jovens para o transporte manual de cargas outras que as leves deverá ser limitada.
- 2. Quando mulheres e trabalhadores jovens forem designados para o transporte normal de cargas, o peso máximo destas cargas deverá ser nitidamente inferior àquele admitido para os homens.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet - <http://www.oit.org.br/node/484> - (Acesso em 18.10.2011 às 23h02min)

²⁹³ (...)

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 impulso ou tração de vagonetes sobre trilhos, de carros de mão ou quaisquer aparelhos mecânicos.

²⁹⁴ (...)

Quanto à proteção contra discriminação e a promoção de igualdade de condições é sem sombra de dúvida a espinha de qualquer estudo que se faça sobre proteção ao trabalho da mulher, pois, parafraseando Alice Monteiro de Barros, não é apenas no trabalho que a mulher luta contra discriminação, pois tais problemas advêm de diversos campos, influenciados por mitos, crenças, e fatores culturais²⁹⁵.

Desde a Revolução Francesa, pelo menos, a humanidade já declarava que os seres humanos nascem e permanecem iguais em direito (art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789).

Em 1791 Marie Gouze (1748-1793), filha de um açougueiro do Sul da França, que adotou o nome de Olympe de Gouges para assinar seus panfletos e petições em uma grande variedade de frentes de luta propôs uma Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã, à Assembléia Nacional da França, durante a Revolução Francesa (1789-1799), para igualar-se à outra declaração dos homens, que havia sido aprovada pela Assembléia Nacional. Sendo Olympe de Gouges uma Girondina, ela se opôs francamente a Robespierre e acabou por ser guilhotinada em 1793, condenada como contrarrevolucionária e denunciada como uma mulher "*desnaturada*".²⁹⁶

Na *Declaração de Direitos da Mulher e da Cidadã*, em seu preâmbulo, Olympe conclama as mulheres para a assembléia e para luta para igualdade de tratamento:

(...)

“Mães, filhas, irmãs, mulheres representantes da nação reivindicam constituir-se em uma assembléia nacional. Considerando que a ignorância, o menosprezo e **a ofensa aos direitos da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção no governo**, resolvem expor em uma declaração solene, os direitos

9. Al aplicar medidas para reducir progresivamente la duración del trabajo debería darse prioridad a las industrias y ocupaciones que entrañen un esfuerzo físico o mental especial o un riesgo para la salud de los trabajadores interesados, especialmente cuando la mano de obra empleada esté integrada principalmente por mujeres y jóvenes.

Fonte: Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT- na internet - <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R116> – (Acesso em 11.08.2011 às 23h40min)

²⁹⁵ BARROS, Alice Monteiro de. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010, p.362

²⁹⁶ FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> - (Acesso em 20.10.2011 às 22h12min)

naturais, inalienáveis e sagrados da mulher. Assim, que esta declaração possa lembrar sempre, a todos os membros do corpo social seus direitos e seus deveres; que, para gozar de confiança, ao ser comparado com o fim de toda e qualquer instituição política, os atos de poder de homens e de mulheres devem ser inteiramente respeitados; e, que, para serem fundamentadas, doravante, em princípios simples e incontestáveis, as reivindicações das cidadãs devem sempre respeitar a constituição, os bons costumes e o bem estar geral.”

“Em consequência, o sexo que é superior em beleza, como em coragem, em meio aos sofrimentos maternais, reconhece e declara, em presença, e sob os auspícios do Ser Supremo, os seguintes direitos da mulher e da cidadã (...)”

Neste documento, foi declarado que a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem e que as distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum (art. 1º), que o objeto de toda associação política é a conservação dos direitos imprescritíveis da mulher e do homem, bem como que esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e, sobretudo, a resistência à opressão (art. 2º). No artigo 4º declara-se que a liberdade e a justiça consistem em restituir tudo aquilo que pertence a outros e a perpétua tirania do homem deve ser reformada pelas leis da natureza e da razão.

Olympe, sob influência dos ideais iluministas, reforça nas leis da natureza e da razão para consagrar o que hoje é conhecido como princípios da legalidade e da presunção de inocência: “(...) *aquilo que não é proibido pelas leis sábias e divinas não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que elas não ordenam*” (art. 5º) e “(...) *ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada às mulheres.*” (art. 8º)

Ao final conclui e declara Olympe, ao chamar a todas para participarem da Revolução:

“(...) Mulher, desperta. A força da razão se faz escutar em todo o Universo. Reconhece teus direitos. O poderoso império da natureza não está mais envolto de preconceitos, de fanatismos, de superstições e de mentiras. A bandeira da verdade dissipou todas as nuvens da ignorância e da usurpação. O homem escravo multiplicou suas forças e teve necessidade de recorrer às tuas, para romper os seus ferros. Tornando-se livre, tornou-se injusto em relação à sua companheira.” (g.n)

Esta luta de Olympe ultrapassou séculos e persiste até os dias atuais, basta dizer que até muito pouco tempo, precisamente até 1981, a Itália não permitia o ingresso de mulheres na polícia, assim como, até 1962 a magistratura italiana era reservada aos homens²⁹⁷. Não se fala de datas tão distantes na história e não se está falar de um país qualquer e subdesenvolvido, ou de algum país fundamentalista religioso, mas sim de um país do velho continente que foi um dos berços da civilização ocidental – Itália.

Diversos instrumentos jurídicos internacionais foram criados, especialmente no século XX, para promoção da igualdade de gênero, especialmente pela Organização das Nações Unidas – ONU e pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

A Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher - 1948 – assinada na nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 74 de 19 de dezembro de 1950, considerando, entre outras circunstâncias a previsão da Resolução XX da VIII Conferência Internacional Americana que expressamente declara: (...) "a mulher tem direito igual ao do homem na ordem civil", e ainda que a mulher da América, *muito antes de reclamar os seus direitos, tinha sabido cumprir nobremente todas as suas responsabilidades como companheira do homem*; bem como o princípio da igualdade de direitos humanos da Carta das Nações Unidas.²⁹⁸

Nesta Convenção, os Estados das Américas outorgaram à mulher, no artigo 1º, os mesmos direitos civis que goza o homem, todavia, tal modificação no plano interno Brasileiro só veio em doses muito singelas e lentas desde a ratificação do tratado até a Constituição Federal de 1988, conforme abordado em capítulo anterior.

Por ocasião da mesma Conferência Internacional Americana, em Bogotá, foi adotada a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos da Mulher, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 32, de 20 de setembro de 1949 e promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 28.011 de 19 de dezembro de 1950.²⁹⁹

²⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr; 1995, p. 153

²⁹⁸ FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-interamericana-sobre-a-concessao-dos-direitos-civis-a-mulher.html> - ACESSO em 22.10.2011 às 14h57min

²⁹⁹ FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-interamericana-sobre-a-concessao-dos-direitos-politicos-a-mulher.html> - (Acesso em 22.10.2011 às 15h16min)

Por esta Convenção, os Estados, no artigo 1º, estipularam que convém não se negar ou restringir, por motivo de nexa o direito ao voto e à eleição para um cargo nacional.

O Tratado de Roma de 1957, que criou a Comunidade Econômica Européia, que passou a ser Comunidade Européia, já assinalava como objetivos sociais, dentre outros “*a igualdade de remuneração e tratamento entre homens e mulheres para trabalho igual*”³⁰⁰

Outra norma internacional importante para promoção da igualdade de gêneros, que não pode deixar de ser mencionada, é a Recomendação sobre o consentimento para o matrimônio, a idade mínima para contrair matrimônio e o registro de matrimônios - 1965 – conforme Resolução 2018 (XX) da Assembléia Geral, de 1º de novembro de 1965.³⁰¹

Isto porque, a referida norma da Assembléia Geral das Nações Unidas reconhece expressamente que é conveniente propiciar o fortalecimento do núcleo familiar por ser este a célula fundamental de toda a sociedade e que, de acordo com o “*artigo 16*” da *Declaração Universal de Direitos Humanos*, os homens e as mulheres, a partir da puberdade, tem o direito a se casar e formar uma família, que desfrutem de iguais direitos durante o matrimônio e que este somente pode ser contraído com o livre e pleno consentimento dos contratantes.

Por fim, recomenda-se que Estados Membros que ainda não tenham adotado disposições legislativas façam o necessário para adotar as disposições indispensáveis para fazer efetivos o seguinte: a) não se poderá contrair legalmente matrimônio sem o pleno e livre consentimento de ambos os contraentes, expressado pessoalmente por eles, depois da devida publicação, frente a autoridade competente para formalizar o matrimônio e testemunhas, de acordo com a lei; b) os Estados adotarão as medidas legislativas necessárias para determinar a idade mínima para contrair matrimônio, a qual em nenhum caso poderá ser inferior aos quinze anos; c) Todo o matrimônio deverá ser inscrito por autoridade competente em um registro oficial

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 156

³⁰¹ FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Casamento-e-Familia/recomendacao-sobre-o-consentimento-para-o-matrimonio-a-idade-minima-para-contrair-matrimonio-e-o-registro-de-matrimonios.html> - (Acesso em 22.10.2011 às 15h16min)

Esta Recomendação tem especial importância histórica na afirmação dos direitos humanos das mulheres, não apenas para defesa de sua integridade física e moral em razão da idade, mas porque reafirma a mulher como “*sujeito de direito*”, e não como objeto de direito passível de ser trocada ou negociada por quem quer que seja, colocando-a novamente em condição jurídica de igualdade com o homem.

No mesmo sentido, a Assembléia Geral das Nações Unidas em sua Resolução 1040 (XI), de 29 de janeiro de 1957, adotou Convenção dos Direitos de Nacionalidade da Mulher Casada, que entrou em vigor em 11 de agosto de 1958.

Por esta norma, os Estados Contratantes, reconhecem (i) que surgem conflitos de lei e prática em matéria de nacionalidade por causa das disposições sobre a perda e aquisição da nacionalidade da mulher como resultado do matrimônio, de sua dissolução ou da mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio e (ii) reconhecem que, no artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos, a Assembléia Geral das Nações Unidas proclamou que “*toda pessoa tem direito a uma nacionalidade*” e que ninguém será privado arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”.³⁰²

Assim, para estender o respeito e a observância universais dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de sexo, restou estabelecido que, a partir desta Convenção que “*nem a celebração ou dissolução do matrimônio entre nacionais ou estrangeiros, nem a mudança de nacionalidade do marido durante o matrimônio, poderão afetar automaticamente a nacionalidade da mulher*” (art. 1º).

Ainda, digno de nota o artigo 2º, pois reforça o papel das mulheres como titulares de direitos e vontades, independentemente do casamento, pois segundo a mesma norma “*os Estados contratantes concordam no fato de que se um de seus nacionais adquira voluntariamente a nacionalidade de outro Estado ou o de que renuncie à sua nacionalidade, não impedirá que a cônjuge conserve a nacionalidade que possua.*”

³⁰² FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-sobre-a-nacionalidade-da-mulher-casada-1958.html> - (Acesso em 22.10.2011 às 15h16min)

Embora a norma trate de outras disposições relativas à aquisição e manutenção de nacionalidade das mulheres casadas, citamos apenas os dois dispositivos, com intuito de trazer o espírito da norma internacional, que segue a tendência de reconhecer a mulher como titular direitos, de vontades, de liberdades, independente de situação conjugal ou social, que ao longo do século XX foi um forte tendência de evolução legislativa internacional sobre direitos humanos sobre a condição da mulher.

Nesta tendência, diversas outras normas internacionais importantes vieram no sentido de promover a igualdade e a liberdade das mulheres, sendo importante também mencionar a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher "*Convenção de Belém do Pará*" – 1994, adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de junho de 1994 e ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995.³⁰³

Como foi dito anteriormente, a luta pela igualdade e liberdade da mulher historicamente não se restringe àquelas das relações de trabalho, em verdade, a mulher luta em diversas frentes pelo reconhecimento da condição jurídica igual e livre, e ainda por cima, enfrenta problemas de discriminação de toda sorte.

Assim sendo, na "*Convenção de Belém do Pará*" restou expresso em suas considerações iniciais, a preocupação da comunidade regional das Américas sob este ponto, pois "*a violência em que vivem muitas mulheres da América, sem distinção de raça, classe, religião, idade ou qualquer outra condição, é uma situação generalizada.*"³⁰⁴

³⁰³ FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-interamericana-para-prevenir-punir-e-erradicar-a-violencia-contra-a-mulher-qconvencao-de-belem-do-paraq-1994.html> - (Acesso em 22.10.2011 às 15h45min)

³⁰⁴ (...) *Artigo 1º*

Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 2º

Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

§1. Que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual:

§2. Que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar,

No mesmo sentido é a *Declaração de Pequim* adotada pela *Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz – 1995*, realizada em 15 de setembro de 1995, no ano do 50º aniversário de fundação das Nações Unidas.

Nesta Declaração reconhecem-se, novamente, os anseios de mulheres do mundo inteiro e considera-se a diversidade das mulheres. Embora haja o reconhecimento de que o *status* das mulheres tem avançado em alguns aspectos, este progresso não tem sido homogêneo, na medida em que desigualdades entre homens e mulheres têm persistido.³⁰⁵

(...)

Artigo 6º

O direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui, entre outros:

- a) O direito da mulher de ser livre de toda forma de discriminação.
- b) O direito da mulher ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento e práticas sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade de subordinação.

FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-interamericana-para-prevenir-punir-e-erradicar-a-violencia-contr-a-mulher-qconvencao-de-belem-do-paraq-1994.html> - (Acesso em 22.10.2011 às 15h45min)

³⁰⁵ (...)

“Nós reafirmamos o nosso compromisso relativo:

À igualdade de direitos e à dignidade humana inerente a mulheres e homens e aos demais propósitos e princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos, em particular na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção sobre os Direitos da Criança, como também na Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres e na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento;

Assegurar a plena implementação dos direitos humanos das mulheres e das meninas como parte inalienável, integral e indivisível de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;

Impulsionar o consenso e o progresso alcançados nas anteriores Conferências das Nações Unidas: sobre as Mulheres, em Nairóbi em 1985, sobre as Crianças, em New York em 1990, sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992, sobre Direitos Humanos, em Viena em 1993, sobre População e Desenvolvimento, no Cairo em 1994 e sobre Desenvolvimento Social, em Copenhagem em 1995, com os objetivos de atingir a igualdade, o desenvolvimento e a paz;

Alcançar a plena e efetiva implementação das Estratégias de Nairóbi para o fortalecimento das Mulheres;

Nós estamos determinados a:

Assegurar às mulheres a igualdade de acesso aos recursos econômicos, incluindo a terra, o crédito, a ciência, a tecnologia, a capacitação profissional, a informação, a comunicação e os mercados, como meio de promover o avanço e o fortalecimento das mulheres e meninas, inclusive através da promoção de sua capacidade de exercer os benefícios do acesso igualitário a estes recursos, para o que se recorre, dentre outras coisas, à cooperação internacional;

Assegurar o sucesso da Plataforma de Ação que exigirá o sólido compromisso dos Governos, organizações e instituições internacionais de todos os níveis. Nós estamos firmemente convencidos de que o desenvolvimento econômico, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente são interdependentes e componentes mutuamente enfatizadores do desenvolvimento sustentável, que é o marco de nossos esforços para o alcance de uma melhor qualidade de vida para todos os povos. Um desenvolvimento social equitativo que reconheça a importância do fortalecimento dos pobres, particularmente das mulheres que vivem na pobreza, na utilização dos recursos ambientais sustentáveis, é uma base necessária ao desenvolvimento sustentável, é necessário para estimular o desenvolvimento social e a justiça social.”

FONTE: Texto integral disponível no sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo - <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/declaracao-de-pequim-adotada-pela->

O diferencial em relação a declarações de décadas anteriores é uma preocupação com “*desenvolvimento social equitativo*” e “*o fortalecimento dos pobres, particularmente das mulheres que vivem na pobreza*”, sendo, ainda, evidente a preocupação com um meio ambiente sustentável.

Também não há como deixar de mencionar a promulgação, agora sem ressalvas pelo no Brasil, da *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979*, por meio do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002³⁰⁶, que revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984.

Vale registrar que o Brasil já havia aprovado pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, a *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981, mas com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h).

Todavia, o Decreto Legislativo nº 26, de 22 de junho de 1994, do Congresso Nacional, revogou o citado Decreto Legislativo nº 93, e aprovou integralmente a mesma convenção, sendo as reservas retiradas pelo Brasil em 20 de dezembro de 1994.

A *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher* de 1979 é sem dúvida um dos mais importantes marcos normativos internacionais para promoção da igualdade e da condição jurídica da mulher, em todos os aspectos. Mas o ambiente interno brasileiro - social e jurídico – na época da sua adoção era completamente diverso dos dias atuais – motivo pelo qual o Brasil tardou a ratificar completamente a Convenção.

quarta-conferencia-mundial-sobre-as-mulheres-acao-para-igualdade-desenvolvimento-e-paz-1995.html - (Acesso 22.10.2011 às 16h24min)

³⁰⁶ (...)

Art. 1º- A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979, apensa por cópia ao presente Decreto, com reserva facultada em seu art. 29, parágrafo 2, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º- São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4 - Fica revogado o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 13 de setembro de 2002;

Fonte: Sítio oficial da Presidência da República na internet - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm - (Acesso: 22.10.2011 às 16h41)

Novamente, conforme abordado em capítulo sobre a evolução histórica da condição jurídica da mulher, não se pode perder de vista que à época da adoção da *Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, no Brasil, ainda vigoravam o Código Civil de 1916, que dava tratamento jurídico diferenciado a mulher e homens em diversos aspectos, somente revogado em 2002, bem como ainda vigoravam no Brasil diversas normas discriminatórias previstas na CLT em capítulo especial sobre proteção ao trabalho da mulher.

Neste diapasão, também importante considerar que este capítulo discriminatório da CLT sobre proteção ao trabalho da mulher só foi modificado de forma mais significativa, ainda assim parcialmente, com a Lei 7.189, de 04 de junho de 1984, que de alguma maneira completava a reforma começada em 28 de fevereiro de 1967, pelo Decreto-lei nº 229, e completada pelo Decreto 546 de 08 de abril de 1969, Decreto-lei nº 744 de 06 de agosto de 1969.

A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 ³⁰⁷ considera as garantias e princípios dos diversos instrumentos internacionais de afirmação da condição de igualdade entre os seres humanos, bem como a situação de fato que demonstrava práticas discriminatórias contra a mulher, dispôs sobre os

³⁰⁷ (...)

“CONSIDERANDO que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirma o princípio da não-discriminação e proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e que toda pessoa pode invocar todos os direitos e liberdades proclamados nessa Declaração, sem distinção alguma, inclusive de sexo,

CONSIDERANDO que os Estados Partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos tem a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos,

(...)

PREOCUPADOS, contudo, com o fato de que, apesar destes diversos instrumentos, a mulher continue sendo objeto de grandes discriminações,

RELEMBRANDO que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade,

PREOCUPADOS com o fato de que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades,

(...)

RECONHECENDO que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família,

Fonte: Sítio oficial da Presidência da República Federativa do Brasil na internet - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm - Documento anexo ao Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002 - (Acesso: 22.10.2011 às 16h41)

direitos da mulher em diversas esferas : direitos civis, políticos, família, trabalho, entre outros que visem a sua igualdade.

Dentre as disposições da referida Convenção, destacamos a definição de discriminação contra a mulher prevista no artigo 1º, segundo qual “ (...) a expressão *"discriminação contra a mulher"* significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado” prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Ainda no artigo 2º, a Convenção determina que os Estados condenem a discriminação contra a mulher em todas as suas formas, e criem uma política destinada a eliminar a discriminação contra a mulher, comprometendo-se, ainda, a implementar as medidas de letras “a” a “g” previstas no mesmo artigo.³⁰⁸

Neste aspecto, convém destacar o esforço brasileiro, para adequar-se às medidas previstas na Convenção, a começar pela nova ordem constitucional estabelecida após a Constituição Federal de 1988, que expressamente garante a igual de tratamento e veda a discriminação por motivo de sexo; a publicação no novo Código Civil em 2002.

As revogações de dispositivos discriminatórios a mulher nas relações de trabalho, tais como os artigos 374 a 380 da CLT; a publicação da Lei 9.029/95 que proíbe a exigência

³⁰⁸ (...)

- a) Consagrar, se ainda não o tiverem feito, em suas constituições nacionais ou em outra legislação apropriada o princípio da igualdade do homem e da mulher e assegurar por lei outros meios apropriados a realização prática desse princípio;
- b) Adotar medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, com as sanções cabíveis e que proíbam toda discriminação contra a mulher;
- c) Estabelecer a proteção jurídica dos direitos da mulher numa base de igualdade com os do homem e garantir, por meio dos tribunais nacionais competentes e de outras instituições públicas, a proteção efetiva da mulher contra todo ato de discriminação;
- d) Abster-se de incorrer em todo ato ou prática de discriminação contra a mulher e zelar para que as autoridades e instituições públicas atuem em conformidade com esta obrigação;
- e) Tomar as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização ou empresa;
- f) Adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;
- g) Derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; a Lei nº 11.340/2006, denominada *Lei Maria da Penha*, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, ao regulamentar nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e aplicação interna das Convenções Internacionais de proteção à mulher.

Como não basta a igualdade formal, com vistas à igualdade material o artigo 4º da Convenção prevê a possibilidade ações afirmativas para acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher.

Deste modo, a Convenção prevê que não se considerará discriminação a adoção ou a manutenção de normas desiguais ou separadas, quando visem diminuir as desigualdades, devendo as medidas cessarem seus efeitos tão logo os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados. Ademais, expressamente, considera-se a adoção de medida especial destinada proteger a maternidade, que não se considerará discriminatória (item 2 do artigo 4º).

No que tange às relações de trabalho, a Convenção determina que os Estados adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular, os direitos de oportunidade de emprego, livre escolha do trabalho, à estabilidade, acesso a formação profissional, igualdade de remuneração e benefícios, bem como de tratamento, e o direito de proteção à saúde e segurança, no que se inclui a proteção da função de reprodução e o direito à seguridade social para proteção contra o desemprego, doenças, invalidez e velhice.³⁰⁹

³⁰⁹ (...) Artigo 11

1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos, em particular:

- a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;
- b) O direito às mesmas oportunidades de emprego, inclusive a aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego;
- c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem, formação profissional superior e treinamento periódico;
- d) O direito a igual remuneração, inclusive benefícios, e igualdade de tratamento relativa a um trabalho de igual valor, assim como igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade do trabalho;

A *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, publicada no Jornal Oficial da União Europeia em 14.12.2007, estabelece expressamente no capítulo sobre “*Igualdade entre homens e mulheres*” que “Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.”

310

E mais, a mesma Carta estabelece no artigo 23 a possibilidade do Estado adotar medidas que possam dar tratamento especial ao sexo que esteja em condição hipossuficiente, *in verbis*: “*O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem (sic) medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado*”.

5.1. A Convenção nº 111 da OIT

Em 25 de junho de 1958 foi adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua 42.^a sessão, considerando que a Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo, têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais, bem como considerando, por outro lado, que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção de nº 111 sobre “*discriminação no emprego ou profissão*”, que foi ratificada pelo Brasil e promulgado em 19 de janeiro de 1968 pelo Decreto nº 62.150.³¹¹

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doença, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, bem como o direito de férias pagas;

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a efetividade de seu direito a trabalhar, os Estados-Partes tomarão as medidas adequadas (...)

³¹⁰ Fonte: Sítio oficial da União Europeia na internet - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF> – (Acesso em 20.10.2011 às 23h08min)

³¹¹Fonte: sítio oficial do Senado Federal na internet - <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814&norma=117907> – (Acesso em 12.08.2011 às 00h25min)

A Convenção nº 111 no seu artigo 1º, parágrafo primeiro, define como discriminação toda “(...) *distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão*”.

Ressalvou-se, todavia, que as distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. Neste sentido, quando há critério objetivo fundado na capacidade de trabalho de determinada pessoa, não se pode falar em discriminação. A Convenção nº 111 da OIT, ainda, define que as palavras “*emprego*” e “*profissão*” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

A principal obrigação dos países signatários da Convenção nº 111 da OIT é formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda forma de discriminação, sobretudo de gênero, como reza o artigo 2º.

Destaca-se ainda no artigo 3º da Convenção nº 111, pois bastante importante, a exigência para que os países signatários promovam a igualdade de tratamento e não só promulguem leis para encorajar os programas de educação como também revogar todas as disposições legislativas e práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política, ou seja, de não discriminação no emprego por gênero.

Como lembra Alice Monteiro de Barros, outras normas internacionais, embora não tivessem o objetivo central de evitar a discriminação no emprego e profissão, trataram de setores determinados ou formas particulares de discriminação, neste sentido menciona a mesma autora as Convenções nº 81 de 1947 sobre *igualdade entre homens e mulheres na inspeção do trabalho no comércio e na indústria* e a Convenção nº 82, de 1947, sobre a *política social nos territórios não metropolitanos*, cujo artigo 18 previa como fim da política social a eliminação de qualquer discriminação fundada em raça, cor, religião, associação, a tribo ou filiação em sindicato, no que se refere a tratamento econômico isonômico àqueles que residam ou trabalhem legalmente no território.³¹²

³¹² BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o direito do trabalho* – São Paulo: LTr; 1995, p. 156-157

O teor da Convenção nº 111 da OIT é complementado pela Recomendação nº 83, de 1948, da OIT, sobre o serviço de emprego, que dispõe sobre qualquer forma discriminação em razão do sexo daqueles que procuram e solicitam emprego.

No Brasil, os princípios e orientações da Convenção nº 111 da OIT estão consagrados não apenas na legislação ordinária, como também na Constituição Federal, que veda qualquer distinção em razão de gênero.

5.3. A Convenção nº 100 da OIT

Em 29 de junho de 1951, em sua trigésima quarta sessão, foi adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT), diversas proposições relativas ao princípio de igualdade de remuneração entre homens e mulheres por trabalho de igual valor, denominada "*Convenção sobre Igualdade de Remuneração, de 1951.*"

A Convenção nº 100 da OIT, sobre Igualdade de Remuneração, já no artigo 1º, item "a" define que "*remuneração*" compreende o salário e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura* pelo empregador ao trabalhador em razão da relação de emprego, e ainda, no item "b" estabelece que a expressão "*igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor*" se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Restou estabelecido, ainda, que cada Estado deverá incentivar e assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor (art. 2º, §1º), sendo este princípio aplicado por meio de: a) legislação nacional; b) qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação; c) convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados; d) uma combinação desses diversos meios. (art. 2º, §2º).

A par da Convenção nº 100, as demais disposições sobre o tema foram dispostos em forma de Recomendação, no mesmo ano de 1951, pela Recomendação nº 90 da OIT, que será analisada abaixo.

5.3. Recomendação nº 90 da OIT

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em junho de 1951, em sua trigésima quarta reunião adotou as proposições relativas ao princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor, na forma da Recomendação de nº 90.

A Recomendação em análise suplementa a Convenção nº 100 sobre a Igualdade de Remuneração, de 1951, para que todo país-membro aplique, nos termos do artigo 2º da Convenção, as disposições nela contidas e relate ao Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, conforme requer o Conselho de Administração, as medidas tomadas para lhes dar cumprimento.

Entre as medidas recomendadas, após consulta às organizações de trabalhadores ou, onde não as houver, aos trabalhadores interessados, estão aquelas relativas aos trabalhadores da Administração para: a) assegurar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor a todos os empregados de departamentos ou órgãos da Administração pública; b) incentivar a aplicação do princípio a empregados de departamentos ou órgãos de governos estaduais, provinciais ou locais, quando competentes para fixar tabelas de remuneração.

Ainda, a mesma Recomendação também orienta para que seja assegurado, tão rápido quanto possível, a aplicação do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor em todas as ocupações, não apenas na Administração Pública, recomendando ainda que tabelas de remuneração estejam sujeitas a regulamento estatutário ou a controle público, especialmente com relação: a) à fixação de tabelas de salário mínimo nas indústrias e serviços; b) a indústria e empresas operadas como propriedade ou sob controle públicos, e c) se for o caso, a trabalho executado nos termos de contratos públicos.

Interessante notar que o item 4 da Recomendação nº 90 da OIT reconhece e antecipa a hipótese de que em alguns países, após consulta às organizações de trabalhadores e de empregadores interessadas, onde as houver, poderia chegar-se a conclusão de que não

parece viável implementar imediatamente o princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor.

Neste sentido, a Recomendação em questão traz importantes considerações para progressiva aplicação do princípio da igualdade de remuneração, ainda que de forma mitigada, com o fim de: a) diminuir as diferenças entre tabelas de remuneração de homens e tabelas de remuneração de mulheres por trabalho de igual valor; b) onde houver um sistema de aumentos em vigor, prover aumentos na mesma proporção para homens e mulheres trabalhadores que executem trabalho de igual valor.

Outro ponto muito importante mencionado no item 6 da Recomendação nº 90 são as medidas para aumentar a eficiência produtiva de mulheres trabalhadoras, de forma a facilitar a aplicação do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor, entre as quais:

(...)

- a) assegurar que trabalhadores de ambos os sexos tenham facilidades iguais ou equivalentes de orientação profissional ou de aconselhamento de emprego, de formação profissional e classificação;
- b) prover meios adequados para estimular as mulheres a fazer uso das facilidades de orientação profissional ou de aconselhamento de emprego, de formação profissional e de classificação;
- c) prover serviços sociais e de bem-estar que atendam às necessidades de mulheres trabalhadoras, particularmente daquelas que têm encargos de família, e financiar esses serviços com fundos públicos ou com recursos da seguridade social ou do bem-estar industrial providos por investimentos em benefício dos trabalhadores, sem distinção e sexo, e
- d) promover a igualdade de homens e mulheres trabalhadores com relação ao acesso a profissões e empregos, sem prejuízo das disposições de regulamentos internacionais e de leis e regulamentos nacionais concernentes à proteção da saúde e do bem-estar das mulheres.³¹³

Ao final, a mesma Recomendação estimula a realização de campanhas de comunicação e medidas de promoção para a compreensão, pela opinião pública, das razões da aplicação do princípio da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por

³¹³ Fonte: Sítio oficial da Presidência da República Federativa do Brasil na internet - https://sistema.planalto.gov.br/spmulheres/textos/OIT/rec_90.pdf - (Acesso 22.10.2011 às 14h03min)

trabalho de igual valor, inclusive com realização de pesquisas para aferição da aplicação deste princípio.

Conforme analisado nos tópicos anteriores, a evolução das normas internacionais sobre a proteção ao trabalho da mulher foi essencial para incentivar o desenvolvimento do direito do trabalho no âmbito nacional, de forma fomentou e pressionou o Estado a legislar internamente sobre diversos temas atinentes a proteção ao trabalho mulher e ao desenvolvimento de condições de igualdade no mercado de trabalho, o pôde ser visto tanto na análise histórica do direito do trabalho quanto no estudo das normas constitucionais.

Todavia, embora o direito brasileiro reconheça os mesmos princípios estabelecidos nas Convenções da OIT sobre a igualdade de gênero, de oportunidades e de remuneração, as pesquisas realizadas por respeitáveis institutos, ainda dão conta de que há um tratamento diferente na questão do acesso a cargos de gestão pelas mulheres, discriminação salarial com pagamento de menores salários para mulheres em relação aos homens, discriminação que se agrava quando se compara a questão da mulher negra em relação ao homem e a mulher branca. Segundo o *Anuário das Mulheres Brasileiras* –DIEESE – tabela 45³¹⁴ - – “*Rendimento médio rela das/os ocupadas/os por sexo, segundo nível de instrução*”, tem-se, em novembro/2010, na região metropolitana de São Paulo, por exemplo, o seguinte resultado:

Rendimento médio real das/os ocupadas/os por sexo, segundo nível de instrução					
Regiões Metropolitanas e Distrito Federal 2010 (em R\$ de novembro de 2010)					
	Fundamental incompleto	Fundamental completo	Médio incompleto	Médio completo	Superior
Homens	R\$ 1.051,00	R\$1.191,00	R\$ 1.026,00	R\$ 1.430,00	R\$ 3.737,00
Mulheres	R\$ 611,00	R\$ 689,00	R\$ 638,00	R\$ 933,00	R\$ 2.258,00

Fonte: DIEESE

Evidente, portanto, a desigualdade de oportunidades e de remuneração entre homens e mulheres no mercado de trabalho na região metropolitana de São Paulo, SP, mesmo quando a comparação observa pessoas do mesmo nível de instrução, desde aqueles que tiveram menos acesso à escola até o nível superior.

³¹⁴ DIEESE Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos – Anuário das Mulheres Brasileiras. / DIEESE – São Paulo: DIEESE, 2011

CONCLUSÃO

1. O direito do trabalho e a proteção ao trabalho da mulher estão histórica e umbilicalmente ligados, na medida em que a origem das primeiras normas de proteção das relações de trabalho, especialmente na Europa, decorreram da exploração inconsequente de mão de obra infantil e da jornada exaustiva a que eram expostos trabalhadoras, trabalhadores, jovens e idosos naquele continente. Mas esta exploração sempre foi mais acentuada em relação às mulheres, pois, de fato, sempre acumularam responsabilidades familiares e do lar com tarefas externas.

2. O trabalho é um direito fundamental assegurado a todos, independente de gênero, na concepção de direitos humanos positivados, fruto da própria evolução do Estado Democrático de Direito, com características especiais que os distinguem.

3. Como direitos humanos, o direito fundamental ao trabalho pressupõe um ambiente de liberdade e igualdade de oportunidades para sua efetivação e concretização, que, na evolução sócio-política, tem sido melhor resguardado no Estado Democrático de Direito.

4. Como as mulheres foram historicamente marginalizadas e excluídas da vida política, social e econômica, como cidadãs de segunda categoria, o que se pode afirmar é que apenas em um verdadeiro Estado Democrático de Direito elas podem ter seus direitos fundamentais garantidos, respeitados e efetivados. A começar pelo respeito às suas liberdades individuais, inclusive no direito a subsistência e a autodeterminação, ou seja, respeito ao seu direito ao trabalho, que é um meio concreto para sua afirmação como cidadã no âmbito social e econômico.

5. Os direitos fundamentais são fruto de processo histórico, como direitos humanos positivados, com características próprias que os distinguem, como a universalidade, a interdependência, a indivisibilidade, aspectos comuns ao direito do trabalho.

6. O conteúdo dos direitos fundamentais pode variar de uma sociedade para outra, porém é possível atestar a existência de um mínimo de direitos que atualmente é universalmente reconhecido, como documentos internacionais declaram direitos de todos os cidadãos.

7. O direito ao trabalho e a proteção ao trabalho da mulher, assim como os direitos fundamentais, tem como característica a universalidade porque, como todos, direitos humanos clamam pela extensão universal, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos.

8. Neste aspecto, o direito do trabalho é cada vez mais universal, com especial atenção pela comunidade internacional, e assim vem sendo tratado desde a criação da OIT, que tem trabalhado há décadas para universalização de padrões mínimos de tratamento digno aos trabalhadores. Neste sentido, é universal o valor social do trabalho, que constitui um meio de conferir dignidade às pessoas, para que possam suprir suas necessidades básicas mais elementares e inserirem-se socialmente.

9. O direito ao trabalho e a proteção ao trabalho da mulher andam lado a lado com o respeito das liberdades públicas, pois não há que se falar em gozo de direitos econômicos e sociais sem liberdade e sem igualdade. Do mesmo modo, sem que se tenha garantia aos mínimos direitos econômicos e sociais resta inviabilizada a liberdade e a igualdade dos trabalhadores e trabalhadoras. Logo, é evidente que a proteção ao trabalho da mulher, como um aspecto do direito ao trabalho, tem outra característica marcante de um direito fundamental que é interdependência, pois só encontra realização plena se os demais direitos fundamentais forem respeitados.

10. Tanto no âmbito da OIT quanto internamente no Brasil, é fato que a humanidade e a sociedade têm caminhado muito no sentido de conferir, cada vez mais, proteções e garantias aos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras, mesmo com as dificuldades oriundas de fatores culturais e religiosos para extensão da proteção ao trabalho da mulher.

11. No Brasil, há um esforço para integração das mulheres em condições de igualdade no mercado de trabalho, especialmente após Constituição de 1988, sendo o Código Civil de 2002 uma legislação exemplar no que diz respeito aos novos paradigmas do papel da mulher na sociedade brasileira.

10. Após a Carta Magna de 1988, com o tratamento isonômico conferido a homens e mulheres, não se tem mais amparo ou fundamento de validade as normas infraconstitucionais que estabeleçam proibições ao trabalho da mulher, como previstas na CLT, sendo inconstitucionais as que estabeleçam diferenciações sem qualquer fator objetivo

para discriminação. Neste sentido, exemplificativamente, o intervalo do artigo 384 da CLT não traz qualquer fundamento objetivo para validar a discriminação entre homens e mulheres, não tendo, portanto, fundamento de validade na Constituição Federal.

11. A única diferenciação de direitos ao trabalho entre homens e mulheres na Constituição Federal diz respeito à proteção a maternidade, na medida em que a norma constitucional protege o emprego da mulher grávida e mãe biológica expressamente, bem como protege obliquamente a mãe adotiva por interpretação sistemática e teleológica do direito à adoção, à infância, e à maternidade. Todavia, a Constituição Federal é omissa quanto a qualquer proteção ao trabalhador que é ou se torna pai, não lhe conferindo qualquer garantia de emprego, ao menos expressa ou textualmente.

12. Em razão dessa diferenciação ser reduzida à proteção a maternidade e a garantia de emprego da gestante, a legislação infraconstitucional sobre o trabalho da mulher mostra-se arcaica em vários dispositivos analisados, sendo que por vezes discrimina a própria mulher, quando a intenção é protegê-la, a exemplo do intervalo para amamentação e de quinze minutos ao final da jornada em caso de prorrogação.

13. Dados do Ministério da Saúde recomendam que a amamentação das crianças seja feita no mínimo até os primeiros 06 (seis) meses de idade, razão pela qual melhor seria que legislação assegurasse este convívio materno por 180 (cento e oitenta) dias a todas as mulheres e criança, em vez de criar intervalos de descanso para amamentação, na forma do artigo 386 da CLT, que no dia a dia das empresas, seria mais um fator de discriminação contra as mulheres.

14. Mas este aumento de patamar de proteção social a maternidade e ao trabalho da mulher deve ser assumido pelo seguro social, que é custeado por toda sociedade igualmente, não pelo empregador, sob pena de nova forma de discriminação. Neste sentido, o Brasil tardou a transferir o custo da proteção a maternidade para o seguro social e por muito tempo este custo foi fator de discriminação contra as mulheres, ao ponto de o Ministro Süsskind, à época, recomendar e o Brasil denunciar a Convenção nº 3 da OIT, pois não era possível cumpri-la internamente.

15. Neste ponto, importante destacar que as normas internacionais da OIT de proteção ao trabalho da mulher são cautelosas em transferir aos empregadores o ônus que

isto traz, devendo os Estados terem papel importante, seja por meio de seguro social eficaz, seja por meio da oferta de creches e educação infantil para as crianças.

16. Na contramão do que rezam as normas internacionais sobre não onerar os empregadores exclusivamente em matéria de proteção ao emprego da mulher, alguns julgados no Brasil e a própria Súmula 244 do C. TST estabelecem preceitos que acabam por ser fatores discriminatórios na contratação de mulheres, na medida em que oneram a folha de pagamento feminina.

17. Por outro lado, o vácuo legislativo ordinário sobre a garantia de emprego às mulheres faz com que os Tribunais do Trabalho sejam obrigados a regular matéria que, em princípio, era dever do Congresso Nacional, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva do empregador em caso de dispensa de empregada gestante sem conhecimento do estado gravídico, ou a questão da compatibilidade da garantia de emprego da gestante com o contrato de experiência.

18. Ainda, os Tribunais de Justiça têm reconhecido o direito à adoção às várias modalidades modernas de famílias, como aquelas formadas por união homoafetiva. Isso, poderia ter reflexos em direitos à garantia de emprego para um dos integrantes da família adotante, mas não há legislação que trate do assunto.

19. Ademais, a legislação que protege as mães adotivas garantindo-lhes o emprego de forma escalonada e proporcional à idade da criança adotada, carece de qualquer amparo constitucional, pois a interpretação elementar da norma constitucional sobre adoção é suficiente para afirmar que não existe diferença entre filhos naturais e adotivos, devendo o Estado, a sociedade e a família dar proteção integral às crianças, mais ainda às crianças em condição de risco ou mantidas em abrigo.

20. Não há fator objetivo que justifique a diferenciação de direitos para a mãe biológica e para mãe adotiva, muito menos em razão da idade da criança. Nem se diga que os bebês justificam maiores cuidados e precisam ser amamentados, pois o filho adotivo, ainda nos casos em não mais requeiram cuidados físicos ou amamentação, também precisa de cuidados emocionais especiais, depende de atenção intensa, do convívio, do afeto dos adotantes, o que só pode ser oferecido com a presença física da mãe ou pai adotivo, de modo que haja realmente acolhimento na nova família.

21. Neste sentido, a proteção constitucional à família e à infância, bem como à maternidade, são imperativos para equiparação de direitos da mãe adotante à mãe biológica.

22. Questão importante que o Congresso Nacional não pode olvidar de regular é o pagamento do salário maternidade ou indenização compensatória equivalente ao integrante da família, normalmente o pai, que assume a responsabilidade ou a guarda da criança nos casos de morte da mãe após o parto, bem como a questão da garantia de emprego ao pai que assume esta responsabilidade neste momento delicado da família. Embora haja fundamento constitucional que leve a uma interpretação constitucional favorável ao pai ou ao integrante de família nesta hipótese, melhor seria que a Lei regulasse o tema e evitasse que os Tribunais viessem a ser sobrecarregados com mais esta controvérsia, o que sempre é fato de insegurança jurídica para todos.

23. A sociedade, por sua vez, não pode aguardar que todas as mudanças normativas advenham de iniciativa do Congresso Nacional, sobretudo, quando o direito do trabalho tem a peculiaridade da criatividade normativa por meio de negociações coletivas de trabalho realizadas pelos Sindicatos. Neste ponto, a análise aleatória de algumas convenções coletivas, de importantes categorias profissionais na cidade de São Paulo, bem como estudos do DIEESE trazem um resultado não animador quanto à proteção ao trabalho da mulher.

24. Nas normas coletivas analisadas, observadas as cláusulas relativas à garantia de emprego à gestante, às responsabilidades familiares e à garantia para a mãe adotiva, entre outras, o resultado é que o tema da proteção ao trabalho da mulher ainda é muito tímido nas negociações coletivas, sendo um pouco mais avançado em categorias tradicionalmente mais pujantes economicamente, como no setor bancário e metalúrgico.

25. Ainda assim, a maioria das normas coletivas não ofereciam padrão normativo diferenciado e acima do patamar mínimo das normas heterônomas estatais, a exemplo das cláusulas que garantiam a extensão da licença maternidade, mas desde que a Lei que institui o crédito fiscal para as chamadas “empresas cidadãs” permanesse em vigor.

26. O que se conclui é que a proteção ao trabalho da mulher ainda caminha muito timidamente, sobretudo no plano da igualdade material, como demonstram as pesquisas recentes realizadas pelo IBGE e DIEESE quanto à discriminação da mulher no mercado de trabalho quanto à posição que ocupam na hierarquia das empresas e quanto à remuneração

que recebem, mas o ambiente democrático pode favorecer o debate sobre legislação ao mesmo tempo menos discriminatória e menos onerosa ao empregador.

27. Uma nova legislação deve ser elaborada para chamar o Estado a assumir o seu papel constitucional na proteção à infância, às crianças e às famílias, oferecendo creche e educação infantil gratuita a todos, retirando assim um dos pesos enormes relativos às responsabilidades familiares que atualmente recaem, sobremaneira, nos ombros das bravas trabalhadoras, bem como a oferecer um seguro social universal que proteja a maternidade, mas sem onerar o contrato de trabalho diretamente.

28. Por fim, somente a partir de novo patamar normativo, estatal ou negocial é que efetivamente se pode pensar em ampliar o acesso das mulheres em condição de igualdade no mercado de trabalho, que efetivamente assegure o acesso igualitário aos cargos com maior responsabilidade e remuneração, e uma proteção real da isonomia salarial entre homens e mulheres que exerçam a mesma função, direitos que parecem elementares, mas segundo estatísticas do IBGE e do DIEESE ainda estão longe de serem assegurados com efetividade às trabalhadoras brasileiras.

BIBLIOGRAFIA

ANDREUCCI, A. C. Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro: análise da necessária revisão do tratamento diferenciado à mulher nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição na Constituição Federal de 1988. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2010.

ATALIBA, Geraldo. Atualização FOLGOSI, Rosoléa Miranda. República e Constituição – 2ª Ed. – 2ª Tiragem – São Paulo Malheiros, 2001

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Estudo histórico sobre a condição da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Osasco: Centro Universitário FIEO, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade* - 3ª edição - atualizada – São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito administrativo* - 13ª edição – São Paulo: Malheiros, 2002.

BARBIERI, Carla Bertucci. Terceiro Setor: desafios e perspectivas constitucionais – Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. A Mulher e o direito do trabalho – São Paulo: LTr, 1995.

_____. Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências – 4ª edição – São Paulo: LTr, 2010.

_____. Curso de Direito do Trabalho – 7ª edição - São Paulo: LTr, 2011.

BARZOTTTO, Luciane Cardoso. Direitos Humanos e Trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional – 22ª edição – revista e *atualizada por Samantha Meyer-Pflug* - São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional – 26ª edição – atualizada – São Paulo: Malheiro, 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Direito Sindical – 3ª edição – São Paulo: LTr, 2009.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direito do trabalho da mulher: a questão da igualdade jurídica ante a desigualdade fática – São Paulo: LTr, 2007.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito do constitucional tributário – 19ª edição – São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPOS, Erika de Campos. O mercado de trabalho; as questões de discriminação da mulher a responsabilidade social da empresa. Tese (Doutora em Direito) – Direito das Relações Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coordenação). Direitos fundamentais sociais – São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Estudos sobre direitos fundamentais – 1ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação histórica dos direitos humanos – 7ª edição – São Paulo: Saraiva, 2010

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho – 6ª edição – São Paulo: LTr, 2007.

FARIA, José Eduardo (organizador). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça – 1ª edição – São Paulo: Malheiros, 2010.

FILHO, Evaristo Moraes. Tratado Elementar de Direito do Trabalho, Vol. I - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

GOSDAL, Thereza Cristina. Direito do Trabalho e Relações de gênero: Avanços e Permanências. In ARAÚJO, Adriane Reis de; FONTENELE-MOURÃO, Tânia – organizadoras. Trabalho da mulher: mitos, riscos e transformações – São Paulo: LTr, 2007

GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010

HOBBSAWN, Eric J.; *tradução Marcos Santarrita*. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991 – São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. Direito previdenciário – 2ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2002.

_____. Salário maternidade – São Paulo: Quartier Latin, 2004.

JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. Representação política da mulher – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*; tradução de Luís Carlos Borges. 3ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. O problema da justiça; tradução de João Baptista Machado. 3ª edição – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JOÃO, Paulo Sergio. Participação nos lucros e resultados das empresas. São Paulo: Dialética, 1998.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho – 15ª edição – São Paulo: Atlas, 2002.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito* – 24ª edição – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas – 26ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Iniciação ao Direito do Trabalho – 26ª edição – São Paulo: LTr, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Curso de Direito do Trabalho – São Paulo : LTr, 2011.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto – Constituição e Liberdade Sindical – São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, Airton Pereira. Direito do trabalho, direitos humanos sociais e a Constituição Federal – São Paulo: LTr, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos - São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2000

_____ Direitos humanos, globalização econômica, e integração regional: desafios do direito constitucional / coordenação Flávia Piovesan. – São Paulo: Max Limonad, 2002.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. Prisão civil e os direitos humanos. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Silvia Regina da. O trabalho da mulher à luz da Constituição Federal de 1988 – Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 6ª edição - São Paulo: LTr, 1993

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho – 3ª edição - São Paulo: LTr, 2009.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico – 21ª edição – São Paulo : Cortez, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo – 19ª edição – São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Processo constitucional de formação das leis -2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de; Dicionário de política – São Paulo: T. A. Queiroz, 1998.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. Efeitos da falência no processo do trabalho – São Paulo: LTr, 2004.

STÜMER, Gilberto. A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3ª ed. – São Paulo : Malheiros, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 4ª edição – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TORRES, Anita Maria Meinberg Percin. A saúde da mulher e o meio ambiente do trabalho – São Paulo: LTr, 2007.

SÍTIOS NA INTERNET CONSULTADOS

Sítio da Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html> -
(Acesso em 20.10.2011 às 22h12min)

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-da-Mulher/convencao-interamericana-sobre-a-concessao-dos-direitos-civis-a-mulher.html> -
(Acesso em 22.10.2011 às 14h57min)

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Casamento-e-Família/recomendacao-sobre-o-consentimento-para-o-matrimonio-a-idade-minima-para-contrair-matrimonio-e-o-registro-de-matrimonios.html>
(Acesso em 22.10.2011 às 15h16min)

Sítio oficial da Câmara dos Deputados

<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2548-31-agosto-1940-412576-publicacaooriginal-1-pe.html>
(Acesso em : 04/10/2011 – 20h59min)

<http://www2.camara.gov.br/noticias/institucional/arquivos/dados-sobre-a-adocao-no-brasil> -
(Acesso em 16.10.2011 às 21h26min)

Sítio “Direitos Humanos na internet”

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/mulher3.htm> - (Acesso em 18.10.2011 às 00h31min)

Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE

http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf -
(Acesso 27/07/2011 às 22h22min)

http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf
(Acesso 27/07/2011 às 20h47min)

http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf -
(Acesso 27/07/2011 às 22h22min)

Sítio oficial da Organização Internacional do Trabalho – OIT - em Portugal

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm
(Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm
(Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/constitucao.pdf> -
(Acesso em: 09.10.2011 às 21h51min)

http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_01a_pt.htm (Acesso em 02/10/2011 às 19h19min)

Sítio oficial da Presidência da República Federativa do Brasil

http://ww.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%c3%a7ao34.htm – (Acesso em: 02/10/2011 21h51min.)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm - (Acesso: 22.10.2011 às 16h41)

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm - Documento anexo ao Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002 - (Acesso: 22.10.2011 às 16h41)

https://sistema.planalto.gov.br/spmulheres/textos/OIT/rec_90.pdf - (Acesso 22.10.2011 às 14h03min)

Site oficial do Senado Federal - Subsecretaria de Informações

http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=16300&tipo_norma=DEC&data=19231231&link=s
(Acesso em 02/10/2011 às 20h46min)

<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=92814&norma=117907> – (Acesso em 12.08.2011 às 00H25min)

Sítio oficial do Ministério da Justiça – Brasil

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm
(Acesso: 09.10.2011 21h37min)

http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm
(Acesso: 09.10.2011 21h37min)

Sítio oficial do Ministério da Saúde – Brasil

http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_crianca_nutricao_aleitamento_alimentacao.pdf - (Acesso em 10.02.2012 às 16h47min)

Sítio oficial do Ministério das Relações Exteriores do Brasil

http://www2.mre.gov.br/dai/m_5005_2004.htm - (Acesso em 18.10.2011 às 02h20min).

Sítio oficial do Ministério do Trabalho e Emprego – Brasil

<http://portal.mte.gov.br/i-cnetd/i-cnetd>
(Acesso: 09.10.2011 às 17h52)

Sítio oficial do Sindicato dos Trabalhadores Empresas Prestação de Serviços de Asseio e Conservação e Limpeza Urbana de SP - SIEMACO na internet

http://www.siemaco.com.br/html/geradores/geradores_2011_2012.pdf
(Acesso em 08.02.2012 às 21h56min)

Sítio oficial do Supremo Tribunal Federal:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931> (Acesso em 03.11.2011 às 21h24min)

Sítio oficial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_098.html - (Acesso em 23.10.2011 às 13h07min)

http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_154.html - (Acesso em 23.10.2011 às 13h44)

Sítio oficial da União Européia

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:PT:PDF> (Acesso em 20.10.2011 às 23h08min)

ANEXO I

QUADRO I				
QUADRO COMPARATIVO DE CLÁUSULAS SOCIAIS EM NORMAS COLETIVAS SOBRE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER				
	FEBRABAN X CONTEC	SINTRACON-SP X SINDUSCON-SP	SINAMG X ENFERMEIROS	SINDHOSP X SIND. EMP. ESTAB. DE SAÚDE
Prorrogação de garantia de emprego gestante	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	NÃO	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.
Responsabilidades familiares	SIM. 2 (dois) dias por ano para acompanhamento de filho ao médico.	NÃO	SIM. 1 (um) dia por ano para acompanhamento de filho ao médico.	NÃO
Garantia de emprego para a mulher adotante	SIM. A empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança fará jus à prorrogação referida no caput, desde que a requeira no prazo de 30 (trinta) dias após a respectiva adoção ou sentença judicial.	NÃO	NÃO	NÃO
Creche ou auxílio creche	SIM. Reembolso com limite de valor e de idade. Em caso de criança especial, não há limite de idade	NÃO	SIM. Reembolso com limite de valor e de idade.	SIM. Reembolso com limite de valor e de idade.
Incentivo ou garantia para a amamentação	NÃO	NÃO	NÃO	NÃO
Proteção em caso de aborto	SIM. Garantia de emprego para a gestante, por 60 (sessenta) dias, em caso de aborto comprovado por atestado médico.	NÃO	NÃO	NÃO
Promoção de igualdade de gênero	NÃO	SIM.	NÃO	SIM
Prorrogação de licença maternidade	SIM. Condicionada a adesão do empregador e a vigência da Lei nº 11.770, de 09.09.2008	NÃO	NÃO	NÃO
Vigência da CCT	1º de setembro de 2011 a 31 de agosto de 2012.		1º de setembro de 2.011 a 31 de agosto de 2012	1º de maio de 2011 e término em 30 de abril de 2012.

QUADRO II				
QUADRO COMPARATIVO DE CLÁUSULAS SOCIAIS EM NORMAS COLETIVAS SOBRE PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER				
	SINPRO-SP X SIEEESP	FECOMERCIO X SECRETÁRIAS	SINDMAQ X METALÚRGICOS	
Prorrogação de garantia de emprego gestante	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	NÃO	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	
Responsabilidades familiares	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	NÃO	SIM. 60 (sessenta) dias após o término da licença-maternidade.	
Garantia de emprego para a mulher adotante	SIM. 1 (um) dia por semestre para acompanhamento de filho ao médico.	NÃO	SIM. 3 (três) vezes ao ano para acompanhamento de filho ao médico ou em reunião escolar.	
Creche ou auxílio creche	SIM. Nos termos da Lei nº 12.010 de 03/08/2009.	NÃO	SIM.	
Incentivo ou garantia para a amamentação	SIM. Pode ser substituída pelo pagamento do reembolso-creche, ou ainda, pela celebração de convênio com uma entidade reconhecidamente idônea.	NÃO	SIM	
Proteção em caso de aborto	NÃO	SIM. Substituição facultativa da garantia do artigo 396 da CLT por 8 dias úteis após o término da licença.	SIM. Substituição facultativa da garantia do artigo 396 da CLT por 8 dias úteis após o término da licença.	
Promoção de igualdade de gênero	NÃO	NÃO	SIM. 20 (vinte) dias de afastamento.	
Prorrogação de licença maternidade	NÃO	SIM	NÃO	
Vigência da CCT	NÃO	SIM. Condicionada a vigência da Lei nº 11.770, de 09.09.2008	SIM. 60 (sessenta) dias.	
	1º de março de 2010 a 29 de fevereiro de 2012	1º de maio de 2011 a 30 de abril de 2012	1º de novembro de 2011 a 31 de outubro de 2013.	

ANEXO II
CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO
(RATIFICADAS PELO BRASIL E APLICÁVEIS AO TEMA)

CONVENÇÃO Nº 3 DA OIT (não vigente)

DECRETO Nº 423 - DE 12 DE NOVEMBRO DE 1935

Promulga quatro Projectos de Convenção, approvados pela Organização Internacional do Trabalho, da Liga das Nações, por ocasião da Conferencia de Washington, convocada pela Governo dos Estados Unidos da America a 29 de outubro de 1919, pelo Brasil adoptados, a saber: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho nocturno das mulheres; Convenção que fixa a idade minima de admissão das crianças nos trabalhos industriaes; Convenção relativa ao trabalho nocturno das crianças na industria.

O Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Havendo o Chefe do Governo Provisorio ratificado a 27 de março de 1934 quatro Projectos de Convenção adoptados na Conferencia Geral da Organização internacional do Trabalho da Liga das Nações, reunida em Washington, por convocação do Governo dos Estados Unidos da America a 29 de outubro de 1919, a saber: Convenção relativa ao emprego das mulheres antes e depois do parto; Convenção relativa ao trabalho nocturno das mulheres; Convenção que fixa a idade minima de admissão das crianças nos trabalhos industriaes; Convenção relativa ao trabalho nocturno das crianças na industria; Tendo sido depositados os instrumentos de ratificação dessas Convenções nos archivos do Secretariado Geral da Liga das Nações a 26 de abril do mesmo anno; e, Attendendo ao disposto no art. 10 das Disposições Transitorias da Constituição da Republica, em virtude do qual ficaram approvados os actos do Governo Provisorio: Decreta:

Que as referidas Convenções, por cópia, appensas ao presente decreto, sejam executadas e cumpridas tão inteiramente como nellas se contém. Rio de Janeiro, em 12 de novembro de 1935, 114º da Independencia e 47º da Republica.

Getulio Vargas

José Carlos de Macedo Soares

GETULIO DORNELLES VARGAS,

CHEFE DO GOVERNO PROVISORIO DA REPUBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

Faço saber, aos que a presente Carta de ratificação virem, que, tendo sido approvados pela Conferencia Geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em Washington, a 29 de outubro de 1919, varios projectos de Convenções, resolveu o Brasil adoptar as quatro seguintes:

CONVENÇÃO Nº 3

PROJECTO DE CONVENÇÃO RELATIVA AO EMPREGO DAS MULHERES ANTES E DEPOIS DO PARTO

A Conferencia Geral da Organização Internacional do Trabalho da Liga das Nações,

Convocada em Washington pelo Governo dos Estados Unidos da America, aos 29 de outubro de 1919, Depois de haver decidido adoptar diversas propostas relativas ao "emprego das mulheres:

Antes ou depois do parto (inclusive a questão da indemnização de maternidade) questão comprehendida no terceiro ponto da ordem do dia da sessão da Conferencia effectuada em Washington, e Depois de haver decidido fossem essas propostas redigidas sob a fôrma de um projecto de convenção internacional, adopta o projecto de Convenção abaixo, sujeito á ratificação pelos membros da Organização Internacional do Trabalho, de conformidade com as disposições da Parte relativa ao Trabalho, do Tratado de Versalhes de 28 de junho de 1919 e do Tratado de Saint-Germain, de 10 de setembro de 1919:

ARTIGO 1º

Para os effeitos da presente Convenção, serão considerados como "estabelecimentos industriaes" especialmente:

- a) as minas carreiras (carrières) e industrias extractivas de qualquer natureza;
- b) as industrias nas quaes os productos são manufacturados, modificados, limpos, reparados, decorados, acabados, preparados para a venda, ou nos quaes as materias soffrem uma transformação; inclusive, a construcção dos navios, as industrias de demolição de material. bem como a producção, transformação e transmissão da força motriz em geral e da electricidade;
- c) a construcção, reconstrucção, manutenção, reparação, modificação ou demolição de todas as casas e edificios, estradas de ferro, bondes, portos, docas, molhes, canaes, installações para a navegação interior, caminhos, tuneis, pontes, viaductos, esgotos collectores, esgotos ordinarios, poços, installações telegraphicas ou telephonicas, installações electricas, usinas a gaz, distribuição de agua ou outros trabalhos de construcção, bem como os trabalhos de preparação e de alicerces precedendo os trabalhos acima;
- d) o transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada, via ferrea ou curso de agua maritimo ou interno,

inclusive a manutenção das mercadorias nas docas, caes, wharfs e entrepostos, com excepção do transporte braçal, (armazem de deposito).

Para os effeitos da presente Convenção, será considerado como "estabelecimento commercial" todo lugar destinado á venda das mercadorias ou a toda operação commercial.

Em cada, país a autoridade competente determinará a linha de demarcação entre a industria e o commercio, de um lado, a agricultura, do outro.

ARTIGO 2º

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

ARTIGO 3º

Em todos os estabelecimentos industriaes ou commerciaes, publicos ou privados, ou nas suas dependencias, com excepção dos estabelecimentos onde só são empregadas os membros de uma mesma familia, uma mulher

a) não será autorizada a trabalhar durante um periodo de seis semanas, depois do parto;

b) terá o direito de deixar o seu trabalho, mediante a exhibição de um attestado medico que declare esperar-se o parto, provavelmente dentro em seis semanas;

c) receberá, durante todo o periodo em que permanecer ausente, em virtude dos paragraphos (a) e (b), uma indemnização sufficiente para a sua manutenção e a do filho, em boas condições de hygiene; a referida indemnização, cujo total exacto será fixado pela autoridade competente em cada paiz, terá dotada pelos fundos publicos ou satisfeita por meio de um systema de seguros. Terá direito, ainda, aos cuidados gratuitos de um medico ou de uma parteira. Nenhum erro, da parte do medico ou da parteira, no calculo da data do parto, poderá impedir uma mulher de receber a indemnização, á qual tem direito a contar da data do attestado medico até áquella em que se produzir o parto;

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

ARTIGO 4º

No caso em que uma mulher se ausente do trabalho em virtude dos paragraphios (a) e (b) do artigo 3º da presente Convenção ou delle se afaste, por um periodo mais longo, depois de uma doença provada por attestado medico, como resultado da gravidez ou do parto, e que a reduza á incapacidade de voltar ao trabalho, será illegal, para o seu patrão, até que a sua ausencia tenha attingido uma duração maxima, fixada pela autoridade competente de cada paiz, notificar á sua, dispensa, durante a referida ausencia ou em uma data tal que, produzindo-se o pre-aviso expire o prazo no decurso da, ausencia acima mencionada.

ARTIGO 5º

As ratificações officiaes da presente Convenção, nas condições previstas na Parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919 e do Tratado de Saint-Germain, de 10 de setembro de 1919, serão communicadas ao Secretario Geral da Liga das Nações e por elle registradas.

ARTIGO 6º

Todo membro da Organização Internacional do Trabalho que ratificar a presente Convenção se compromette a applical-a às respectivas colonias, possessões ou protectorados que se não têm governo próprio, sob as reservas seguintes:

a) que as disposições da Convenção não se tornem inapplicaveis por força das condições locaes;

b) que as modificações que se tornem necessarias para adaptar a Convenção ás condições locaes possam ser nella introduzidas;

Cada membro deverá, notificar á Repartição Internacional do Trabalho sua decisão no que diz respeito a cada uma de suas colonias ou possessões ou a cada um dos seus protectorados que se não governe plenamente por si mesmo.

ARTIGO 7º

Logo que as ratificações de dous membros da Organização Internacional do Trabalho forem registadas ao Secretariado, o Secretario Geral da Liga das Nações notificará esse facto a todos os membros da Organização Internacional do Trabalho.

ARTIGO 8º

A presente, Convenção entrará em vigor na data em que essa notificação for effectuada pelo Secretario Geral da Liga das Nações; ligará apenas os membros que tiveram feito registrar sua notificação no Secretariado. De então em diante a presente Convenção entrará em vigor para qualquer outro membro, na data em que a ratificação, por parte desse membro for registada no Secretariado.

ARTIGO 9º

Todo membro que ratificar a presente Convenção se compromette a applicar as suas disposições o mais tardar em 1 de julho de 1922, e a tomar as providencias que forem necessarias para tornar effectivas essas disposições,

ARTIGO 10

Todo membro que houver ratificado a presente Convenção poderá denuncial-a ao expirar o prazo de dez annos a contar da entrada em vigor da Convenção, por meio de notificação ao Secretario Geral da Liga das Nações por estar registada. A denuncia só terá effeito um anno depois de haver sido registada ao Secretariado.

ARTIGO 11

O Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá, uma vez em cada dez anos pelo menos, apresentar á Conferencia Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá inscrever na ordem do dia da Conferencia a questão da revisão ou da modificação da dita Convenção.

ARTIGO 12

Os textos em francez e em inglez da presente Convenção farão fé igualmente.

(...)

Decreto nº 51.627, de 18 de dezembro de 1962

Torna pública a denúncia, por parte do Brasil, da Convenção (nº 3) relativa ao emprêgo das mulheres antes e depois do parto, concluída em Washington, a 29 de novembro de 1919.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Torna público que, por nota de 25 de julho de 1961, da Delegação Permanente do Brasil junto à Repartição Internacional do Trabalho ao Diretor-Geral da referida Organização e apensa, por cópia, ao presente Decreto, o Brasil denunciou a Convenção (nº 3) relativa ao emprêgo das mulheres antes e depois do parto, adotada em Washington, a 29 de novembro de 1919, por ocasião da I Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, havendo cessado os seus efeitos com relação ao Brasil, a 26 de julho de 1962.

Brasília, em 18 de dezembro de 1962; 141º da Independência e 74º da República.

João Goulart Hermes Lima

Benjamin Eurico Cruz

Fonte: Sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_003.html (acesso em 26/03/2012 às 20h30min)

CONVENÇÃO Nº 45 DA OIT

DECRETO-LEI Nº 482, DE 8 DE JUNHO DE 1938

Aprova a Convenção relativa ao emprego das mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas de qualquer categoria, firmada em Genebra a 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, nos termos do artigo 180 da Constituição de 10 de novembro de 1937:

Resolve aprovar a Convenção relativa ao emprego das mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas de qualquer categoria, firmada em Genebra a 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

Rio de Janeiro, em 8 de junho de 1938, 117º da Independência e 50º da República.

GETULIO VARGAS

Oswaldo Aranha

DECRETO Nº 3.233 - DE 3 DE NOVEMBRO DE 1938

Promulga a Convenção relativa ao emprego das mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas de qualquer categoria, firmada em Genebra a 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu na mesma cidade, de 4 a 25 de junho de 1935

O Presidente da República:

Havendo ratificado, a 21 de julho de 1938, a Convenção relativa ao emprego das mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas de qualquer categoria, firmada em Genebra a 18 de julho de 1935, por ocasião da 19ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, que se reuniu na mesma cidade, de 4 a 25 de junho de 1935; e, Tendo sido o respectivo instrumento de ratificação depositado no Secretariado da Liga das Nações, a 22 de setembro de 1938:

Decreta que a referida Convenção, apensa por cópia ao presente decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Rio de Janeiro, 3 de novembro de 1938, 117º da Independência e 50º da República.

Getulio Vargas

Oswaldo Aranha

GETULIO DORNELLES VARGAS,

Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil

Faço saber, aos que a presente Carta de ratificação virem, que, tendo sido aprovados pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua 19ª Sessão, reunida em Genebra, de 4 a 25 de junho de 1935, vários projetos de Convenções, resolveu o Brasil adotar a seguinte:

CONVENÇÃO Nº 45

PROJETO DE CONVENÇÃO RELATIVO AO EMPREGO DAS MULHERES NOS TRABALHOS SUBTERRÂNEOS NAS MINAS DE QUALQUER CATEGORIA

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de administração da Repartição Internacional do Trabalho, reunida em sua 19ª, sessão a 4 de junho de 1935, após haver decidido adotar diversas proposições relativas ao emprego das mulheres nos trabalhos subterrâneos nas minas de qualquer categoria, questão que constitui o segundo ponto da ordem do dia da sessão, após haver decidido que essas proposições se concretizariam em projeto de convenção internacional, adota aos vinte dias do mês de junho de 1935, o projeto de convenção, a se denominar Convenção dos trabalhos subterrâneos (mulheres), 1935, cujo teor é o seguinte

Artigo I

Para a aplicação da presente convenção, o termo "mina" abrange toda empresa, para extração de substâncias existentes abaixo do solo, tanto pública como privada.

Artigo II

Pessoa alguma do sexo feminino, do qualquer idade, pode ser empregada nos trabalhos sub-terrâneos de minas.

Artigo III

A legislação nacional poderá eximir da proibição supra:

- a) as pessoas que ocuparem cargo de direção e que não executarem trabalho manual;
- b) as pessoas ocupadas em serviços sanitários e sociais;
- c) as pessoas admitidas a fazer estágio em mina subterrânea, em virtude de estudos profissionais;
- d) todas as pessoas chamadas, ocasionalmente, a descer aos subterrâneos de qualquer mina, em exercício da profissão de caráter não manual.

Artigo IV

As ratificações oficiais da presente convenção serão comunicadas ao secretário Geral da Liga das Nações e por ele registadas.

Artigo V

I - A presente convenção só obrigará os Membros da Organização Internacional do Trabalho, cuja retificação houver sido registada pelo Secretário Geral.

II - A convenção entrará em vigor, doze meses após seu registo pelo Secretário Geral, das ratificações de dois membros.

III - Posteriormente, esta convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses da data em que sua ratificação houver sido registada.

Artigo VI

I - Logo que as ratificações de dois Membros da Organização Internacional do Trabalho forem registadas, notificará o Secretário Geral da Liga das Nações o fato a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho. O Secretário Geral notificará, também, o registo das ratificações, que lhe forem, posteriormente, comunicadas por todos os outros Membros da Organização.

Artigo VII

I - Todo Membro, que houver ratificado a presente convenção pode denuncia-la, ao termo do decênio computado da data da sua vigência inicial, por ato comunicado ao Secretário Geral da Liga das Nações e por ele registado. A denúncia só terá efeito um ano após o competente registo.

II - Todo Membro, que houver ratificado a presente convenção e que, no prazo de um ano, após o termo do decênio mencionado no parágrafo precedente, não fizer uso da faculdade prevista no presente artigo, obrigar-se-á por novo período de 10 anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente convenção ao termo de cada novo decênio, nas condições previstas no presente artigo.

Artigo VIII

Ao termo de cada período de 10 anos, computado da entrada em vigor da presente convocação, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá, apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente convenção e decidirá, caso se torne necessário, inscrever na ordem do dia da Conferência a revisão total ou parcial da mesma.

Artigo IX

I - No caso em que a Conferência adote nova convenção, visando a revisão total ou parcial da presente, e a menos que essa nova convenção não disponha em contrário:

a) a ratificação por um Membro da nova convenção, não obstante o artigo VII acima referido, importará, de pleno direito, em denúncia imediata da presente, sob reserva porém, que a nova convenção revista tenha entrado em vigor:

b) a partir da data da entrada em vigor dessa nova convenção revista, a presente cessará de ficar aberta à ratificação por novos Membros.

II - A presente convenção continuará, porém, em vigor em sua forma e teor para os Membros que a houverem ratificado e que não houverem ratificado a convenção revista.

Artigo X

Os textos francês e inglês farão igualmente fé.

O texto precedente é o texto autêntico do projeto de convenção devidamente adotado pela Conferência Geral da Organização do Trabalho em sua 19ª sessão realizada em Genebra e declarada encerrada no dia 25 de junho de 1935.]

Para a firmeza do que, apuseram as suas assinaturas, em 18 de julho de 1935.

O Presidente da Conferência; F. H. P. Creswell. O Diretor da Repartição Internacional do Trabalho: Harold Butler.

E, havendo sido aprovada a mesma Convenção, cujo teor fica acima transcrito, pela presente, a dou firme e valiosa, para produzir os seus devidos efeitos, prometendo que será cumprida inviolavelmente.

Em firmeza do que, mandei passar esta Carta, que assino e é selada com o selo das armas da República e subscrita pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores.

Dada no Palácio da Presidência, no Rio de Janeiro, aos vinte e, um dia do mês de julho de mil novecentos e trinta e oito, 117º da Independência e 50º da República.

Getúlio Vargas

Oswaldo Aranha

CONVENÇÃO Nº 100 DA OIT

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, nos termos do art. 66, inciso I, da Constituição Federal, e eu promulgo o seguinte,

Decreto Legislativo nº 24, de 1956

Art. 1º São aprovadas as Convenções do Trabalho de números 11, 12, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 96, 99, 100 e 101, concluídas em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho realizadas no período de 1946 a 1952.

Art. 2º Este Decreto Legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

SENADO FEDERAL, em 29 de maio de 1956.

Apolônio Salles

VICE-PRESIDENTE do SENADO FEDERAL, no exercício da PRESIDÊNCIA

DECRETO Nº 41.721, DE 25 DE JUNHO DE 1957

Revigorado pelo Decreto nº 95.461, de 11.12.1987

Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº11,12,13,14,19,26,29,81,88,89,95,99,100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

havendo o Congresso Nacional aprovado, pelo Decreto Legislativo nº 24, de 29 de maio de 1956, as seguintes Convenções firmadas entre o Brasil e vários países, em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convenção nº 11 - Convenção concernente aos Direitos da Associação e de União dos Trabalhadores Agrícolas, adotada na Terceira Conferência de Genebra, a 12 de novembro de 1921 e modificada pela Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946.

Convenção nº 12 - Convenção concernente à Indenização por Acidentes no Trabalho e na Agricultura, adotada pela Conferência na sua Terceira Sessão - Genebra, novembro de 1921 (com as modificações da Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946)

Convenção nº 14 - Convenção concernente à Concessão do Repouso Semanal nos Estabelecimentos Industriais, adotada na Terceira Sessão da Conferência de Genebra, em 17 de novembro de 1921 (com as modificações finais, de 1946).

Convenção nº 19 - Convenção concernente à Igualdade de Tratamento dos trabalhadores Estrangeiros e Nacionais em Matéria de Indenização por Acidentes de Trabalho, adotada pela Conferência em sua Sétima Sessão - Genebra, 5 de junho de 1925 (com as modificações da convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946).

Convenção nº 26 - Convenção concernente à Instituição de Métodos de Fixação de Salários Mínimos, adotada pela Conferência em sua Décima Primeira Sessão - Genebra, 16 de junho de 1928.

Convenção nº 29 - Convenção concernente à Trabalho Forçado ou Obrigatório, adotada pela Conferência em sua Décima Quarta Sessão - Genebra, 28 de junho de 1930 (com as modificações da Convenção de Revisão dos artigos finais, de 1946).

Convenção nº 81 - Convenção concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, adotada pela Conferência em sua Trigésima Sessão - Genebra, de 19 de junho de 1947.

Convenção nº 88 - Convenção concernente à Organização do Serviço de Emprego, adotada pela Conferência em sua Trigésima Primeira Sessão - São Francisco, 17 de junho de 1948.

Convenção nº 89 - Convenção relativa ao Trabalho Noturno das Mulheres Ocupadas na Indústria (Revista em 1948), adotada pela Conferência em sua Trigésima Sessão - São Francisco, 17 de junho de 1948.

Convenção nº 95 - Convenção concernente à Proteção do Salário, adotada pela Conferência em sua Trigésima Segunda Sessão - Genebra, 1º de junho de 1940.

Convenção nº 99 - Convenção concernente aos Métodos de Fixação de Salário Mínimo na agricultura, adotada pela Conferência em sua Trigésima Quarta Sessão - Genebra, 28 de junho de 1951.

Convenção nº 100 - Convenção concernente à Igualdade de Remuneração para a mão-de-obra Masculina e a mão-de-obra Feminina por um Trabalho de Igual Valor, adotada pela Conferência em sua Trigésima Quarta Sessão, em Genebra, a 29 de junho 1951.

Convenção nº 101 - Convenção concernente às Férias Pagas na Agricultura, adotada pela Conferência na sua Trigésima Quinta Sessão - Genebra, 4 de junho de 1952, e tendo sido depositado, a 25 de abril de 1957, junto à Repartição Internacional do Trabalho em Genebra, Instrumento brasileiro de ratificação das referidas convenções:

DECRETA:

Que as mencionadas Convenções, apenas por cópia ao presente Decreto, sejam executadas e cumpridas tão inteiramente como nelas se contêm.

Rio de Janeiro, em 25 de junho de 1957; 136º da Independência e 69º da República.

JUSCELINO KUBITSCHEK

José Carlos de Macedo Soares

CONVENÇÃO Nº 100

CONVENÇÃO CONCERNENTE À IGUALDADE DE REMUNERAÇÃO PARA A MÃO-DE-OBRA MASCULINA E A MÃO-DE-OBRA FEMININA POR UM TRABALHO DE IGUAL VALOR (adotada pela Conferência em sua trigésima quarta sessão, em Genebra, a 29 de junho de 1951)

A Conferência geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e aí se tendo reunido em 6 de junho de 1951, em sua trigésima quarta sessão,

Depois de haver decidido adotar diversas proposições relativas ao princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por trabalho de igual valor, questão que constituir o sétimo ponto da ordem do dia da sessão,

Depois de haver decidido que essas proposições tomariam a forma de uma convenção internacional,

Adotada neste vigésimo nono dia de junho de mil novecentos e cinquenta e um, a presente convenção, que será denominada Convenção sobre a igualdade de remuneração, de 1951.

ARTIGO 1º

Para os fins da presente convenção:

- a) o termo "remuneração" compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e tôdas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou " in natura " pelo empregador ao trabalhador em razão do emprêgo dêste último;
- b) a expressão "igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor", se refere às taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

ARTIGO 2º

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

2. Êste princípio poderá ser aplicado por meio:

- a) seja da legislação nacional;
- b) seja de qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecida ou reconhecido pela legislação;
- c) seja de convenções coletivas firmadas entre empregadores e empregados;
- d) seja de uma combinação dêsses diversos meios.

ARTIGO 3º

1. Quando tal providência facilitar a aplicação da presente convenção, tomar-se-ão medidas para desenvolver a avaliação objetiva dos empregados sobre a base dos trabalhos que êles comportam.

2. Os métodos a seguir para esta avaliação poderão ser objeto de decisões, seja da parte das autoridades competentes, no que concerne à fixação das taxas de remuneração, seja, se as taxas de remuneração forem fixadas em virtude de convenções coletivas, pelas parte destas convenções.

3. As diferenças entre as taxas de remuneração que correspondem, sem consideração de sexo, a diferenças resultantes de tal avaliação objetiva nos trabalhos a efetuar, não deverão ser consideradas como contrárias aos princípios de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

ARTIGO 4º

Cada Membro colaborará, da maneira que convier, com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, a fim de efetivar disposições da presente convenção.

ARTIGO 5º

As gratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor geral da Repartição Internacional do Trabalho e por êle registradas.

ARTIGO 6º

1. A presente convenção não obrigará senão os Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tiver sido registrada pelo Diretor Geral.

2. Ela entrará em vigor doze meses depois que as ratificações de dois Membros tiverem sido registradas pelo Diretor Geral.

3. Depois disso, esta convenção entrará em vigor para cada Membro doze meses depois da data em que sua ratificação tiver sido registrada.

ARTIGO 7º

1. As declarações que forem comunicadas ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho, de conformidade com o parágrafo 2º do artigo 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, deverão esclarecer:

- a) os territórios nos quais o Membro interessado se compromete a aplicar, sem modificação, as disposições da convenção.
- b) os territórios nos quais êle se compromete a aplicar as disposições da convenção com modificações, e em que consistem as ditas modificações;
- c) os territórios aos quais a convenção é inaplicável e, neste caso, as razões pelas quais ela é inaplicável;
- d) os territórios para os quais êle reserva sua decisão, esperando um exame mais aprofundado da respectiva situação.

2. As obrigações mencionadas nas alíneas a) e b) do primeiro parágrafo do presente artigo serão reputadas parte integrantes da ratificação e produzirão idênticos efeitos.

3. Qualquer Membro poderá renunciar, por meio de nova declaração, a tôda ou parte das reservas contidas na sua declaração anterior em virtude das alíneas b), c) e d) do primeiro parágrafo do presente artigo.

4. Qualquer Membro poderá, durante os períodos no curso dos quais a presente convenção pode ser denunciada de conformidade com as disposições do artigo 9, comunicar ao Diretor Geral uma nova declaração modificando em qualquer outro ponto os termos de qualquer declaração anterior e dando a conhecer a situação nos territórios que especificar.

ARTIGO 8º

1. As declarações comunicadas ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho de conformidade com os parágrafos 4 e 5 do artigo 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho devem indicar se as disposições da convenção serão aplicadas no território com ou sem modificações; quando a declaração indica que as disposições da convenção se aplicam sob reserva de modificações, ela deve especificar em que consistem as ditas modificações.

2. O Membro ou Membros ou autoridade internacional interessados poderão renunciar inteira ou parcialmente, em declaração ulterior, ao direito de invocar uma modificação indicada em declaração anterior.

3. O Membro ou Membros ou a autoridade internacional interessados poderão, durante os períodos no curso dos quais a convenção pode ser denunciada de conformidade com as disposições do artigo 9, comunicar ao Diretor Geral nova declaração modificando, em qualquer outro ponto, os termos de uma declaração anterior e dando a conhecer a situação no que concerne à aplicação desta convenção.

ARTIGO 9º

1. Um Membro que tiver ratificado a presente convenção pode denunciá-la à expiração de um período de dez anos após a data em que foi posta em vigor pela primeira vez, por ato comunicado ao Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por êle registrado. A denúncia não terá efeito senão um ano depois de ter sido registrada.

2. Todo Membro que, tendo ratificado a presente convenção, dentro de um prazo de um ano após a expiração do período de dez anos mencionados no parágrafo prededente, não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo presente artigo, estará obrigado por um novo período de dez anos e, depois disso, poderá denunciar a presente convenção à expiração de cada período de dez anos nas condições previstas pelo presente artigo.

ARTIGO 10

1. O Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de tôdas as ratificações, declarações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Notificando aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicado, o Diretor Geral chamará a atenção dos Membros da Organização para a data na qual a presente convenção entrar em vigor.

ARTIGO 11

O Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário Geral das Nações Unidas, para fins de registro, de conformidade com o artigo 102 da Carta das Nações Unidas, as informações completas a respeito de tôdas as ratificações, de tôdas as declarações e de todos os atos de denúncia que tiver registrado de conformidade com os artigos precedentes.

ARTIGO 12

Cada vez que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência geral um relatório sôbre a aplicação da presente convenção e examinará a oportunidade de inscrever, na ordem do dia Conferência, a questão de sua revisão total ou parcial.

ARTIGO 13

1. No caso em que a Conferência adote uma nova convenção revendo, total ou parcialmente, a presente convenção, a menos que a nova convenção disponha em contrário:

a) ratificação por um Membro da nova convenção de revisão, implicará, de pleno direito, não obstante o artigo 9º acima, denúncia imediata da presente convenção quando a nova convenção de revisão tiver entrado em vigor;

b) a partir da data da entrada em vigor da nova convenção de revisão, a presente convenção cessará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente convenção ficará, em qualquer caso, em vigor, na forma e no conteúdo, para os Membros que a tiverem ratificado e que não tiverem ratificado a convenção de revisão.

ARTIGO 14

A versão francesa e a inglesa do texto da presente convenção fazem igualmente fé.

O texto precedente é o texto autêntico da convenção devidamente adotada pela Conferência geral da Organização Internacional do Trabalho na sua trigésima quarta sessão realizada em Genebra e que foi declarada encerrada em 29 de junho de 1951.

Em Fé Do Que apuseram suas assinaturas, neste segundo dia de agosto de 1951,

O Presidente da Conferência - Rappard.

Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho - David A. Morse.

O Texto da Convenção apresentado aqui é cópia exata do texto autenticado pelas assinaturas do Presidente da Conferência Internacional do trabalho e do Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

Cópia certificada conforme e completa, pelo Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho: C. W. Jenks, Consultor Jurídico da Repartição Internacional do Trabalho.

DECRETO Nº 95.461, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1987

Revoga o Decreto nº 68.796, de 23 de junho de 1971, e revigora o Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957, concernentes à Convenção nº 81, da Organização Internacional do Trabalho.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere o artigo 81, item III, da Constituição,

DECRETA:

Art. 1º Fica revogado o Decreto nº 68.796, de 23 de junho de 1971, que tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção nº 81, concernente à Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, da Organização Internacional do Trabalho.

Art. 2º Fica revigorado, em sua plenitude, o Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957, que promulgou a Convenção nº 81, da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 74, de 29 de maio de 1956.

Art. 3º Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 11 de dezembro de 1987; 166º da Independência e 99º da República.

JOSÉ SARNEY

Roberto Costa de Abreu Sodré

Almir Pazzianotto Pinto

Fonte: Sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_100.html (acesso em 26/03/2012 às 20h40min)

CONVENÇÃO Nº 103 DA OIT

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, nos termos do art. 66, n.º 1 da Constituição Federal e eu, CAMILLO NOGUEIRA DA GAMA, VICE-PRESIDENTE do SENADO FEDERAL, no exercício da PRESIDÊNCIA, promulgo o seguinte:

DECRETO LEGISLATIVO Nº 20, DE 1965

Aprova as Convenções de ns. 21, 22, 91, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 106 e 107 e rejeita a de n.º 90, adoções pela Conferência-geral da Organização Internacional do Trabalho.

Art. 1º São aprovadas as Convenções de ns. 21, 22, 93, 94, 97, 103, 104, 105, 108 e 107, adotadas pela Conferência- Geral da Organização Internacional do Trabalho.

§ 1º A Convenção de nº 103 não será aplicada às categorias de trabalho enumeradas no seu art. VII, alíneas "b e c".

§ 2º A Convenção de nº 106 aplicar-se-à às categorias relacionadas no seu artigo 3º, excetuadas as constantes da alínea "b".

Art. 2º É rejeitada a Convenção nº 90, adotada pela 31ª Sessão da Conferência-geral da Organização Internacional do Trabalho, reunida em 1948, em São Francisco.

Art. 3º Este decreto legislativo entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

SENADO FEDERAL, em 30 de abril de 1965.

Camillo Nogueira da Gama

VICE-PRESIDENTE do SENADO FEDERAL, no exercício da PRESIDÊNCIA

DECRETO Nº 58.820, DE 14 DE JULHO DE 1966

Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

HAVENDO o Congresso Nacional aprovado pelo decreto legislativo número 20, de 1965, a Convenção nº 103 relativa ao amparo à maternidade, adotada em Genebra, a 28 de junho de 1952, por ocasião da trigésima Quinta sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, com reservas dos incisos b e c do parágrafo 1º do artigo VII;

E havendo a referida Convenção entrado em vigor, para o Brasil, de conformidade com seu artigo 9º, parágrafo 3º, a 18 de junho de 1966, isto é, doze meses após a data do registro da ratificação brasileira na Repartição Internacional de Trabalho, o que se efetuou a 18 de junho de 1965.

Decreta que a referida Convenção, apensa por cópia ao presente Decreto, observada a reserva feita pelo Governo brasileiro, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 14 de julho de 1966; 145º da Independência e 78º da República.

H. CASTELO BRANCO

Juracy Magalhães

CONVENÇÃO Nº 103

CONVENÇÃO RELATIVA AO AMPARO À MATERNIDADE

(Revista em 1952)

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e aí se tendo reunido em 4 de junho de 1952 em sua trigésima Quinta sessão,

Depois de haver decidido adotar diversas proposições relativas ao amparo à maternidade, questão que constitui o sétimo ponto da ordem do dia da sessão.

Depois de haver decidido que essas proposições tomariam a forma de uma convenção internacional, adota, neste vigésimo oitavo dia de junho de mil novecentos e cinqüenta e dois, a convenção presente, que será denominada Convenção sobre o amparo à maternidade (revista), 1952.

Artigo I

1. A presente convenção aplica-se às mulheres empregadas em empresas industriais bem como às mulheres empregadas em trabalhos não industriais e agrícolas, inclusive às mulheres assalariadas que trabalham em domicílio.

2. Para os fins da presente convenção, o termo "empresas industriais" aplica-se às empresas públicas ou privadas bem como a seus ramos (filiais) e compreende especialmente:

a) as minas, pedreiras e indústrias extrativas de todo gênero;

b) as empresas nas quais produtos são manufaturados, modificados, beneficiados, consertados, decorados, terminados, preparados para a venda, destruídos ou demolidos, ou nas quais matérias sofrem qualquer transformação, inclusive as empresas de construção naval, de produção, transformação e transmissão de eletricidade e de força motriz em geral;

c) as empresas de edificação e de engenharia civil, inclusive os trabalhos de construção, de reparação, de manutenção, de transformação e de demolição;

d) as empresas de transporte de pessoas ou de mercadorias por estrada de rodagem, estrada de ferro, via marítima ou fluvial, via aérea, inclusive a conservação das mercadorias em docas, armazéns, trapiches, entrepostos ou aeroportos.

3. Para os fins da presente convenção o termo "trabalhos não industriais" aplica-se a todos os trabalhos realizados nas empresas e serviços públicos ou privados seguintes, ou em relação com seu funcionamento:

a) os estabelecimentos comerciais;

b) os correios e os serviços de telecomunicações;

c) os estabelecimentos ou repartições cujo pessoal está empregado sobretudo em trabalhos de escritórios;

d) tipografias e jornais;

e) os hotéis, pensões, restaurantes, clubes, cafés (salões de chá) e outros estabelecimentos onde se servem bebidas, etc.;

f) os estabelecimentos destinados ao tratamento ou à hospitalização de doentes, enfermos, indigentes e órfãos;

g) as empresas de espetáculos e diversões públicos;

h) o trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares bem como a todos os outros trabalhos não industriais aos quais a autoridade competente decidir aplicar os dispositivos da convenção.

4. Para os fins da presente convenção, o termo "trabalhos agrícolas" aplica-se a todos os trabalhos executados nas empresas agrícolas, inclusive as plantações (fazendas) e nas grandes empresas agrícolas industrializadas.

5. Em todos os casos onde não parece claro se a presente convenção se aplica ou não a uma empresa, a uma filial (ramo) ou a um trabalho determinados, a questão deve ser decidida pela autoridade competente após consulta às organizações representativas de empregadores e empregados interessadas, se existirem.

6. A legislação nacional pode isentar da aplicação da presente convenção as empresas onde os únicos empregados são os membros da família do empregador de acordo com a referida legislação.

Artigo II

Para os fins da presente convenção o termo "mulher" designa toda pessoa do sexo feminino, qualquer que seja sua idade ou nacionalidade, raça ou crenças religiosas, casada ou não, e o termo "filho" designa toda criança nascida de matrimônio ou não.

Artigo III

1. Toda mulher a qual se aplica a presente convenção tem o direito, mediante exibição de um atestado médico que indica a data provável de seu parto, a uma licença de maternidade.

2. A duração dessa licença será de doze semanas, no mínimo; uma parte dessa licença será tirada, obrigatoriamente depois do parto.

3. A duração da licença tirada obrigatoriamente depois do parto será estipulada pela legislação nacional; não será, porém nunca inferior a seis semanas; o restante da licença total poderá ser tirado, segundo o que decidir a legislação nacional, seis antes da data provável do parto, seja após a data da expiração da licença obrigatória ou seja ainda uma parte antes da primeira destas datas e uma parte depois da segunda.

4. Quando o parto se dá depois da data presumida, a licença tirada anteriormente se acha automaticamente prorrogada até a data efetiva do parto e a duração da licença obrigatória depois do parto não deverá ser diminuída por esse motivo.

5. Em caso de doença confirmada por atestado médico como resultante da gravidez, a legislação nacional deve prever uma licença pré-natal suplementar cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

6. Em caso de doença confirmada por atestado médico como corolário de parto, a mulher tem direito a uma prorrogação da licença após o parto cuja duração máxima pode ser estipulada pela autoridade competente.

Artigo IV

1. Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do artigo três acima, ela tem direito a prestações em espécie e a assistência médica.

2. A percentagem das prestações em espécie será estipulada pela legislação nacional de maneira a serem suficientes para assegurar plenamente a subsistência da mulher e de seu filho em boas condições de higiene e segundo um padrão de vida apropriada.

3. A assistência médica abrangerá assistência pré-natal, assistência durante o parto e assistência após o parto prestado por parteira diplomada ou por médico, e bem assim a hospitalização quando for necessária; a livre escolha do médico e livre escolha entre um estabelecimento público ou privado serão respeitadas.

4. As prestações em espécie e a assistência médica serão concedidas quer nos moldes de um sistema de seguro obrigatório quer mediante pagamento efetuados por fundos públicos, em ambos os casos serão concedidos de pleno direito a todas as mulheres que preenchem as condições estipuladas.

5. As mulheres que não podem pretender, de direito, a quaisquer prestações, receberão apropriadas prestações pagas dos fundos de assistência pública, sob ressalva das condições relativas aos meios de existência prescritas pela referida assistência.
6. Quando as prestações em espécie fornecidas nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório são estipuladas com base nos proventos anteriores, elas não poderão ser interiores a dois terços dos proventos anteriores tomadas em consideração.
7. Toda contribuição devida nos moldes de um sistema de seguro social obrigatório que prevê a assistência à maternidade e toda taxa calculada na base dos salários pagos, que seria cobrada tendo em vista fornecer tais prestações, devem ser pagas de acordo com o número de homens e mulheres empregados nas empresas em apreço, sem distinção de sexo, sejam pagas pelos empregadores ou, conjuntamente, pelos empregadores e empregados.
8. Em hipótese alguma, deve o empregador ser tido como pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas às mulheres que ele emprega.

Artigo V

1. Se a mulher amamentar seu filho, será autorizada a interromper seu trabalho com esta finalidade durante um ou vários períodos cuja duração será fixada pela legislação nacional.
2. As interrupções do trabalho para fins de aleitamento, devem ser computadas na duração do trabalho e remuneradas como tais nos casos em que a questão seja regulamentada pela legislação nacional ou de acordo com estes, nos casos em que a questão seja regulamentada por convenções coletivas, as condições serão estipuladas de acordo com a convenção coletiva pertinente.

Artigo VI

Quando uma mulher se ausentar de seu trabalho em virtude dos dispositivos do art. 3º da presente convenção, é ilegal para seu empregador despedi-la durante a referida ausência ou em data tal que o prazo do aviso prévio termine enquanto durar a ausência acima mencionada.

Artigo VII

1. Todo membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifica a presente convenção pode, por meio de uma declaração que acompanha sua ratificação, prever derrogações no que diz respeito:
 - a) a certas categorias de trabalhos não industriais;
 - b) a trabalhos executados em empresas agrícolas outras que não plantações;
 - c) ao trabalho doméstico assalariado efetuado em casas particulares;
 - d) às mulheres assalariadas trabalhando em domicílio;
 - e) às empresas de transporte marítimo de pessoas ou mercadorias.
2. As categorias de trabalhos ou de empresas para as quais tenham aplicação os dispositivos do parágrafo primeiro do presente artigo deverão ser designadas na declaração que acompanha a ratificação da convenção.
3. Todo membro que fez tal declaração pode, a qualquer tempo anulá-la em todo ou em parte, por uma declaração ulterior.
4. Todo membro, com relação ao qual está em vigor uma declaração feita nos termos do parágrafo primeiro do presente artigo, indicará todos os anos no seu relatório anual sobre a aplicação da presente convenção, a situação de sua legislação e de suas práticas quanto aos trabalhos e empresas aos quais se aplica o referido parágrafo primeiro em virtude daquela declaração precisando até que ponto deu execução ou se propõe a dar execução à no que diz respeito aos trabalhos e empresas em apreço.
5. Ao término de um período de cinco anos após a entrada em vigora da presente convenção, o Conselho Administrativo do Bureau Internacional do Trabalho submeterá à Conferência um relatório especial com relação à aplicação dessas derrogações e contendo as propostas que julgará apartunas em vista das medidas a serem tomadas a este respeito.

Artigo VIII

As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

Artigo IX

1. A presente convenção será obrigatória somente para os Membros da Organização Internacional do Trabalho, cuja ratificação tiver sido registrada pelo Diretor-Geral.
2. Esta convenção entrará em vigor 12 meses após terem sido registradas pelo Diretor-Geral as ratificações de dois Membros.
3. Em seguida a uma convenção entrará em vigor para cada Membro doze meses após a data em que sua ratificação tiver sido registrada.

Artigo X

1. As declarações comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, nos termos do parágrafo 2º do artigo 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, deverão indicar:
 - a) os territórios para os quais o Membro interessado se compromete a que as disposições da convenção ou alguns de seus capítulos sejam aplicados sem modificação;

- b) os territórios para os quais êle se compromete a que as disposições da convenção ou alguns de seus capítulos sejam aplicados com modificações e em que consistem tais modificações;
 - c) os territórios onde a convenção não poderá ser aplicada e, nesses casos, as razões por que não pode ser aplicada;
 - d) os territórios para os quais reserva sua decisão na pendência de um exame mais pormenorizado da situação dos referidos territórios.
2. Os compromissos mencionados nas alíneas a e b do primeiro parágrafo do presente artigo serão partes integrantes da ratificação e produzirão efeitos idênticos.
 3. Qualquer Membro poderá renunciar, mediante nova declaração, a tôdas ou a parte das restrições contidas em sua declaração anterior, em virtude das alíneas b, c e d do parágrafo primeiro do presente artigo.
 4. Qualquer Membro poderá, no decorrer dos períodos em que a presente convenção possa ser denunciada de acôrdo com o disposto no artigo 12 comunicar ao Diretor-Geral uma nova declaração modificado em qualquer sentido os termos de declarações anteriores e indicando a situação em territórios determinados.

Artigo XI

1. As declarações comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, nos termos dos parágrafos 4º e 5º do artigo 35 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, devem indicar se as disposições da convenção serão aplicadas no território com ou sem modificações; sempre que a declaração indicar que as disposições da Convenção sejam aplicadas com a ressalva de modificações, deve especificar em que consistem as referidas modificações.
2. O Membro ou os Membros ou autoridade internacional interessados poderão renunciar total ou parcialmente, mediante declaração ulterior, ao direito de invocar uma modificação indicada em declaração anterior.
3. O Membro ou os Membros ou a autoridade internacional interessados poderão, no decorrer dos períodos em que a convenção possa ser denunciada, de acôrdo com o disposto no artigo 12, comunicar ao Diretor-Geral uma nova declaração que modifique em qualquer sentido os termos de uma declaração anterior e indicando a situação no que concerne à aplicação desta convenção.

Artigo XII

1. Qualquer Membro que houver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la ao término de um período de 10 anos após a data da sua vigência inicial, mediante comunicação ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por êle registrada. A denúncia surtirá efeito sômente um ano após ter sido registrada.
2. Qualquer membro que houver ratificado a presente convenção e no prazo de um ano após o término do período de 10 anos mencionado no parágrafo precedente não fizer uso da faculdade de denúncia prevista no presente artigo, estará vinculado por um nôvo período de 10 anos e, em seguida, poderá denunciar a convenção ao término de cada período de 10 anos nas condições previstas no presente artigo.

Artigo XIII

1. O Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho do registro de tôdas as ratificações, declarações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização.
2. Ao notificar os Membros da Organização do registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicado, o Diretor-Geral chamará a sua atenção para a data em que a presente convenção entrará em vigor.

Artigo XIV

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para efeito de registro nos termos do art. 102 da Carta das Nações Unidas, os dados completos com respeito a tôdas as ratificações, declarações e atos de denúncia que houver registrado de acôrdo com os artigos precedentes.

Artigo XV

Sempre que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral um relatório sôbre a aplicação da presente convenção e examinará a conveniência de inscrever na ordem do dia da Conferência a questão da sua revisão, total ou parcial.

Artigo XVI

1. Caso a Conferência adote uma nova convenção que importe na revisão total ou parcial da presente, e a menos que a nova convenção disponha de outra forma:
 - a) a ratificação, por um Membro, da nova convenção que fizer a revisão, acarretará, de pleno direito, não obstante o art. 12 acima, denúncia imediata da presente, desde que a nova convenção tenha entrado em vigor;
 - b) a partir da data da entrada em vigor da convenção que fizer a revisão, a presente deixará de estar aberta á ratificação pelos Membros.
2. A presente convenção continuará em vigor, todavia, em sua forma e conteúdo, para os Membros que a tiverem ratificado e que não ratifiquem a que fizer a revisão.

Artigo XVII

As versões francesa e inglesa do texto da presente convenção fazem igualmente fé.

O texto acima é o texto autêntico da convenção devidamente adotada na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua trigésima quinta sessão, que teve lugar em Genebra e que foi concluída a 28 de junho de 1952.

Em fé do que apuseram suas assinaturas, neste quarto dia do mês de junho de 1952:

O Presidente da Conferência O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho

José de Segadas Viana David A. Morse

CONVENÇÃO Nº 111 DA OIT

Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL aprovou, nos termos do art. 66, nº 1, da Constituição Federal e eu, CAMILLO NOGUEIRA DA GAMA, VICE-PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, no exercício da PRESIDÊNCIA, promulgo o seguinte:

DECRETO LEGISLATIVO Nº 104, DE 1964

Aprova a Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, concluída em Genebra.

Art. 1º É aprovada a Convenção concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, concluída em Genebra, em 1958, na 42ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho.

Art. 2º Este decreto legislativo entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

SENADO FEDERAL, em 24 de novembro de 1964.

CAMILLO NOGUEIRA DA GAMA

VICE-PRESIDENTE, no exercício da PRESIDÊNCIA

DECRETO Nº 62.150, DE 19 DE JANEIRO DE 1968

Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

HAVENDO o Congresso Nacional aprovado pelo Decreto Legislativo nº 104, de 1964, a Convenção nº 111 sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, adotado pela Conferência Internacional do Trabalho em sua quadragésima-segunda sessão, a 25 de junho de 1958;

E HAVENDO a referida Convenção entrado em vigor, em relação ao Brasil, de conformidade com o artigo 8, parágrafo 3º, a 26 de novembro de 1966, isto é, doze meses após o registro do Instrumento brasileiro de ratificação efetuado pela Repartição Internacional do Trabalho a 26 de novembro de 1965.

DECRETA que a mesma, apensa, por cópia, ao presente decreto, seja executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Brasília, 19 de janeiro de 1968; 147º da Independência e 80º da República.

A. COSTA E SILVA

José de Magalhães

Pinto

CONVENÇÃO Nº 111

CONVENÇÃO CONCERNENTE À DISCRIMINAÇÃO EM MATÉRIA DE EMPRÊGO E PROFISSÃO

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida a 4 de junho de 1958, em sua quadragésima-segunda sessão;

Após ter decidido adotar diversas disposições relativas à discriminação em matéria de emprego e profissão, assunto que constitui o quarto ponto da ordem do dia da sessão;

Após ter decidido que essas disposições tomariam a forma de uma convenção internacional;

CONSIDERANDO que a declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, seja qual for a raça, credo ou sexo têm direito ao progresso material e desenvolvimento espiritual em liberdade e dignidade, em segurança econômica e com oportunidades iguais;

CONSIDERANDO, por outro lado, que a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem,

adota neste vigésimo quinto dia de junho de mil novecentos e cinquenta e oito, a convenção abaixo transcrita que será denominada Convenção sobre a discriminação (emprego e profissão), 1958.

ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinção, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

ARTIGO 2°

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

ARTIGO 3°

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve, por métodos adequados às circunstâncias e os usos nacionais:

- a) Esforçar-se por obter a colaboração das organizações de empregadores e Trabalhadores e de outros organismos apropriados, com o fim de favorecer a aceitação e aplicação desta política;
- b) Promulgar leis e encorajar os programas de educação próprios a assegurar esta aceitação e esta aplicação;
- c) Revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas, administrativas que sejam incompatíveis com a referida política.
- d) Seguir a referida política no que diz respeito a empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional;
- e) Assegurar a aplicação da referida política nas atividades dos serviços de orientação profissional, formação profissional e colocação dependentes do controle de uma autoridade nacional;
- f) Indicar, nos seus relatórios anuais sobre a aplicação da convenção, as medidas tomadas em conformidade com esta política e os resultados obtidos.

ARTIGO 4°

Não são consideradas como discriminação qualquer medidas tomadas em relação a uma pessoa que, individualmente, seja objeto de uma suspeita legítima de se entregar a uma atividade prejudicial à segurança do Estado ou cuja atividade se encontre realmente comprovada, desde que a referida pessoa tenha o direito de recorrer a uma instância competente, estabelecida de acordo com a prática nacional.

ARTIGO 5°

1. As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotada pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.
2. Qualquer Membro pode, depois de consultadas às organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, definir como não discriminatórias quaisquer outras medidas especiais que tenham por fim salvaguardar as necessidades particulares de pessoas em relação às quais a atribuição de uma proteção ou assistência especial seja de uma maneira geral, reconhecida como necessária, por razões tais como o sexo, a invalidez, os encargos de família ou o nível social ou cultural.

ARTIGO 6°

Qualquer membro que ratificar a presente convenção compromete-se a aplicá-la aos territórios não metropolitanos, de acordo com as disposições da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

ARTIGO 7°

As ratificações formais da presente convenção serão comunicadas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registradas.

ARTIGO 8°

1. A presente convenção somente vinculará Membros da Organização Internacional do Trabalho cuja ratificação tiver sido registrada pelo Diretor-Geral.
2. A convenção entrará em vigor doze meses após registradas pelo Diretor-Geral as ratificações de dois dos Membros.
3. Em seguida, esta convenção entrará em vigor, para cada Membros, doze meses após a data do registro da respectiva ratificação.

ARTIGO 9°

1. Qualquer Membro que tiver ratificado a presente convenção pode denunciá-la no término de um período de dez anos após a data da entrada em vigor inicial da convenção por ato comunicado ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só produzirá efeito um ano após ter sido registrada.
2. Qualquer Membro que tiver ratificado a presente convenção que, no prazo de um ano, depois de expirado o período de dez anos mencionados no parágrafo anterior, e que não fizer uso da faculdade de denuncia prevista no presente artigo, ficará vinculado por um novo período de dez anos, e, em seguida, poderá denunciar a presente convenção no término de cada período de dez anos, observadas as condições estabelecidas no presente artigo.

ARTIGO 10

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada o Diretor-Geral chamará a atenção para a data em que a presente convenção entrará em vigor.

ARTIGO 11

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretária-Geral das Nações Unidas para efeitos de registro de acordo com o artigo 102º da Carta das Nações Unidas, informações completas a respeito de todas as ratificações e todos os atos de denúncia, que tiver registrado, nos termos dos artigos precedentes.

ARTIGO 12

Sempre que o julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho apresentará a Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente convenção e decidirá da oportunidade de inscrever na ordem do dia da Conferência a questão da sua revisão total ou parcial.

ARTIGO 13

1. No caso de a Conferência adotar uma nova convenção que implique em revisão total ou parcial da presente convenção e salvo disposição em contrário da nova convenção:

- a) A ratificação da nova convenção de revisão por um Membro implicará ipso jure a denúncia imediata da presente convenção, não obstante o disposto no artigo 9º, e sob reserva de que a nova convenção de revisão tenha entrada em vigor;
- b) A partir da data da entrada em vigor da nova convenção, a presente convenção deixa de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente convenção continuará, todavia, em vigor na sua forma e conteúdo para os Membros que a tiverem ratificado, e que não ratificarem a convenção de revisão.

ARTIGO 14

As versões francesa e inglesa do texto da presente convenção fazem igualmente fé.

O texto que precede é o texto autêntico da convenção devidamente adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua quadragésima-segunda sessão, que se reuniu em Genebra e que foi encerrada a 26 de junho de 1958.

Em fé do que, assinaram a 5 de julho de 1958:

O Presidente da Conferência, B. K. DAS.

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, DAVID A. MORSE

DECRETO LEGISLATIVO Nº 86, DE 1989

Aprova os textos das Convenções nºs 135 e 161 e rejeita a de nº 143, da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Art. 1º São aprovadas as seguintes Convenções adotadas pela Organização Internacional do Trabalho - OIT:

I - Convenção nº 135, adotada durante a 56ª Sessão, em 1981, concernente a "Proteção de Representantes de Trabalhadores";

II - Convenção nº 161, adotada durante a 71ª Sessão, em 1985, concernente a Serviços de Saúde do Trabalho.

Art. 2º É rejeitada a Convenção nº 143, adotada pela Organização Internacional do Trabalho - OIT durante a 60ª Sessão, em 1975, concernente a Migrações Abusivas - Trabalhadores Migrantes - Promoção de Igualdade de Tratamento.

Art. 3º Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, 14 de dezembro de 1989.

SENADOR NELSON CARNEIRO

Presidente

Fonte: Sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/legis/CLT/OIT/OIT_111.html - (acesso em 26/03/2012 às 20h49min)

ANEXO III

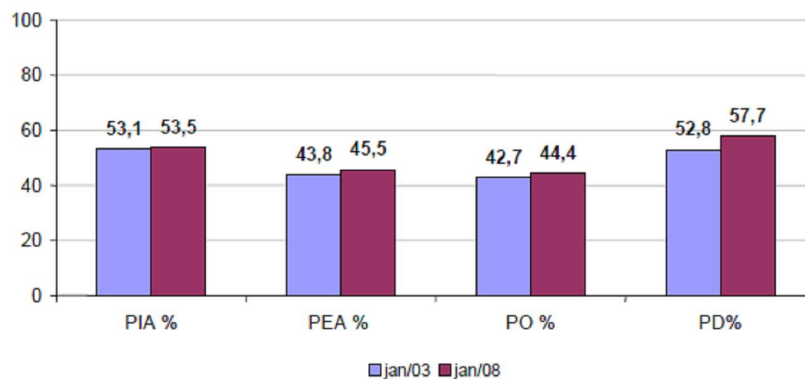
DADOS DO IBGE

PESQUISA MENSAL DE EMPREGO – PME – IBGE – “*Algumas características da inserção das mulheres no mercado de trabalho*” - Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre – 2003/2008³¹⁵

(...)

Em janeiro de 2008 havia 21,2 milhões de pessoas ocupadas (PO) no total das seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego (PME), sendo que as mulheres representavam 44,4% desse contingente, isto é, 9,4 milhões. Em relação à População em Idade Ativa (PIA), elas eram 53,5%; à População Economicamente Ativa (PEA), 45,5% e à População Desocupada (PD), 57,7%. Na comparação com janeiro de 2003, as diferenças entre esses indicadores foram de, respectivamente, 0,4 ponto percentual para a PIA, 1,7 ponto percentual para a PEA, assim como para a PO e 4,9 pontos percentuais para a PD. O gráfico e a tabela abaixo mostram essa evolução para o total das seis regiões abrangidas pela PME.

Gráfico 1: Mulheres - Estimativas da População



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

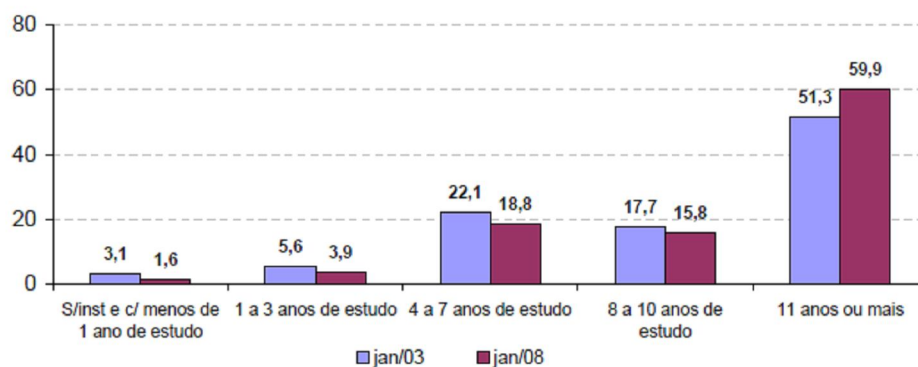
(...)

³¹⁵ Fonte: Site oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE na internet - http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_mulher/Suplemento_Mulher_2008.pdf - (Acesso 27/07/2011 às 20h47min)

(...)

O Gráfico a seguir ilustra os anos de estudo da população ocupada feminina, apontando um predomínio da presença daquelas que possuem 11 anos ou mais de estudo: 51,3% em janeiro de 2003 e 59,9% em janeiro de 2008. Entre os homens, esse mesmo nível de escolaridade foi de 41,9% e 51,9%, respectivamente, nos meses janeiro de 2003 e de 2008.

Gráfico 7 – Distribuição da população ocupada feminina segundo anos de estudo nos meses de janeiro de 2003 e 2008 (%)



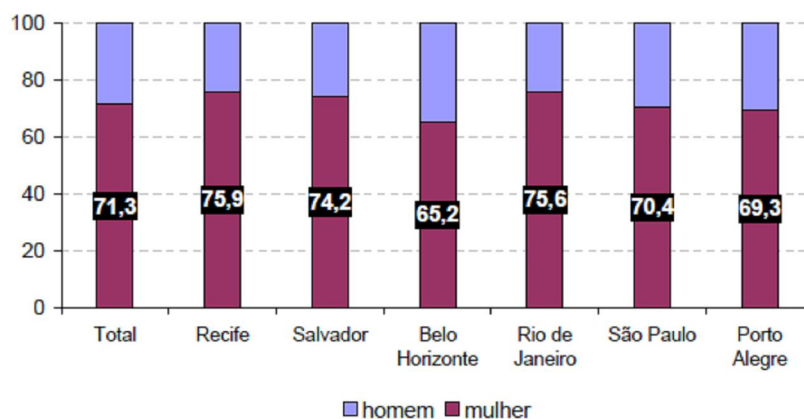
FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

(...)

(...)

O rendimento médio habitual das mulheres em janeiro de 2008 foi de R\$ 956,80, enquanto que o dos homens foi de R\$ 1.342,70 para o conjunto das seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego. A partir desses valores, verifica-se que as mulheres receberam 71,3% do rendimento dos homens. Na análise de cada região metropolitana, esse percentual foi de 75,9% em Recife, 74,2% em Salvador, 65,2% em Belo Horizonte, 75,6% no Rio de Janeiro, 70,4% em São Paulo e 69,3% em Porto Alegre. A partir dos dados da tabela 2, observa-se que no período, o crescimento do rendimento da mulher foi maior no Rio de Janeiro, 16,5% (de R\$ 817,20 para R\$ 952,90) e menor em São Paulo, onde houve redução de 2,2% (de R\$ 1.100,86 para R\$ 1076,40). No entanto, foi na região metropolitana de São Paulo que se registravam os maiores rendimentos médios habituais, tanto para os homens quanto para as mulheres. Por lado, em Recife, homens e mulheres têm os menores rendimentos.

Gráfico 10: Percentual do rendimento da mulher em comparação ao rendimento do homem – Janeiro /2008



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego.

(...)

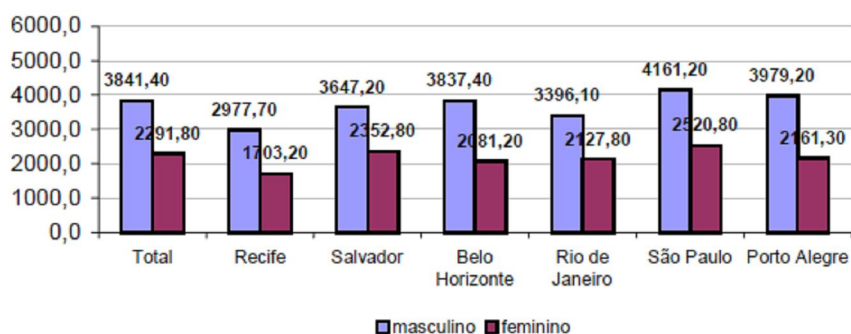
Tabela 2: Rendimento médio habitual de homens e mulheres

	Rendimento Médio Habitual dos Homens		Rendimento Médio Habitual das Mulheres	
	jan/03	jan/08	jan/03	jan/08
	Total	1.302,30	1.342,70	933,53
Recife	834,91	926,20	647,88	703,00
Salvador	1.199,24	1.070,40	793,54	793,90
Belo Horizonte	1.102,67	1.250,80	705,09	816,10
Rio de Janeiro	1.088,78	1.260,90	817,82	952,90
São Paulo	1.529,24	1.528,80	1.100,86	1.076,40
Porto Alegre	1.100,94	1.295,10	782,73	897,20

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Em

Para as mulheres que possuíam nível superior completo o rendimento médio habitual foi de R\$ 2.291,80 em janeiro de 2008; enquanto para os homens esse valor foi de R\$ 3.841,40. Assim, comparando trabalhadores que possuíam o nível superior, observou-se que o rendimento das mulheres é cerca de 60% do rendimento dos homens, indicando que, mesmo com grau de escolaridade mais elevado, as discrepâncias salariais entre homens e mulheres seguem elevadas.

Gráfico 11: Rendimento médio habitual da população ocupada com nível superior – janeiro de 2008



FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

RELATÓRIO DE INDICADORES IBGE

“Principais destaques da evolução do mercado de trabalho nas regiões metropolitanas abrangidas pela pesquisa” (Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre – 2003/2010)³¹⁶

Tabela 96: Rendimento médio real habitualmente recebido no trabalho principal, segundo o sexo (em reais)* - a preços de dez/10

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
Homem							
2003	1.430,87	1.001,39	1.116,08	1.290,62	1.375,27	1.630,31	1.351,09
2004	1.413,34	982,30	1.103,05	1.289,21	1.366,25	1.601,56	1.355,56
2005	1.435,75	1.003,35	1.125,19	1.315,44	1.392,26	1.630,27	1.321,28
2006	1.498,41	1.066,00	1.186,93	1.363,98	1.429,99	1.721,70	1.370,20
2007	1.548,00	1.078,08	1.236,19	1.433,23	1.508,07	1.752,21	1.438,61
2008	1.598,29	1.045,07	1.304,25	1.495,69	1.594,24	1.794,57	1.467,86
2009	1.640,29	1.034,57	1.339,33	1.546,41	1.635,61	1.837,74	1.548,45
2010	1.703,39	1.100,47	1.341,36	1.637,46	1.664,13	1.771,14	1.699,55
Mulher							
2003	1.013,56	732,08	819,46	854,03	986,83	1.157,40	958,83
2004	1.004,01	707,27	790,04	850,62	969,76	1.150,21	975,79
2005	1.021,60	745,93	806,40	877,08	996,54	1.156,04	993,49
2006	1.057,43	763,73	856,91	918,50	1.029,46	1.203,13	1.024,03
2007	1.091,58	807,04	859,23	934,68	1.096,51	1.229,45	1.056,94
2008	1.134,98	818,62	930,45	985,81	1.145,81	1.265,70	1.092,43
2009	1.186,07	812,71	975,04	1.038,97	1.202,30	1.327,18	1.127,01
2010	1.232,11	866,80	986,19	1.095,46	1.218,08	1.273,79	1.237,55

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

* Médias das estimativas mensais

Tabela 97: Razão da média anual do rendimento médio real habitual do trabalho principal, mulher/homem (em %)

	Total	Recife	Salvador	Belo Horizonte	Rio de Janeiro	São Paulo	Porto Alegre
2003	70,8	73,1	73,4	66,2	71,8	71,0	71,0
2004	71,0	72,0	71,6	66,0	71,0	71,8	72,0
2005	71,2	74,3	71,7	66,7	71,6	70,9	75,2
2006	70,6	71,6	72,2	67,3	72,0	69,9	74,7
2007	70,5	74,9	69,5	65,2	72,7	70,2	73,5
2008	71,0	78,3	71,3	65,9	71,9	70,5	74,4
2009	72,3	78,6	72,8	67,2	73,5	72,2	72,8
2010	72,3	78,8	73,5	66,9	73,2	71,9	72,8

FONTE: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Mensal de Emprego

³¹⁶ Fonte: Sítio oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE na internet - http://www.ibge.com.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/retrospectiva2003_2010.pdf – (Acesso 27/07/2011 às 22h22min)