

CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

DISCRIMINAÇÃO JURÍDICA DA MULHER - PROTEÇÃO LEGAL À MATERNIDADE E À AMAMENTAÇÃO - DIREITOS DA GESTANTE E DO NASCITURO PROPOSTAS PARA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – CRECHES



Maria Lúcia Cardoso de Magalhães¹

Este artigo pretende analisar a discriminação jurídica das mulheres gestante e lactante decorrente do artigo 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017. Revisitar as teorias feministas e as normas internacionais quanto à saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, bem como proteção das mulheres gestante e lactante que foram objeto de convenções da Organização Internacional do Trabalho, as Convenções da OIT, o Pacto de São José da Costa Rica, os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) da ONU, a Declaração de Filadélfia, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, 1979. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método jurídico dedutivo. Conclui-se que os direitos à maternidade e à amamentação, que visam à proteção das mulheres trabalhadoras, não podem servir como fator de discriminação. Propostas para a alteração da legislação – Creches.

Palavras-chave: Discriminação das mulheres gestante e lactante – teorias feministas – normas internacionais quanto à saúde das mulheres – Creches.

¹ Desembargadora do TRT da 3ª Região – MG. Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC/MG.

HUMANIST AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE SUPERIOR LABOR COURT

LEGAL DISCRIMINATION OF WOMEN - LEGAL PROTECTION OF MATERNITY AND BREASTFEEDING - RIGHTS OF PREGNANT WOMEN AND THE UNBIRTH PROPOSALS FOR CHANGING LEGISLATION - NURSERIES

This article intends to analyze the legal discrimination against pregnant and lactating women arising from article 394-A, II and III, of the Consolidation of Labor Laws, introduced by art. 1 of Law 13.467/2017. It revisits feminist theories and international norms regarding the health and safety of the work environment, as well as the protection of pregnant and lactating women that were the subject of conventions of the International Labor Organization, Conventions of the ILO, the Pact of San José of Costa Rica, the SDGs (Sustainable Development Goals) of the UN. The precautionary principle. The rule of non-regression, the Declaration of Philadelphia, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - CEDAW, 1979. Bibliographical research and the deductive legal method were used. It is concluded that the rights to maternity and breastfeeding, which aim to protect working women, cannot serve as a factor of discrimination. Proposals for changing legislation - Nurseries.

Keywords: Discrimination against pregnant and lactating women – feminist theories – international standards for women's health – Nurseries.

INTRODUÇÃO

Como bem esclarece Mônica Bernardes Peixoto “é no jogo dialético entre os valores do passado e os de hoje, que a história se faz com uma nova consciência do poder feminino e seu desdobramento efetivo na sociedade contemporânea, reconstruindo uma imagem mais favorável e justa da mulher, como ser humano, como indivíduo, como cidadã e como participe de uma nova realidade que reflete os anseios culturais e as necessidades sociais de todos os seus segmentos.

Assim, o século XX foi decisivo para a mulher, especialmente para a mulher brasileira, que só teve seus direitos consolidados com a promulgação da Constituição de 1988. O acesso maior à educação, notadamente ao nível superior, possibilitou às mulheres uma interação social mais abrangente, com uma rápida e intensa apropriação da cultura.

Hoje, elas são maioria nas escolas, do ensino fundamental ao superior, têm em média, 5,7 anos de estudo, enquanto no caso masculino essa média cai para 5,4 anos. As taxas de analfabetismo feminino – na faixa de 15 a 19 anos – são de 4,3% contra 9,3% para os homens.

As grandes transformações econômicas, culturais e sociais ocorridas no final deste século levaram-nas a assumir novas posições, inclusive as de chefe de família. Segundo dados do IBGE, uma em cada 4 famílias brasileiras é chefiada por mulher.

A melhoria educacional é um dos fatores determinantes do aumento de sua participação no mercado de trabalho, embora, muitas vezes, a competência profissional não lhe assegure uma remuneração equivalente à do homem” (Peixoto, 2000).

Florisia Verucci no brilhante artigo “A mulher no Direito da Família brasileiro – Uma história que não acabou” afirma que “a mulher continua a não contar com uma legislação civil clara e confortável para os tempos que correm, em que por seus próprios esforços e méritos, conseguiu conquistar altos níveis de participação no processo de desenvolvimento do país e se encontra ainda na fase reivindicatória da implantação efetiva do princípio da igualdade, seja na família, seja no trabalho, seja na participação política.” (A mulher no Direito de Família brasileiro – Uma história que não acabou. // Mulher – Cinco Séculos)

No presente artigo vamos analisar o voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, cujo objeto é o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, adotando-se o enfoque da Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, documento que todos os órgãos do Poder Judiciário foram orientados a observar, nos termos da Recomendação 128, de 15 de fevereiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça. Também analisaremos

acórdão do TST sobre dano existencial quanto ao não respeito do intervalo para amamentação da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado.

O presente artigo aborda a evolução das normas de proteção nacionais e internacionais destinadas às mulheres gestantes e lactantes, bem como a garantia de meio ambiente saudável; o caminho percorrido pelas teorias feministas como fundamento da promoção dos direitos das mulheres; a valorização da família e do trabalho, evidenciando o desproporcional dever de cuidado imposto à mulher pela estrutura patriarcal do capitalismo; a importância da perspectiva de gênero e da interseccionalidade para a garantia da igualdade material efetiva entre homens e mulheres; os princípios do não retrocesso social, da solidariedade social e da precaução.

Apresenta-se, assim, a contextualização da matéria com base em estudos e teorias feministas, e uma visão crítica dos direitos que protegem a família e a maternidade, e do princípio da igualdade material, adotando-se as lentes de gênero.

1 A LEI 13.467/2017: APONTAMENTOS SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Lei 13.467/2017 é desconstituinte, não só porque busca ferir de morte o núcleo central constitucional do valor social do trabalho humano, mas também porque se insere dentro de um processo estrutural acelerado de mudança voltada a cumprir dinâmicas do mercado em tempo histórico que é afeto a economia e não ao direito.

A Lei 13.467/17 procurou dar respaldo legal à práticas já existentes no mercado de trabalho e oferecer novas opções contratuais para empregadores ajustarem a quantidade e o custo do trabalho às suas necessidades. Trata-se de estímulo à contratação atípica, introduzindo o contrato intermitente e o autônomo permanente, vergando uma das colunas centrais da principiologia contratual celetista: a indeterminação do prazo como a regra dos contratos de trabalho.

Observa-se, sem dificuldade, que um dos objetivos centrais com o novo e extenso cardápio de possibilidades contratuais do trabalho foi o de proporcionar uma ainda maior liberdade para as empresas na gestão da força de trabalho, ampliando seu campo de manejo da utilização do trabalho de acordo com as suas necessidades mediatas nos pilares centrais da relação de emprego: remuneração do

trabalho, jornada de trabalho e modalidades de contratação.

Afirmavam que a ampla judicialização dos conflitos trabalhistas e a atuação da Justiça do Trabalho em dissonância à "modernização necessária", gerava inseguranças e afastava os investimentos aptos ao desenvolvimento econômico.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como norma legislativa de referência e regulamentação das leis relativas ao Direito do Trabalho e ao Direito Processual do Trabalho no Brasil representou historicamente a proteção social do trabalhador, por parte do Estado, fruto de uma ampla e longa luta dos movimentos sociais pelos direitos trabalhistas.

Apesar disso, de modo gradual, a CLT foi sofrendo emendas, desconstruções e retrocessos causados em sua maioria, pela modernização conservadora, desde a ditadura militar, e mais recentemente pelos ditames da ordem neoliberal associada às práticas políticas, sociais e ideológicas de dominação.

Mário de la Cueva (1954) desenvolveu uma verdadeira epistemologia jurídico laboral explicando que o Direito do Trabalho tem um núcleo e um envoltório protetor para o seu desenvolvimento. O núcleo corresponde aos princípios e as instituições que asseguram (ou procuram assegurar) ao trabalhador uma proteção imediata. É composto do direito individual e das tutelas aos trabalhos da mulher, da criança e do jovem. O primeiro núcleo é constituído pelas normas reguladoras das prestações individuais de serviços, pelas regras de proteção à vida e à saúde do trabalhador, visando um nível condigno de existência. O segundo núcleo regula a proteção à maternidade, à infância e à juventude.

Não foi a primeira vez que o Direito do Trabalho se viu frente a mudanças voltadas à desproteção do trabalhador, quiçá voltadas ao desmantelamento das suas regras protetivas, seja no seu núcleo, seja no seu envoltório, todavia o processo de aceleração do tempo imprimido no ano de 2017 foi intenso e disruptivo.

O Direito do Trabalho como ramo especializado que é, tem seus princípios, suas instituições e suas normas fundamentais. Nunca é demais lembrar que a Constituição da República tornou grande parte dos direitos celetistas em direitos constitucionais. Aquele núcleo que nos ensina Mário de la Cueva (1954) é, na topografia constitucional, uma das suas cartas de apresentação no cuidado e respeito aos direitos do ser humano que trabalha.

O acesso à justiça é um direito fundamental e representa uma conquista humana, não se trata de um dado histórico. É um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Seu conteúdo vem sendo continuamente ampliado, conforme a conjuntura social e política da época, até alcançar, na contemporaneidade, seu maior desafio: de se fazer efetivo em uma sociedade desigual.

Foi somente com a evolução dos direitos humanos e sociais que o efetivo acesso à justiça passou a ser concebido de forma mais efetiva, pois se o acesso à justiça fosse reduzido à sua dimensão puramente técnica e "socialmente neutra", os direitos sociais não passariam de "declarações políticas de conteúdo e função mistificadores".

A evolução do acesso à Justiça é recente na história moderna sendo que apenas no ano de 1950 foi ele reconhecido como um direito humano (Convenção Europeia de Direitos Humanos) e na América apenas no ano de 1969, face o Pacto São José da Costa Rica.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, o acesso à justiça ganha destaque no cenário jurídico e político, passando a exercer papel fundamental na sociedade. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL 1988). Assim, "...acesso à justiça está, portanto, vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado de direito [...]" (Economides, 1999, p. 69).

A crítica aos direitos sociais, ao direito do trabalho e às suas instituições, inclusive com ações concretas quanto à extinção (Ministério do Trabalho e Emprego) e ameaças veladas ou não (Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho), além da narrativa da ineficiência da Constituição de 1988 é mobilizada para a construção de um quadro catastrófico e urgente. Quadro este que busca levar a conclusão inexorável que o Brasil está à beira de um colapso e, apenas uma ruptura radical proporcionaria ganhos de racionalidade, moralidade e eficiência econômica com a geração de postos de trabalho e manutenção dos existentes.

Aos obstáculos gerais somou-se a relação de poder existente entre o reclamante e reclamada. O poder empregatício do empregador (GODINHO, 1996) atinge não só a força de trabalho, mas também a própria norma trabalhista, dando-lhe escolher, quanto, onde, se e quando utilizá-la. Se o emprego representa para o trabalhador sua sobrevivência, submete-se à violação de seus direitos, a fim de seguir recebendo um salário que, ainda que atrofiado, é melhor que salário nenhum.

2 ACESSO À JUSTIÇA E AOS DIREITOS DO TRABALHO

O Direito do Trabalho que tem o propósito de promover justiça social nesta quadra histórica passa a ser questionado ainda com mais força. O ramo laboral que pretende estabelecer um justo equilíbrio, se não o desejável e ideal, ao menos o equilíbrio possível na divisão dos frutos do trabalho passa a ser atacado, de forma contundente e contínua.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito, portanto, dos Direitos Fundamentais. O justo é aquilo que reflete valores como o da dignidade do ser humano.

Os direitos sociais buscam fazer com que o desenvolvimento econômico corresponda na mesma proporção, a justiça social. Assim, na perspectiva do direito social, não basta respeitar o outro, deve-se, concretamente, agir para que os seus direitos sejam efetivados, em verdadeiro acesso à justiça pela via dos direitos.

As formas jurídicas do processo não podem servir para reproduzir e, assim, reforçar a opressão do local de trabalho. Reconhecer a realidade concreta é função do processo, eliminando os obstáculos ao acesso à ordem jurídica trabalhista, justa.

As alterações das regras processuais, propostas pela Lei nº 13.467/17, não podem ser compreendidas e aplicadas à luz da noção de um direito que não deve ser acessível e efetivo. O direito processual mesmo após a reforma de 2017 deve ser porta de acesso à justiça pela via dos direitos. Acesso à justiça como um direito fundamental, que é a própria condição para exercício e reivindicação dos direitos sociais do trabalho.

3 AÇÃO DIRETA DE INSCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

Transcreve-se a íntegra da Ementa do julgamento da ADI 5938 em 29/05/2019, considerando tratar-se de magistral aula de Direito Constitucional e de respeito a normatividade protetiva da CF/88. A saber:

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/05/2019 – Tribunal Pleno DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou

lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

5. Ação Direta julgada procedente.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança

são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

4 NÚCLEO PROTETIVO CONSTITUCIONAL DE DUPLA TITULARIDADE À MULHER GESTANTE E AO NASCITURO

A ADI 5938, já transitada em julgado, é um exemplo exponencial de acesso à justiça pela via dos direitos, seja pelo exemplo processual e jurisdicional, seja pelo acesso aos direitos sociais constitucionais que a reforma buscava restringir, seja pela prevalência do art. 227, CF/88, seja pela primorosa decisão do plenário do STF.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938 (Número Único: 0069830-37.2018.1.00.0000), com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão "quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento" (grifou-se) do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade a empregada deverá ser afastada de:

I – Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II – Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III – Atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Aduz a Autora que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II e 203, I), todos da Constituição Federal; violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CEF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis.

Em maio de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Assim, a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, foi declarada como afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança.

A norma constante na Lei 13.467/17 admitia que gestantes exercessem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e que lactantes desempenhassem atividades insalubres em qualquer grau, exceto quando apresentassem atestado de saúde que recomende o afastamento. Tal previsão legal afrontava a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao

nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes faz referência à norma da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) que passou a impor às grávidas e às lactantes o ônus de apresentar atestado de saúde como condição para o afastamento, sujeitando a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica para conseguir o atestado.

Na avaliação do ministro-relator, a norma estava em desacordo com diversos direitos consagrados na Constituição Federal e deles derivados, entre eles a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a segurança no emprego assegurada à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança. O voto vencedor avaliou que sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como direito social protegido tanto da mulher quanto da criança:

“A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção do recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre e consagrada com absoluta prioridade no artigo 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador.”

Segundo a decisão já transitada em julgado, a alteração deste ponto da CLT feriu direito de dupla titularidade – da mãe e da criança. A previsão de afastamento automático da gestante ou da lactante do ambiente insalubre está absolutamente de acordo com o entendimento do Supremo de integral proteção à maternidade e à saúde da criança:

“a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, pela impossibilidade ou pela eventual negligência da gestante ou da lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.”

Para o voto vencedor, não procede o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. É que eventuais discriminações devem ser punidas nos

termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos. Por outro lado, também não procede o argumento do ônus excessivo ao empregador, pois a norma isenta o tomador de serviço do ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada afastada.

5 A PROTEÇÃO LEGAL DA MATERNIDADE, DA GESTANTE, E DO NASCITURO

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

No julgamento da ADI 5.938 foi a Ministra Rosa Weber quem “apresentou apanhado histórico legislativo dos direitos das mulheres no Brasil e no mundo. Segundo a ministra contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante no país. Isso revela, a seu ver, quase um século de “afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações”. A Constituição de 1988, por sua vez, priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido as contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, afirmou a Ministra Rosa Weber, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º “impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito do equilíbrio entre trabalho e família”. Conclui, afirmando que a alteração promovida pela Reforma Trabalhista implicou “inegável retrocesso social”.

Cabe rememorar a forma como, historicamente, foi construído o sistema jurídico de proteção da maternidade, da gestante, da família e do nascituro.

Contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante a revelar quase meio

século de afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações. O Decreto de nº 16.300 de 29/12/1923, ao aprovar o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública em seu art. 342 estabeleceu à mulher o dever de amamentação e ao empregador a obrigação de ensejar o cumprimento desse dever, enquanto o art. 349 determinou ao empregador providências “para que as operárias, possam, sem prejuízo, dispensar cuidados aos filhos”.

A regulação das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais inaugurou-se com o Decreto nº 21.417-A de 17/05/1932. Além de proibir distinção salarial e trabalho de igual valor por motivo de sexo, vedou a prestação laboral feminina em subterrâneos, minerações, subsolo, pedreiras, obras de construção, bem como em atividades perigosas e insalubres. Proibiu ademais, o trabalho da gestante durante o período de quatro semanas antes e depois do parto, com o recebimento de auxílio correspondente à metade dos salários, facultando-lhe o rompimento do contrato de trabalho no caso de comprovação por atestado médico de prejuízo à gestação. À lactante assegurou o direito de dois descansos diários especiais, de meia hora cada um, durante os primeiros seis meses que se seguiram ao parto em local apropriado à vigilância e assistência materna dos filhos em período de amamentação, a ser providenciado pelos estabelecimentos de 30 mulheres acima dos 16 anos.

Sob os influxos do constitucionalismo social iniciado após os devastadores efeitos da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de 1934, no título IV da Ordem Econômica e Social, exalta o amparo a maternidade e à infância ao destinar ao seu amparo um por cento das rendas tributárias da União, Estados e Municípios. No que diz à proteção dos direitos individuais das mulheres, garantiu a igualdade de remuneração (art. 121, § 1º, “a”), proibiu o trabalho nas atividades insalubres (art. 121, § 1º, “d”), assegurou assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e determinou a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do emprego e do empregador a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (art. 121, § 1º, “h”).

De curta duração, à Constituição de 1934 seguiu-se a Constituição de 1937, que se limitou a garantir à gestante assistência médica e período de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

Posteriormente, a Constituição de 1946 retornou a garantia de igualdade salarial entre homens e mulheres (art. 157, II) e a vedação do trabalho feminino em atividades insalubres (art. 157, IX), mantida na Constituição de 1967 (art. 158, X).

Comprometida com as conquistas civilizatórias definidoras do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 assentou-se sobre as bases da democracia e do exercício dos direitos fundamentais sociais e individuais a edificar a sociedade brasileira fundada nos valores supremos da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido é inegável o avanço da nossa Constituição Cidadã na proteção da maternidade como direito social (art. 6º), da família como base da sociedade (art. 226 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010), bem como do planejamento como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, atribuído ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

6 TEORIA FEMINISTA DA IGUALDADE OU FEMINISMO LIBERAL E TEORIA FEMINISTA DA DIFERENÇA OU TEORIA CULTURAL

Como visto, o direito evoluiu na proteção que destina às mulheres, porém devemos reconhecer que o seu caráter androcêntrico, pois criado eminentemente por legisladores do sexo masculino (na legislatura 2019-2013 apenas 15% das cadeiras da Câmara dos Deputados eram ocupadas por mulheres-<https://www.camara.leg.br/noticias/550935-bancada-feminina-na-camara-sera-composta-por-77-deputadas-na-nova-legislatura/>). A análise das teorias feministas, nesse aspecto, é essencial para uma adequada interpretação das normas. Mormente para que atinjam o escopo constitucional de igualdade material entre homens e mulheres.

As teorias feministas tiveram início com o feminismo da igualdade (ou feminismo liberal), vertente que tinha por objetivo afirmar a igualdade efetiva de direitos entre homens e mulheres, demonstrando que as exclusões impostas à mulher, como o impedimento ao exercício do direito de voto, não tinham fundamentos que os justificassem. Evidenciando que a desigualdade de tratamento legislativo das mulheres não tinha embasamento jurídico, e especialmente que o critério biológico não justificava a diferenciação, pois baseado no estereótipo da fragilidade física e inferioridade intelectual das mulheres, as teóricas visavam garantir que as mulheres alcançassem a mesma posição dos homens como sujeitos de direito.

Mais atento às realidades distintas sob as quais vivem homens e mulheres, as teóricas do feminismo da diferença (ou feminismo cultural) reivindicavam justamente o oposto: políticas públicas e tratamento legislativo diferenciado às mulheres sempre que reconhecida diferença efetiva entre os

gêneros, seja ela biológica ou cultural. O argumento, portanto, era de que não bastava afirmar a igualdade pois na verdade a igualdade material entre os gêneros só é atingida quando são reconhecidas as diferenças entre eles. Assim, onde houvesse diferença que efetivamente justificasse um tratamento diferenciado com fins de garantir a igualdade, deveria haver proteção legal especial. Como exemplo clássico dessa vertente teórica temos a defesa de regras especiais para as gestantes, reconhecendo a gravidez como condição a justificar tratamento especial.

Nesse sentido, o alcance da igualdade de gênero requer que as necessidades específicas da saúde da mulher naquilo que diferem daquelas dos homens, sejam consideradas de forma a garantir providências adequadas aos seus ciclos de vida. Assim, "a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas ao revés, para a sua promoção". (PIOVESAN, Flavia. *Acções afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de Pesquisa, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55).

Especificamente no âmbito da relação de emprego a maternidade representa para a trabalhadora-mãe um período de maior vulnerabilidade, devido às contingências físicas, e ao desafio de conciliar os projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Levando em conta o dever de cuidado que lhe é imposto de forma desproporcional pela divisão sexual do trabalho. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no art. 7º da Constituição de 1988 – entre eles a licença gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII) , bem como a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, "b" do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada mãe garantida no art. 10, II, "b" do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada-mãe merecida proteção à saúde (sua e do nascituro) e segurança no exercício do direito à maternidade plena, resguardando o equilíbrio entre a manutenção do emprego e os cuidados demandados por mãe e bebê.

A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – promulgada pelo DECRETO 4.377 DE 13.09.2002, compreende a maternidade a partir da sua função social. Nessa perspectiva não pode ser causa de discriminação, principalmente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular "o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução" (Art. 11). Nesse sentido, deverão ser tomadas as medidas pelos Estados Parte a fim de

impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, especificamente no que diz a "proteção especial das mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas." (Art. 11, item 2, alínea "d").

As normas internacionais evoluíram para consagrar e assegurar direitos servindo como fonte jurídica de proteção de um nível mínimo existencial de garantia ao ser humano. Entre as muitas formas de manifestação, as convenções internacionais, em especial quando ratificadas, passam a ser dotadas de força cogente em relação ao país subscritor, não excluindo, no entanto, os demais regramentos, fontes materiais do direito. Também no plano internacional, o Direito do Trabalho vem consagrando direitos e obrigações visando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores de maneira a universalizar os princípios de justiça social e da dignidade da pessoa humana.

7 CONVENÇÕES DA OIT – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E ODS DA ONU

A OIT, na conferência de 10 de junho de 2022, acrescentou uma outra categoria de princípio e direito fundamental, ao lado de outras quatro já existentes, estabelecendo o direito a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável. Assim, os estados-membros estão comprometidos em observar, respeitar e fazer cumprir tais princípios e necessariamente estabelecer um ordenamento jurídico interno de acordo com os valores ali inerentes que possam se tornar realidade, mesmo quando o Estado não tenha ratificado eventual convenção.

A saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, bem como proteção da mulher gestante, lactante e lactentes foram objeto de convenções da Organização Internacional do Trabalho, podendo ser citadas como exemplo as de número 136, 155, 183, 187 e 191.

A convenção 187 da OIT, não ratificada pelo Brasil, tem grande centralidade sobre o tema pois estabelece compromissos aos membros para que promovam medidas e assegurem progressivamente um ambiente de trabalho seguro e saudável. A lógica é a eliminação ou redução dos agentes de risco associados ao trabalho, na medida do razoavelmente exequível.

Neste aspecto, o artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica dispõe:

"Os Estados partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional especialmente econômica e

técnica a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis por via legislativa ou por outros meios apropriados."

A convenção 183 da OIT, não ratificada, proíbe que mulheres grávidas ou que amamentam sejam obrigadas a executar trabalhos prejudiciais à sua saúde ou da criança, ou mesmo com risco significativo para a saúde.

A convenção 155 da OIT estabelece conceitos importantes como os de saúde e local de trabalho, e impõe aos países signatários a exigência de políticas, de ações progressivas para redução e prevenção de riscos de acidentes ou situações que de forma direta ou indireta possam vir a ocasionar danos à saúde do trabalhador e afetar o ambiente de trabalho. A norma, em seu artigo 3º, define que o conceito de saúde, "com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho".

Já na convenção 136 da OIT, que cuida da proteção contra os riscos de intoxicação do benzeno, há uma disposição específica de proteção às mulheres no artigo 11: "Art. 11 – 1. Às mulheres em estado de gravidez, atestado médico, e às mães em período de amamentação não deverão ser empregadas em trabalhos que acarretam exposição ao benzeno ou produtos contendo benzeno". Além disso, existem outras normas como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em que está exposto que a adoção de medidas destinadas a proteger a maternidade não será considerada como discriminatória. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, trata a família como núcleo da sociedade. Da mesma maneira, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) concede proteção especial às mães, determinando que os estados-membros adotem medidas para o desenvolvimento das crianças com ações voltadas ao meio ambiente.

A ONU, comprometida com a proteção dos direitos humanos vem elaborando estratégias de implementação efetiva dessa proteção. Nesse passo, os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) representam um efetivo plano de ação em nível internacional para realização de políticas públicas. O ODS do número 3 é de assegurar uma vida saudável e

promover o bem-estar para todos, em todas as idades, o que implica redução da mortalidade e o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos. Já o ODS de número 5 é o de alcançar a igualdade de gênero, e que portanto, tem como decorrência a proteção especial para mães e filhos e o direito de condições justas de trabalho.

A estrutura normativa nacional e internacional, conforme se vê na exposição acima visa a garantir um meio ambiente de trabalho que resguarde os direitos de todas as gestantes e lactantes, bem como preservar sua qualidade de vida, segurança e saúde. Portanto, a norma do artigo 394-A da CLT, como posta pelo legislador, busca uma flexibilização que não encontra amparo no âmbito constitucional, e contraria também normas de âmbito internacional.

A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactante, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.

A existência de riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas desse risco no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do princípio da precaução, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos. Nesse sentido esclarece a Min. Carmen Lúcia, relatora da ADPF 101, em excerto de seu voto condutor, *in verbis*:

"O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana seja tanto pela proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza" (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo.

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração

probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

O princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social. Ademais, o direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento da dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar "vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar, F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

Em 1988, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro a garantia do exercício dos direitos sociais o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, consagrando, portanto, o princípio da máxima efetividade. De forma mais específica, o artigo 394-A da CLT prevê que somente as gestantes serão afastadas de atividades de grau máximo e que, quanto ao trabalho realizado em local insalubre, de grau médio ou mínimo, tanto as gestantes quanto às lactantes somente serão afastadas nos casos em que um médico de sua confiança ateste esta necessidade. Isto é, além de inserir a possibilidade de as gestantes e lactantes trabalhadoras exercerem atividades em local de insalubridade média e mínima, a Reforma Trabalhista vai além e cria uma discriminação jurídica entre as gestantes e as lactantes, por vedar o trabalho da gestante em ambiente insalubre de grau máximo, mas não o proibir para as lactantes. Ou seja, estas últimas trabalhadoras somente deverão ser afastadas de atividades de grau de insalubridade máxima quando apresentarem atestado médico de saúde nesse sentido.

A discriminação, violência e o assédio baseado em gênero na sociedade brasileira indica o caráter estrutural e coletivo dessas práticas. A superação da desigualdade de gênero no trabalho requer ações promocionais, repressivas específicas, tanto pelo Estado brasileiro (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) como por particulares, com suporte nas diretrizes da Convenção 190 e da Recomendação 206 da OIT. O primeiro tratado internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho entrou em vigor em 25 de junho de 2021 – dois anos depois de ter sido adotado pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT) da OIT.

A Convenção 190 da OIT fornece a primeira

definição internacional de violência e assédio no mundo do trabalho, incluindo a violência de gênero e assédio – e serve como instrumento na tomada de decisão e de ações públicas e privadas no mercado de trabalho.

A violência baseada em gênero e aquela violência que se dirige contra as pessoas, ou que afetam de maneira desproporcional às pessoas de um sexo ou gênero determinado (Convenção 190/OIT, art. 1.1.b).

A Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, independentemente da raça, crença, ou sexo/gênero, têm o direito de procurar o seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e oportunidade iguais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 1979, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. São duas frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca de igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte.

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultados de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo. Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas, e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado, mediante ações afirmativas para modificação de padrões sociais e culturais de conduta.

Os artigos 10 e 11 da CEDAW requerem que os Estados-parte eliminem a discriminação na educação e no trabalho, na saúde, na vida cultural, social e econômica das mulheres, vejamos:

Artigo 10 Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

a) As mesmas condições de orientação em matéria de

carreiras e capacitação

profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;

b) Acesso aos mesmos currículos e mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, instalações e material escolar da mesma qualidade;

c) A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;

d) As mesmas oportunidades para obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos;

e) As mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva,

incluídos os programas de alfabetização funcional e de adultos com vistas a reduzir, com a maior brevidade possível, a diferença de conhecimento existente entre o homem e a mulher;

f) A redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente;

g) As mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física; h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o

bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre planejamento da família.

Artigo 11

1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminar 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 ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

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 a igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade de trabalho;

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doenças, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, como o direito a 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 atividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para: a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;

b) implantar a licença maternidade com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais;

c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante o fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinado aos cuidados das crianças;

d) Dar proteção especial às mulheres durante à gravidez nos tipos de trabalhos

comprovadamente prejudiciais para elas.

3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derogada ou ampliada conforme as necessidades.

No trabalho, a violência baseada em gênero aparece como efeito da exclusão e desqualificação

profissional da mulher no longo de sua vida e pelo capital patriarcal ao mesmo tempo em que é instrumentalizada para silenciar as reivindicações de igualdade entre os gêneros. Ela, de forma recorrente, é tratada como um problema privado das mulheres, ainda que seja utilizada como justificativa na retórica para justificar exclusões das mulheres e, até mesmo, reduzir direitos de todo o grupo de trabalhadores.

O assédio moral contra a gestante e a lactante é um dos exemplos do quanto a violência é permanente e nociva à carreira das mulheres, pois um número expressivo de vítimas desse tipo de violência baseada em gênero compromete o regular desenvolvimento da carreira profissional da mulher ocasionando mais interrupções em sua carreira e degradando as condições de trabalho.

A violência baseada em gênero em razão do trabalho reprodutivo (cuidado de pessoas) está enraizada em padrões discriminatórios prejudiciais às mulheres que resultam atualmente em mais mulheres fora do mercado de trabalho.

Os mercados de trabalho recrutam mulheres de forma seletiva, diferentemente do que ocorre com os homens. Existe uma forte preferência para as mais jovens, mais escolarizadas e que não têm um companheiro (solteiras, divorciadas, viúvas). A situação fica ainda mais crítica quando se trata de profissionais grávidas ou com filhos pequenos (YANNOULAS, 2002, p. 16).

O aumento da participação de mulheres nos mercados de trabalho está mais vinculado à expansão das atividades "femininas" do que ao acesso às atividades "masculinas", as discriminações vertical e horizontal dos mercados de trabalho se reproduzem; a brecha salarial não foi reduzida (é maior quanto maior é o nível de instrução); a taxa de desemprego feminina continua sendo superior à dos homens; e aumenta a presença das mulheres nas ocupações mais precárias.

O mercado de trabalho brasileiro, permeado pelo machismo estrutural, combinado com outras discriminações como racismo, etarismo, capacitismo, entre outros, reproduz essas práticas e, portanto, não é amigável às mulheres.

8 A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Diante das elevadas taxas de desemprego que atingem ainda mais diretamente a mulher no mercado de trabalho, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais maternos. Por tais razões, a "escolha" no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício da sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Sequer se cogite de que a norma estabelece uma alternativa prestigiando a liberdade de escolha da

trabalhadora. O cinismo dessa falsa liberdade oculta o enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher.

Ainda que se tratasse de direitos disponíveis, o que evidentemente não ocorre, a escolha da trabalhadora de apresentar atestado ao empregador, a fim de afastar-se dos fatores insalubres – ou do próprio trabalho, quando não existe atribuição alternativa –, não se dissocia das amarras socialmente construídas do dever de maternidade, da proteção do nascituro, da responsabilidade pela harmonia familiar, que recaem desproporcionalmente sobre a mulher. Não se trataria de uma escolha livre por ser carregada dos vieses sexistas que respondem pela culpa materna e perpetuam a desigualdade da mulher no mercado de trabalho.

Para superar a violência de gênero no trabalho é necessário reconhecer a dimensão coletiva do problema (a condição de mãe e lactante não são problemas privados da mulher) e seus impactos nas oportunidades do trabalho, afastando práticas oportunistas de discriminação e violência de gênero, sob a falsa justificativa de que o excesso de proteção prejudica o trabalho do gênero feminino.

A questão de gênero é determinante no mercado de trabalho. De uma forma geral, as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos.

A persistente desigualdade salarial se revela sob a perspectiva da escolaridade. Mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade, segundo apontam pesquisadores na Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

A adoção de perspectiva interseccional de gênero nas decisões e ações de organizações é uma medida necessária e contrária à discriminação de gênero. Somente iniciativas proativas de promoção de igualdade de oportunidades e enfrentamento à discriminação para múltiplas mulheres podem conter a disseminação persistente e perpetuação da diferenciação entre os gêneros, em especial no mercado de trabalho.

O medo/receio do efeito rebote de retração nas contratações de gênero feminino, não podem paralisar a adoção de medidas de promoção à inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho em igualdade de oportunidades. Ao contrário, o efeito rebote deve ser previsto e combatido com ações afirmativas.

O princípio da igualdade limita a atuação estatal normativa e de aplicação do direito, assim como limita a autonomia coletiva para a adoção de critérios

discriminatórios arbitrários (princípio da proporcionalidade).

A proibição da discriminação arbitrária requer a associação de medidas específicas, preventivas e repressivas para que possa atingir a almejada igualdade de oportunidades principalmente no trabalho mecanismo de emancipação pessoal no capitalismo.

O caminho da superação de privilégios e desconsideração da hierarquia entre os gêneros requer a adoção da perspectiva de gênero e de interseccionalidade em todos os espaços de decisão, sejam, decisões administrativas, legislativas ou judiciais ou na construção de políticas públicas. O gênero e os fatores de vulnerabilidade devem ser visibilizados e considerados na tomada de decisões e nas ações, sendo tratados como questões coletivas, rompendo com o pacto de silêncio da sociedade em torno da pauta feminista.

As mulheres como grupo discriminado não constituem socialmente uma maioria, no sentido quantitativo do termo (e sim no de acesso aos mecanismos de poder e decisão). Ademais, a diferença em que se baseia a discriminação se apresenta com um caráter "benigno", ou seja, para romper com esta forma de discriminação é preciso romper com papéis e estereótipos assinalados para as mulheres com uma pretensa proteção protetora e diferenciada oriundo de sua "especial natureza", o que também se baseia em características femininas estereotipadas.

Os direitos à maternidade e a amamentação que visam à proteção das mulheres trabalhadoras, não podem servir como fator de discriminação.

De um lado deve-se estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados terá o condão de promover uma maior proteção dos valores constitucionais que fundamentam a inconstitucionalidade – isonomia, proteção à família, maternidade, saúde e valores do trabalho – do que a sua manutenção.

De um lado, as normas impugnadas desfavorecem a plena proteção dos interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que sujeitam as trabalhadoras a maior embaraço para o exercício de seus direitos. De outro, por tratar-se de medida legal protetiva direcionada ao âmbito privado, é preciso avaliar se o agente empregador, mais suscetível a incentivos econômicos poderia contornar a determinação legal com uma resposta ainda mais discriminadora.

Quando o empregador arca sozinho com os custos financeiros do afastamento da empregada ou do adicional de insalubridade da trabalhadora gestante/lactante, surge um incentivo perverso para a preterição de trabalhadoras mulheres ou redução de

seu salário efetivo, transferindo o custo social à mulher. A desoneração não visa a beneficiar o empregador, mas a combater à desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

A hipótese de reversão prática da proteção da mulher no mercado de trabalho, ainda que bastante plausível, parecer ser rechaçada pelo desenho normativo que atribui às custas do afastamento incondicional à solidariedade de social. Ao repartir socialmente os custos de se impedir a exposição a fatores de risco que, por discriminação, incorreriam à trabalhadora para, além de proporcional, o artigo 394-A da CLT concretiza o princípio da solidariedade social.

Logo, não há que se falar em ônus excessivo ao empregador pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção do salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento.

Como esclarecem MAURÍCIO GODINHO DELGADO E GABRIELA NEVES DELGADO:

"naturalmente que esse salário-maternidade, mesmo sendo pago à empregada afastada da folha salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa". (A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.

A noção dominante hoje é de que não há necessidade de uma proteção exarcebada, ou seja, é preciso cautela para que esta não resulte em uma discriminação em si, na medida em que ressalte excessivamente as distinções que existem entre mulheres e homens. Impõe-se, como bem sugere Mônica Sette Lopes (2001), a abordagem sobre o prisma não mais de uma proteção tópica da mulher, ressaltando as diferenças, mas da garantia da igualdade de oportunidades e de tratamento.

Os empregadores, por sua vez, cientes da instabilidade do emprego das mulheres também as excluem dos programas de formação ou aprendizagem que as capacitariam para trabalhos qualificados, de maior responsabilidade. Com o passar dos anos, afirma-se que a produtividade da mão-de-obra feminina é menor do que a dos homens, daí a diferença salarial. A aquisição de maior "capital humano" também poderá ser melhorada. Ainda são muitas as mulheres que deixam o trabalho. Enquanto os filhos são pequenos, esquecendo-se, até certo ponto, da experiência anteriormente adquirida e perdendo direitos que pressupõem antiguidade. Logo, quando retornarem ao trabalho, evidentemente irão receber salários inferiores aos pagos aos homens.

Como bem alerta Alice Monteiro de Barros "essa situação poder-se-ia reverter se a mulher estivesse mais preparada para uma maternidade responsável, através do planejamento familiar e se os países contassem com uma infra-estrutura social capaz de proporcionar-lhe maior disponibilidade de berçários e creches, gratuitas ou com mensalidades acessíveis e próximas aos locais de trabalho, além de pré-escolas com longa duração da jornada escolar. Também um horário mais flexível e maior número de cursos de reciclagem permitiriam às mulheres readquirirem a experiência e a eficiência, quando retornassem ao serviço" (1995, p. 28).

9 A PROTEÇÃO LEGAL À MATERNIDADE E À AMAMENTAÇÃO

A Convenção n. 3 da OIT, de 1919, destaca como preceitos de proteção à maternidade, a serem adotados, os seguintes: a) a licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez e, se possível, estabeleça a data provável do parto, com a duração de 6 semanas antes e 6 semanas depois do parto, sendo o descanso prévio facultativo e o posterior obrigatório; b) a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de despedimento concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia do aviso prévio durante esse mesmo

período; c) a assistência à maternidade, consistente num auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, nessas ocasiões, a ser pago pelo Poder Público ou pelas instituições previdenciárias de cada país, além de assistência gratuita de médico ou parteira; d) facilidades durante a amamentação do filho, com direito a repouso especiais de meia hora cada vez em cada dia.

As Constituições brasileiras, desde 1914, têm restabelecido como preceito a ser seguido pela legislação trabalhista a proteção à maternidade, garantindo à mulher trabalhadora descanso e remuneração antes e depois do parto. Com exceção da Carta de 1937, esse descanso tem sido exigível não apenas sem prejuízo do salário, mas também do emprego.

A Constituição de 1934 introduziu ainda a instituição de previdência a favor da maternidade. Esse preceito, após ter deixado de constar da Constituição de 1937, retornou nas subsequentes. A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 7º, inciso XVIII, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário e com a duração de 120 (cento e vinte) dias, vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada-gestante, desde a confirmação da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto.

Na CLT a matéria é regulamentada nos artigos 391 a 401. O primeiro deles prescreve que o matrimônio e a gravidez não constituem justa causa para o despedimento da mulher; o parágrafo único do artigo 391 impede que regulamentos e contratos de trabalho estabeleçam restrições ao direito da mulher ao seu emprego por motivo de casamento ou de gravidez.

No tocante à dispensa arbitrária ou sem justa causa, como já mencionado, é vedado ao empregador assim proceder. Se ocorrer, ao patrão caberá o pagamento dos salários relativos ao período em que estaria garantida a estabilidade. Logo, se o empregador despede a obreira-gestante, imotivadamente, antes da licença, atrai para si a responsabilidade pelo pagamento de uma indenização substitutiva.

A licença maternidade constitui um dos meios de proteção à mulher trabalhadora que, por motivos biológicos, necessita do descanso a fim de recuperar o desgaste físico-mental proveniente da gravidez e do parto.

A assistência ao filho recém-nascido também constitui uma das finalidades da concessão do direito da empregada-parturiente ao afastamento temporário do serviço. O amparo à maternidade possui caráter social. Como célula mater da sociedade, a família em que ser preservada e, para isso, é necessário que a mãe esteja integralmente disponível para os cuidados indispensáveis ao filho, nos primeiros meses de vida, sobretudo para o aleitamento materno, tão incentivados pelos especialistas.

Foi através da Lei n. 6.136, de 07.11.74 (DOU 08.11.74), que se transferiu o ônus do pagamento do salário-maternidade à Previdência Social. O fato, pois, de constituir esse benefício uma licença remunerada pelo INSS, contribui para que a mulher não seja discriminada no ato da contratação, uma vez que o patrão obtém uma compensação, por ocasião do recolhimento das contribuições sobre as folhas de pagamento.

Quanto ao direito à amamentação, a legislação trabalhista concede à nutriz o direito de dois descansos especiais de meia hora cada um, para amamentar o filho, até que ele complete 6 (seis) meses. Esse período poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente, se assim o exigir a saúde do filho (parágrafo único do art. 396 da CLT).

Para que este direito ao descanso para amamentação do filho seja realmente respeitado, as empresas que possuam pelo menos 30 empregadas maiores de 16 anos são obrigadas a manter creches onde os filhos delas possam permanecer seguros e assistidos durante o tempo em que devam ser alimentados com o leite materno (§ 1º do art. 389 da CLT). Isso, para facilitar que a mãe amamente o filho mesmo durante a jornada de trabalho e sem prejuízo desta, ficando ao mesmo tempo despreocupada com relação à sua guarda enquanto desempenha suas funções. A empresa pode também celebrar convênios com outras entidades públicas ou privadas que mantenham creches nas proximidades do local de trabalho em condições de serem utilizadas (§ 2º do art. 389 da CLT). Esses locais, para que possam atender à sua finalidade devem estar equipados com "...berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária" (art. 400 da CLT).

Quanto ao gozo de intervalo para amamentação, dispõe o art. 396 da CLT:

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

Mostra o artigo um intervalo especial criado pelo legislador, destinado à amamentação do filho recém-nascido, notando-se que a norma é – acima de tudo – em favor da criança. É evidente que esses intervalos devem se mostrar em cada um dos turnos de

trabalho, no horário em que for recomendável a amamentação e também não pode haver a soma dos dois intervalos para um único momento contínuo (30 min. + 30 min. = uma hora). A lei visou às necessidades do lactente.

Ainda é de se questionar sobre quem pode dilatar o referido período de 6 (seis) meses, já que até o sexto mês de vida da criança a mãe-empregada pode se afastar as duas meias horas. Não cremos que seja o médico da empresa quem irá autorizar, principalmente porque o atestado não é em razão de qualquer interesse da empregada, mas da criança. Esta não está vinculada à empresa de nenhuma maneira. Valentim Carrion (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174) disse que "A autoridade competente é o médico oficial", concordando, pois, com Russomano (Comentários à Consolidação da Leis do Trabalho, 6ª edição, v. II, p. 590) quando este afirma que:

"...é preciso que se constate pela perícia a patente necessidade dessa prorrogação. E isto, é natural, só poderá ser apurado por médico. Mais ainda: por evidente analogia, por um médico oficial, que expedirá o atestado (arts. 392 e 395). Será tal atestado exibido à autoridade administrativa, à qual cabe a fiscalização das disposições desta Seção, na forma do art. 401. É a esta autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, em face do prévio pronunciamento do médico em exercício de função pública que competirá conceder a prorrogação aludida".

O direito à indenização por dano existencial tem sido reconhecido não apenas pela submissão do trabalhador a uma condição contínua de sobrejornada excessiva a prejudicar o tempo disponível para o convívio familiar, mas também nas hipóteses de desrespeito ao intervalo para amamentação previsto no art. 396 da CLT, aqui com destaque ao precioso julgado neste sentido da lavra do eminente Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, que ora transcrevemos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL À MULHER ENQUANTO MÃE. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITO

SOCIAL FUNDAMENTAL (ARTIGO 6º, CF), NÃO CONCESSÃO DO INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 396 DA CLT. SUJEIÇÃO A CARGAS HORÁRIAS EXTENSAS. OBRIGATORIEDADE DE AFASTAMENTO EM CURSOS. PRIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – que se faz de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito a indenização por dano moral encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X da CF, bem como dos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna. Na hipótese dos autos, foi consignado pelo Tribunal Regional que a não concessão dos intervalos

previstos no art. 396 da CLT, bem como a sujeição da trabalhadora a extensa carga horária e a obrigatoriedade de afastamento do lar, por cinco ou seis dias, para participação de um evento da empregadora, violaram regras de proteção de trabalho da mulher e da maternidade, com reflexos em direitos de personalidade da trabalhadora, surgindo o direito de reparação. Houve, portanto, ofensa à dignidade da Reclamante, configurada na situação fática descrita nos autos de que foi privada do direito de amamentar os seus filhos, caracterizando o dano moral passível de reparação. Neste contexto, pontue-se que o direito à indenização por dano moral também encontra amparo em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art 226), da criança e do adolescente (227) e em todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública. O valor arbitrado a título de indenização por danos morais (R\$ 15.000,00) pautou-se em parâmetros razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR- 831-092010.5.04.0019, 3ª Turma. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 28/09/2012).

Assim, resta evidente interseccionalidade existente entre a proteção ao valor trabalho e a proteção à infância, o que bem demonstra não apenas a pertinência da política judiciária delineada pela Resolução 470/2022 do CNJ, mas também torna evidente que todas as pressões voltadas ao esvaziamento do espectro de incidência do princípio tuitivo da CLT acaba por atingir aos trabalhadores mas também as normas de proteção à maternidade, à

paternidade e à convivência familiar garantidas pelos artigos 6º e 11º da CF/88.

10 PROPOSTAS PARA A MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – CRECHES

A amamentação é vista como parte dos papéis sociais das mulheres e é, atualmente, muito afetado pelas condições de seu trabalho fora de casa. No Brasil, atualmente as trabalhadoras têm direito a quatro meses de licença-maternidade. Quando voltam ao trabalho, a lei prevê dois intervalos por dia, de meia hora cada um, para que elas amamentem o seu filho até que ele complete seis meses de idade. As empresas onde trabalham pelo menos 30 mulheres com 16 anos de idade ou mais devem prover um local apropriado para o cuidado dos filhos das trabalhadoras que estão sendo amamentados no próprio local de trabalho ou através de um acordo com uma creche. No entanto, a maioria das mulheres trabalhadoras não conseguem manter o aleitamento materno depois de voltar a trabalhar, principalmente pela distância entre o local de trabalho e a creche com a qual o empregador tem convênio. Em uma pesquisa realizada na UNICAMP, pelo Centro de Pesquisas de Doenças Materno-Infantis de Campinas – CEMI CAMP sobre “Fatores associados à prática da amamentação exclusiva entre mulheres trabalhadoras” restou evidenciado que “mesmo que houvesse o forte desejo e determinação das mulheres amamentarem, sem a existência da creche e do apoio institucional no local de trabalho, as mulheres não teriam mantido o aleitamento após a licença-maternidade.”

Algumas pesquisas, com altas executivas, revelam que algumas mulheres andaram abrindo mão da licença-maternidade em razão do trabalho. Muitas anteciparam espontaneamente a volta. A pesquisa demonstra que, na maioria das vezes, a mulher se submete à estratégia por receio de perder espaço na empresa ou de ficar desatualizada. Em entrevista concedida à Revista Isto É, em 19.06.2002, sob o título “Mulheres no limite”, a advogada, escritora e feminista Rosiska Darcy de Oliveira respondeu que o ato de algumas mulheres abrirem mão da licença maternidade em razão do trabalho era “um absurdo, além de uma enorme falta de solidariedade. Primeiro porque é uma violência com elas mesmas. Afinal, se a mulher decide ter filhos, há de ser para criá-los. Segundo, porque a licença-maternidade foi uma das maiores conquistas das mulheres. Foi a primeira vez que houve um reconhecimento público de que as mulheres são diferentes dos homens, mas têm direitos iguais. Quando a mulher renuncia à licença-maternidade, está levando ao extremo o faz-de-conta de que não é mulher.”

Os movimentos feministas devem lutar para que se inclua a recomendação de 4 meses ou 120 dias

de licença maternidade na Convenção n. 103, de 1952 da OIT pois as Convenções da OIT são cruciais porque muitos países, mesmo que não sejam signatários das convenções, as consideram como uma base para sua própria legislação.

Ademais, existe uma tendência dentro da OIT de não ampliar as conquistas das mulheres, determinando, por exemplo, como orientação a licença-maternidade paga de apenas 12 semanas! Menos do que o definido na Constituição brasileira que é de 120 dias, ou seja, 4 meses. Isso significaria praticamente nenhum avanço em 80 anos! Tendo em vista que o problema do pleno exercício do direito à amamentação e ao gozo da licença-maternidade está sendo motivo de discriminação no trabalho, tanto da mulher operária quanto da mulher executiva de alto ou médio escalão e tendo em vista que tal matéria é assunto de política pública e que envolve uma questão que fere a cidadania da mulher brasileira e sendo uma questão de Justiça, formulamos uma proposta para a modificação da legislação trabalhista em favor da mulher visando a alteração dos artigos 389 e 399 da CLT que se referem à implantação de creches.

Sugerimos que seja alterado o artigo 389 e substituído o artigo 399 da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo ser encaminhada ao Congresso Nacional tal proposta com as seguintes recomendações:

As campanhas de estímulo ao aleitamento materno devem atuar no sentido de motivar, estimular nas mulheres o desejo de amamentarem, mesmo quando a gravidez seja apenas um projeto, uma possibilidade. Isso pode ser feito através da ênfase acerca dos benefícios da amamentação não só para os bebês mas também para as mães. A preocupação em gerar valores e expectativas positivas em relação ao aleitamento materno deve constituir parte de um processo educativo abrangente ao qual as empresas não podem se furtar.

Focalizando especificamente as mulheres trabalhadoras que persistam no desejo de amamentar após a licença-maternidade, surge um impasse, pois a legislação em vigor não determina que, necessariamente, as empresas em que trabalhem 30 ou mais mulheres com mais de 16 anos de idade devam dispor de creche no local de trabalho, pois a lei permite que as empresas façam convênios com creches situadas em outros locais. Na prática, em qualquer lugar, ou seja, promovendo uma discriminação de forma indireta já que não tendo fácil acesso a essas creches, a mulher trabalhadora se vê impossibilitada de exercer o seu direito à amamentação.

Embora as empresas “cumpram a letra da lei” não cumprem “o espírito da lei”.

Em vista disso, se o próprio Estado e/ou outras instituições têm interesse em fomentar o aleitamento materno no enorme contingente de mulheres

trabalhadoras, devem preocupar-se em criar condições objetivas para que as campanhas de incentivo possam ser bem sucedidas. O artigo 396 da CLT manda conceder à empregada dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o filho. É o pressuposto no caso, de que a creche se encontra dentro dos muros da empresa. Se, porém, a empresa tiver usado da faculdade contida no § 2º do artigo 389, em sua atual redação, aqueles descansos especiais terão que ser dilatados a fim de permitir que a empregada possa ir à creche distrital amamentar o filho e retornar ao serviço.

Ainda na hipótese de que a empresa não tenha creche, nem tenha celebrado convênio nos termos do atual § 2º do art. 389, deve a empregada fazer jus ao ressarcimento de despesas que fizer devido ao descumprimento da norma legal pelo empregador.

As creches à disposição das empresas mediante convênio devem estar situadas à distância razoável, que a empregada possa percorrer a fim de amamentar o filho.

A nossa proposta é de que sejam suprimidos os §§ 1º e 2º do artigo 389 da CLT e a ele seja acrescido um inciso V, com a seguinte redação:

Art. 389. Toda empresa é obrigada:

V - a instalar, nos estabelecimentos em que trabalhadores pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação ou prestar tal serviço 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, do SESC, ou de entidades sindicais que, efetivamente, possam prestar tais serviços, sob pena de incorrerem responsabilidade pelo ressarcimento de todas as despesas decorrentes do descumprimento da norma, sem prejuízo das sanções administrativas.

Outra proposta é de que seja substituído o art. 399 da CLT, pois na sua atual redação dispõe que:

"O Ministro do Trabalho conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações."

Qualquer empresa que procure cumprir o "espírito da lei", que protege as trabalhadoras que amamentam, deve promover o contínuo esclarecimento de seus funcionários acerca dessa lei e da maneira como ele deve ser cumprida pela empresa, através de creches próprias e/ou convênios que efetivamente possibilitem à lactante o exercício do seu direito à amamentação e à guarda de seus filhos. Ao contrário, na atual legislação, as empresas são meramente agraciadas pelo Ministro do Trabalho, com diploma de benemerência, aquelas empresas que organizam e mantêm creches e instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência de suas instalações. Há que se atentar que, hodiernamente, não se pode contar com a generosidade de empresas nacionais ou multinacionais, pois, em plena era da globalização, o capital visa apenas ao lucro e não à filantropia.

Na luta pela não discriminação das mulheres no ambiente de trabalho, as empresas têm que ser estimuladas através de incentivos fiscais a cumprirem efetivamente as disposições legais e não apenas premiadas pelo seu cumprimento. Finalmente, para que as empresas e empregadores que usufruem do trabalho feminino não se eximam de cumprir tais disposições legais, nem façam com que a lei se torne letra morta ou não discriminem o trabalho feminino em prol do masculino, entendemos que devem ser concedidos incentivos fiscais similares ao disposto através do Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987, que regulamentou a Lei n. 7.619, de 30 de setembro de 1987 que criou o Vale-transporte. Para tanto, nossa proposta é de que seja substituída a atual redação do artigo 399 da CLT, sugerindo a seguinte redação:

Art. 399. A pessoa jurídica empregadora que mantiver berçário ou creche diretamente ou mediante convênios com instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, poderá deduzir do Imposto sobre a Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre o montante das despesas comprovadamente realizadas no período-base de competência, na

forma em que dispuser Portaria da Secretaria da Receita Federal.

É certo que o direito constitui um importante trunfo na mão das autoridades legislativas e judiciárias, enquanto instrumento de combate às discriminações profissionais contra a mulher. E somente a consideração das diferenças sociais entre os sexos permitirá eliminar a distância existente entre a não-discriminação visada pelos textos e a discriminação ainda vivida em sociedade.

A necessidade da instalação de berçários e creches nas empresas que usufruem de mão-de-obra feminina hoje em dia se impõe cada vez mais, pois a interrupção das carreiras pelas mulheres, em virtude do nascimento de filhos, contribui para agravar o problema da desigualdade entre os sexos, já que, muitas vezes, devido a tais afastamentos, as mulheres perdem a oportunidade de uma progressão funcional. As desigualdades devem ser diminuídas ou extirpadas, razão por que a alteração do artigo 389 e a substituição do artigo 399 da CLT se impõem, pois há que se admitir apenas a existência de discriminações positivas em relação à mulher, como o salário-maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, com base no voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, cujo objeto é o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, adota o enfoque da perspectiva de gênero, em conformidade com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, documento que todos os órgãos do Poder Judiciário foram orientados a observar, nos termos da Recomendação 128, de 15 de fevereiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça.

Como bem pontua Adriana Goulart de Sena Orsini "a identificação da reforma de 2017 como um projeto de desconstrução de direitos sociais, fundado na aceleração do tempo e em urgência construída com base na economia e não no Direito, traz ao intérprete a responsabilidade de uma hermenêutica voltada ao caráter teleológico do direito, e, em especial do Direito do Trabalho."

Ainda afirma a eminente autora: "a compreensão da dignidade do ser humano para os desafios e interpretações que já se fazem presente é

pedra de toque para construção da hermenêutica do Direito do Trabalho que há de ser protetivo ao hipossuficiente na relação de trabalho."¹

Em um rápido "vol d'oiseau" tecemos considerações sobre a proteção da gestante e do nascituro fazendo referência à legislação pertinente bem como as Convenções e Recomendações dos órgãos internacionais como a OIT e a ONU, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW.

Como um exemplo inequívoco de acesso à justiça pela via dos direitos sociais do trabalho, o artigo aborda decisões das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes e acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Ministro Maurício Godinho Delgado.

Finalmente, sugerimos modificações na legislação sobre as creches para efetivo equilíbrio entre a manutenção do emprego e os cuidados demandados por mãe e nascituro.

Concluimos que a compreensão dos princípios da precaução, do não retrocesso social, da igualdade, da proporcionalidade, da solidariedade e do Direito do Trabalho para o adequado exercício da magistratura na Justiça Especializada do Trabalho é crucial e determinante para a contínua construção de um constitucionalismo humanista e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 1995, p. 28.

CARRION, Valentin – *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174.

CUEVA, Mário de La. *Derecho Mexicano do Trabajo*. Tomo I, 4. ed. Mexico: Ed. Porrúa S.A. 1954

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: Ltr, 2006 (2 ed: 2015).

DELGADO, Maurício Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves, *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 2012.

¹ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. A igualdade de tratamento homem-mulher no direito comunitário europeu. In : ABMCJ em Revista, ano I, n. 1, Ed RTM, 2001.6 ORSINI, Adriana Goulart de Sena, "Respeito fixado na Ordem Constitucional à Dignidade da

Pessoa Humana, à própria vida, ao nascituro e à Criança": O Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. // Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do TST. Ed. Mizuno. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego – Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed. São Paulo. Ltr, 2015 (1. ed.: 2006).

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia. *In*: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

LOPES, Mônica Sette. Magistradas brasileiras e sua prática profissional. *In*: ABMCJ em Revista ano I, n. 1, ed. RTM, p. 79.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

ORSINI, Adriana Goulart de Sena, "Respeito fixado na Ordem Constitucional à Dignidade da Pessoa Humana, à própria vida, ao nascituro e à Criança": O Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. *In*: Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do TST. Ed. Mizuno. 2023.

PEIXOTO, Mônica Bernardes. Mulher – valor em construção. Revista da Faculdade Milton Campos, v. 7, 2000.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55.

RUSSOMANO, Vítor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 6. ed., v. II, p. 590.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Ed. Cortez, 2007.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. A igualdade de tratamento homem-mulher no direito comunitário europeu. ABMCJ em Revista, 1. ed. Belo Horizonte: RTM. 2001.

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal- (Coord.) Dignidade Humana e Inclusão Social – caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: Ltr, 2010.

VERUCCI, Florisa. A Mulher no Direito de Família brasileiro-Uma história que não acabou. *In*: Mulher – cinco Séculos de Desenvolvimento na América – Capítulo Brasil, Belo Horizonte: O Lutador, 1999.

YANNOULAS, Sílvia Cristina. Dossiê: políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002, p. 28